

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: DA UNIDADE CODIFICADA
À PLURALIDADE CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídica da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Luiz Edson Fachin.

CURITIBA

2003

CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK

**FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS: DA UNIDADE CODIFICADA À
PLURALIDADE CONSTITUCIONAL**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.
Programa de Pós Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídica da
Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

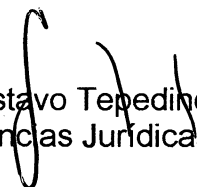
Orientador:



Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof.ª Dr.ª Carmem Lucia Silveira Ramos
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dr. Gustavo Tepedino
Setor de Ciências Jurídicas da UERJ

Curitiba, 2 de julho de 2003.

SUMÁRIO

LISTA DE TABELAS.....	V
RESUMO.....	VI
ABSTRACT.....	VII
INTRODUÇÃO.....	1
TÍTULO I - O SINGULAR E O PLURAL ENTRE A CLAUSURA DOGMÁTICA E A FATICIDADE: CONSTRUINDO A AMBIÊNCIA DE PROBLEMATIZAÇÃO ACERCA DO FENÔMENO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS.....	4
1 REFLEXÕES DE BASE A RESPEITO DA ORDEM PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA DE FAMÍLIA: A AMBIÊNCIA SISTEMÁTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....	9
1.1 DO CONTRAPONTO ENTRE A RACIONALIDADE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A ORDEM PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL: NOTAS MÍNIMAS NA PERSPECTIVA DO FENÔMENO FAMILIAR.....	10
1.2 DA CONCEPÇÃO TRANSPESSOAL AO PRINCÍPIO EUDEMONISTA.....	15
1.3 DO MODELO ÚNICO AO PRINCÍPIO DA PLURALIDADE FAMILIAR.....	23
2 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA APREENSÃO JURÍDICA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR.....	30
2.1 CIÊNCIA POSITIVISTA E DIREITO: CLAUSURA E EXCLUSÃO.....	31
2.2 O DIREITO DE FAMÍLIA E A CLAUSURA SISTÊMICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA.....	43
2.3 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR COMO SITUAÇÃO DE FATO: DA FETICHIZAÇÃO SISTÊMICA À POROSIDADE TÓPICO-SISTEMÁTICA.....	52
TÍTULO II - O(S) TEMPO(S) DA FAMÍLIA NO BRASIL: DA CASA-GRANDE À SIMULTANEIDADE FAMILIAR.....	60
1 NOTAS MÍNIMAS SOBRE UMA HISTÓRIA DE LONGA DURAÇÃO DA FAMÍLIA OCIDENTAL.....	70
1.1 A FAMÍLIA COMO PERMANÊNCIA.....	72
1.2 A PROIBIÇÃO DO INCESTO.....	73
1.3 A MONOGAMIA.....	76
2 A MÉDIA DURAÇÃO ENTRE ESTRUTURA E CONJUNTURA.....	85
2.1 A ELEIÇÃO DE UM CAMINHO PRELIMINAR ENTRE O PLURAL DAS CONJUNTURAS: A FAMÍLIA PATRIARCAL.....	85
2.2 O TEMPO SOCIAL DA FAMÍLIA ENTRE OS SÉCULOS XIX E XX: DA FAMÍLIA EXTENSA PATRIARCAL À FAMÍLIA NUCLEAR (E PATRIARCAL).....	88
2.3 O TEMPO SOCIAL DA FAMÍLIA ENTRE OS SÉCULOS XX E XXI: DA FAMÍLIA NUCLEAR (E PATRIARCAL) À SIMULTANEIDADE FAMILIAR.....	98

3 UMA BREVE HISTÓRIA EPISÓDICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DE SUA DISCIPLINA JURÍDICA: AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO DE 1988	115
3.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916: RETRATOS DE UM MODELO VOLTADO PARA O PASSADO	118
3.2 AS LEIS RELATIVAS AO RECONHECIMENTO DE FILHOS E AS PRIMEIRAS FISSURAS DO MODELO CODIFICADO	123
3.3 A LEI DO DIVÓRCIO E A CHANCELA JURÍDICA DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL.....	125
3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002	128
TÍTULO III - LIMITES E POSSIBILIDADES DA EFICÁCIA JURÍDICA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR	131
1 VETORES DE ANÁLISE DA POTENCIAL EFICÁCIA JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS	132
1.1 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA RELAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS.....	136
1.2 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA CONJUGALIDADE.....	142
2 ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA DA POTENCIAL ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS A SITUAÇÕES DE SIMULTANEIDADE FAMILIAR	157
2.1 A EFICÁCIA JURÍDICA DA SITUAÇÃO DE BIGAMIA	158
2.2 A IMPENHORABILIDADE DO BEM LEGAL DE FAMÍLIA: UMA POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NA PERSPECTIVA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR	165
2.3 ADOÇÃO POR CASAIS SEPARADOS OU DIVORCIADOS.....	173
2.4 GUARDA COMPARTILHADA: A PLENA CHANCELA DA SIMULTANEIDADE NA PERSPECTIVA DA FILIAÇÃO.....	179
CONCLUSÃO	184
REFERÊNCIAS	189

LISTA DE TABELAS

TABELA 1: % DE PESSOAS DE 10 ANOS E MAIS DE IDADE POR ESTADO CONJUGAL E SITUAÇÃO DO DOMICÍLIO, BRASIL 2000.....	103
TABELA 2: DISSOLUÇÕES CONJUGAIS, POR TIPO, E PERCENTUAL DE DISSOLUÇÕES POR GRUPOS DE IDADE, SEGUNDO OS GRUPOS DE IDADE DAS MULHERES.....	107
TABELA 3: DISTRIBUIÇÃO DAS FAMÍLIAS POR TIPO E A SITUAÇÃO DO DOMICÍLIO, SEGUNDO AS CLASSES DE TAMANHO DA POPULAÇÃO DOS MUNICÍPIOS BRASIL - 2000	110

RESUMO

A dissertação tem por objetivo a análise das repercussões jurídicas do fenômeno da simultaneidade familiar. Trata-se de situação em que uma pessoa compõe, ao mesmo tempo, dois ou mais núcleos familiares diversos, podendo a inserção nessa pluralidade sincrônica demandar apreensão jurídica. Evidencia-se que a seara propícia para cogitar a simultaneidade familiar é a ambiência normativa centrada na Constituição da República, sobretudo no que toca os princípios que constituem uma concepção plural e eudemonista a respeito do direito de família. O princípio eudemonista se reflete em uma mudança de olhar do direito a respeito do fenômeno familiar, que permite centrar o enfoque da proteção jurídica não simplesmente na instituição transpessoal, mas, sim, em cada um dos componentes da comunidade de afeto, tomados em relação de coexistencialidade. O princípio da família plural enseja a abertura do sistema para racionalidades que lhe são exteriores, e que, em última instância, determinam o que se pode compreender como família sob uma perspectiva sociológica. O exame levado a efeito considera a simultaneidade familiar situação de fato que pode ingressar no sistema jurídico por meio da abertura propiciada pelos princípios e que pode receber a chancela jurídica de alguns de seus efeitos. A pertinência de se cogitar a atribuição de eficácia jurídica às famílias simultâneas reside na concreta verificação da relevância que essa situação apresenta na contemporaneidade, gerando situações que podem demandar respostas normativas a serem construídas topicamente à luz dos vetores do sistema jurídico. A ampliação do espaço dúctil à constituição de famílias simultâneas é característica da contemporaneidade, historicamente construída. Afigura-se cabível nessa esteira, aferida a viabilidade de se cogitar a apreensão jurídica do fenômeno, eleger dois vetores de análise a respeito dos limites e possibilidades da eficácia jurídica da simultaneidade familiar: a conjugalidade e a filiação. Neste último vetor, a chancela dos efeitos da simultaneidade é tendencialmente ilimitada. No vetor da conjugalidade, é possível sustentar que o princípio da boa-fé objetiva pode obstar, em alguns casos, a atribuição de certos efeitos jurídicos àqueles que violam os deveres inerentes ao referido princípio. O estudo aponta alguns exemplos de circunstâncias em que pode ser verificada a eficácia – plena ou limitada, conforme a hipótese - da simultaneidade familiar: a bigamia – sobretudo na perspectiva do cônjuge de boa-fé –; a possibilidade de se reputar infensos à constrição judicial, sob o fundamento da impenhorabilidade legal do bem de família, dois ou mais imóveis pertencentes a uma mesma pessoa que viva em simultaneidade familiar; a possibilidade de adoção por duas pessoas separadas judicialmente ou divorciadas, e a chancela da guarda compartilhada.

ABSTRACT

The work aims the analysis of the juridical repercussion of the familiar simultaneity phenomenon. It is a situation in which a person takes up, at same time, two or more different familiar nuclei, so that the insertion in this synchronic plurality can demand juridical apprehension. It is pointed out that the proper place to think about the familiar simultaneity is the normative ambience centered in the Republic Constitution, principally in what concerns to the principle that makes up the eudemonist and plural conceptions about family law. The eudemonist principle is reflected in a change of view of the law about the familiar phenomenon that allows to centralize the focus of the juridical protection not only in a transpersonal institution but also in each one of the components of the affection community, taken in relation to the co-existentiality. The principle of the plural family waits for the opening of the system for rationalities that are exterior to them, and that, in the last instance, determines what can be understood as family under a sociological prospective. The exam performed considers the familiar simultaneity a real situation that can enter in the juridical system through the opening provided by the principles and that can receive the juridical protection of some of its effects. The pertinence of thinking about the attribution of the juridical efficiencies to the simultaneous families lies in the concrete verification of the relevance that this situation presents nowadays, generating situations the can demand normative answers to be constructed topically at the light of the vectors of the juridical system. The amplification of the flexible families is a feature of the contemporaneous time, historically constructed. It is possible the viability of thinking about the juridical apprehension of the phenomenon, to select two vectors of analysis about the limits and possibilities of the juridical efficiency of the familiar simultaneity: the conjugality and filiation. In this last vector the protection of effects of the simultaneity is totally unlimited. In the vector of the conjugality it is possible to state that the principle of objective good faith can oppose to, in some cases, the attribution of certain juridical effects to those that violate the duties inherent to the mentioned principle. The study points out some examples of circumstances in which the efficiency of the familiar simultaneity –fully or limited, whatever the case is- can be checked: the bigamy -mainly in the prospective of the good faith partner-; the possibility of being contrary to the judicial constriction under the basis of the legal non pledge ability of the homestead, two or more estates belonging to an only person that lives in familiar simultaneity; the possibility of adoption by two persons, judicially separated or divorced, and the recognition of joint custody.

INTRODUÇÃO

O presente estudo consiste em exame sistemático acerca das repercussões jurídicas de um fenômeno que se conecta à racionalidade que contemporaneamente informa a constituição de grupos familiares, sobretudo em seu sentido plural e coexistencial: tratam-se das famílias simultâneas.

A análise do tema à luz do direito pode se afigurar frutífera sobretudo na perspectiva da concepção plural assumida pelo direito de família, consagrada pela Constituição de 1988, que levou à superação do modelo único, fundado exclusivamente no matrimônio válido e nas relações de filiação “legítima”.

A partir desse reconhecimento, pretende-se dar um passo a mais e estudar os limites dessa concepção plural, ponderando sobre o que é, hoje, família para o direito. Não se pretende estabelecer uma clausura conceitual, mas, sim, apresentar um quadro que permita vislumbrar o tratamento jurídico dessa realidade sociológica, do qual podem vir à tona a apreensão pelo direito e a atribuição de alguma eficácia jurídica a situações em que se identifiquem famílias simultâneas.

Observa-se, de plano, que a análise do tema impõe uma abertura que extrapola os conceitos, colhendo da realidade concreta outras formas de coexistencialidade familiar que sejam passíveis de apreensão jurídica e que, nos limites do ordenamento, possam receber chancela jurídica de alguns de seus efeitos.

Para tanto, buscar-se-á a realização de um estudo interdisciplinar, que traga para o direito de família aportes históricos e sociológicos que permitam uma reflexão sobre a relação entre a “família juridicizada” e a “família sociológica” - e, para além disso, questionar esse limites, fundados em uma compreensão metafísica de uma suposta “realidade jurídica”.

Trata-se, pois, de estudo que recolhe a travessia que principia na racionalidade do direito de família presente no Código Civil de 1916 e chega à família constitucionalizada contemporânea.

Inserido no campo da constitucionalização do Direito Civil, o reconhecimento do fenômeno da simultaneidade familiar constitui reflexão

relevante no âmbito do estudo dessa mudança paradigmática: se a pluralidade é superação do paradigma da unicidade, como se insere nesse contexto a simultaneidade de famílias envolvendo um mesmo sujeito?

A pertinência do tema vem a lume, como se vê, na medida que se opera a superação do modelo familiar consagrado na codificação de 1916. No paradigma familiar do Código Civil de 1916, a apreensão jurídica da simultaneidade familiar seria improvável: a noção jurídica de família contempla um modelo formado pelos pais, unidos pelo casamento civil, e a filiação daí decorrente.

O vínculo conjugal era indissolúvel, o reconhecimento de filiação extramatrimonial era vedado, em nome de uma ordem de idéias que atribuía a estabilidade da instituição familiar – como ente transpessoal – clara proeminência em relação à felicidade coexistencial de seus componentes. Ainda que, na realidade social, a pluralidade e a simultaneidade pudessem estar presentes, não se verificava a recepção jurídica desses fenômenos. A mudança paradigmática, mais que qualquer outra coisa, é relevante por reconhecer a abertura do sistema para o plural que emerge das relações concretas.

É da caminhada em direção à gradual abertura do modelo, culminando com a Constituição de 1988, que esta dissertação focaliza outras manifestações familiares ingressando no âmbito de proteção do direito. Da tutela da instituição, passa-se à proteção dos interesses dos membros da entidade familiar, tomados em suas relações interpessoais, o que afasta o enfoque transpessoal, rumando para uma concepção eudemonista.

Problematiza na família plural o enfoque que deixa de ser transpessoal, e verifica se pode ser viável, a partir do sujeito em relação, a apreensão jurídica de situações que alguém integre, simultaneamente, duas ou mais entidades familiares.

No corpo desse estudo, imprescindível para a compreensão do sentido jurídico da família contemporânea, coloca-se em questão a idéia de que não só o olhar que o direito lança sobre a família é plural, mas que é possível, para o jurídico, o reconhecimento de uma pluralidade sincrônica de entidades familiares envolvendo um mesmo sujeito. Este passaria a viver, simultaneamente, no seio de duas ou mais famílias.

Trata-se, portanto, de um questionamento a partir da família plural, apto a estudar os limites e as possibilidades da atribuição de eficácia jurídica a situações em que se verifique a inserção de um mesmo sujeito em entidades familiares simultâneas.

Tal configuração, que quiçá denote uma mudança de arquétipos, pode se dar, *v. g.*, por força da situação do filho que vive a dissolução da sociedade conjugal entre seus pais - sem que, no entanto, rompam-se os vínculos de afeto e comunhão de vida com qualquer dos ascendentes -, por conta do reconhecimento de filhos extramatrimoniais, bem como em decorrência de outras inúmeras circunstâncias que, na complexidade da realidade social, permitam vislumbrar múltiplas relações familiares, envolvendo o mesmo sujeito, em núcleos familiares diversos entre si.

O primeiro passo a ser dado no trajeto metodológico que aqui se propõe é, portanto, investigar a mudança paradigmática ocorrida com a superação da concepção exclusivamente matrimonializada acerca do direito de família presente no Código Civil de 1916 e a consagração, por meio da Constituição de 1988, de um novo olhar do direito sobre esse fenômeno, que contempla a sua natureza essencialmente plural, buscando, nesse contexto, situar o fenômeno da simultaneidade familiar como realidade apreensível pelo direito.

O segundo passo consiste em análise que contempla a dimensão histórica do fenômeno familiar, recolhendo, nos diversos níveis de temporalidade em que pode ser concebido o transcurso histórico, as permanências e as transformações que marcam a família tomada como fenômeno sociológico.

Nessa esteira, o terceiro estágio da análise culmina em reflexão sobre os limites e possibilidades da chancela jurídica dos efeitos das famílias simultâneas, a partir de dois vetores fundamentais: a filiação e a conjugalidade. Por derradeiro, serão examinados alguns exemplos em que a eficácia jurídica da simultaneidade familiar pode vir à tona.

É sob essa órbita que o texto ora apresentado movimenta, do viés tradicional ao contemporâneo, fatos e respectivos limites ao alcance do selo de juridicidade no direito de família. Do uno restrito ao singular, intenta captar o sentido plural da ambivalência possível.

TÍTULO I

O SINGULAR E O PLURAL ENTRE A CLAUSURA DOGMÁTICA E A FATIGADA: CONSTRUINDO A AMBIÊNCIA DE PROBLEMATIZAÇÃO ACERCA DO FENÔMENO DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

O estudo das repercussões jurídicas do fenômeno da simultaneidade familiar traz em si algumas questões de base, que versam sobre o lugar de onde o fenômeno emerge e de como pode se operar a sua inserção no sistema jurídico. Evidencia-se que, como primeiros passos do trajeto proposto, é necessário identificar os principais caracteres do sistema jurídico ao qual se pretende integrar a simultaneidade familiar, aferindo a viabilidade ou não dessa apreensão jurídica.

Essencial, ainda, é, à luz do modelo de direito construído na Modernidade - e que desemboca na contemporaneidade - localizar o lugar de onde as famílias simultâneas vêm à tona. Desde logo, pode-se aferir que, salvo exceções, as hipóteses de simultaneidade não se apresentam como previstas, de antemão, no direito positivado.

Cabe principiar, portanto, por esses dois vetores de base: o que já constitui o sistema jurídico e pode viabilizar a ponderação acerca da apreensão jurídica da simultaneidade familiar, e o que parte do seu exterior e que constitui a *vera e propria* ambiência genésica do fenômeno objeto deste estudo. Uma questão preliminar a esses dois degraus iniciais reside, todavia, em examinar, desde logo, em que consiste esse fenômeno de que se está a falar.

Com efeito, decompor o universo temático que decorre da simultaneidade familiar implica uma ante-sala, que consiste em delimitar, em linhas gerais, o fenômeno objeto de investigação, oferecendo assim, de antemão, os elementos estruturais que alicerçam a sistematização a ser levada a efeito.

A simultaneidade familiar diz respeito à circunstância de alguém, ao mesmo tempo, se colocar como componente de duas ou mais entidades familiares diversas entre si. Trata-se de uma pluralidade sincrônica de núcleos diversos que possuem, entretanto, um membro em comum. As possibilidades de configuração concreta de

hipóteses de simultaneidade são, como se vê, muito amplas.

Desde a bigamia ou da pluralidade pública e estável de conjugalidades, até a situação que envolva filhos de pais separados, que mantêm os vínculos de afeto e convivência com ambos os pais, passando por pessoas divorciadas ou separadas que constituem novas famílias nucleares por um novo casamento ou união estável, mantendo o vínculo com a prole resultante da primeira união, ou netos que convivem entre o núcleo formado com seus pais e vínculos de convivência contínua com seus avós, são inúmeras as possibilidades concretas de verificação de famílias simultâneas.

Não é possível pretender circunscrever a complexidade que podem assumir esses arranjos familiares, que, como se observa, podem não se restringir à simultaneidade entre dois núcleos, envolvendo várias entidades familiares simultâneas.

A identificação da simultaneidade principia por dois pressupostos: (a) a noção de família de que se trata diz respeito ao núcleo ou entidade familiar, e não ao sentido amplo do parentesco jurídico ou da consangüinidade e (b) o olhar que busca a aferição da existência ou não de uma situação de simultaneidade parte do sujeito que constitui elemento comum entre as entidades familiares examinadas.

Com efeito, falar em família pode implicar interpretações que vinculem toda a parentela e afins, assim como pode dizer respeito a um núcleo coexistencial reduzido. É desse último enfoque que se trata.

A referência a núcleo familiar tampouco se confunde, nada obstante, com a noção de família nuclear – embora possa também se referir a ela –, formada pela união dos cônjuges e sua descendência. Trata-se, para efeitos desse estudo, de noção instrumental para identificação de um centro de coexistencialidade marcado por certos caracteres, que permitem sua individualização, ainda que não impliquem a sua consideração como ente autônomo em relação às pessoas que o compõem.

A idéia de núcleo familiar se refere à noção de entidade familiar, que abrange as formações familiares aferíveis em concreto, sejam fundadas pelo matrimônio, pela união estável, pela monoparentalidade, união de parentes que

vivam em "interdependência afetiva",¹ entre outros possíveis arranjos.

Não se trata de pretender estabelecer a entidade familiar como um conceito jurídico, cabe esclarecer: a noção de entidade familiar que aqui se leva em consideração é a que vem à tona da realidade social e histórica em exame, que pode acabar por ser apreendida na porosidade do sistema jurídico aberto. Qualquer pretensão conceitualista seria excludente, e, ao mesmo tempo, restritiva, repetindo velhas fórmulas de constituição de uma meta-realidade por meio de conceitos e modelos, nos quais o operador do direito, não raro, mergulha, em vôo cego, na ilusão de caminhar sobre uma pretensa "realidade jurídica".

Isso não significa eximir-se de localizar elementos estruturais flexíveis – que não se confundem com balizamentos *a priori* - que permitam, a partir de sua identificação, aferir a existência em concreto de uma situação que possa ser designada como familiar. Segundo essa ordem de idéias, Paulo Luiz Netto Lôbo identifica alguns caracteres estruturais daquilo a que se pode chamar de entidade familiar.

O primeiro elemento estrutural diz respeito à afetividade. Essa característica somente se coloca como efetivamente estrutural na contemporaneidade, em que afeto, ou o "amor familiar", na palavras de D'AGOSTINO,² se apresentam como fundamento e finalidade da entidade familiar. Nem sempre foi assim. O "amor romântico" como fundante da conjugalidade é fenômeno historicamente definido. Em outros momentos históricos, muito mais importantes que o sentido pessoal de realização afetiva por meio da convivência familiar, afiguravam-se as funções institucionais da família, também variáveis ao longo da história – que, como se vê, não se desenvolve em um simples *continuum* ascendente.

O afeto como origem e cimento da convivência familiar não é dado atemporal – como, aliás, todo fenômeno social, ainda que, historicamente, possa se apresentar como elemento de longa duração - o que, como resta evidente, não

¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89 - 107.

² D'AGOSTINO, Francesco. **Filosofia della famiglia**. Milano: Giuffré, 1999, p. 10.

retira sua marcante relevância como elemento estrutural da noção contemporânea acerca da família. Esta se apresenta, por certo, como um núcleo de coexistencialidade fundado no afeto, ou no amor familiar.

Observe-se que, mesmo em uma relação de filiação, em que o parentesco se apresenta como dado, se não houver relação de afetividade que vincule pais e filhos, não haverá, provavelmente, uma entidade familiar. É o que pode ocorrer, por exemplo, em casos de reconhecimento forçado de paternidade, em que o vínculo biológico enseja a formação de uma relação jurídica e os deveres a ela inerentes, sem, contudo, implicar, *ipso facto*, a constituição de uma entidade familiar entre o filho demandante e o pai demandado. Não se pode negar, nada obstante isso, que, em regra, na relação paterno-filial, a afetividade é presumida, ao menos para efeitos jurídicos.³

Há, contudo, outros elementos relevantes para a aferição de uma entidade familiar. Um deles é a estabilidade do vínculo afetivo. O sentido desse elemento estrutural reside na constatação de que "relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida"⁴ podem não levar à conclusão acerca da existência de uma família.

Ao lado da estabilidade, apresenta-se a ostensibilidade ou publicidade da relação afetiva estável. Não se configura entidade familiar se esta não se apresenta publicamente como tal.⁵ A família é realidade social não se identifica no âmbito da clandestinidade.

Diante do exposto até aqui, configurada a existência de componente comum a duas ou mais entidades familiares, restará delineada uma situação de simultaneidade familiar. Convém enfatizar que as famílias simultâneas podem se apresentar como de espécies análogas (duas família nucleares, por exemplo), ou

³ LÔBO. **Entidades familiares** ..., *op. cit.*, p 98.

⁴ *Id.*

⁵ Assim Paulo Netto LÔBO sistematiza, em síntese, os caracteres estruturais das entidades familiares: "Em todos os tipos há características comuns, sem as quais não se 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 apresenta assim publicamente". (p. 91)

espécies diferentes (como à guisa de exemplo, um núcleo monoparental e uma família nuclear "recomposta").

O segundo pressuposto para aferição da situação de simultaneidade consiste em tomar como ponto de partida o sujeito em relação que se situa entre os núcleos simultâneos, e não lançar o olhar, simplesmente, sobre as entidades familiares propriamente ditas. Análise que principie pelas entidades familiares como entes autônomos em relação aos seus componentes pode fazer com que estes se diluam na perspectiva abstrata da família transpessoal.

Nessa ordem de idéias fundada na abstração, mais do que as pessoas reais, enfatizam-se os papéis exercidos na família. A identificação concreta de alguém entre dois núcleos familiares pode, sob essa ótica, perder relevância, uma vez que o sujeito somente adquiriria sentido ao ocupar um dado papel no núcleo familiar – ou, ainda, pode ser vista como um desvalor na medida que pode prejudicar o exercício desses mesmos papéis por aquele que se apresenta entre os dois ou mais núcleos. O olhar é lançado, nessa esteira, sobre o papel abstratamente definido a ser ocupado, e não sobre a realidade concreta da pessoa em relação.

Não é esse o sentido pressuposto na aferição da simultaneidade. A constatação da pluralidade sincrônica de núcleos parte, precisamente, do elemento que a eles é comum. Trata-se de, mais do que vincular o exame a um ente abstrato a que se chamaria de família, lançar a atenção sobre a relação concreta de coexistência afetiva travada entre os componentes da(s) entidade(s) familiar(es). Também será esse, como se demonstrará adiante, o dado vetor da apreensão jurídica do fenômeno das famílias simultâneas.

Delimitado o tema a ser examinado neste estudo, o segundo passo consiste em avaliar a viabilidade do próprio estudo à luz do saber a que se destina, qual seja, o Direito. Isso porque se a simultaneidade pode ter relevância para as ciências sociais, é necessário aferir, ainda que em uma averiguação preliminar, se ele pode ter pertinência como fenômeno passível de normatização jurídica – ou seja, de ensejar a construção em concreto de normas jurídicas que lhe chancelem efeitos, à luz do sistema jurídico. É o que se fará a seguir.

1 REFLEXÕES DE BASE A RESPEITO DA ORDEM PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL EM MATÉRIA DE FAMÍLIA: A AMBIÊNCIA SISTEMÁTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Trazidos a lume alguns aspectos estruturais visando a propiciar uma delimitação do tema objeto deste estudo – sem entretanto, a pretensão de obter uma definição que encerre toda a riqueza de sentido que a simultaneidade familiar pode assumir na sua verificação em concreto – faz-se necessário dar um segundo passo, que consiste na averiguação, ainda que preliminar, do ambiente normativo em que se pretende investigar a viabilidade ou não da apreensão jurídica do fenômeno das famílias simultâneas.

Poder-se-ia questionar, quiçá, por que um estudo acerca de um fenômeno que, como regra, não possui previsão normativa específica, principiaria da análise do ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo em matéria de família, e não do lugar de onde a simultaneidade efetivamente floresce, que é a realidade social e histórica da família.

Um trajeto lógico poderia consistir, nesse sentido, em partir do fato, e deste, encaminhar-se à norma. A apreensão jurídica da simultaneidade familiar seria, pois, o ponto de chegada.

Nada obstante isso, ainda que seja esse, efetivamente, como se verá, o real sentido da análise desse fenômeno social a que chamamos de famílias simultâneas, impende ter em mente que, para aportar em um dado destino, é necessário, desde o início, cogitar a viabilidade de se atingir o ponto de chegada. Em outras palavras, trilhar um dado trajeto metodológico passa, em um primeiro momento, por examinar seus pressupostos, e, com isso, se ele é efetivamente apto para, ao menos em tese, conduzir ao destino proposto.

Por isso, o lugar de partida se confunde, aqui, com aspectos que adiantam, em certa medida, o ponto de chegada – sem, contudo, esgotá-lo. Inicia-se, nesse passo, com a análise de pressupostos principiológicos da apreensão do fenômeno

familiar, para que se possa perceber, desde logo, se é viável ou não o trilhar a que este estudo se propõe.

1.1 DO CONTRAPONTO ENTRE A RACIONALIDADE DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A ORDEM PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL: NOTAS MÍNIMAS NA PERSPECTIVA DO FENÔMENO FAMILIAR

Nesse sentido, a primeira constatação que se realiza vincula-se à aferição de um componente histórico: o ambiente normativo contemporâneo acerca do direito de família é substancialmente diverso daquele que marcou a codificação de 1916. Se assim não fosse, provavelmente resultaria pouco fértil a proposta de estudo aqui desenvolvida.

Embora esse transcurso histórico seja objeto de análise mais acurada que será levada a efeito em um momento posterior, afigura-se conveniente, desde logo, no escopo de aferir as condições de viabilidade acerca de eventual apreensão jurídica da simultaneidade familiar, examinar quais são as características do sistema jurídico, na perspectiva de seus princípios, que podem oferecer a abertura para o ingresso da situação de fato objeto deste estudo. Daí a relevância de um exame comparativo entre os caracteres do sistema tal como se apresenta na contemporaneidade e de como ele se afigurava até meado da segunda metade do século passado.

A simultaneidade familiar, é certo, não é tema completamente alheio a uma concepção tradicional a respeito do direito de família, mesmo no Código Civil de 1916. A vedação à bigamia, tomada como impedimento matrimonial, por exemplo, se apresenta, de modo estável ao longo da história, como elemento presente na disciplina jurídica do casamento, sobretudo como reflexo jurídico de uma realidade social de longa duração. Sua caracterização como impedimento matrimonial, a seu

turno, se deve, no âmbito da técnica legislativa, à influência do direito canônico,⁶ entre outras fontes.

Ainda que a bigamia – assim tomada como a pluralidade sincrônica de vínculos formais de conjugalidade, fundados, como tais, no casamento – seja inserida no sistema jurídico como situação identificada no âmbito da ilicitude⁷, é inegável que se trata de hipótese apta a produzir alguns efeitos jurídicos, seja pela possibilidade de caracterização de casamento putativo na perspectiva do cônjuge de boa-fé,⁸ ou, mesmo, pelo caráter *sui generis* do regime de invalidade do casamento, que não se vincula, de modo absoluto, ao brocardo *quod nullun est nullun producit effectum*.⁹

Ocorre que a hipótese de bigamia, ainda que pertinente na aferição da relevância jurídica da simultaneidade familiar, é apenas dado pontual na extensa gama de feições que a simultaneidade familiar pode, em concreto, assumir. Essas outras inúmeras faces eram ignoradas pelo direito quando da elaboração do Código Civil de 1916. Pode-se afirmar que o direito de família expresso na codificação de 1916 rechaçava, como regra, a atribuição de relevância jurídica das situações concretas de simultaneidade familiar.

De fato, como é intuitivo, as hipóteses concretas de caracterização de bigamia – tomada como simultaneidade de casamentos formais – são muito menos numerosas no meio social do que aquelas em que se evidencia simultaneidade

⁶ A esse respeito, recolhe-se o cânon 1.085 do Código de Direito Canônico em vigor:
"Can. 1085 - § 1°. Tenta invalidamente contrair matrimônio quem está ligado pelo vínculo de matrimônio anterior, mesmo que este matrimônio não tenha sido consumado".

⁷ Não apenas na seara do Direito Civil, mas, também, do Direito Penal, como se observa do artigo 235 do Código Penal: "Art. 235 – Contrair alguém sendo casado, novo casamento: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos."

⁸ Nesse sentido, CCB 2002, art. 1561: "Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da celebração".

⁹ Vide OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 229. No mesmo sentido, no direito francês, BÉNABENT: "*Le principe de base est qu'une action en justice est nécessaire, tant qu'il n'est pas annulé, le mariage est présumé valable*". (BÉNABENT, Alain. **Droit civil**: la famille. 8. ed. Paris: LITEC, 1997, p. 118). Também CARBONNIER escreve, com acerto: "*Le mariage n'est pas un acte juridique comme les autres: il intéresse principalement les personnes, non les patrimoines; il prétend faire naître un état durable, non de simples rapports transitoires d'obligations*". (CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. 16. ed. Paris: PUF, 1993. t. 2: la famille, p. 292).

familiar na perspectiva da relação entre pais e filhos, por exemplo.

As searas mais fecundas à constituição da simultaneidade familiar eram reputadas, à luz de uma racionalidade fundada em um modelo unívoco de família - centrado exclusivamente no matrimônio, sob uma perspectiva institucionalista - como irrelevantes para o direito. Mesmo a hipótese da bigamia, reputada, desde logo, como juridicamente relevante, o é sob a ótica da ilicitude, da reprovação por parte do direito legislado, podendo, apenas como exceção, produzir os efeitos atribuídos ao casamento válido.

Em suma: em matéria de simultaneidade familiar, a unicidade do modelo codificado constituía, salvo exceções pontuais, obstáculo intransponível, que afastava a relevância jurídica do fenômeno. Por conseguinte, ausente a relevância jurídica, ausente, também, a chancela de seus efeitos por um sistema fechado e fundado em conceitos e em modelos. Não é temerário afirmar que, no sistema originário do Código Civil de 1916, não estava presente o ambiente propício para a apreensão jurídica do fenômeno da simultaneidade familiar.

As origens dessa codificação civil, no que tange o espaço social e histórico em que os valores ali expressos foram formados, também refletem ambiência pouco propícia à caracterização de famílias simultâneas como realidade juridicamente relevante.¹⁰

É possível identificar esses valores da análise das disposições do Código Civil de 1916, das quais se extraem os princípios unificadores da racionalidade da qual estava imantado aquele diploma legal. Escreve Francisco José Ferreira MUNIZ que "o modelo de família que o legislador teve em vista, ao elaborar o Código Civil em sua versão original, traduz uma sociedade conjugal funcionalmente diferenciada e acentuadamente hierarquizada nas relações entre os cônjuges".¹¹ Extrai-se, daí,

¹⁰ A localização histórica desses valores, a partir de uma análise centrada nas características da família das elites brasileiras do século XIX será levada a efeito a seguir, no Título II do presente estudo.

¹¹ MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69-81.

um sentido institucionalista, que pode ser denominado de transpessoal¹²: a disciplina jurídica se dirige à família como instituição, enfatizando as funções que daí se originam, em detrimento da felicidade coexistencial, intersubjetiva, dos membros que a compõem.

Esse modelo é, no Código Civil de 1916, único¹³: "a organização da família tem por base o casamento e só o casamento dos pais confere aos filhos o estatuto privilegiado da legitimidade".¹⁴ Observa-se, assim, como a idéia de uma família exclusivamente matrimonializada repercute, inclusive, no âmbito do parentesco, vinculando-se ao casamento a legitimidade da filiação e, muitas vezes, negando a alguns a condição jurídica de filho, a despeito de realidades biológicas e socioafetivas.¹⁵

O modo como essa unicidade de modelo e a concepção formalista e fechada de sistema jurídico operam a exclusão da simultaneidade familiar, como regra, do âmbito de situações passíveis de chancela jurídica, será objeto de explicitação ulterior. Por ora, afigura-se relevante alavancar a análise naquilo que pode constituir elementos hábeis a, ao menos em tese, propiciar uma abertura do sistema jurídico para situações concretas de simultaneidade familiar. Essa análise, conforme exposto, não se pretende reducionista, uma vez que, embora se situe no que reside desde logo no interior do sistema jurídico, tem por escopo, precisamente, localizar as aberturas pelas quais podem ser construídas as possibilidades de ingresso das famílias simultâneas no âmbito das situações passíveis de atribuição de relevância jurídica.

Em síntese, trata-se de contemplar os princípios vetores da ambiência normativa em que se insere o direito de família contemporâneo e, entre eles,

¹² Sob essa perspectiva, Luiz Edson FACHIN (**Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33).

¹³ Não é por acaso que a previsão legislativa específica acerca da simultaneidade familiar se restringe, no Código Civil de 1916, à bigamia.

¹⁴ MUNIZ. **A família na evolução** ..., p. 69.

¹⁵ Essas restrições foram abolidas pela Constituição de 1988. Como ensina Gustavo TEPEDINO: "A isonomia constitucional determina que a possibilidade de reconhecimento dos filhos seja incondicional, libertando-os das circunstâncias jurídicas e morais que envolvem as relações dos pais." (TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 229).

identificar aqueles que podem constituir instrumentos que possam tornar factível eventual afirmação no sentido de que as famílias simultâneas, mesmo se localizadas no âmbito das situações de fato, podem produzir efeitos jurídicos.

Para atender a esse mister, a metodologia adotada, coerente com uma preocupação sistemática acerca do direito, deve centrar-se na ordem principiológica constitucional. Não se trata da tradicional concepção positivista acerca da estrutura piramidal do ordenamento jurídico, mas, sim, de compreensão que reputa os princípios como elementos unificadores do sistema, e que, como tais, servem de fundamento à elaboração de outros textos normativos e, sobretudo, são base relevante a determinar o sentido da construção normativa, que sempre se realiza em concreto.

Como se observa, a demarcação teórica de base das reflexões que serão levadas a efeito neste estudo reside na perspectiva de um direito civil-constitucional,¹⁶ que não se compraz com a racionalidade que distingue a Constituição como uma carta política e reputa o Código Civil como a verdadeira "Constituição do homem comum".¹⁷ Uma noção que busque estreimar, de forma absoluta, o campo de incidência direta da Constituição e do Código Civil contraria a própria leitura do direito como sistema, uma vez que, ao fetichizar sua compartimentalização, afasta a idéia de unidade,¹⁸ essencial ao pensamento sistemático, além de enfatizar o sentido patrimonialista – e, como tal, excludente – historicamente inerente às codificações civis de matriz liberal.¹⁹

¹⁶ Ver a respeito, entre outros: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-33, 1993; RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29; PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997; LÔBO, Paulo Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, entre outros.

¹⁷ Ou "Constituição do Direito Privado". Para uma perspectiva crítica acerca dessa concepção, ver, mais amplamente, Gustavo TEPEDINO (**Temas de direito ...**, p. 2).

¹⁸ Acerca da unidade como característica essencial do pensamento sistemático, ver Wilhelm CANNARIS (**Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1982, p. 12-22).

¹⁹ RAMOS. **A constitucionalização do direito ...**, p. 6.

1.2 DA CONCEPÇÃO TRANSPESSOAL AO PRINCÍPIO EUDEMONISTA

Já se explicitou que o modelo de família desenhado no Código Civil de 1916 atende a uma perspectiva institucionalista da família, de modo que a disciplina oferecida pelo jurídico possui um caráter transpessoal. Afirmar isso significa reputar aquela codificação civil como dotada de um sentido de proteção do agrupamento familiar em uma dimensão abstrata, que se desprende da realidade concreta dos membros que a compõem.

A família é regida, sob essa racionalidade, como ente dotado de relativa autonomia, todo orgânico cujo bom funcionamento implica uma divisão interna em papéis, com funções específicas que devem ser exercidas pelos componentes desse ente mais amplo, dotado de uma "existência própria" abstrata.

A repercussão dessa ênfase oferecida ao ente abstrato faz com que a regra legal, ao se dirigir a alguém, o faça na perspectiva de que esse sujeito à norma é componente de uma dada família. A sua relevância jurídica, nesse sentido, somente se opera na medida em que ele ocupa um dado papel nessa estrutura transpessoal.

Uma regra protetiva da família repercutirá sobre esse sujeito adequando sua conduta àquilo que o comando legal reputa adequado ao papel a que se destina.²⁰ Note-se: a regra não protege o sujeito em relação, mas, sim, o papel familiar que esse sujeito ocupa.

Os papéis na família abstrata se apresentam, a seu turno, como espaços vazios, mas de sentido predefinido pela regra jurídica, a serem ocupados pelos sujeitos de direito – categoria abstrata, colocada como elemento da relação jurídica.

O funcionamento desse todo orgânico projetado na lei, pretendo espelho normativo de uma realidade social, depende de uma diferenciação funcional entre os papéis, que acaba por implicar sua hierarquização.²¹ Se o todo abstrato não se

²⁰ Assim pode-se recolher do disposto nos artigos 233 a 255 do Código Civil de 1916, ao definir as distintas funções a serem exercidas por marido e mulher. Em especial, colhe-se o *caput* dos artigos 233 e 240, com as modificações operadas por meio da Lei 4.121/62:

"Art. 233 – O marido é o chefe da sociedade conjugal função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos".

"Art. 240 – A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e

confunde com as suas partes, a competência para definir o sentido a ser por ele empreendido deve ser oferecida a apenas um dos papéis em que funcionalmente se divide. Consagra-se, na família legislada transpessoal, o sentido da desigualdade.

Resta claro que pouca relevância possuem, nesse contexto, as reais expectativas e desejos dos componentes da família – ou, seria melhor dizer, dos ocupantes dos papéis – acerca da relação coexistencial que mantêm com os demais membros do ente abstrato. Há um "dever-ser" virtual que paira sobre as pretensões de felicidade interindividuais, as projeções afetivas que um componente da família dirige ao outro, o sentido ético que implica a concreta proteção da dignidade dos que se unem pelos laços do afeto.

O dado afetivo não ingressa no âmbito da abstração: trata-se de circunstância que não diz respeito às funções institucionais do ser transpessoal ao qual se visa a proteger. Essa "metafísica" da família torna irrelevante a felicidade concreta de seus membros: esta é, quiçá, presumida pela estabilidade funcional do todo, imposta a *forceps* por regras discriminatórias da filiação dita ilegítima e pela indissolubilidade do vínculo matrimonial – em consonância com a unicidade de modelo centrada na família matrimonializada.

Em suma: a estabilidade da instituição familiar é reputada pela codificação de 1916 como mais relevante do que a felicidade dos membros que a compõem.²²

Esse tratamento transpessoal, centrado no signo da desigualdade entre filhos e, sobretudo, entre os cônjuges – haja vista a hierarquização imposta para atender ao sentido de preservação da família – é mitigado ao longo do século XX. Os estágios que marcam as rupturas que culminam com a mudança de racionalidade do tratamento jurídico das relações familiares não serão explicitados neste ponto, posto que serão objeto de exame no momento oportuno.

O que se pretende demonstrar a partir dessa digressão é que um juízo de pertinência jurídica da simultaneidade familiar é improvável quando a pessoa

colaboradora do marido nos encargos da família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta".

²¹ Daí a noção de chefia da sociedade conjugal, destinada, na legislação revogada, ao marido.

²² FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos ...**, p. 33.

concreta se vê imersa na estrutura de um ente familiar no qual ela nada mais é que ocupante de um papel. A própria aferição concreta da simultaneidade familiar não se dá na perspectiva de um todo abstrato, mas, sim, do sujeito em relação que se situa, ao mesmo tempo, em múltiplos núcleos de convivência familiar. A distinção é relevante: não se trata de um olhar sobre o ente abstrato, mas, sim, sobre a concretude das relações familiares que podem se realizar, para um dado sujeito, em núcleos coexistentiais diversos entre si.

Na ótica transpessoal, o ingresso simultâneo de alguém em dois núcleos é disfuncional, na medida que pode vir a prejudicar o desempenho de seus papéis, expressos mediante deveres específicos, direcionados à proteção da família, tal como esquadrinhada em abstrato. Mais que isso: se a família, nessa perspectiva, é somente a fundada na formalidade matrimonial, viver em simultaneidade familiar implicaria, necessariamente, viver em bigamia.²³ Não haveria outra hipótese passível de enquadrar-se no modelo legal.

Desnecessário asseverar a violenta reprovação do ordenamento à configuração dessa situação jurídica, que em tudo viola o sentido essencialmente monogâmico institucionalizado no dever-ser expresso no modelo abstrato. Daí a ilicitude da bigamia, que se põe como situação cuja eficácia jurídica é precária, uma vez que sancionada com nulidade.

Nada obstante, se o enfoque do jurídico não mais se dirigir a um ente abstrato, mas à pessoa concreta, que na relação com seus familiares busca, mutuamente, à satisfação de uma felicidade coexistencial, a simultaneidade familiar – muito mais ampla e multifacetada que a bigamia – pode se apresentar como realidade em que pode avultar alguma relevância jurídica, não mais na seara do desvalor, da sanção, mas, sim da proteção das pessoas que se inserem no âmbito dessa pluralidade de relações familiares em núcleos distintos.

A identificação de uma família seria pertinente, nesse passo, não mais para

²³ É a hipótese de simultaneidade reconhecida por Antunes VARELLA, que rechaça a caracterização de uma família, por exemplo, entre o pai e seus filhos "ilegítimos": "Duas ou mais famílias simultaneamente constituídas poderá havê-las no caso de bigamia, enquanto a anulação do segundo casamento não produzir seus efeitos; note-se, aliás, que, relativamente à destruição do vínculo, a declaração de nulidade, ou a anulação do casamento, opera sempre com *eficácia retroactiva*". (VARELLA, Antunes. *Direito de família*. Lisboa: Petrony, 1993, p. 176).

definir o destinatário abstrato da proteção jurídica, mas, sim, para delimitar a natureza das relações que estão sendo travadas em concreto, bem como para aferir a viabilidade de seu ingresso, pela porosidade seletiva do sistema jurídico, como passíveis de produção dos efeitos jurídicos destinados às relações familiares.

Transforma-se o sentido da proteção jurídica da família, na medida que se privilegia a relação coexistencial concreta de seus componentes em detrimento da tutela de um ente abstrato e transpessoal. As causas desse fenômeno não residem, como se demonstrará na análise histórica a ser efetuada oportunamente, simplesmente em uma vontade do legislador, mas, sim, na concreta mudança ocorrida no âmbito das funções e da estrutura da família ao longo do século XX.

O direito acaba por apreender essas mudanças, consagrando um princípio que pode ser denominado, na esteira de Andrée MICHEL, de "eudemonista". Por essa concepção, "o indivíduo não pensa que existe para a família e o casamento, mas que a família e o casamento existem para seu desenvolvimento pessoal".²⁴ O eudemonismo é doutrina que enfatiza o sentido da busca, pelo sujeito, de sua felicidade.

A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere do disposto na primeira parte do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal:

§ 8º - O estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram (...).

Outras disposições que, à guisa de exemplo, permitem inferir o sentido eudemonista da família disciplinada pela Constituição de 1988,²⁵ dizem respeito à

²⁴ No original francês, "*Dans cette conception, l'individu ne pense pas qu'il existe pour la famille et le mariage mais que la famille et le mariage existent pour son développement personnel.*" (MICHEL, Andrée. *Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines*. In: *Archives de Philosophie du Droit: réformes du droit de la famille*. Paris: Sirey, 1975. t. 20, p. 131).

²⁵ Esse fenômeno não é exclusivo do direito brasileiro, como se observa das afirmações de Diogo Leite de CAMPOS: "Daqui resultou, pelo menos no plano dos princípios, a destruição da hierarquia familiar, encabeçada pelo marido/pai, a conseqüente igualdade dos cônjuges, e a

consagração do princípio da ruptura na hipótese de divórcio, admitindo-se a dissolução do vínculo sem prévia separação judicial, após dois anos de separação de fato,²⁶ à igualdade entre os cônjuges e entre os filhos, vedadas as designações discriminatórias²⁷ – cessando, pois, a marca da ilegitimidade que aviltava a dignidade daqueles que nasciam sem o beneplácito da chancela formal do casamento de seus pais – e, mesmo, a admissão de um sentido plural da família, que por sua especial relevância para o tema deste estudo merecerá análise específica.

Com efeito, se o jurídico deve dirigir-se a uma proteção do sentido de busca pela felicidade dos componentes da família, acaba por enfraquecer-se o olhar institucionalista que reputava o casamento como perpétuo²⁸ a despeito, até mesmo, da possibilidade jurídica do divórcio – que, antes da Constituição de 1988, sofria grandes restrições.²⁹ A busca pela felicidade do sujeito por meio da família enfatiza o valor jurídico do afeto como origem e cimento da relação familiar.³⁰ Há portanto, um caráter instrumental da família, que se dirige à concretização de aspirações afetivas³¹.

diminuição da autoridade dos pais sobre os filhos. O amor conjugal, filial e parental surge como o alfa e o ômega de família". (CAMPOS, Diogo Leite de. *A nova família*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 25).

²⁶ "Art. 226 (...) § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada a separação de fato por mais de dois anos".

²⁷ "Art. 227 (...) § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

²⁸ "A relação matrimonial tende a ser perpétua na medida em que a sociedade conjugal é constituída sob o signo da perpetuidade. (...) O divórcio constitui, por natureza, uma causa anormal de extinção da relação matrimonial". (VARELLA, *op. cit.*, p. 467-468).

²⁹ O divórcio direto, por exemplo, somente era possível na hipótese de o casal já estar separado de fato há ao menos cinco anos, tendo a separação de fato sido iniciada antes do advento da Emenda Constitucional nº 9/1977, o que retirou, a médio prazo, qualquer alcance prático da norma, como bem observam Francisco José Ferreira MUNIZ e Lamartine Correa de OLIVEIRA (**Direito de família: direito matrimonial**. Porto Alegre: Fabris, 1990, p. 492).

³⁰ Como bem observa Silvana Maria CARBONERA, "Assim, a família contemporânea é tomada como a 'comunidade de afeto e entre-ajuda', espaço onde as aptidões naturais podem ser potencializadas e sua continuidade só encontra respaldo na existência do afeto". (CARBONERA, Silvana Maria. *O papel jurídico do afeto nas relações de família*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 293).

³¹ Nesse sentido, OLIVEIRA; MUNIZ. **Direito de família ...**, p. 11 e FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos ...**, p. 58.

Embora, neste ponto, a apreciação que se está a levar a efeito ainda diga respeito ao âmbito normativo principiológico do direito de família, e não propriamente à família como realidade social e histórica – seara em que se irá ingressar oportunamente – não é possível deixar de constatar que a valorização jurídica do afeto nada mais é que resultado da força criadora dos fatos: a família do século XX se caracteriza pelo sentido afetivo, expresso por meio de suas funções pessoais.

É necessário, entretanto, analisar com cuidado o real sentido dessa tutela jurídica da busca por uma felicidade individual. Por certo, não se está diante de princípio que, em contradição com o sentido solidarista³² da Constituição, consagraria uma perspectiva utilitarista, que culminaria em um ultraindividualismo no âmbito da família. Se a família é instrumento de desenvolvimento da personalidade, de concretização da dignidade da pessoa humana, resta evidente que não é de um individualismo utilitarista que se está a tratar.³³

A perspectiva protetiva eudemonista da Constituição se dirige à concretude da vida, e não a uma abstração.³⁴ Não há uma tutela do lugar abstrato institucional, nem, tampouco, do indivíduo atomizado. Note-se que tomar a individualidade do sujeito de modo isolado das relações concretas que ele trava a todo momento também é conduta tendente à abstração.

O indivíduo isolado das demais pessoas que o cercam também é uma abstração, seu isolamento social somente pode ser obtido por uma operação mental,

³² A respeito do sentido solidarista presente na Constituição de 1988, ver RAMOS. **A constitucionalização do direito** ..., p. 9.

³³ É precisa a reflexão realizada por Ingo SARLET: "Neste mesmo contexto, assume relevo a lição de Pérez Luño, que, na esteira de Max Maihofer e, de certa forma, também retomando a noção kantiana, sustenta uma dimensão intersubjetiva da dignidade, partindo da situação básica do ser humano em sua relação com os demais (do ser com os outros), ao invés de fazê-lo em função do homem singular, limitado a sua esfera individual, sem que com isto – importa frisá-lo desde logo – se esteja a advogar a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade." (SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 53).

³⁴ Daí a assertiva de Gustavo TEPEDINO: "À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importante papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes". (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito** ..., p. 326-327).

mas não é aferível em concreto. Por isso, a pessoa concreta somente pode ser concebida em relação de coexistencialidade.³⁵

Nesse sentido, a tutela jurídica a busca da felicidade por meio da família diz respeito a uma felicidade coexistencial, e não puramente individual. Por evidente, não se trata o eudemonismo constitucional de busca hedonista pelo prazer individual, que transforma "o outro" em instrumento da satisfação do "eu". Se a relação familiar pode ser vista como instrumento, os entes que a compõem não são objetos uns dos outros. Uma concepção desse jaez aviltaria a dignidade dos componentes da família, por meio de sua reificação. O dever-ser da família constitucionalizada impõe respeito e proteção mútua da dignidade coexistencial de seus componentes.

Se a proteção deve se dirigir à pessoa de cada um dos membros da família e, se estes não podem ser tomados como indivíduos atomizados, mas, sim, como entes em relação de coexistência, resta claro que, apresentada uma situação de simultaneidade familiar, o sentido dessa proteção deve atender à inter-relação entre aqueles que nela se inserem.

Não é possível, nesse sentido, simplesmente eleger um dos entes, isoladamente, como sujeito à proteção do ordenamento, se essa proteção for destinada ao atendimento de interesses estritamente individuais, quiçá egoísticos ou narcísicos do ente eleito, gerando prejuízos – patrimoniais ou, sobretudo, morais – a algum outro componente da situação complexa – ofendendo, inclusive, à sua dignidade. O princípio eudemonista na Constituição de 1988 deve ser lido em conjunto com o princípio da solidariedade, que traz em si um sentido ético de respeito ao outro.

Ao contrário do que se poderia supor em um olhar apressado sobre a matéria, a busca da felicidade por meio da família não se confunde com o sentido hedonista de um ultraindividualismo: a felicidade do "eu" recebe chancela jurídica na medida que se coaduna com o sentido ético de proteção da mesma pretensão legítima de felicidade que reside no "outro". A equação não é, como se vê, de fácil

³⁵ Sobre o tema, por todos, Carlos Fernandez SESSAREGO (*Derecho y persona*. 2. ed. Trujillo-Peru: Normas Legales, 1995).

solução, não sendo passível de formulações *a priori*.

Não resta dúvida, entretanto, que a proteção jurídica deve se destinar aos sujeitos tomados em relação – o que não se confunde com a totalidade abstrata da família transpessoal –, com deveres mútuos de proteção, ou, ao menos, de não violação da dignidade do outro, seja no interior de um mesmo núcleo ou entidade familiar, e, mesmo, no que tange os componentes do outro núcleo.³⁶

Isso significa que, em concreto, pode ser possível, após uma necessária hierarquização axiológica, visando à proteção de um dos componentes da situação de simultaneidade, negar a produção de dados efeitos jurídicos esperados – ou pretendidos – por outro componente daquela situação de simultaneidade, em homenagem ao sentido ético imanente à perspectiva de tutela de uma felicidade coexistencial.

Consoante essa ordem de idéias, um outro princípio que pode ser instrumentalmente útil ao equilíbrio desses interesses existenciais dos componentes das famílias simultâneas pode ser o da boa-fé, que será objeto de exame quando da análise dos limites e possibilidades da apreensão jurídica da simultaneidade familiar.

De qualquer sorte, resta claro que a ambiência normativa hábil a recolher do âmbito dos fatos, sem um sentido de desvalor, a situação de simultaneidade familiar é aquela em que, de um lado, a família se põe como fruto do afeto, que não se deixa aprisionar pelos estreitos limites de um modelo jurídico tendente à tutela de uma instituição abstrata.

De outro lado, a simultaneidade adquire relevância jurídica quando o olhar da norma não se dirige ao todo abstrato, mas, sim, a cada um de seus componentes, podendo localizar, na perspectiva de algum deles, coexistências familiares em núcleos diversos entre si, mas que, nem por isso, podem ser reputadas de antemão como mutuamente excludentes.

³⁶ Trata-se de decorrência da própria dimensão coexistencial da pessoa concreta: "*La revelación de la dimensión coexistencial de la persona, a la par que permite reconocer la importancia del valor solidaridad dentro del derecho, otorga sustento a la posición doctrinaria que postula que el derecho es intersubjetividad, relación entre sujetos.*" (SESSAREGO, *op. cit.*, p. 86).

Essa pluralidade simultânea de relações familiares também depende, para sua apreensão jurídica, do não aprisionamento do sentido jurídico da família a uma unicidade de modelo: a pluralidade sincrônica que constitui a simultaneidade tem como ante-sala o próprio sentido plural que o direito possa atribuir à família.

1.3 DO MODELO ÚNICO AO PRINCÍPIO DA PLURALIDADE FAMILIAR

Já se explicitou a restrição que a concepção exclusivamente matrimonializada acerca da família opera na configuração da relevância jurídica da simultaneidade familiar. A unicidade de modelo pode implicar conclusões aberrantes, como a de que, ainda que alguém constitua, como realidade fática, uma pluralidade de núcleos familiares com os filhos que possui com várias mulheres diferentes, juridicamente terá apenas uma família – isso se for casado com alguma delas. Nada obstante isso, poderá não ter família alguma perante o direito se não for casado com qualquer das mulheres com as quais constituiu prole, a despeito da coexistência afetiva que possa manter com os filhos decorrentes dos diversos relacionamentos.³⁷

Conclusões dessa espécie afiguram-se inaceitáveis, todavia, à luz de um sistema jurídico que apreenda a realidade familiar em seu sentido plural e concreto. É o que ocorre no Brasil desde a Constituição de 1988.³⁸ Da leitura do artigo 226 da Carta Magna pode-se, de plano, aferir o reconhecimento expresso do direito positivo acerca do valor jurídico de formações familiares diversas do modelo matrimonializado que, no Código Civil de 1916, se apresentava como exclusivo.³⁹

³⁷ É a conclusão de Antunes VARELLA, que sustenta a manutenção, no direito português, do modelo de família exclusivamente matrimonializado. (*Op. cit.*, p. 175).

³⁸ Bem observa Silvana CARBONERA: "Garante-se, desta forma, a liberdade de escolha no que tange ao modo de constituição da família, elemento inovador da Constituição Federal que permite afirmar a existência de uma pluralidade jurídica". (CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 37).

³⁹ O Código Civil de 2002, embora discipline a união estável, parece fazê-lo, também sob uma racionalidade que se revela discriminatória, saudosista, quiçá, da unicidade codificada em 1916. Essa ordem de idéias se reflete no tratamento desigual em relação ao casamento – como, por exemplo, em matéria sucessória – e a distribuição da matéria no livro do Direito de Família, quase

Colhe-se, por conseguinte, do artigo 226 da Constituição Federal:

§ 3º - Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Verifica-se, pois, que, ao lado do casamento, a Constituição consagra ao menos outras duas formas de entidade familiar: a união estável⁴⁰ e as famílias monoparentais⁴¹.

Questão preliminar diz respeito ao significado da expressão entidade familiar. Há, é certo, juristas que realizam exegese excludente acerca do sentido da expressão, de modo a reputá-la como algo diverso da família propriamente dita. Essa postura hermenêutica acaba por negar a igual dignidade jurídica existente entre o casamento, a união estável e as famílias monoparentais, centrando-se em concepção arraigada no modelo unitário que historicamente foi imposto como definidor do sentido jurídico da família. Nessa esteira, colhe-se doutrina que se refere à entidade familiar como uma "quase-família", buscando estabelecer clara distinção entre a família dita legítima, fundada no casamento, e à situação de fato que a ela se equipararia para receber proteção jurídica: "Como posto na Carta Maior, a entidade familiar fica na posição de quase-família, representada pela união estável entre homem e mulher que ostentam vida de casados, em comunhão de interesses, independentemente da existência de filhos, residência sobre o mesmo

como um apêndice. Observa-se que ao tratar do direito pessoal e do direito patrimonial da família o Código Civil se refere apenas ao parentesco e à família matrimonializada. A união estável é tratada em tópico específico, depois das regras pessoais e patrimoniais acerca da família, como se não possuísse a mesma dignidade social do casamento.

⁴⁰ Sobre o tema, ver mais amplamente, entre outros: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **União estável e concubinato**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001; AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: CEJUP, 1986; CZAJKOWSKI, Rainer. **União livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

⁴¹ Explicitando o sentido das famílias monoparentais, preleciona Paolo VERCELLONE: "Por família monoparental deve entender-se qualquer situação em que um adulto seja responsável por um ou vários menores (pais divorciados, adotivos, solteiros, tutores, etc.)". (VERCELLONE, Paolo. **Recomendações do Congresso de Turim**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 42). Acerca das famílias monoparentais, ver, ainda, por todos, Eduardo de Oliveira LEITE (**Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997).

teto e comunhão de bens".⁴²

Verifica-se, entretanto, que no direito brasileiro é amplamente majoritária a corrente que reputa "entidade familiar" como sinônimo de família.⁴³ É essa a concepção adotada neste estudo, como enfatizado anteriormente. Toma-se, aqui, a entidade familiar como um núcleo de coexistencialidade estável, público e fundado no afeto, cuja identificação não se apresenta em uma perspectiva que parta do direito positivado, mas, sim, da realidade social à qual o direito se destina. Esses núcleos ou entidades familiares podem se apresentar, segundo a hipótese aventada neste estudo - na perspectiva de um componente comum a ao menos dois desses núcleos -, como simultâneos.

A previsão constitucional acerca do reconhecimento jurídico de entidades familiares diversas do modelo matrimonializado implica, por si só, uma inequívoca ruptura com a unicidade codificada, que vinculava a família a um único modelo, centrado no matrimônio. Trata-se, em um certo sentido, de uma mudança paradigmática, na medida que a família como dado jurídico passa a ser reputada como plural.

⁴² (FRIGINI, Ronaldo. O concubinato e a nova ordem constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 81, n. 686, p. 60, dez. 1992). Yussef Said CAHALI a seu turno, sustentou: "Na verdade, é efeito jurídico peculiar ao matrimônio o estabelecimento de plena comunhão de vida entre os cônjuges, de forma definitiva e não precária, em que primam os deveres recíprocos de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência. Já o concubinato não tem a virtude de criar, entre as pessoas por ele ligadas, nenhum dos deveres específicos da relação familiar. Não há, entre os estados de família, um estado de concubinato." (CAHALI, Youssef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 220). Carlos Alberto BITTAR sustentava, a seu turno, que "de fato, é pelo casamento que se forma a família (...) Não se encontram, portanto, sob a égide do direito de família as uniões livres entre homem e mulher que, voluntariamente, se não submetem ao regime estatal próprio do casamento". (BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, 1993, p. 10-11). No direito português, em leitura baseada nas fontes de relações familiares mencionadas no artigo 1576 do Código Civil português (matrimônio, parentesco, afinidade e adoção), Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira se referem às uniões estáveis (uniões de facto) como relações "parafamiliares".

⁴³ Como assevera Carlos Alberto Menezes DIREITO: "Entidade familiar tanto é a que se origina do casamento, como a que nasce da união estável, como, ainda, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, nos termos do art. 226 da CF de 1988". (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. União estável como entidade familiar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a, 80, v. 667, p. 22, maio 1991). Também não acatam a tese da diferenciação entre entidade familiar e família Gustavo TEPEDINO (**Temas de direito ...**, *op. cit.*), Luiz Edson FACHIN (**Elementos críticos ...**, *op. cit.*), Paulo Netto LÔBO (**Entidades familiares ...**, *op. cit.*), Rodrigo da Cunha PEREIRA (Concubinato e União Estável ..., *op. cit.*), Álvaro Villaça AZEVEDO (**Comentários ao Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 19), entre outros.

Entretanto, mesmo entre aqueles que, em consonância com a Constituição, reconhecem a união estável e os agrupamentos monoparentais como famílias, apresentam-se certas divergências no que tange a possibilidade ou não de extensão do *nomen juris* família e de sua tutela jurídica para outros arranjos afetivos, que como tais se apresentem na realidade social, mas que tenham caracteres diversos daqueles arrolados no texto constitucional. A discussão que vem à baila diz respeito, portanto, à abertura ou taxatividade⁴⁴ do rol de entidades familiares explicitado na Constituição.

Preciosa indicação acerca da hermenêutica mais adequada é oferecida por Paulo Luiz Netto LÔBO. Sustenta o autor que, em matéria de família, não se submete o rol definido na Constituição ao princípio de *numerus clausus*. Tratar-se-iam as normas de proteção da família de normas de inclusão. Infere-se, daí, um sentido hermenêutico que aponta para uma interpretação extensiva das estruturas familiares mencionadas na Constituição. Aponta Paulo Netto LÔBO⁴⁵, segundo essa ordem de idéias, a supressão operada em 1988 da vinculação constitucional restritiva da família ao casamento, rompendo com a unicidade de modelo.

Mais que isso, consoante explicitado supra, a regra de proteção da família na pessoa de cada um de seus membros enfatiza o seu sentido coexistencial, que não se deixa aprisionar em "tipos legais", mas que se dirige ao "melhor interesse" dos componentes das entidades familiares.⁴⁶

Prossegue o autor mencionando regras clássicas de hermenêutica que, por si só, são aptas a permitir a inserção no âmbito de tutela jurídica de outras formações afetivas. Com efeito, há ao menos três critérios hermenêuticos que propiciam enxergar uma abertura do sistema, para além de exegeses estritas fundadas em pré-compreensões constituídas sobre "modos de comportamento, preconceitos, possibilidades de expressão e barreiras lingüísticas" e na "inserção do

⁴⁴ Adotando, ainda que implicitamente, a tese da taxatividade, pode-se apontar, à guisa de exemplo, Arnaldo RIZZARDO (*Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1, p. 333-334) e LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Repensando o direito de família*: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999. p. 91.

⁴⁵ LÔBO. *Entidades familiares constitucionalizadas* ..., p. 95.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 96.

intérprete em um contexto de tradição".⁴⁷

O primeiro desses critérios preconiza que uma disposição deve se estender a todos os casos que, "por paridade de motivos, se devem considerar enquadrados no conceito". O segundo critério diz respeito à aplicação de uma norma que estatui "sobre um assunto como princípio ou origem" a tudo aquilo que "do mesmo assunto deriva lógica e necessariamente". Por derradeiro, o terceiro critério implica interpretação mais ampla de normas feitas para "abolir ou remediar males, dificuldades, ônus, gravames".⁴⁸ É, por certo, o caso das regras de tutela jurídica da família, que têm por escopo a proteção daqueles que compõem a entidade familiar.

Nada obstante isso, para além de um sentido de coerência formal do sistema expresso por meio dos critérios supra mencionados – que, salvo melhor juízo, prendem-se a um olhar ainda positivista, que parte da estrutura lógico-formal do sistema jurídico –, cabe remarcar o sentido hermenêutico que emerge do princípio da "máxima efetividade", mencionado por CANOTILHO⁴⁹, também citado por Paulo Netto Lôbo.

Trata-se de optar pela interpretação que maior efetividade ofereça à disposição constitucional. Em uma ordem de idéias que leve em conta a norma como construção em concreto, aqui adotada, pode-se compreender esse princípio como o máximo aproveitamento das possibilidades sistemáticas que emergem do texto legislado, de modo a atender às demandas que florescem no exterior do sistema, e cuja satisfação opera sua concreta legitimação.

O atendimento do escopo de desenvolvimento da dignidade da pessoa por meio de uma coexistência familiar impõe, nessa esteira, a compreensão de que a pluralidade constitucional acerca da família é aberta, abrangendo não apenas

⁴⁷ *Ibidem*, p. 98.

⁴⁸ Nas palavras de Carlos MAXIMILIANO, também citado por Paulo Netto Lôbo: "Interpretam-se amplamente as leis providas, *remedial statutes* dos americanos, as normas feitas para corrigir defeitos de outras; abolir ou remediar males, dificuldades, injustiças, ônus, gravames". (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 204).

⁴⁹ É a definição de CANOTILHO acerca do referido princípio: "a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê". (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227).

modelos expressos, mas, também, arranjos familiares que não se apresentam, de antemão, predefinidos conceitualmente na regra positivada. Sua inserção no sistema se realiza por meio da porosidade do princípio da família plural.

Daí pode-se concluir, preliminarmente, que a Constituição de 1988 opera profunda transformação no sistema jurídico no que tange a disciplina jurídica a família, uma vez que rompe com a perspectiva conceitualista que restringe a apreensão jurídica de um fenômeno concreto à sua exata subsunção a um *a priori* definido no texto positivado. Exime-se o direito da secular pretensão de definir família por meio de um modelo abstrato e excludente de arranjos sociais que a ele não se subsumem – e, por conseguinte, das pessoas que os compõem.

Trata-se do reconhecimento de que a família é realidade social e histórica que precede o direito positivo, e que, nada obstante isso, demanda sua apreensão. Esta não se confunde com a constituição de modelos fechados que engessem a realidade, mas, sim, na possibilidade de inserção no sistema jurídico de racionalidade a ele alheias como *a priori*, mas que se mostrem aptas a gerar efeitos no âmbito do direito.

Se é certo que alguns arranjos familiares se apresentam de antemão como predefinidos no direito positivado, com maior ou menor refinamento conceitual, essa aferição, antes de implicar conclusão acerca da exclusão de outros arranjos, deve ser lida como sintomática da abertura do direito a outras realidades familiares. A inserção destas no ordenamento – e, sobretudo, o reconhecimento de sua eficácia jurídica - se opera mediante uma abertura seletiva.

A seletividade não é determinada, entretanto, como regra, por modelos prévios de exclusão, mas, sim, pela construção normativa realizada em concreto, por meio de um método simultaneamente tópico e sistemático,⁵⁰ que, sem descurar da demanda social concreta, a apreende à luz de um sistema visto como totalidade ordenada, ainda que aberta.

⁵⁰ "A interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista solucionar os casos sob apreciação". (FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 80).

Essa ampla abertura à pluralidade de arranjos familiares pode encetar possibilidade, em tese, de ingresso no sistema, inclusive, de formações familiares que sejam qualificadas pela marca da simultaneidade.

Identificada essa potencialidade de apreensão jurídica da simultaneidade, ainda em um estágio preliminar que recolhe os caracteres fundamentais do sistema jurídico em matéria de direito de família, expressos por meio de seus princípios unificadores, é relevante dar um passo adiante no transcurso metodológico proposto. Isso porque, se a ambiência sistemática pode ser propícia à simultaneidade familiar, observa-se, de antemão, que esta não está situada, como regra, no *a priori* conceitual do direito positivado. Trata-se de realidade que se impõe partindo da exterioridade do sistema. O exame desse *locus* de onde se origina a situação de simultaneidade, bem como de seu possível modo de ingresso no universo sistemático do direito é o mister a que se propõe doravante este estudo.

2 PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS DA APREENSÃO JURÍDICA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR

Consoante anteriormente exposto, a localização do fenômeno das famílias simultâneas não se dá mediante análise que se circunscreva à norma posta. Ainda que seja adequado situar, à luz do ordenamento vigente, ambiência que torna viável sua apreensão jurídica, não é, como regra, do direito posto que ela parte. Com efeito, não há no ordenamento jurídico brasileiro um modelo legal genérico que pretenda descrever e normativizar a situação de simultaneidade familiar, tampouco, como regra, modelos específicos que visem a contemplar as situações de simultaneidade de maior verificação no meio social. O que não significa, de antemão, que se trate de situação irrelevante para o direito.

Impende, em primeiro lugar, examinar de que direito se trata. Isso porque o monopólio da produção normativa atribuído ao Estado é fenômeno que não se situa no âmbito de uma permanência milenar, mas, ao contrário, tem sua origem na Modernidade.

Compreender a relação entre as famílias simultâneas e o ordenamento jurídico passa por analisar os pressupostos sobre os quais se constrói o Direito Moderno na perspectiva daquele modelo de direito a que se costuma denominar de "família romanista-ocidental".

Isso porque, admitindo-se de antemão que não há um delineamento normativo específico acerca da simultaneidade familiar, no que tange a constituição de um modelo jurídico – como ocorre, por exemplo, com o casamento – a indagação que emerge é: como esse fenômeno pode adquirir relevância jurídica, mesmo não se enquadrando em um modelo de relação jurídica específico? A resposta pode residir na ambiência normativa fundada em princípios – como tais, abertos –, que pode ser propícia para dar relevância jurídica a essa realidade social e histórica, ao passo que uma racionalidade fundada em um sistema fechado em conceitos não seria apta, em regra, para ensejar essa apreensão jurídica.

2.1 CIÊNCIA POSITIVISTA E DIREITO: CLAUSURA E EXCLUSÃO

Essa análise aporta – embora a ela não se reduza - na racionalidade desenvolvida sobretudo pela Pandectística alemã, que desemboca na "Teoria Pura do Direito" de Kelsen, ponto culminante do denominado "juspositivismo". Não se trata, aqui, como se vê, do exame da milenar polêmica que contrapõe o direito positivo a um direito natural, mas, sim, de localizar, na racionalidade que culmina no juspositivismo, uma faceta do direito da Modernidade, que se revela com clareza nas codificações civis novecentistas,⁵¹ e, por conseguinte, na disciplina jurídica das relações de família.

É certo que o positivismo jurídico não é o único modo de ver o direito que se apresenta na Modernidade. Subjacente a ele há um forte racionalismo, que se manifesta, em um primeiro momento, como fundamento de um Direito Natural⁵² e que, posteriormente, acaba por assentar as bases de um Positivismo Jurídico.

Max Weber identifica a formação do Estado Moderno como algo que se concretiza mediante um processo de racionalização.⁵³ Hegel já o fazia, com efeito, desde a primeira metade do século XIX.⁵⁴ A centralização do poder de ditar o direito

⁵¹ Incluindo-se aí, não apenas as que vieram a lume no século XIX, mas, também, as que foram construídas sobre aquele modo de ver o direito. Nessa ordem de idéias, pertinente a observação de Gustavo TEPEDINO: "O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil". (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito** ..., p. 2).

⁵² AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 44.

⁵³ Como observa Katie ARGUELLO, Weber "identifica o Estado Moderno com o Estado racional, em referência às outras formas estatais de base patriarcal, patrimonial, ou ainda, carismática, nas quais faltava a objetividade do ordenamento jurídico e administrativo, próprio do Estado Moderno". (ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997, p. 89).

⁵⁴ É célebre a frase hegeliana: "Vi Napoleão a cavalo. Vi o Estado a cavalo. Vi a Razão a cavalo."

nas mãos do Estado é vista, pois, como reflexo desse processo.⁵⁵

O racionalismo traz em seu bojo o sentido de valorização de uma dada forma de conhecimento: o conhecimento científico. Observa-se esse sentido de uma certa deificação da ciência sobretudo no Positivismo Filosófico, destacando-se, nesse passo, o nome de Augusto COMTE. É conhecida a teoria dos "Três Estados" de Comte, na qual se sustenta que a humanidade passou por dois estágios evolutivos (o "metafísico" e o "teológico"), tendo atingido, porém no século XIX, o ápice da "evolução", no chamado estado Positivo ou Científico.⁵⁶ Só a ciência, nessa ordem de idéias, seria apta a afastar a mistificação e produzir um conhecimento "certo e verdadeiro".

O pressuposto do cientificismo positivista consiste, sobretudo, na idéia de que o conhecimento nasce do objeto, cabendo ao cientista registrá-lo e descrevê-lo tal como é. E o objeto "é" aquilo que é empiricamente verificável, ou seja, o conhecimento acerca do objeto consiste em determinações observáveis, que são descritas pelo cientista, a observar o objeto tido por "transparente".⁵⁷ A virtude do cientista consistiria, pois, em "saber ver" o objeto do conhecimento – e jamais em construí-lo.

Nota-se que o cientista positivista se coloca, em regra, numa posição passiva diante do objeto. O saber emana do objeto, que é um "dado", no qual o cientista não interfere, limitando-se a descrevê-lo tal como é. Há, portanto, o mito da

⁵⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997, p. 40, 56.

⁵⁶ Era o que prelecionava Augusto COMTE: "Pela própria natureza do espírito humano, cada ramo de nossos conhecimentos está necessariamente sujeito, em sua marcha, a passar sucessivamente por três estados teóricos diferentes: o estado teológico, ou fictício; o estado metafísico ou abstrato; enfim, o estado científico ou positivo (...)

Creio que esta história (da civilização) pode ser dividida em três grandes épocas, ou estados de civilização, cujo caráter é perfeitamente distinto, quer no temporal, quer no espiritual". E enumerava: "A primeira é a época teológica e militar" (...) "A segunda época é a época metafísica e legista" (...) "Enfim, a terceira época é a época científica e industrial". (COMTE, Augusto. *Opuscules sur la philosophie sociale* (excertos). In: MORAES FILHO, Evaristo de (org.). **Comte**: sociologia. São Paulo: Ática, [s.d.]). Acerca do tema, ver, ainda, COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**. Trad. José Arthur Gianotti. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 10).

⁵⁷ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito**: conceito, objeto, método. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 2.

neutralidade do cientista e, por conseguinte, do conhecimento que produz.⁵⁸ O conhecimento obtido seria, então, constantemente acumulado, operando-se uma evolução linear.

Vale ressaltar que essa concepção de ciência não é a prevalente na contemporaneidade, tendo sido substituída por um outro modo de olhar, forjado ao longo do século XX⁵⁹. A alusão ao Positivismo Filosófico é, entretanto, pertinente na

⁵⁸ Essa neutralidade se coloca como mito refutado pelas mais diversas correntes do pensamento acerca da ciência ao longo do século XX. As teorias que constituem o objeto científico, como constatado pelas mais diversas correntes do pensamento acerca da ciência, jamais serão neutras no sentido pretendido pelo positivismo. Pertinente citar, à guisa de exemplo, o pensamento de Karl POPPER que, afirma: "Não podemos roubar o partidatismo de um cientista sem também roubá-lo de sua humanidade, e não podemos suprimir ou destruir seus juízos de valor sem destruí-lo como ser humano e como cientista. Nossos motivos e até nossos ideais puramente científicos, inclusive o ideal de uma desinteressada busca pela verdade, estão profundamente enraizados em valorações extra-científicas e, em parte, religiosas. Portanto, o "cientista objetivo" ou "isento de valores" é, dificilmente, o cientista ideal. Sem paixão não se consegue nada – certamente não em ciência pura." (POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978, p. 25).

⁵⁹ O caráter dogmático da ciência, cujo progresso seria fruto de uma contínua acumulação de saberes – bem como a neutralidade axiológica e a separação absoluta entre sujeito e objeto - é contestado por vários autores, podendo-se citar, entre eles, entre eles Gaston BACHELARD (**O novo espírito científico**. Trad. Roberto Francisco Kuhnen. São Paulo: Nova Cultural, 1998), Karl POPPER e Thomas KUHN (KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 125). Bachelard ao estudar o pensamento científico em uma perspectiva histórica, constata que o progresso científico se faz por meio de rupturas, verdadeiras revoluções epistemológicas. Por isso, critica a postura passiva do cientista do positivismo, afirmando que a verdade não é atingível pela contemplação, mas, sim, por retificações contínuas, por críticas e por polémicas. Ou seja, o saber não é um dado, mas um construído, algo que se cria, produz, retifica, sempre buscando uma "dialética do não", por meio da qual o conhecimento é construído com base no constante questionamento das verdades estabelecidas, de modo a produzir-se uma verdade aproximada, e não absoluta. Nesse passo, o cientista está a construir seu próprio objeto. (MARQUES NETO, *op. cit.*, p. 21). Seguindo, neste ponto, racionalidade semelhante, Karl Popper também admite um progresso científico por descontinuidade entendendo que a verdade científica é uma verdade provisória, passível de falseabilidade, podendo ser refutada por outra teoria que, se obtiver êxito na refutação, ocupará seu lugar como saber científico. Essa teoria, a seu turno, é passível de refutação, e de substituição por outra teoria, de modo que o saber científico não se coloca como verdade absoluta, ou dogma. É precisamente a possibilidade de refutação que permite o progresso científico. Embora aspire à verdade, a ciência não é o lugar da verdade. (POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**: o progresso o conhecimento científico. Brasília: UnB, 1982, p. 245). Por isso, não se pode afirmar a teoria científica – e o objeto que a partir dela se constrói – como definitiva: ela deve ser refutável. Agostinho Ramalho Marques Neto conclui, com Hilton Ferreira Japiassu, que "as ciências não procuram jamais resultados definitivos. As teorias científicas irrefutáveis pertencem ao domínio o mito. O que caracteriza a ciência é a falsificabilidade, pelo menos, em princípio, de suas asserções. As asserções inabaláveis e irrefutáveis não são proposições científicas, mas dogmáticas." (MARQUES NETO, *op. cit.*). Pode-se dizer, pois, que não é ciência aquilo cujas conclusões se colocam como dogmas. De outro lado, o dado, colocado como dogma, também não gera ciência, pois ela não nasce de dogmas, mas de problemas. Ou seja, a ciência nasce da problematização, de onde emergem as teorias que serão condicionantes do objeto do conhecimento. Nessa ordem de idéias, uma ciência do direito que se circunscreva exclusivamente à descrição da norma havida como um dado acaba por negar seu próprio caráter científico.

medida que propicia a adequada compreensão do positivismo jurídico, de base racionalista, no âmbito do qual se consolida a clivagem entre a seara dos fatos e o direito positivo. Não raro, a denominada ciência do direito acaba por ser, ainda hoje, concebida sob pressupostos arraigados a uma concepção positivista.

Enfatize-se que, sem embargo de o positivismo jurídico não se confundir com o positivismo filosófico, a idéia de ciência do direito forjada pelo positivismo jurídico vem ao encontro da ciência positivista.⁶⁰

Como observa BOBBIO, "o positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais".⁶¹

Conforme BOBBIO, o fato histórico da produção legislativa do direito seria o fundamento do positivismo jurídico, ou seja, o impulso para a legislação, que existiria universalmente, "como forma de pôr ordem ao caos primitivo e fornecer ao Estado um instrumento que exprime a estrutura que se quer que a sociedade assumira".⁶²

Se, por um lado, aí reside o fundamento, dele emerge uma conclusão: a fonte do direito é a lei. A ciência do direito deve, então, limitar-se ao estudo da lei tal como posta, de modo a assumir-se diante dela uma postura avaliativa, tomada pelo positivismo como científica.⁶³

Eis o principal ponto de proximidade entre o positivismo filosófico e o positivismo jurídico: a ciência do direito do juspositivismo é a ciência positivista, dos "juízos de fato" em detrimento dos "juízos de valor".

⁶⁰ Sobre o tema, relacionando a Pandectística alemã ao Positivismo Científico, (WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Trad. Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993, p. 491-524).

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135.

⁶² *Ibidem*, p.120.

⁶³ Trata-se do mito da neutralidade, que de há muito é rechaçado pela filosofia do direito, mas que permanece, paradoxalmente, como discurso ideológico. Com efeito, toda opção metodológica acerca da interpretação do direito é marcadamente ideológica, não, aqui, no sentido de falseamento da realidade, mas, sim, no sentido de estar mergulhada nas concepções do intérprete acerca do mundo. Como escreve André Jean ARNAUD: "Toda opção metodológica se refere a uma tomada de posição sobre o mundo". (ARNAUD, André Jean. **O direito traído pela filosofia**. Trad. Wanda de Lemos Capeller, Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 193).

Tal posição ganha maior clareza quando se examina a concepção de Kelsen, em sua "Teoria Pura do Direito". Logo no início da obra em que explicita sua teoria, KELSEN afirma que seu escopo é "libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos".⁶⁴

Assevera Kelsen que o direito, objeto dessa ciência, é um sistema de normas que regulam o comportamento humano. Assim, BOBBIO, nessa esteira, afirma que o Direito é o ordenamento jurídico.⁶⁵

Kelsen define o jurídico como uma ordem normativa de coação, embora reconheça que nem todas as normas são coativas. Nada obstante, ao referir-se ao ordenamento, parte da norma singular, e não do todo, como se infere quando se refere ao direito ora com norma, ora como ordem normativa.

O objeto da ciência jurídica por isso, está, para Kelsen, limitado à norma (ou ao sistema de normas) e às relações por ela constituídas, no que respeita a sua descrição avalorativa.

Essa descrição constituirá a proposição jurídica. A proposição, sem embargo, pode ser verdadeira ou inverídica: a norma, jamais. Esta será, simplesmente, válida ou inválida, e será ela o objeto a descrever. Ou seja: a ciência jurídica, embora produza enunciados que podem ser falseáveis, parte, na elaboração das proposições, de um objeto dado, tido como dogma, que deve simplesmente ser descrito. Não se problematiza, portanto, o objeto da ciência jurídica: o cientista do direito, para o positivismo, não constrói seu objeto, mas o descreve⁶⁶.

O estudo científico do direito deverá centrar-se, pois, no ordenamento (ou na norma), como um dado (seja partindo-se do ordenamento rumo à norma, ou fazendo-se o caminho inverso), a ser examinado e descrito com neutralidade axiológica – que seria pressuposto para a ação do cientista positivista.

⁶⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 17.

⁶⁵ BOBBIO. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1995, p. 28.

⁶⁶ Nas palavras de KELSEN "Se bem que a ciência jurídica tenha por objeto normas jurídicas e, portanto, os valores jurídicos através delas constituídos, as suas proposições são, no entanto – tal como as leis naturais da ciência da natureza – uma descrição do seu objeto alheia aos valores. Quer dizer: esta descrição realiza-se sem qualquer aprovação ou desaprovação emocional." (*Op. cit.*, p. 124).

Por isso, escreve BOBBIO, citando Austin:

Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como diria Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto.⁶⁷

A postura o positivismo jurídico frente à ciência do direito está em consonância com a noção positivista de ciência⁶⁸, que acredita na extirpação de juízos de valor, tomando o objeto como um dado – e, com isso, afastando do objeto do conhecimento a problematização,⁶⁹ haja vista que este é tido como apreensível pela correta observação descritiva.

Fazer ciência do direito, na concepção positivista, é, por conseguinte, partir da norma.⁷⁰ A teoria de Kelsen não é alheia, nesse sentido específico, ao momento

⁶⁷ BOBBIO. *O positivismo ...*, p. 136.

⁶⁸ WAGNER, Heinz. *La teoría pura del derecho y la teoría marxista del derecho*. Instituto Hans Kelsen. *Teoría Pura Del Derecho y Teoría Marxista Del Derecho*. Bogotá: Temis, 1984, p. 139.

⁶⁹ O caráter científico do direito visto como norma – e esta vista como um dado – passa a ser posto em xeque quando se refuta a idéia positivista de ciência. Não há dúvida: reconhecendo-se que o sujeito constrói seu objeto de conhecimento, a norma, vista simplesmente como um dado, não é objeto de conhecimento. O estudo do direito deve, pois, partir de outras premissas. Agostinho Ramalho MARQUES NETO, por exemplo, aponta como objeto da ciência do direito o "fenômeno jurídico". Este, porém, não é tomado como fato bruto, pura realidade ôntica a ser simplesmente apreendida, mas, sim, como objeto de conhecimento que é construído em função do sistema teórico da ciência do direito. Por isso, conforme o autor "qualquer fenômeno social é, em princípio, passível de constituir objeto de estudo da ciência do direito: para tanto, basta que ela o torne seu, isto é, que o aborde dentro dos enfoques teóricos, problemáticos e metodológicos que lhe são próprios." (*Op. cit.*, p. 145). Isso porque, segundo tal concepção, o direito não é uma ciência normativa, mas, em verdade, uma ciência que se aplica normativamente. Isso implica dizer o seguinte: a ciência do direito não visa a ditar normas ou a dogmatizar, mas a explicar, por meio da teoria. Toda teoria, sem embargo, deve visar a uma aplicação. A forma de aplicação das teorias da ciência do direito é a norma, que constitui a sua parte técnica, e não seu conteúdo. Assim, o objeto do conhecimento jurídico se classifica como tal na medida em que se colocam os problemas específicos da ciência jurídica, com vistas a uma posterior aplicação normativa. Trata-se de problematizar o fenômeno jurídico, que tem inúmeras dimensões, de modo a construir um objeto sobre o qual se irá teorizar para, então, normatizá-lo. Com efeito, não havendo modelo legal prévio acerca da simultaneidade familiar, ela não seria objeto de uma ciência do direito positivista. Pode sê-lo, porém, em uma concepção que parta do fenômeno social. Sendo multi-dimensional, o fenômeno jurídico não pode ser explicado em toda sua extensão e, por isso, o cientista elege enfoques teóricos que constituirão os limites em que se dará sua ação.

⁷⁰ Daí a pertinente crítica de Luiz Edson FACHIN: "É que a pretensão de cientificidade, como a de neutralidade, exige certo distanciamento da realidade social. E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-

histórico em que ele se insere e, sobretudo, à construção jurídica que o antecede.

Com efeito, o Código Civil Alemão de 1900 (BGB) já é construído sob uma racionalidade que reduz o mundo relevante para o direito a modelos traçados na lei. Trata-se da idéia de relação jurídica, construída pela Pandectística alemã.

Relação jurídica, como se sabe, pode ser tradicionalmente definida, em síntese, como relação relevante para o direito⁷¹ e que, por isso, é prevista no ordenamento jurídico por meio de um modelo. Por conseguinte, eventual relação social que não se enquadre no modelo legal está excluída do direito, por ser reputada, de antemão, como não relevante. Nessa esteira, se prevalecesse essa ordem de idéias, não haveria que se falar em famílias simultâneas como situações relevantes para o direito, haja vista a ausência de modelos jurídicos acerca de quase a totalidade das situações de simultaneidade, na forma da relação jurídica tal como tomada tradicionalmente. A concepção fechada dos modelos de relação jurídica enseja um juízo de exclusão.

Karl Larenz narra dois momentos do pensamento de Savigny, no século XIX, deixando claro que, se o primeiro tomava como fonte única do direito a lei, o segundo, embora partisse de uma construção histórica dos institutos jurídicos no "Espírito do povo", acaba por desembocar, também, em um sentido abstrato baseado em conceitos e, por conseguinte, na regra por meio dele constituída – que constitui a base para a construção da Jurisprudência dos conceitos, que influenciou de modo decisivo o BGB e a codificação brasileira de 1916, repercutindo ainda na estrutura do Código Civil de 2002.

Savigny, em seus escritos de 1802, sustenta que há um sentido histórico no direito que deve se apreendido não por uma perspectiva que antecede o advento da lei, mas, sim, mediante a ação que parte da norma e retorna à sua gênese, de modo

cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem". (**Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 55).

⁷¹ Na definição de TRABUCCHI, relação reconhecida pelo direito com a atribuição, a alguém, de um direito subjetivo: "(...) *in questo primo significato genereale abbiamo parlato di rapporto giuridico come relazione di vita riconosciuta dall'ordinamento giuridico con l'attribuzione di un diritto ad un soggetto e della relativa subordinazione di uno o più altri soggetti*". (TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. 12. ed. Padova: CEDAM, 1960, p. 44).

que o que se espera do intérprete é que ele se coloque "na posição do legislador", tomando em consideração as circunstâncias históricas do aparecimento da lei e possa atingir o "pensamento" desta.⁷²

Diferencia, porém, "pensamento" da lei de interpretação teleológica, à qual rechaça, uma vez que o fim ou a razão não faz parte do "conteúdo da norma", sendo posto apenas artificialmente. Esse conteúdo só seria atingido a partir das palavras da lei, "segundo o seu sentido lógico e gramatical" segundo uma "conexão sistemática" que assegure unidade ao direito.⁷³

Em um segundo momento, porém, SAVIGNY passa a reputar como fonte originária do direito não a lei, mas o "espírito do povo"⁷⁴, ou seja, sua comum convicção jurídica. Caberia, pois, observar as "relações da vida reconhecidas como típicas do ponto de vista do Direito" que, organizando-se e sendo pensados de forma ordenada e juridicamente vinculante constituem "institutos jurídicos".⁷⁵

Seria a partir da construção histórica dos institutos que se daria trabalho do legislador, que sempre deveria se conduzir pelo que SAVIGNY denomina de "intuição integral do instituto jurídico",⁷⁶ que constitui o "nexo orgânico"⁷⁷ do sistema. Assim cabe ao intérprete aliar o conceito expresso na lei a essa intuição que deve mover o legislador.⁷⁸

⁷² LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 11.

⁷³ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁴ *"Nella coscienza comune del popolo vive il dritto positivo, e noi perciò possiamo chiamarlo anche 'dritto del popolo'." "Ma è bensì lo spirito popolare, vivente ed operante universalmente in tutti gl'individui, quello che genera il dritto positivo; il quale perciò non a caso, ma necessariamente si rivela unico ed identico alla coscienza dei singoli individui"*. (SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografica, 1886. v. 1, p. 42).

⁷⁵ LARENZ, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁶ Escreve SAVIGNY: *"Infatti anche la regola di dritto, come pure la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fundamento nella intuizione dell'istituto giuridico"*. (*Op. cit.*, p. 38).

⁷⁷ Acerca dessa coerência orgânica, colhe-se de SAVIGNY: *"Ma la forma in cui vive il dritto positivo nella coscienza comune del popolo non è quella di una regola astratta, ma è la vivce intuizione degli istituti nel loro complesso organico; cosicché, quando sorge il bisogno di concepire la regola nella sua forma logica, questa deve ottenersi mediante un procedimento artificiale, traendola da quella complessiva intuizione"*. (*Op. cit.*, p. 44) Acaba-se, nada obstante, ao buscar essa "intuição", por retornar ao nexo lógico entre conceitos expressos na lei.

⁷⁸ Parte o autor da completa vinculação entre o ato legislativo e o "espírito do povo", fazendo com que, em última instância, se confundam as duas noções: *"Se cerchiamo qual sia il*

Ocorre que, como observa LARENZ, Savigny não deixa claro como é possível passar do conceito à "intuição". Mais que isso: ao construir a idéia do conceito abstrato de relação jurídica como "poder de vontade" e promover uma "divisão lógico-formal" das relações jusprivatísticas, acaba por fazer com que essa dimensão conceitual, abstrata e lógico-formal seja ela mesma a estrutura do sistema jurídico. Por conseguinte, conclui LARENZ que, em Savigny, "o que estrutura o sistema não é, pois, o nexos 'orgânico' dos institutos, mas o nexos lógico dos conceitos (gerais e abstratos)". Admite, pois, que foi precisamente essa racionalidade que preparou o caminho para a "Jurisprudência dos conceitos" de Puchta".⁷⁹

Bem se vê que um direito que acaba por se resumir à ordenação de conceitos legalmente estabelecidos por meio do modelo abstrato de relação jurídica estabelece uma clivagem seletiva entre as situações reais que podem se subsumir às estruturas conceituais e aquelas que lhe são alheias. Esse fechamento operado pela dimensão ordenadora lógico-formal dos conceitos abstratos afasta do direito, em última instância, aquilo que não está descrito como modelo na lei. Não é essa, por certo, a racionalidade propícia à apreensão jurídica de uma realidade sociológica como a simultaneidade familiar, que não é descrita no ordenamento jurídico por meio de modelos legais. Situar-se-ia, nesse contexto, no âmbito dos fatos brutos, sem maiores espaços para seu ingresso como realidade relevante para o direito.

Torna-se mais claro o porquê da exclusão quando se verifica que o sistema jurídico construído pela Pandectística alemã é tendencialmente fechado, baseado na abstração (como visto) de conceitos que se ordenam por uma lógica formal, constituindo o cerne a unidade sistemática do direito a noção formal e abstrata de relação jurídica.

Pode-se identificar em PUCHTA construção de um pensamento que

contenuto della legge, troviamo che esso è determinato dalla natura stessa del potere legislativo. Il dritto popolare, già esistente, costituisce tale contenuto, ovvero, per dirla con altre parole, la legge è l'organo del dritto del popolo. Per dubitame, sarebbe necessario figurar-se che il legislatore stesse fuori della nazione: ma esso invece sta nel mezzo di questa, sicchè ne concentra in se lo spirito, i sentimenti, i bisogni, e noi possiamo considerarlo come il vero rappresentante dello spirito popolare." (grifamos) (Ibidem, p. 63).

⁷⁹ LARENZ, *op. cit.*, p. 15.

organiza o direito por meio de uma "pirâmide de conceitos", de modo a colocar-se no vértice o conceito mais geral possível,⁸⁰ em que, como escreve LARENZ, venham a se subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos.⁸¹ O que dá unidade ao sistema é, pois, o nexu lógico⁸² entre os conceitos. Oferece as bases, portanto, à construção jurídica que chegaria a seu ápice com Kelsen, consoante já explicitado. Essa racionalidade simplesmente formal opera, como se vê, absoluta clivagem entre a realidade fática e o metafísico mundo abstrato dos conceitos.

WINDSCHEID, do mesmo modo, constrói sua teoria sob uma perspectiva racionalista fundada em conceitos, e, ao mesmo tempo, historicista, na medida que sustenta que o intérprete deve buscar um sentido da lei nas circunstâncias históricas que cercavam o legislador quando de sua elaboração. Sustenta a busca de uma "vontade do legislador" que é, entretanto, obtida mediante a observação do que seria sua "vontade racional"⁸³ e não apenas de sua "vontade empírica". E o "verdadeiro" pensamento de uma proposição jurídica se situa nos conceitos,⁸⁴ cuja articulação permite compreender o sistema jurídico.

⁸⁰ Nessa ordem de idéias, preleciona PUCHTA: *"É ufficio della scienza, riconoscere le verità giuridiche nella loro connessione sistematica, come supponentisi e derivanti l'una dall'altra, per seguire la genesi di ciascuna sino al suo principio, e potere derivarne le ultime conseguenze. Con un tal lavoro sono chiariti, ed addivengono un fatto di coscienza quei principii che si ascondevano nello spirito del dritto nazionale, e non si erano manifestati nè nella spontanea convinzione o nei fatti degl'individui, nè nelle determinazioni espresse del legislatore, e che prendono una esistenza soltanto come un prodotto della deduzione scientifica"*. (PUCHTA, G. F. **Corso delle istituzioni**. 2. ed. Trad. A. Turchiarelo. Napoli: All'insegna del Diogene, 1854. v. 1, p. 10).

⁸¹ LARENZ, *op. cit.*, p. 23.

⁸² *"La conoscenza sistematica del dritto è quella che ne percepisce l'intimo legame, ne unisce le singole parti, ne comprende i particolari come membri dell'intero, o questo come un corpo che si svolge in organi special"*. (PUCHTA, *op. cit.*, p. 3).

⁸³ WINDSCHEID chega a mencionar a forma como a interpretação pode vir em "auxílio" do legislador, na busca pela vontade racional que emana da lei: *"Ma l'interpretazione non ha solo il compito di far valere, di fronte alle parole usate dal legislatore, il senso che egli ha voluto anettere a queste parole; essa inoltre ha il compito di arguire, dal senso che il legislatore ha voluto esprimere, il suo vero concetto. Può cioè avvenire, e si verifica spesso, che il legislatore stesso non abbia avuto una percezione completamente chiara di questo concetto, e si sia arrestato ad una forma di manifestazione dello stesso, che non risponde completamente alla sua vera portata. È il più alto e il più nobile compito dell'interpretazione venire in tal caso in aiuto al legislatore, e di fronte alla volontà da lui espressa, far valere quella che aveva realmente"*. (WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico/Torinese, 1902. v. 1, p. 68).

⁸⁴ *"La giurisprudenza attuale ha la tendenza decisa, di proceder quanto più può nell'analisi dei concetti. E questo è il suo merito. Poichè realmente dalla intelligenza completa del contenuto dei concetti compresi nelle norme giuridiche, dipende non solo la piena intelligenza del diritto, ma anche*

LARENZ sintetiza pensamento conceitualista que se constrói no século XIX, repercutindo nas codificações que se lhe seguem, do seguinte modo:

'Historicismo' e 'Racionalismo' são as componentes dominantes do pensamento, não apenas de WINDSCHEID, mas, em geral, da ciência do Direito do século XIX. Isto significa que, embora se considerasse todo o Direito como produto da evolução histórica e, portanto, como 'positivo', via-se, porém, no próprio 'Direito Positivo' ma ordem 'racional' que, por isso mesmo, seria susceptível de ser compreendida e sistematizada conceptualmente.⁸⁵

É pertinente esclarecer, *quantum satis*, para os fins deste trabalho, o sentido das expressões 'historicismo' e 'racionalismo' no texto supra transcrito. O primeiro diz respeito a um modo positivista de ver a história, sob uma concepção evolutiva e linear, de acúmulo de conhecimentos acerca de uma seqüência de fatos reputados "relevantes" pelo observador pretensamente neutro. O segundo, a seu turno, diz respeito a uma racionalidade formal, instrumental e linear, que pretende deixar à margem uma racionalidade material, orientada por valores, sobre os quais, segundo o olhar positivista, não é possível fazer ciência.

O direito, nessa perspectiva, fecha-se sobre seus conceitos abstratos, que acabam por construir uma "realidade jurídica" que constitui a ambiência abstrata na qual se daria o seu estudo, contrapondo-se à realidade dos fatos. Esta somente seria relevante para o direito se, no mundo do "dever ser" (para restabelecer a ponte com Kelsen) houver previsão normativa acerca daquela dada situação, mediante sua inserção nos conceitos abstratamente construídos no âmbito da "realidade jurídica".

A técnica legislativa por meio da qual essa dimensão conceitual e abstrata se manifesta nos diplomas legais acaba por centrar-se na estrutura da relação jurídica. Construída conceitualmente, mediante a identificação de seus elementos e de seus efeitos jurídicos, a relação jurídica acaba por se manifestar como modelo de relação juridicamente relevante.

Foi o Código Civil Alemão de 1900 (BGB) – forjado, sobretudo, a partir da racionalidade sistemática desenvolvida por Puchta e sua Jurisprudência dos

la sicurezza della sua applicazione". (Ibidem, p. 72).

⁸⁵ LARENZ, *op. cit.*, p. 41.

Conceitos -, mediante sua estruturação centrada na existência de uma Parte Geral e de uma Parte Especial, que abarcou a idéia de relação jurídica como elemento capaz de oferecer a unidade sistemática à codificação.

A Parte Geral do BGB – assim como dos Códigos Civis Brasileiros de 1916 e de 2002 – é a estruturação conceitual da relação jurídica, sob cuja forma se apresentarão as regras da Parte Especial. Esta, a seu turno, busca construir uma realidade jurídica mediante a descrição de uma "biografia do sujeito de direito", em que se pretende efetuar a previsão normativa de todos os atos ou relações relevantes que serão praticados por esse sujeito abstrato ao longo de sua vida.

Trata-se, como se vê, de um sujeito virtual,⁸⁶ construído por meio de conceitos expressos na lei, e que se perde no âmbito da estrutura conceitual maior, que determina a conformação dos modelos, e que consiste na relação jurídica. Como observa Orlando de CARVALHO, o BGB transforma a pessoa em sujeito abstrato, que só tem sentido se inserido como mero elemento da relação jurídica.⁸⁷

Por conseguinte, a operação lógica que se segue é singela: se o mundo relevante para o direito é o mundo dos conceitos com os quais se constróem modelos, aquilo que não está expresso nos conceitos ou nos modelos é irrelevante para o jurídico. Aí se assenta o mito de sua completude: se para o direito só é relevante aquilo que se coloca no seu interior, seus próprios elementos se bastam.

As relações não descritas como jurídicas se colocam na exterioridade desse sistema fechado, uma vez que a relevância jurídica de uma relação social é aferida mediante sua inserção ou não no âmbito dos modelos legislados. Caso não se enquadre nos modelos, é irrelevante para o direito, está na sua exterioridade, pelo que não virá a macular a pretensão de completude.

⁸⁶ (MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-115). Daí afirmar Luiz Edson FACHIN que "A crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil Brasileiro. É por isso que, não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal". (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica** ..., p. 85).

⁸⁷ CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, p. 60.

2.2 O DIREITO DE FAMÍLIA E A CLAUSURA SISTÊMICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Instrumento pertinente de análise dessa racionalidade pode ser colhido, embora em outro contexto histórico, a partir da teorização levada a efeito por Niklas Luhmann, ao tratar dos processos de institucionalização, de redução de expectativas e de positivação. A perspectiva luhmaniana, que culmina em uma idéia de sistema normativamente fechado pode funcionar como útil teoria explicativa acerca da construção abstrata informada pelo conceitualismo racionalista que desemboca no positivismo jurídico – ainda que não se concorde com ela, em virtude de seu franco niilismo que, em dadas situações, bem pode desembocar em uma propensão totalitária.

Enfatize-se que LUHMANN se situa em momento histórico diverso daquele em que se construiu o positivismo jurídico, bem como suas preocupações dizem respeito à contemporaneidade, identificada, entre outros caracteres, sob a categoria fundamental da complexidade.⁸⁸ A racionalidade de sua teoria acerca dos sistemas, todavia, pode ser analisada, com a devida cautela, em analogia com a teorização alemã do século XIX, no sentido de localização do lugar primevo da gênese das normas ou dos conceitos a partir de um lugar exterior ao sistema jurídico⁸⁹, e que, quando nele ingressa, adquirem autonomia em relação a essa exterioridade. Mais que isso, em Luhmann o sistema jurídico, uma vez institucionalizado, se auto-reproduz.

Embora Luhmann vincule o direito positivo de modo indissociável ao grande sistema social, negando expressamente a construção do sistema jurídico pela referência lógica uma norma fundamental⁹⁰ – refutando, por isso, Hans Kelsen – é inequívoco que o sentido formal que o autor atribui à norma positivada acaba por

⁸⁸ Assim refere LUHMANN, em síntese, à categoria complexidade: "Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar". (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 45).

⁸⁹ Nesse sentido, pode-se identificar, por exemplo, em Savigny, a perspectiva que localiza a origem dos institutos jurídicos em um "espírito do povo", mas que acaba por ser cristalizada em conceitos cuja coerência é oferecida pela sua inter-relação formal.

⁹⁰ LUHMANN, *op. cit.*, v. 1, , p. 238.

ensejar um revigoramento da sua abstração e mais grave que isso, da clivagem entre a racionalidade do sistema jurídico e aquilo que lhe é exterior.

A norma jurídica positivada se coloca para LUHMANN, como instrumento de redução de complexidade, de modo a operar uma seleção das expectativas que possam ser reputadas normativas. Expectativas normativas são aquelas que "não são abandonadas se alguém as transgride", uma vez que constituem um "dever-ser", ao passo que as expectativas cognitivas, no caso de desapontamentos, "são adaptadas à realidade".⁹¹

As expectativas normativas diferem, portanto, das expectativas cognitivas, por ser impoem em termos contrafáticos. Ou seja: enquanto a frustração ou o desapontamento de uma expectativa cognitiva por um dado fato é atribuída àquele que a formulou, de tal forma que a frustração deve implicar modificação da expectativa, as denominadas expectativas normativas se impõem contra a sua frustração, no sentido que o fato que infirmou a referida expectativa é que deve ser modificado, de modo a atender ao dever-ser por ela determinado.

Essas expectativas normativas passam, no sistema social, por um processo de institucionalização, que consiste em uma estabilização de expectativas no meio social de tal modo elevada que "aquele cujas expectativas sejam contrárias à instituição terá contra si peso de uma auto-evidência presumida".⁹² As instituições, para LUHMANN, se fundamentam, "não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las. Sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem; e possivelmente até mesmo enquanto quase todos suponham, que quase todos suponham que quase todos concordem".⁹³ Não haveria, portanto, um consenso real, mas apenas presumido.⁹⁴

⁹¹ *Ibidem*, p. 56.

⁹² *Ibidem*, p. 81.

⁹³ *Ibidem*, p. 85.

⁹⁴ O consenso fático, tomado pelo ator como "experimentação sincrônica no seu tempo e em seu sentido" é reputado por LUHMANN como improvável, em virtude da complexidade do mundo que produziria uma "escassez de atenção", inviabilizando a obtenção de consensos reais acerca de temas relevantes. Conclui que "a função das instituições reside menos na criação e mais na economia do consenso, que é atingida na medida em que o consenso é antecipado na expectativa

As expectativas normativas institucionalizadas, a seu turno, podem ser selecionadas mediante um "filtro processual"⁹⁵, constituindo normas jurídicas, por meio de sua positivação – que não deixa de constituir uma institucionalização dos elementos que conformam o sistema jurídico.

A concepção de Luhmann acerca da positivação, ainda que diga respeito a seleção de expectativas normativas no que tange dadas condutas às quais se destinam sanções, pode ser ampliada, na perspectiva da institucionalização, para a compreensão da não seleção pelo direito de relações sociais aptas a se transformarem em relações jurídicas, cuja "sanção" acaba por ser, precisamente, sua não inserção no âmbito daquilo que é juridicamente relevante. Em outras palavras: aquilo que não constitui categoria contemplada pelo direito positivo é elemento alheio ao jurídico.

O processo de institucionalização descrito por Luhmann, como exposto, se baseia, sem última instância, em presunções acerca de consensos. É esse processo de institucionalização de expectativas normativas que passa por uma nova seleção quando de sua positivação pelo direito, conformando os elementos do sistema jurídico.

Os elementos do sistema jurídico são, portanto, ao menos na estruturação lógica de sua gênese, provenientes de sua exterioridade, passando por uma seleção de expectativas normativas que são institucionalizadas mediante consensos fictos. Assim também ocorria, de modo análogo, e com as devidas cautelas, em respeito ao contexto histórico diverso, na concepção de Savigny acerca da historicidade dos institutos jurídicos, que ingressavam no sistema jurídico por meio de conceitos.

sobre expectativas, ou seja, como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso". (*Ibidem*, p. 80).

⁹⁵ Ou seja, é legitimada pelo processo legislativo, que, em última instância, institui uma decisão, que não seria, segundo LUHMANN, arbitrária, porque fundada em projeções normativas já existentes, acerca desse mesmo processo decisório. (LUHMANN, *op. cit.*, v. 2, p. 8). A legitimação mediante o processo ocorreria na medida que se opera uma diferenciação de papéis sociais, na qual os respectivos ocupantes "podem comportar-se livremente, mas apenas segundo as regras do sistema processual" – ou seja, dos papéis que ocupam naquele dado procedimento. Essa "liberdade" de contribuição comunicativa é, porém, bastante limitada, uma vez que é submetida "às regras e às necessidades do sistema processual, isto é, pressionado à redução de complexidades através da eliminação de possibilidades que não podem ser absorvidas na decisão" à qual o processo se destina. (*Ibidem*, p. 68).

Nada obstante, quando as expectativas institucionalizadas ingressam no sistema luhmaniano por meio de normas, acabarão por caracterizar esse sistema, sem abertura à inserção de elementos diversos. Tudo o que ali ingressa diz respeito a informações apreendidas cognitivamente – e não a novos elementos –, lidas à luz dos elementos já presentes na ordem sistêmica.⁹⁶ Trata-se de um fechamento normativo, que não admite novos elementos, senão pelos procedimentos institucionalizados de positivação, que, a seu turno, são constituídos de modo a alimentar o caráter autopoietico do sistema jurídico.

O maior problema emerge, pois, precisamente, na medida que esse sistema é reputado autopoietico, ou seja, um sistema bastante em si mesmo, que se retroalimenta, mantendo-se pela autoreprodução de seus próprios elementos. A referência do sistema é próprio sistema, alheio a valores a ele exteriores.

Caberia, nesse passo, ao operador do direito, restringir-se ao que é interno a essa ordem. Tudo o que ingressar na abertura do sistema será lido à luz do código binário (lícito/ilícito) desse mesmo sistema, determinado, a seu turno, pelos elementos ali institucionalizados. Trata-se de uma abertura parcialíssima, uma vez que é apenas cognitiva: o sistema recebe informações e as processa segundo seus elementos internos.

Evidencia-se o sentido autopoietico da ordem sistêmica descrita por Luhmann, que faz com que o sistema baste a si mesmo. Em última instância, pode-se afirmar que o sistema chega a prescindir de sua exterioridade, limitando-se às relações entre seus elementos intrínsecos.

A descrição realizada por HABERMAS é precisa:

Então o sistema jurídico, enquanto círculo recursivamente fechado de comunicação, delimita-se auto-referencialmente em relação aos seus mundos circundantes, de tal modo que passa a desenvolver as suas relações com o exterior apenas através de observações. Em compensação, ele descreve seus próprios componentes em categorias jurídicas e aplica esta autotematização para construir e reproduzir com meios próprios os atos jurídicos. O sistema jurídico torna-se autônomo na medida em que seus componentes estão de tal maneira entrelaçados entre si que normas e ações jurídicas se produzem umas às outras e

⁹⁶ Ou seja, as informações somente ingressam se puderem ser lidas à luz da linguagem do sistema, composta, sintaticamente, pelos elementos que o compõem.

que os procedimentos e a dogmática relacionam por seu turno essas relações.⁹⁷

No que tange os seus elementos, entretanto, o fechamento do sistema é absoluto. Trata-se de um sistema normativamente fechado, que, como tal, não admite um pluralismo de fontes de juridicidade. Os fatos simplesmente, podem ingressar no sistema como informações a serem processadas. Se a solução do sistema não é justa, ou socialmente inadequada, é um problema que não se põe, uma vez que a legitimação do sistema se dá mediante a repetição de procedimentos no interior da ordem sistêmica. Se o sistema não oferece soluções, a seu turno, isso significa que a informação não é relevante para o direito, uma vez que não se enquadra nas categorias que compõem sistema.

A legitimação não vem, portanto, da exterioridade do sistema, mas de seu funcionamento eficaz, à luz de seus próprios códigos. Pode-se concluir que, na ausência de elementos que dêem conta de dadas informações, estas podem ser reputadas irrelevantes para o sistema jurídico.

Por isso, conclui HABERMAS:

O direito tem que deduzir sua validade de modo positivista, a partir do direito vigente; ele lança fora todas as pretensões de legitimidade que ultrapassam esse nível, como se pode ver, segundo LUHMANN, no processo judicial. Não há um 'output' que o sistema jurídico pudesse fornecer na forma de normatizações: são-lhe vedadas intervenções no mundo circundante. Nem há um 'input' que o sistema jurídico receba na forma de legitimações: o próprio processo político, a esfera pública e a cultura política formam mundos circundantes, cujas linguagens o sistema jurídico não entende.⁹⁸

É por isso que, sob esse aspecto, embora rechace a noção piramidal que parte de uma norma fundamental, Luhmann se aproxima de uma ordem de idéias que se consolida entre os séculos XIX e XX, ainda que sob roupagem contemporânea. O sistema jurídico acaba por se isolar no seu fechamento normativo, legitimando-se pela sua capacidade de auto-reprodução, alheia a

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 73.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 76.

expectativas que não estão institucionalizadas ou, então, que não ingressam na seleção – que também constitui um procedimento institucionalizado - por meio da qual se dá a positivação.

Sob uma racionalidade sistêmica fechada, a simultaneidade familiar somente produziria efeitos jurídicos se fosse passível de enquadramento nos códigos de funcionamento do sistema: ou seja, se essa realidade tivesse seu correspondente como elemento do sistema jurídico, como categoria.

Se entretanto, o sistema se fundar em modelos fechados, e se nesses modelos não estiver presente essa categoria como realidade juridicamente relevante, seu ingresso como informação que aporta na abertura cognitiva do sistema jurídico restará prejudicado, ou, ao menos, restará prejudicada sua leitura pelo sistema ao menos no que tange as expectativas dos que compõem essa relação social acerca de seus possíveis efeitos jurídicos. Essas expectativas podem ter negadas sua condição de expectativas normativas à luz do direito positivo.

Em outras palavras: se alguém que vive em situação de simultaneidade familiar tem expectativas acerca de eventual atribuição de efeitos jurídicos a relação familiar complexa, essas expectativas serão, via de regra, frustradas, e devem, à luz do direito, ser reputadas como simplesmente cognitivas.

Por conseguinte, se o sistema não possui, entre seus elementos, um conceito fundamental que determine que a simultaneidade familiar é informação apta a ser apreendida na abertura cognitiva do sistema como fenômeno familiar, hábil a ser chancelado mediante a atribuição de efeitos jurídicos, então as famílias simultâneas constituem situação irrelevante para o direito. Eventuais expectativas que os componentes dessas famílias possuam com relação a sua chancela jurídica serão simplesmente cognitivas, uma vez que não institucionalizadas e positivadas perante o direito.

Não será relevante para a auto-reprodução do sistema jurídico positivado se, em outros sistemas, uma dada realidade é reputada como família, ou se, concretamente, as famílias podem ser simultâneas. O sistema jurídico realizará a leitura desse fenômeno segundo sua própria racionalidade autopoiética. Se essa racionalidade não reconhece a possibilidade de aquela informação ser lida como

fenômeno familiar, posto que não apresenta os caracteres definidos pelo modelo legislado, então ela não ingressará no sistema jurídico como informação relevante, passível de ser lida consoante os elementos que compõem o sistema jurídico.

As normas, como se sabe, são para LUHMANN, expectativas normativas postas em termos contrafáticos, no sentido de que, ainda que os fatos se insurjam contra o direito, este deve resistir no âmbito das decisões, podendo ser alterado apenas pelo legislador, que é o destinatário de eventuais frustrações operadas pelo descompasso entre o direito positivo e as expectativas da sociedade,⁹⁹ que só ingressam no sistema cognitivamente, ou seja, como informações.

Nesse sentido, escreve LUHMANN:

As frustrações devem ser continuamente reprocessadas no circuito das decisões jurídicas, sendo então absorvidas cognitivamente como informações que darão ensejo à indagação se elas são suficientes para fundamentar uma mudança do direito. Por outro lado, esses processos de apreensão não devem solapar o princípio da resistência à assimilação apreensiva do direito. As possibilidades de apreensão não devem perturbar a determinação de persistência.¹⁰⁰

E conclui: "Quando expectativas juridicamente normatizadas são contrariadas, o juiz deve resguardar a expectativa, e não adapta-la aos fatos".¹⁰¹

Nessa ordem de idéias, parece possível concluir que se não houver a definição positivada de um "dever-ser" acerca da família, mediante categorias que permitam sua leitura pelo sistema jurídico, a inserção de uma realidade familiar como elemento do sistema pode levá-lo a uma situação de desordem, com imposição de racionalidades não sistêmicas, vindas da exterioridade, como aptas a intervir no seu funcionamento, e determinando que as informações que ingressem pela abertura cognitiva recebam leituras alheias aos códigos sistêmicos. A autoreprodução restaria, assim, prejudicada, bem como a legitimação do sistema, que se opera mediante repetição dos procedimentos.

⁹⁹ LUHMANN, *op. cit.*, v. 2, p. 38.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 38.

Tal circunstância, ressalte-se poderia ocorrer se adotássemos a concepção Luhmaniana que reputa o fechamento normativo do sistema como essencial ao seu funcionamento e legitimação. Tomando-se o sistema como aberto, entretanto, legitimado a partir de seu exterior, ou seja, a partir das manifestações sociais que demandam apreensão e que não são passíveis de redução a categorias, o problema do rompimento da autopoiese não se põe. Isso porque não se trabalha, sob essa perspectiva, com um sistema autopoietico.

O sistema jurídico brasileiro, a partir da Constituição de 1998, se exime de estabelecer um modelo de família. Trata-se de premissa deste estudo que, sem embargo, não é compartilhada, como ressaltado alhures, pela unanimidade da doutrina. Em outras palavras: em uma concepção de sistema fechado, as realidades familiares relevantes são as que se subsumem às categorias mencionadas expressamente no direito positivo (família matrimonializada, união estável e famílias monoparentais). Não foi essa, como referido, mais acima, a concepção norteadora deste estudo, fundado na ausência de modelos fechados.

Trata-se de uma abertura que não é apenas cognitiva, mas, também, em alguma medida, normativa, na medida que o direito abre mão de estabelecer, por meio de um modelo legal, um integral e monolítico "dever-ser" acerca da conformação estrutural da família. A validade determinada pelo dever-ser se abre à faticidade do ser concreto da família como realidade social.

Se o sistema ainda pode impor limites, aferidos topicamente, como se verá no desenvolvimento deste estudo, há uma porosidade que permite a inserção no âmbito do sistema jurídico, a partir de sua exterioridade, de uma infinidade de conformações familiares, cuja estrutura não é determinada pelo direito por meio de categorias ou de modelos fechados aptos de ditar um "dever-ser" acerca de sua formação estrutural.

Os princípios constitucionais acerca da família, sobretudo o que rompe com a rigidez dos modelos ao instituir a pluralidade, e o eudemonismo, que implica a proteção da família na pessoa e no interesse de cada um de seus membros – que também dificulta o estabelecimento de modelos fechados, na medida que rompe com uma concepção institucionalista da família - proporcionam a necessária abertura para que realidades familiares não descritas estritamente pelo direito

positivo possam ser reputadas como juridicamente relevantes.

Portanto, se, antes de 1988, aquele que pretendesse constituir família à luz da racionalidade do sistema jurídico deveria, necessariamente, se casar, hoje, será família aquilo que, perante o meio social, em uma perspectiva histórica, for reputado como tal.

Essa determinação exterior, baseada em uma racionalidade não sistêmica, define, ainda que sujeita a certos balizamentos impostos pelo próprio sistema jurídico, a produção ou não de efeitos jurídicos no que tange à realidade submetida à apreciação do direito. As aberturas a racionalidades não sistêmicas transferem a questão da legitimação do direito do interior do sistema para o seu exterior,¹⁰² não se fundando em uma repetição auto-referente de procedimentos.

No caso do Direito de Família, a inserção no sistema dos princípios que colocam no âmbito do "dever-ser" uma concepção plural e eudemonista da família acaba por operar abertura do direito a racionalidades não sistêmicas¹⁰³ – no caso, os valores sociais e históricos acerca do fenômeno familiar concreto.¹⁰⁴

¹⁰² Conforme BARCELLONA, *"In un sistema aperto è invece direttamente nel rapporto tra singolo e società che si forma il criterio, in base al quale viene valutato il comportamento e si assume come punto di vista la tendenziale coincidenza tra legittimità giuridica e conformità all'utile sociale"*. (BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1995, p. 9).

¹⁰³ Colhe-se em BARCELLONA o entendimento adequado: *"Diversamente stanno le cose quando ci si trova di fronte ad un sistema aperto, che consente e richiede una eterointegrazione (integrazione dall'esterno). In questo caso si rende necessario un rinvio ad altri criteri ed in particolare alla coscienza sociale, all'ordine etico, al sentire diffuso e al consenso della collettività. La norma non la si può completare con riferimento a dati interni allo stesso sistema normativo, ma con riferimento a tutta una serie di fattori esterni: il senso di giustizia dell'interprete, il sentire diffuso della collettività, ecc"*. (*Ibidem*, p. 7-8).

¹⁰⁴ Falar em racionalidades "não-sistêmicas" não implica refutar a idéia de se ver o direito como um sistema. Falar em ordem sistêmica não é o mesmo que falar em ordem sistemática, uma vez que, enquanto a ordem sistêmica é assegurada pelo fechamento normativo que circunscreve o espaço em que pode se desenvolver a autopoiese, a ordem sistemática pode – e deve – conviver com uma idéia de sistema aberto a racionalidades exteriores. Nesse sentido, vale a lição de Alexandre PASQUALINI: *"Para boa parcela dos juristas, - reeditando, sob vários aspectos, o célebre antagonismo entre Parmênides e Heráclito – a alternativa parece ser a seguinte: ou o Direito é sistema e, como tal, fechado, coerente e completo, ou o Direito é assistemático e, nessa condição, aberto, contraditório e incompleto. Verifica-se, porém, com progressiva nitidez, como é falso esse dilema. Sabe-se, a cada passo mais, não haver rígida oposição entre as noções de sistema e abertura. Bem ao contrário, uma depende da outra e uma conduz à outra, já que ambas, na essência, constituem pressupostos de racionalidade da ordem jurídica"*. (PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 123).

A abertura propiciada pelos princípios jurídicos constitui a necessária mediação que permite o ingresso de uma realidade fundada em uma racionalidade alheia aos modelos fechados e, ao menos na origem de sua conformação, ao próprio sistema jurídico – uma vez que é construída historicamente no exterior desse sistema – na ambiência de relevância jurídica, passível, em um segundo momento lógico, de receber o influxo do dever-ser que pode cancelar juridicamente os seus efeitos.

Há, portanto, dois momentos lógicos: o ingresso do fenômeno da simultaneidade familiar como realidade passível de chancela pelo direito – mediada pela abertura dos princípios, e não, como regra, por um modelo de relação jurídica – e a possível ulterior atribuição de efeitos jurídicos às situações em que se apresentem famílias simultâneas.

2.3 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR COMO SITUAÇÃO DE FATO: DA FETICHIZAÇÃO SISTÊMICA À POROSIDADE TÓPICO-SISTEMÁTICA.

O ingresso da simultaneidade familiar como realidade relevante para o direito não se dá em regra, como simples subsunção do fato à norma,¹⁰⁵ mediante seu enquadramento em um modelo. Trata-se de conclusão óbvia: esse modelo apriorístico de relação jurídica - salvo em circunstâncias pontuais, como no caso da bigamia - não existe. A apreensão tem um estágio prévio que é mediado pelos princípios, que "abrem as portas" do jurídico a essa realidade social, que se manifesta para o direito, na ausência de modelos, em um primeiro momento, como situação de fato. No segundo momento, passa a ser possível reconhecer, sobretudo

¹⁰⁵ Trata-se da clássica concepção acerca da aplicação do direito: "*La aplicación del derecho consiste en subsumir un hecho de la vida bajo la regla jurídica correspondiente, de modo que se produzca una consecuencia jurídica determinada. Por tanto, se ha de fijar en primer término la situación de hecho, el hecho de la vida. El derecho procesal contiene los principios relativos a esto. Entonces procede en orden a realizar la subsunción exacta, encontrar na norma jurídica adecuada y fijar su sentido*". (ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de derecho civil*. Trad. Blas Peres Gonzáles, José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. t. 1: parte general 1, p. 191-192).

a partir de regras destinadas à disciplina da família – não mais definida pela clausura dos modelos – que a simultaneidade familiar pode ter efeitos jurídicos, chancelados, portanto, pelo direito positivo.

Ressalte-se que a opção da Modernidade por tratar o direito como um sistema impõe como decorrência lógica, que se identifique uma interioridade e uma exterioridade a esse sistema. Isso não significa que esses limites devam ser postos como fronteiras intransponíveis, na medida que, para se legitimar, o sistema precisa atender a racionalidades que estão na sua exterioridade, aprendendo-as não apenas como informações.¹⁰⁶

Ver o direito como sistema não pode significar a fetichização deste último, transformando-o de algo que se situa em uma dimensão ideal em dado pretensamente real. O direito quiçá não seja, necessariamente, um sistema, mas pode ser pensado e organizado como tal.

Essa reflexão significa, porém, que há um espaço que se situa, desde logo, como presente no interior do sistema, uma vez que previamente positivado, ao passo que há algo que se situa na exterioridade – ainda que possa ingressar pela porosidade do sistema – e que pode ser reputado como um "não-direito".¹⁰⁷ Esse não direito não pode ser reputado, de antemão, como irrelevante para o sistema jurídico.

Cogitar da possibilidade de identificação dessas duas esferas não significa estabelecer domínios estanques e alheios a qualquer possibilidade de interação. Ao contrário, um sistema aberto propicia uma interconexão dialética entre o direito e os fatos, de modo que o que se situa no âmbito do "não-direito" - na perspectiva da

¹⁰⁶ Como asseveram François OST e Michel van de KERCHOVE, "*Come le vivant évolue entre 'le cristal et la fumée', le jeu social et juridique se développe entre l'ordre et le désordre. Ou, pour le dire autrement, le système juridique est animé d'un jeu qui, parce qu'il implique l'intervention de joueurs qui ne sont pas exclusivement son propre produit mais participent aussi à d'autres jeux sociaux, se modifie nécessairement sous l'action de son environnement*". Prosseguem afirmando que "*D'évidence s'impose une conception dialectique des rapports entre système juridique et ordre social*" e concluem, citando J. Chevalier, na obra '*L'ordre Juridique*': "*Le dynamique juridique ne résulte pas de processus purement internes à l'ordre juridique, mais bien de la tension dialectique entre le droit et le fait*". (OST, François ; KERCHOVE, Michel van de. **Le système juridique entre ordre et désordre**. Paris: PUF, 1988, p. 159, 161).

¹⁰⁷ Ressaltando que essa categoria de "não-direito" se refere a um direito ditado pelo Estado, em uma perspectiva monista.

ausência de modelo ou categoria específica - pode ingressar no sistema e produzir efeitos jurídicos. O que propicia esse ingresso é a porosidade dos princípios.

Trata-se de concepção bastante diversa, portanto, do conceitualismo e da elevada abstração a que chegou o direito, especialmente na seara do Direito Civil, mediante as codificações inspiradas estruturalmente no BGB (como os Códigos Civis Brasileiros de 1917) que operam clivagem entre o mundo virtual a que se aprisiona o direito e a realidade social, contrapondo, de modo absoluto, o que é "fato" e o que é "direito".¹⁰⁸

É possível, segundo essa ordem de idéias, reputar a simultaneidade familiar como situação que, como regra, emerge no âmbito do "não-direito", a demandar, entretanto, apreensão jurídica. Pode-se caracterizá-la, nesse passo, levando-se em conta a ausência de um *a priori* normativo que a defina, como situação de fato.

As situações de fato não podem ser reputadas de antemão, nos termos expostos, como, de irrelevantes para o direito.¹⁰⁹ Colhe-se de Franceschelli análise que busca delinear aspectos relativos à apreensão jurídica de situações de fato.

No âmbito do direito de família, mais especificamente, Carmem Lucia Silveira Ramos efetua o exame acerca da união estável, tomada como família de fato, cujo ingresso no âmbito do direito se deu, em um primeiro momento, à luz dos modelos legislados, mediante um juízo de semelhança com o casamento, nada obstante a apreensão propriamente dita do fenômeno, antes da Constituição de 1988, tenha se dado mediante a utilização de categorias relativas ao direito obrigacional e aos direitos reais.

Impende, pois, antes de prosseguir no estudo da simultaneidade familiar como situação de fato, estabelecer, *quantum satis*, as premissas que norteiam a

¹⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica ...*, p.176.

¹⁰⁹ Como escreve, com precisão, Carmem Lúcia Silveira RAMOS, "A ficção, que via na produção jurídica monopólio do Estado, gradativamente vem sendo superada no próprio direito positivo, que, admitindo alguns temperamentos na idéia de completude, não mais se coloca como autosuficiente. Se este fenômeno pode ser interpretado como um dos mecanismos de preservação do modelo jurídico engendrado dois séculos atrás, garantindo sua sobrevivência, a partir da adoção de critérios de valoração metajurídica de conduta na solução de litígios, é inarredável que caracteriza uma visão plural do direito, no sentido de inseri-lo num contexto social em sentido amplo." (RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *Família sem casamento: de relação existencial de fato a realidade jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17).

análise no que tange a distinção entre situação de fato e situação de direito.

A partir da digressão realizada mais acima, observa-se que a perspectiva de análise a ser seguida é a que, sem reputar o sistema como fechado, reconhece sua exterioridade e sua interioridade, admitindo, como CARBONNIER, duas espacialidades que podem ser denominadas de "direito" e "não-direito".¹¹⁰

Nesse âmbito, as relações reputadas jurídicas seriam as que se colocam de antemão como retratadas no sistema jurídico positivo mediante categorias por meio das quais podem ser construídos modelos. As relações de fato são aquelas se situam, como *a priori* no "não-direito", sem que se possa identificar de antemão no direito positivado categorias ou modelos que as definam ou visem a espelhá-las. Essas relações ou situações de fato, entretanto, poderão ter relevância para o direito.¹¹¹

Colhe-se de FRANCESCHELLI a distinção tradicional entre relação de fato e relação de direito, em que se reputa "de direito" aquilo que ingressa no esquema traçado pela norma e produz os efeitos pretendidos pela própria norma, e "de fato" aquelas relações que não são tomadas em consideração pelo direito. Enfatiza, todavia, que sob um outro olhar, a expressão "de fato" adquire novo sentido.¹¹²

Mesmo aquilo que não constitui *fattispecie* típica, sendo por isso reputado como "de fato" pode ter relevância jurídica. Franceschelli, com acerto, localiza espaço de comunicação entre fato e direito na perspectiva da formação desde última. Afirma haver uma "osmose" entre fato e direito, seja no que tange o fato que

¹¹⁰ Critica CARBONNIER uma concepção "panjurídica", sustentando que o direito é "menor que o conjunto de relações entre os homens". Situa, nesse passo, um plano a que denomina de "não-direito": "Le non-droit, s'il faut en donner une première approximation, est l'absence du droit dans un certain nombre de rapports humains où le droit aurait eu vocation théorique à être présent. Ce n'est pas, bien entendu, l'anti-droit, le droit injuste, qui est un phénomène positif". (CARBONNIER, Jean. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. 7. ed. Paris: LGDJ, 1992, p. 22-23).

¹¹¹ PERLINGIERI chega a sustentar que todo fato é juridicamente relevante, embora nem sempre a norma lhe atribua consequências tangíveis. No âmbito específico das situações de fato, o autor também acentua sua relevância jurídica. (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 90).

¹¹² FRANCESCHELLI, Vincenzo. **I rapporti di fatto: ricostruzione della fattispecie e teoria generale**. Milano: Giuffrè, 1984, p. 8.

vem a adquirir relevância jurídica, culminando em sua positivação,¹¹³ seja no que respeita a situações de direito que perdem relevância concreta, vindo a ser suprimidos do ordenamento jurídico após verificado pelo legislador seu desuso (como a figura jurídica do dote).¹¹⁴

Com efeito, antes do ato legislativo, a relação refletida no modelo legal se coloca como situação de fato, que ao demandar apreensão jurídica, demonstra sua "força criadora", podendo culminar na constituição de uma situação ou relação de direito.¹¹⁵

FRANCESCHELLI discorre, ainda, sobre situações que se põem entre o fato e o direito, que têm em comum a característica de um particular "coligamento" com uma relação de direito específica, regulada de forma típica por meio da lei. A referência a essas situações se dá mediante a utilização do *nomen* da *fattispecie* típica seguido da expressão "de fato" (casamento de fato, sociedade de fato, separação de fato, etc.). Não se trata, porém, da figura jurídica típica, mas, sim de situação em que a *fattispecie* não é perfeita, ainda que, por um juízo de semelhança, se aproxime da situação reputada como "de direito".¹¹⁶

A concepção que reconhece como situações de fato relevantes para o direito aquelas em que não está presente o cumprimento de formalidade, substancial ou de controle, prevista pelo ordenamento jurídico¹¹⁷ embora se aproximem de espécies de relações jurídicas típicas, não é entretanto, suficiente para explicar as possibilidades de apreensão jurídica da simultaneidade familiar.

Isso porque o juízo de equiparação parte de categorias e modelos, fazendo com que ingresse como realidade juridicamente relevante, e, por isso, apta a produzir dados efeitos, somente aquilo que constitui *fattispecie* imperfeita. Não

¹¹³ É o que observa FACHIN: "Esses espaços de "não-direito" geram fatos que, em certos casos, acabam se impondo ao jurídico, o que gera uma transformação naquilo que foi refinado pela ordem jurídica. Desta certa mudança sem ruptura vem a nova ordem, e o ciclo produtivo das passagens se mantém. Lacunas convertem-se em regras". (FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica* ..., p. 200).

¹¹⁴ FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 12.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 10.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 211.

contempla, todavia, aquilo que não está, ainda que de modo análogo, delineado por meio de categorias ou de modelos.

A abertura do sistema jurídico a um sentido plural que recolhe, em sua porosidade, realidades que não se colocam, internamente, como um *a priori*, pode propiciar o ingresso do fenômeno das famílias simultâneas no âmbito das situações juridicamente relevantes, nada obstante a ausência de caracterização de uma *fattispecie* típica acerca desse fenômeno.¹¹⁸

A relevância jurídica da situação de fato não é, nesse caso, oferecida pela equiparação a uma situação de direito, mas, sim, pela abertura operada pelos princípios, que fazem a mediação entre a exterioridade do sistema (de onde emerge a simultaneidade familiar) e as regras a ele interiores, que poderão cancelar os efeitos da situação de simultaneidade.

Ainda que, como regra, não tenha equivalente em um modelo jurídico, que constituiria, sob uma dada perspectiva, situação de direito, a simultaneidade familiar adquire relevância jurídica por seu ingresso na porosidade do sistema jurídico aberto, que se manifesta na ulterior chancela jurídica de alguns de seus efeitos.

Trata-se, portanto, a simultaneidade familiar, de realidade sociológica que pode se apresentar como situação de fato, apta, entretanto, em um sistema aberto, a obter chancela jurídica de seus efeitos.

A ambiência propícia à apreensão jurídica das famílias simultâneas se apresenta em um sistema que, ao se eximir de definir a família mediante um modelo unívoco, institui a pluralidade, recolhendo o que emerge da exterioridade do sistema, e que, mediante a concepção eudemonista acerca do fenômeno familiar, centra a preocupação do direito na relação entre o "eu e o outro", e não na manutenção de uma perspectiva institucionalista da família.

A busca por uma felicidade intersubjetiva que caracteriza a concepção eudemonista permite que no âmbito da pluralidade de arranjos - que se forma na exterioridade do sistema jurídico, mas que é por ele absorvida - alguém, visando a

¹¹⁸ Sem embargo de ser possível observar que, como se verá mais adiante, o ordenamento jurídico pode contemplar efeitos decorrentes da simultaneidade familiar, o que demonstra sua relevância jurídica.

essa felicidade coexistencial, possa situar-se, ao mesmo tempo, em mais de uma entidade familiar. Há em um sistema jurídico aberto, como se vê, a possibilidade da apreensão desse fenômeno.

Essa apreensão, nada obstante, se dá mediante a construção da norma, a partir de regras e princípios, na problematização concreta de cada caso.¹¹⁹ Se é certo que a norma sempre se constrói em concreto¹²⁰, não resta dúvida de que, mormente tratando-se de uma situação de fato, algo diverso não ocorreria quanto à simultaneidade familiar. É na problematização do caso concreto, mediante a aplicação de diretrizes sistemáticas – e não sistêmicas – que emergirão as reais possibilidades de apreensão e de eficácia jurídica da simultaneidade familiar, bem como seus limites.

Sem embargo, antes do exame desses limites e possibilidades, e, uma vez situada a ambiência propícia para a apreensão da simultaneidade familiar, impende analisar o *iter* histórico no âmbito do qual se constrói a relevância social e jurídica desse fenômeno.

Isso porque, se é de uma situação de fato que se trata, mostra-se essencial situá-la na ambiência da qual ela se origina. Se é a realidade social que impulsiona o direito, se os fatos possuem efetivamente força criadora, mostra-se pertinente verificar em que medida a questão atinente à simultaneidade familiar está presente como realidade social relevante, a demandar apreensão jurídica.

Sobretudo, afigura-se necessário explicar por que a suposta relevância jurídica do fenômeno objeto deste estudo, bem como as condições propícias à sua apreensão pelo sistema jurídico, não se apresentaram em outros momentos históricos.

¹¹⁹ Juarez FREITAS enfatiza a "identidade essencial" entre a tópica e o pensamento sistemático, na perspectiva de um sistema aberto, fundado na feição dialética dos princípios. (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 152).

¹²⁰ Como ensina Friedrich MÜLLER, "*Chacun des procédés particuliers du travail effectué dans ce domaine son ici rassemblés dans l'expression 'concrétisation'. Ce concept ne désigne nullement la réduction d'une norme générale donné aux dimension du cas d'espèce, mais la production d'une norme juridique générale dans le cadre de la solution d'un cas déterminé*". (MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996, p. 222).

Para isso, há que se analisar a família sob lentes que recolham a imagem de sua concretude social e que, sobretudo, sejam aptas a explicar a apreensão dessa imagem pelo direito. Parte-se, para isso, de perspectiva que não se compraz com a observação estática do presente. Somente o exame da família imersa em uma dimensão histórica permite sua adequada compreensão, propiciando traçar entre continuidade e ruptura, o arco que, no âmbito do sistema jurídico, a conduz da unicidade do modelo codificado em 1916 à pluralidade que emerge da Constituição de 1988, abrindo espaço para a chancela jurídica da simultaneidade familiar.

TÍTULO II

O(S) TEMPO(S) DA FAMÍLIA NO BRASIL: DA CASA-GRANDE À SIMULTANEIDADE FAMILIAR

A simultaneidade familiar não é fruto de proclamação legislativa: trata-se de algo que transcende e antecede a norma, constituindo fenômeno social que se apresenta com maior relevância em dado momento histórico, impondo-se ao direito, penetrando em suas fissuras e demandando apreensão jurídica. Sua compreensão, por conseguinte, não parte da norma posta, mas, sim, de uma perspectiva histórica que apreenda o contexto social do qual ela emerge.

Como se sabe, a concepção tradicional do direito acerca da família, presente nas codificações civis forjadas sob a racionalidade dominante nos séculos XVIII e XIX traz em seu bojo certos obstáculos ao reconhecimento jurídico do fenômeno da simultaneidade familiar. Com efeito, colhe-se expressão desse modo de pensar na obra de Antunes VARELLA, ao afirmar que:

O indivíduo que tenha quatro ou cinco filhos de mulheres diferentes, não tem quatro ou cinco famílias distintas. Se não chegou a casar com nenhuma dessas mulheres, não tem família constituída; se casou com alguma delas, constitui apenas uma família, em função do único casamento que celebrou, e não quatro ou cinco famílias, em função dos filhos que gerou ou das mulheres com quem manteve relações.¹²¹

Uma concepção de família fundada exclusivamente em um modelo (matrimonializado), em que a legitimidade da filiação é associada ao casamento e no qual a instituição família se sobrepõe aos interesses coexistenciais dos seus membros faz com que, a uma pessoa, seja possível configurar apenas uma família: aquela constituída por "justas núpcias".

Relações não matrimonializadas ou filiação havida fora do matrimônio se

¹²¹ VARELLA, *op. cit.*, p. 175.

colocam, nessa ordem de idéias, à margem da dignidade jurídica concedida à família dita "legítima", que, como modelo único, não coexiste simultaneamente com outros núcleos familiares.

Não é esta, porém, a realidade contemporânea. Ao longo do século XX, a concepção acerca da família, tanto no âmbito das ciências sociais como do direito sofreu relevantes alterações - ao lado de constatáveis "permanências" que se colocam no devir histórico.

A compreensão do fenômeno da simultaneidade, portanto, não pode prescindir de uma perspectiva histórica. Não se trata, aqui, de um esforço histórico-legislativo que apreenda simplesmente a alteração do direito posto, dissociado da realidade mais ampla da qual ele é elemento. A compreensão das condições históricas de possibilidade do reconhecimento jurídico da simultaneidade familiar passa, necessariamente, por um modo de olhar que ultrapasse a concepção evolutiva de história, do encadeamento lógico, linear e ascendente de fatos - e, no caso daquilo que tradicionalmente se configura como o modo predominante (embora, felizmente, não exclusivo) de se fazer a chamada história do direito, de diplomas legais.¹²²

A proposta de método dessa análise histórica tem como premissa a idéia de que o devir histórico é composto, na concepção de análise elaborada por Fernand BRAUDEL, por diversos níveis, que dizem respeito a diferentes durações. Refere o autor, nesse passo, a ao menos três planos com relação aos quais se analisa o tempo histórico: a história estrutural (tempo geográfico), a história conjuntural (tempo

¹²² Crítica contundente a esse modo de ver a história do direito é formulada por Ricardo Marcelo FONSECA, a partir do pensamento de Antônio Manuel Hespanha: "Há uma recusa por parte de HESAPANHA às duas formas básicas de se fazer a história do direito correntes, justamente por sua cumplicidade com o positivismo histórico: a história das fontes (ou das normas, sobretudo a lei) e a história da dogmática (ou das construções doutrinárias sobre o direito). Por estas historiografias, a história do direito se esgotaria ou naquilo que os legisladores produziram (as normas) ou naquilo que os grandes pensadores elaboraram (a doutrina), de forma que todas as condições de aplicação da norma, as normatizações "marginais", pluralistas e não estatais ficam de fora. Em suma, o social é aqui apartado do direito, como se não houvesse relação alguma entre eles. (...) Há, como se percebe, um "legalismo" e um "estadualismo" subjacentes à esta historiografia, que precisam ser rompidos". (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e história: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito** a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha. Curitiba, 1997. 118. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 106).

social) e a história factual ou episódica (tempo individual).¹²³

BRAUDEL é o mais importante representante da segunda fase da "Escola dos *Annales*", movimento de crítica à historiografia tradicional que operou verdadeira revolução no modo de estudar a história.¹²⁴ Desenvolvido a partir de uma crítica à história linear e evolutiva do positivismo, que era fundada na seqüência de fatos – sobretudo políticos – encadeados por meio de uma lógica artificial, os idealizadores dos *Annales* preconizam uma história fundada na problematização, ou seja, articulada segundo os problemas postos em evidência e os quais se busca solucionar, e não simplesmente segundo os períodos clássicos da "evolução histórica".¹²⁵

Trata-se de uma história que, segundo Antônio Manuel HESPANHA, busca superar a história positivista fulcrada no simples encadeamento de fatos, para "surpreender as estruturas mais profundas e mais estáveis" "que explicam a verificação e encadeamento desses fatos", sempre com um método científico, que leve em conta todos os aspectos da vida real (e não apenas os fatos políticos), sem olvidar que a história não é apenas ciência do passado, mas também do presente, na medida em que "em ligação com as ciências humanas investiga as leis de organização e transformação das sociedades humanas".¹²⁶

Com acerto, observa Ricardo Marcelo FONSECA:

¹²³ "A história situa-se em diferentes níveis, quase diria três níveis, se isso não fosse simplificar demasiado: são dez, cem níveis aqueles que haveria que considerar, dez, cem durações diferentes. Na superfície, uma história episódica dos acontecimentos, que se inscreve no tempo curto: trata-se de uma micro-história. A meia profundidade, uma história conjuntural, de ritmo mais amplo e mais lento; foi estudada até agora, sobretudo no plano da vida material, dos ciclos e interciclos econômicos. (A obra mestra nesta história é o livro de Ernest Labrousse sobre a crise, na realidade semi-interciclo (1774-1791), que serve de rampa de lançamento à Revolução Francesa). Mais para além do 'recitativo' conjuntural, a história estrutural ou de longa duração determina séculos inteiros: encontra-se no limite do móvel e do imóvel; e, pelos seus valores muito prolongadamente fixos, surge como uma invariante frente as outras histórias, mais rápidas no decorrer e no realizar-se e que, em suma, gravitam à sua volta". (BRAUDEL, Fernand. História e sociologia. In: _____. **História e ciências sociais**. Lisboa: Presença, 1976. p. 143-144).

¹²⁴ BURKE, Peter. **A Escola dos *Annales* (1929-1989): a Revolução Francesa da historiografia (1929 – 1989)**. 3. ed. Trad. Nilo Odalia. São Paulo: UNESP, 1995.

¹²⁵ FONSECA, *op. cit.*, p. 52.

¹²⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições: épocas medieval e moderna**.

Nota-se como a problematização do objeto de estudo procura torná-lo operacional, útil, sem os resquícios de erudição vazia que os historiadores deste movimento enxergam a história tradicional. A história não pode ser passadista, mas deve estar com um olho no presente, pois o ontem e o hoje estão indissoluvelmente ligados. É BRAUDEL quem afirma que "não é o presente em grande parte a presa de um passado que se obstina em sobreviver, e passado, por suas regras, diferenças e semelhanças, a chave indispensável para qualquer compreensão séria do tempo presente?"¹²⁷

BRAUDEL, nessa esteira, funda um modo de pensar que mergulha nas instâncias mais profundas do processo histórico, uma história das pessoas anônimas e, mesmo, uma história que se coloca para além dos indivíduos e das próprias mudanças sociais, a que denomina história estrutural¹²⁸, de longa duração, em que, além das mudanças, são enfatizadas as permanências, no limite do móvel e do imóvel, abrangendo séculos inteiros e mesmo, durações muito maiores.

Sobre as estruturas desenvolvem-se as mudanças que marcam o devir da denominada história conjuntural, com seu tempo próprio, chamado de tempo social. Esse tempo social, sem embargo, pode dizer respeito a conjunturas mais longas, até chegar nos limites entre estrutura e conjuntura. Quando se fala sobre um tempo social, na verdade, não se fala apenas em conjuntura, mas é possível, inclusive, defrontar-se com um tempo estrutural, no movimento secular (*trend*).¹²⁹

O tempo de que se ocupa a história positivista seria a seu turno, apenas o tempo individual, de uma história factual, episódica, constituída pelas vagas que se formam sobre o mar da história total, "uma agitação de superfície, as vagas levantadas pelo poderoso movimento das marés, uma história de oscilações breves

Coimbra: Almedina, 1982, p. 17.

¹²⁷ FONSECA, *op. cit.*, p. 52.

¹²⁸ Observe-se que, quando BRAUDEL fala em estrutura, não está a referir-se à sistemas abstratos, mas a algo concreto, efetivamente histórico: "A história assim privilegiada é por mim chamada estrutural, sob o signo da duração, da repetição, da insistência. Digo estrutural sem me preocupar com o estruturalismo dos lingüistas, que não me incomoda nem me tenta, sem me preocupar com o estruturalismo dos pernósticos dos anos sessenta, para quem a estrutura não é mais que um sistema de relações abstratas. Para o historiador, trata-se, ao contrário, de coisas bem reais. É estrutura, para ele, o que, na massa de uma sociedade, resiste ao tempo, perdura, escapa das vicissitudes, sobrevive com obstinação e sucesso". (BRAUDEL, Fernand. **Reflexões sobre a história**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 356).

¹²⁹ *Idem*. **O mediterrâneo e o mundo mediterrânico na época de Filipe II**. Lisboa: Don Quixote, 1995. v. 2, p. 262.

rápidas, nervosas".¹³⁰ Mais que os grandes homens ou os fatos marcantes, enfatiza-se, pois, na leitura realizada por Fernand BRAUDEL a história das massas anônimas, inseridas em dadas condições estruturais que se colocam como elementos de longa duração.¹³¹

A sobreposição dos três tempos históricos busca revelar o que BRAUDEL denomina de uma história total, que não se ocupa apenas dos fatos políticos, mas pretende resgatar "o tempo do mundo".¹³² Não apenas os fatos políticos, portanto, mas, sim, as sociedades e as civilizações, em todos os seus aspectos. Pode-se transportar essa racionalidade para a história do direito: não apenas as mudanças legislativas (episódios), mas toda a estrutura social em que o jurídico se insere, dialeticamente emergindo da sociedade e a ela transformando.

Se a grande história positivista – sobretudo a fundada na obra de Ranke¹³³ –

¹³⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹³¹ Pode-se situar com clareza a operacionalização da proposta de método de BRAUDEL em "Civilização Material e Capitalismo". No primeiro volume da obra, o autor trata de condições concretas da "vida material" entre os séculos XV e XVIII, "do limite que se estabelece para cada época (mesmo para a nossa) entre o possível e o impossível, entre o que se atinge, não sem esforço, e o que é recusado aos homens" (p. 15). Tais limites se situam na longa duração, de uma história estrutural, que perpassa séculos. Sob o "leimotiv" da desigualdade, realidade de longa duração, Braudel traça uma história que analisa elementos demográficos e climáticos, passando por questões atinentes à saúde, a alimentação, o desenvolvimento das técnicas ("o trabalho do homem sobre o homem o seu adestramento empreendido, perpetuado desde o princípio dos tempos" (p. 271), nas palavras do autor), a moeda as cidades e, até mesmo, a moda. No que tange todos esses diversos aspectos, Braudel busca o que há de mais profundo no tempo histórico, as permanências de um tempo estrutural que não pode se limitar a uma história episódica dos fatos políticos, os "grandes acontecimentos": "É certo que a vida material se apresenta logo a princípio sob a forma anedótica de milhares de fatos diversos. Diríamos nós de acontecimentos? Não, isso seria ampliar a sua importância, conferir-lhes uma ressonância que jamais tiveram. (...) Isto são pós da história, uma micro-história no próprio sentido em que Georges Gurvitch falava de uma micro-sociologia: pequenos fatos, que se na verdade se repetiriam indefinidamente, se afirmam como realidades em cadeia. Cada uma delas testemunha por milhares de outras que atravessam espessuras de tempos silenciosos e duram". (BRAUDEL Fernand. **Civilização material e capitalismo**. Trad. Maria Antonieta Magalhães Godinho. Lisboa: Cosmos, 1970. t. 1, p. 476).

¹³² Conforme narra BRAUDEL em "A Dinâmica do Capitalismo" a expressão sintetiza sua pretensão, desenvolvida mais especificamente no terceiro volume de "Civilização Material e Capitalismo": "vincular o capitalismo, sua evolução e seus meios a uma história geral do mundo". (**A dinâmica do capitalismo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987, p. 67).

¹³³ Segundo Peter BURKE, "Uma das conseqüências da camada 'Revolução Copernicana' na história ligada ao nome de Leopold von Ranke, foi marginalizar, ou re-marginalizar, a história sociocultural. Os interesses pessoais de Ranke não se limitavam à história política. Escreveu sobre a Reforma e a Contra-reforma e não rejeitou a história da sociedade, da arte, da literatura ou da ciência. Apesar disso, o movimento por ele liderado e o novo paradigma histórico elaborado arruinaram a 'nova história' do século XVIII. Sua ênfase nas fontes dos arquivos fez com que os historiadores que trabalhavam a história sociocultural parecessem meros *dilettanti*. Os epígonos de

se ocupa simplesmente dos fatos políticos, não é incomum que a história do direito se ocupe apenas dos diplomas legais, das alterações legislativas. Trata-se, também, de algo que se limita a uma história factual, episódica, e não permite uma adequada compreensão do próprio fenômeno jurídico. Braudel ultrapassa esses estreitos limites, buscando o que se põe como condição de possibilidade para a emergência dessa história simplesmente factual. Daí a pertinência desse método para um estudo histórico do direito, sobretudo no que tange o tema objeto deste trabalho, cuja compreensão transcende o elemento estritamente normativo.

Essa opção metodológica se dá pela constatação de que não é possível a compreensão do jurídico sem o reconhecimento de instâncias que o antecedem e que, dialeticamente, com ele se entrelaçam. Com efeito, a simultaneidade familiar não existe somente porque o direito a admite: trata-se de fenômeno social, que emerge com maior relevância em dado momento histórico. Daí sua apreensão pelo direito.

A análise da família nesse trânsito pelas instâncias do devir histórico propostas por Braudel tem a virtude de afastar a ilusão de uma história linear e evolutiva. Não se pode falar, nesse sentido, transportando-se o método para o objeto específico desta investigação, na concepção simplista de uma "evolução" da família.

O método eleito revela, ainda, vários níveis de mudança, que embora inequivocamente entrelaçados, podem ser individualizados teoricamente, com vantagens para a sua compreensão.

Em especial tratando-se da história do direito, freqüentemente marcada por análises que se comprazem da simples aferição da sucessão de diplomas legais acerca de dada matéria, parece essencial buscar aquilo que, ao mesmo tempo, antecede e está para além desse "dever ser" expresso na experiência legislada.

Mais especificamente, a simultaneidade familiar não se contenta com essa perspectiva reducionista: tratando-se a simultaneidade, como regra, de situação de

Ranke oram, porém, mais intolerantes que o mestre em numa época em que os historiadores buscavam profissionalizar-se, a história não-política foi excluída da nova disciplina acadêmica". (BURKE. *A Escola dos Annales* ..., p. 18).

fato, sua análise não pode ter como ponto de partida a norma em sentido estrito, sob pena de, no mínimo, revelar-se inaceitável incoerência lógica, se não uma completa ausência de rigor metodológico.

Por isso, a análise do elemento normativo da história da família em que se constrói essa possibilidade de apreensão jurídica da simultaneidade é apenas um dos pontos a serem analisados quando se busca compreender as condições históricas em que a simultaneidade aporta como dado real a demandar o jurídico. Trata-se, em última instância, do exame das alterações legislativas ocorridas nas últimas três décadas do século XX e início do século XXI que propiciaram ao ordenamento jurídico a abertura necessária ao reconhecimento de que a família é fenômeno plural que pode, em dadas circunstâncias, constituir-se em uma pluralidade sincrônica, que caracteriza a simultaneidade. O marco dessa dimensão factual da análise histórica da família no Brasil é a Constituição de 1988.

Mas compreensão das condições de possibilidade de apreensão jurídica da simultaneidade familiar não se reduz a essa dimensão "factual", colocando-se, segundo a perspectiva positivista, a norma como o objeto exclusivo do direito. Há instância mais profunda do transcurso histórico que não é determinada por marcos factuais, e que gera as circunstâncias necessárias ao surgimento desses marcos. Trata-se de uma história que leva em conta um tempo social, ora conjuntural, ora situando-se entre estrutura e conjuntura. É a mudança que se verifica ao longo de décadas, em um processo histórico que se revela pleno de avanços, retrações, contradições, e que marca o tempo social: não é o tempo do fato isolado, mas o tempo do processo histórico em que as mudanças se operam.

Sob essa perspectiva é que se dará a aferição das condições sociais em que a simultaneidade se coloca como elemento cada vez mais presente na realidade social, impondo respostas do direito às demandas que daí emergem. Apagam-se, nessa instância da história, os marcos legislativos. Não se trata de ignorá-los, ou negar-lhes relevância, uma vez que, remarque-se, as três durações da história, como bem observa BRAUDEL, devem ser vistas como "solidárias umas com as outras":

(...) Não é apenas a duração que é criação do nosso espírito, mas as fragmentações desta duração. Mas estes fragmentos reúnem-se no fim do nosso trabalho. A longa duração, conjuntura, acontecimento, ajustam-se sem dificuldade, posto que todos têm a mesma escala de medida. Por isso, participar espiritualmente num desses tempos, equívale a participar em todos eles.¹³⁴

Trata-se, porém, de buscar apreender a simultaneidade como fenómeno social concreto, cuja expansão se situa no bojo de certas mudanças sociais cuja explicação não depende de proclamações legislativas ou dos atos dos "grandes personagens". É fruto de diversos fatores sociais – entre eles, é certo, situa-se o direito –, que se entrelaçam, formando nova realidade, apreendida a partir do cotidiano das massas anônimas.

Em um terceiro nível, o mais profundo, situa-se a denominada história estrutural. Trata-se do "tempo geográfico", no qual mais do que as mudanças, enfatizam-se as permanências. Aqui, as turbulências do tempo social não se fazem sentir: identifica-se a estabilidade secular de certas estruturas cuja modificação é extremamente lenta, constituindo o palco sobre o qual se movem o tempo social e o tempo individual da história conjuntural e da história factual.

Também é possível identificar, no objeto deste estudo, um tempo geográfico: trata-se da constatação da existência de estruturas que, ao longo da história, podem ser caracterizadas como familiares. É, pois, a própria família que pode ser apreendida sob a perspectiva da permanência, o palco sobre o qual transcorrem as mudanças conjunturais e factuais. Em uma analogia com a obra mestra de Braudel, dir-se-ia que a família é o Mediterrâneo, a permanência em torno da qual, nas outras instâncias da história, as mudanças se operam.

Pode-se dizer, como Michelle PERROT, ao analisar as transformações da família no século XX, que a contemporaneidade rejeita os nós, não o ninho". Vale dizer, operam-se as mudanças, retiram-se os "nós"¹³⁵, mas o "ninho", ou seja, a

¹³⁴ BRAUDEL. História e ciências sociais: A longa duração. In: _____. **História e ciências sociais**. 2. ed. Trad. Carlos Braga e Inácia Canelas. Lisboa: Presença, 1976. p. 59-60.

¹³⁵ Os "nós", especificamente, em PERROT, são a rigidez e excessiva normatividade da família do século XIX. Mas a alusão pode se aplicar a tudo aquilo que se coloca como característica conjuntural, ainda que em uma conjuntura longa, que se vai na média duração do transcurso histórico, sem que, todavia, a estrutura de longa duração da família – vale dizer, a existência mesma de famílias ao longo dos séculos – seja afetada, pelo que se mantém o "ninho". (PERROT, Michelle. O

família, permanece. Estruturalmente, pode-se localizar ao longo da história do ocidente – e, mais especificamente, na história do Brasil – formações familiares, ainda que muito diversas entre si, conforme o momento histórico em que se situam e, mesmo, conforme o estrato étnico e social em que se inserem.

Nesse elemento estrutural podem ser aferidas outras permanências – como, por exemplo, a proibição do incesto, ou, mesmo, a monogamia endógena – que se mantêm com razoável estabilidade ao longo de séculos como presentes, ao menos, na família ocidental. São aspectos que, assim como a existência de agrupamentos sociais familiares, podem ser inseridos no que Braudel denomina de "história de longa duração".

A identificação de uma história de longa duração na família ocidental é pertinente no que tange a localização do objeto deste estudo em um panorama que busca ter a consciência de que o "Mediterrâneo" não se resume às suas "vagas", mas não visa, nem de longe, ignorar o processo de mudança. Em outras palavras: a história de longa duração não visa a gerar a ilusão de que é possível compreender a família contemporânea como fundada na mesma racionalidade em que se colocava, por exemplo, a família romana. Fazê-lo seria incorrer no mesmo erro da perspectiva evolucionista da história linear do positivismo.

A "longa duração" é pertinente, sim, para que se identifique, no nível mais profundo do devir histórico, aquilo que há de estrutural e que serve de base para o próprio tempo social. As três esferas, nunca é demais lembrar, são simultâneas.

Ressalte-se, sem embargo, desde logo, que não é objeto deste estudo traçar uma "história total" da família. Esse mister extrapolaria os objetivos específicos deste trabalho na compreensão da simultaneidade familiar. Por isso, no que tange a história estrutural, longe de pretender esgotar essa dimensão – o que exigiria estudo específico que, por certo, implicaria o exame de perspectivas que se desviassem da temática aqui desenvolvida – buscar-se-á identificar alguns elementos de permanência, que, circunscrevam o "Mediterrâneo" do qual emergirão as famílias simultâneas, sem pretensão de esgotá-lo. Trata-se de mencionar as bases sobre as

quais se constrói a história social da família – em especial no Brasil -, esta sim instrumento imediato para a compreensão da simultaneidade familiar, objeto do presente estudo.

1 NOTAS MÍNIMAS SOBRE UMA HISTÓRIA DE LONGA DURAÇÃO DA FAMÍLIA OCIDENTAL

Pode-se afirmar a família como uma realidade histórica de longa duração. Não raro as ciências sociais e a antropologia se debruçam sobre o tema analisando desde a sociedade ocidental até aspectos relativos às culturas mais diversas, visando a aferir a existência ou não de grupos familiares.¹³⁶

Essa análise, todavia, não é o que se objetiva neste estudo. A história de longa duração, aqui, tem objeto definido: a família ocidental européia, cuja influência estrutural nas formações familiares brasileiras é inequívoca.¹³⁷ Não se afirma, aqui, nada obstante, identidade entre os modelos familiares europeus e a família que se constrói no Brasil. Um raciocínio desse jaez incorreria em grave erro, em simplificação totalitária que ignora a diferença, uma vez que há, historicamente, distinções relevantes até mesmo entre as formações familiares européias e, dentre elas, distinções entre as classes sociais.¹³⁸

Mais que isso, ignoraria a influência das condições materiais de existência que o colonizador europeu encontrou em terras brasileiras, bem como a diversidade cultural que se forja pelo contato com outras etnias. As formações familiares que

¹³⁶ Nesse sentido, apenas à guisa de exemplo, Isidoro Alonso Hinojal menciona a discussão acadêmica acerca da questão da universalidade da instituição familiar, descrevendo em breves linhas aquilo que chama de "algumas experiências familiares críticas", na China, na URSS e nos "kibbutzim", concluindo que, mesmo nessas experiências, se mantém algo que pode ser reputado como formação familiar. (HINOJAL, Isidoro Alonso. **Sociología de la familia**. Madrid: Guadiana de Publicaciones, 1973, p. 84-99).

¹³⁷ Gilberto FREYRE afirma que "O sistema patriarcal de colonização portuguesa do Brasil, representado pela casa-grande, foi um sistema de plástica contemporização entre duas tendências. Ao mesmo tempo que exprimiu uma imposição imperialista da raça adiantada à atrasada, uma imposição de formas européias (já modificadas pela experiência asiática e africana do colonizador) ao meio tropical, representou uma contemporização com as novas condições de vida e ambiente." (FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1946. v. 1: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal, p. 23). Nada obstante a metodologia weberiana que marca a obra do autor citado, pode-se identificar nessa passagem claro movimento dialético.

¹³⁸ Nesse sentido, Mark POSTER (**Teoria crítica da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979). O autor, nessa obra, identifica as distintas características das famílias burguesa, nobre e camponesa na Europa entre os séculos XVI e XIX, apontando sobretudo aspectos atinentes à relação com os filhos (p. 190 – 195, 198-201, 206-209), à constituição ou não de um "lar" como espaço privado (p.

surgem no Brasil são fruto de síntese dialética, na qual, a despeito da mudança qualitativa, há conservação de caracteres do parcialmente negado, no caso, a família portuguesa. As diversas formações familiares que emergem de suas rupturas também conservam, dialeticamente, dados caracteres estruturais.

A formação da família no Brasil possui, pois, caracteres muito próprios. O que não afasta a relevância da influência estrutural do elemento europeu na formação da família brasileira, sobretudo naquela que se observa nas classes dominantes.

Não se trata, aqui, reitere-se, de postura etnocêntrica que ignora a diversidade. Sem embargo, não se pode deixar de reconhecer, como Ângela Mendes de ALMEIDA, que "numa história das mentalidades, o recurso ao pensamento da classe dominante é inevitável por uma série de ordens de razão. Em primeiro lugar porque é sobre ela que versam as fontes conservadas. Além disso, os textos normativos, veio central dessas análises, têm como parâmetro ideal as famílias da classe dominante".¹³⁹

Reconhecer a prevalência de uma dada classe social não implica, entretanto, o desprezo pelas demais formações familiares, sob pena de se operar distorções na análise do fenômeno estudado. Deve-se, pois, ter a cautela de, ao observar determinada estrutura familiar presente nas classes dominantes, ter em mente que não se trata da única formação existente e, não raro, que não se está diante da estrutura quantitativamente prevalente.

Colocadas as premissas que norteiam o modo pelo qual será levada a efeito a análise proposta, impende passar à identificação de alguns elementos que possam ser situados no âmbito da longa duração, em uma perspectiva estrutural da história da família.

189, 197, 203) e influência da família na formação de papéis sociais (p. 196, 200).

¹³⁹ Prossegue a autora: "Em segundo lugar porque, mesmo no caso de classes dominadas que gestam longamente passo a passo com a preparação de sua ascensão, formas de viver explicitamente alternativas e contrárias à classe dominante – como é o caso da burguesia industrial ascendente na Europa face à aristocracia -, o produto desta gestação, esta nova mentalidade, não é elaborado isoladamente. Ao contrário, em cada sociedade, num momento dado, as diversas mentalidades constituem uma rede de vasos comunicantes onde a classe dominante teve um papel determinante". (ALMEIDA, Ângela Mendes de. Notas sobre a família no Brasil. In: _____ (coord.)

1.1 A FAMÍLIA COMO PERMANÊNCIA

O primeiro – e talvez mais relevante - dado a ser levado em conta é a existência de estruturas que podem ser reputadas como familiares a despeito das relevantes diversidades. A existência de formações familiares não é, nem de longe traço meramente conjuntural. Não se mede pela curta duração nem mesmo pela média duração de um tempo social, nas longas conjunturas. Embora seja formação social, há um tempo da história da família que extrapola até mesmo os movimentos de conjunto que operam mudanças sociais, entre conjuntura e estrutura, no *"trend"* secular¹⁴⁰.

Esses movimentos de conjunto que modificam a sociedade transformam, é certo, e profundamente, a família. Não fazem, porém, com que formações reputadas ao longo da história como familiares deixem de existir. A família é, pois, um fenômeno de longa duração.

É certo, porém, que se podem apontar várias famílias ocidentais ao longo de devir histórico. Mas essas várias famílias parecem emergir no tempo social. O freqüente discurso da "decadência" da família ilustra as mudanças que ali se operam. Elas, de fato, ocorrem, mas a família permanece, ainda que modificada. Vão-se os nós, resta ninho, pode-se dizer recorrendo-se novamente à metáfora de Perrot.

Mesmo na estrutura desse fenômeno de longa duração, entretanto, verificam-se elementos que também se mantêm estáveis, para além das mudanças. Os mais diversos tipos familiares ocidentais trazem características comuns, que se situam na longa duração, no campo das permanências, perdurando por séculos, para além da turbulência das vagas da mudança.

Consoante anteriormente exposto, o objeto dessa explicitação acerca de como a família pode se situar em uma história estrutural não é, nem longe, esgotar

Pensando a família no Brasil. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UERJ, 1987, p. 55).

¹⁴⁰ Nessa ordem de idéias, tem razão PERROT, que contempla tanto a longa duração como a conjuntura ao afirmar: "a história da família é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas". (*Op. cit.*, p. 75).

essa dimensão. Não se objetiva, aqui, uma história total da família, na medida em que a análise histórica que aqui se leva a efeito é instrumento – diga-se, essencial – de compreensão de um fenômeno específico: a simultaneidade familiar. Os aspectos examinados circunscrevem-se, nessa medida, àquilo que possui pertinência direta ao tema do presente estudo.¹⁴¹

A história estrutural que aqui se menciona apresenta-se, pois, como alavanca de compreensão daquilo que virá a seguir, ou seja, de uma história que leva em conta o tempo social, em que estrutura e conjuntura se encontram e no qual se operam as mudanças de média duração e, mesmo, mudanças que atravessam o período entre séculos. Trata-se de traçar alguns elementos estruturais que constituem o palco sobre qual se desenvolve o teatro da história social da família.

Nesse passo, para além de localizar a existência de formações familiares ao longo da história do ocidente como elemento de longa duração, passa-se, doravante, como hipótese de trabalho a examinar dois elementos estruturais que podem se situar nessa instância do devir histórico: a proibição do incesto e a monogamia endógena.

1.2 A PROIBIÇÃO DO INCESTO

BRAUDEL identifica a proibição do incesto como um exemplo paradigmático de longa duração, ao afirmar que "todos os sistemas de parentesco se perpetuam

¹⁴¹ Ressalte-se que não se está a negar pertinência a outros diversos aspectos que podem circunscrever um tempo estrutural da família no Ocidente, sobretudo na Modernidade. A totalidade da vida material pode revelar elementos que tornariam mais rica e completa a compreensão da família brasileira, conectando-se não apenas ao tema da simultaneidade, mas permitiria uma ampla apreensão do fenômeno familiar no Brasil. Esse mister, contudo, somente seria viável em um trabalho que visasse, especificamente, à construção de uma história da família brasileira, e não ao exame da apreensão jurídica de um dado fenômeno social. Isso não invalida a eleição do método, que permite, como já explicitado mais acima, uma compreensão do objeto deste estudo que não se circunscreva à experiência legislada nem crie a ilusão de que se insere em ambiência de revolução estrutural das formas de convivência social. Vincula-se o fenômeno da simultaneidade a mudanças que se situam, sim, entre conjuntura e estrutura, como se verá mais adiante, mas mantém-se ancorada em certas permanências, em um contexto de longa duração que se faz ver mesmo em meio às transformações.

porque se impõe que um pequeno grupo de homens para viver se abra ao mundo exterior: a proibição do incesto é uma realidade de longa duração".¹⁴²

A causa apontada por Braudel para a presença dessa característica nas formações familiares ao longo da história é colhida de LÉVI-STRAUSS, que afirma, a partir de Tylor, que "a humanidade compreendeu desde muito cedo que, com o fim de se libertar da luta selvagem pela existência, enfrentava a simples opção entre 'casar-se fora do grupo ou ser morto fora do grupo'".¹⁴³

Para LEVI-STRAUSS, a proibição do incesto acaba por criar vínculos entre famílias que operariam verdadeira "mútua dependência", o que as obrigaria, visando a se perpetuarem, à criação de novas famílias. A proibição do incesto seria traço de natureza cultural, no atendimento de uma necessidade de sobrevivência do próprio grupo na sua relação com os demais, e não uma necessidade biológica.¹⁴⁴ Crítica, pois, a concepção biologista que afirma que os casamentos consangüíneos gerariam resultados genéticos nocivos a uma sociedade. Segundo o autor, "o perigo seria muito menor se a proibição nunca tivesse existido, porquanto isso teria dado ampla oportunidade para que os caracteres hereditários daninhos aparecessem e fossem eliminados por seleção natural".¹⁴⁵

Friedrich ENGELS, com base nos estudos de Morgan, também identifica a proibição do incesto como característica estrutural das formações familiares posteriores à primitiva de "promiscuidade"¹⁴⁶. Acaba por fazê-lo, é certo, sob a perspectiva de um evolucionismo que se aproxima do biológico.¹⁴⁷ É inegável, porém

¹⁴² BRAUDEL. **História e ciências sociais** ..., p. 55.

¹⁴³ LÉVI-STRAUSS, Claude. **A família: origem e evolução**. Porto Alegre: Vila Martha, 1980, p. 34.

¹⁴⁴ "Considerada como interdição, a proibição do incesto limita-se a afirmar, em um terreno essencial à sobrevivência do grupo, a preeminência do social sobre o natural, do coletivo sobre o individual, da organização sobre o arbitrário". (*Idem*. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982, p. 85).

¹⁴⁵ *Idem*. **A família** ..., p. 32.

¹⁴⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Vitória, 1960, p. 40.

¹⁴⁷ Claude LÉVI-STRAUSS critica duramente essa perspectiva biologista, afirmando que "durante a segunda metade do século XIX e nos princípios século XX, os antropólogos trabalhavam sob a influência do evolucionismo biológico. A sua idéia era ordenar dados de forma a que coincidisse as instituições dos povos mais simples com uma das primeiras etapas da evolução da

a pertinência de sua análise na localização desse elemento em uma história de longa duração da família.

Depreende-se de Engels que a proibição do incesto foi o primeiro caminho na "evolução" para as formações familiares modernas. Essa vedação teria se operado em duas etapas: a família consangüínea e a família punualuana.

Na família consangüínea, nas palavras de ENGELS, apresenta-se a proibição do comércio sexual entre ascendentes e descendentes. Nesse modelo tanto irmãos na concepção contemporânea como primos são reputados irmãos entre si, e, "por isso mesmo, maridos e mulheres uns dos outros".¹⁴⁸ O incesto é vedado nessa forma de organização familiar, pois, na linha ascendente, não na linha colateral.

O segundo modelo, a seu turno, é a denominada família "punualuana", em que se verifica a proibição do incesto entre irmãos, "começando", diz ENGELS, "pela exclusão dos irmãos uterinos" e "acabando pela proibição do matrimônio até entre irmãos colaterais" ou seja, entre primos.¹⁴⁹

Ainda que com variáveis no que tange o casamento entre colaterais, a proibição do relacionamento sexual, ao menos entre ascendente e descendente e entre irmãos, na concepção contemporânea o termo, se coloca, pois, como característica de longa duração. Tanto assim que ENGELS localiza a gênese do que poderia ser denominado de uma família ocidental na família monogâmica, identificada pelo autor já entre os gregos, nas narrativas homéricas.¹⁵⁰ Essa família

humanidade, enquanto que as nossas instituições corresponderiam às etapas mais avançadas da evolução. (...) Assistiu-se, por conseguinte, a uma distorção e a uma interpretação errônea dos fatos; mais ainda, inventaram-se caprichosamente etapas 'primígenas' da evolução tais como o 'matrimônio de grupo' e 'promiscuidade' para explicar período em que o homem era tão bárbaro que desconhecia as sutilezas da vida social próprias do homem civilizado. Qualquer costume diferente dos nossos era cuidadosamente selecionado como vestígio de um tipo mais antigo de organização social". (**A família** ..., p. 7-8). O próprio autor, entretanto, não resiste à tentação de um evolucionismo cultural, ainda que não vinculado necessariamente a uma "evolução" das formações familiares, ao classificar sociedades diversas da ocidental como "primitivas" ou "intermediárias": "Isto explica por que é que a família restringida monogâmica, relativamente estável e pequena parece receber um maior reconhecimento entre os povos primitivos e nas sociedades modernas que nas sociedades em níveis intermediários". (*Ibidem*, p. 45).

¹⁴⁸ ENGELS, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 41.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 62.

monogâmica seria, ao menos no ocidente, posterior aos "estágios" consangüíneo e punualuano.

Com a cautela necessária para não se prender à perspectiva evolucionista exposta por Engels, expressamente influenciada por L. H. Morgan, de quem colhe as informações que expõe e analisa, os modelos de família apresentados pelo pensador permitem, ao menos, caracterizar a proibição do relacionamento sexual consangüíneo nas civilizações ocidentais desde períodos muito antigos.

As perspectivas de análise acerca das causas da proibição do incesto, como se vê, divergem entre si, mas uma conclusão é unívoca: a família ocidental é, de longa data, fundada na proibição do incesto.¹⁵¹

A vedação ao incesto é, pois, aspecto estrutural da família no ocidente,¹⁵² que também se reflete claramente nos conjuntos familiares formados no Brasil após a chegada do elemento europeu. As formações familiares brasileiras se mantêm ligadas a esse princípio estável, de longa duração, que se mantém quase imóvel sob as vagas de outros níveis do tempo histórico.

1.3 A MONOGAMIA

O segundo elemento estrutural que aqui se coloca, como hipótese de

¹⁵¹ Daí a proclamação de LEVI-STRAUSS: "A proibição universal do incesto especifica, como regra geral, que as pessoas consideradas como pais e filhos (as), ou irmão e irmã, inclusive nominalmente, não podem ter relações sexuais e muito menos podem se casar um com o outro". (*A família ...*, p. 31).

¹⁵² O princípio repercute, como é evidente, no direito, como se observa do exame dos impedimentos matrimoniais, proibindo o casamento de parentes em linha reta e de colaterais até o terceiro grau. Sobretudo a relação entre ascendentes e descendentes e entre irmãos situa-se no que Carbonnier denomina "zona de horror". Interessante análise acerca da postura do direito frente ao incesto é realizada por Annick BATTEUR: "*Tout l'inceste fait l'objet d'une condamnation sociale. Mais dans le même temps, il fascine et hante les esprits. Il scandalize par son côté scabreux, mais tourmente, suscitant par là le discours. Le juriste, lui, a choisi de se taire. Sagesse ou démission? Que l'on se tourne du côté du droit civil ou vers le droit pénal, transparait la volonté non déclarée, mais ferme, que l'inceste consommé reste dans le secret des alcôves*". (BATTEUR, Annick. *L'Interdit de l'inceste: principe fondateur du droit de la famille. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, n. 4, p. 768, oct./déc. 2000).

trabalho, na perspectiva da longa duração é a monogamia, que historicamente se coloca como ao menos endógena para o homem, e endógena e exógena para a mulher. Impende, em um primeiro momento, estabelecer os caracteres que delimitam o que se entende por monogamia e poligamia endógenas e exógenas.

A poligamia exógena masculina não é rara na história da família ocidental, recebendo, em muitos momentos, o beneplácito da aceitação social. O mesmo não se pode afirmar sobre uma poligamia endógena, que implique múltiplas conjugalidades ostensivas e no interior de uma única formação familiar.

A monogamia endógena consiste na existência de uma única relação de conjugalidade no interior de uma mesma estrutura familiar. Ela não exclui a possibilidade de conjugalidades múltiplas, desde que exteriores à estrutura monogâmica constituída. Difere, pois, de uma monogamia também exógena, que implica a vedação absoluta do relacionamento sexual com outros indivíduos que não aquele com o qual se constituiu a conjugalidade.

A monogamia endógena, portanto, convive com a possibilidade de uma dada poligamia: a que se apresenta sob a forma exógena, ou seja, exterior à estrutura familiar monogâmica. É incompatível, porém, como decorrência lógica, como uma poligamia endógena, ou seja, várias conjugalidades no interior de uma mesma estrutura familiar.

ENGELS situa a família monogâmica, segundo a perspectiva evolucionista que não se está a subscrever, como aquela que surge "no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie".¹⁵³ Seria o modelo que se identifica, no exemplo citado pelo autor, entre os gregos, que se conserva até a atualidade.

Sem embargo da discordância quanto à perspectiva de análise, a constatação do autor é de grande relevância: a monogamia é característica estrutural da família ocidental desde períodos bastante remotos.

Pondera-se, todavia, de que monogamia se trata. ENGELS afirma que, na verdade, tratar-se-ia de uma monogamia para a mulher, uma vez que para o homem a poligamia continuava ser aceita, permanecendo viva até hoje: "Morgan entende

¹⁵³ ENGELS, *op. cit.*, p. 61.

por heterismo o comércio extraconjugal – existente junto com a monogamia – dos homens com mulheres não casadas, comércio carnal que, como se sabe, floresce sob as formas mais variadas durante toda a época da civilização e se transforma, cada vez mais, em aberta prostituição".¹⁵⁴

Não se fala, nesse caso, em poligamia endógena, mas exógena – quando se caracteriza como tal, uma vez que uma efetiva situação poligâmica, mesmo exógena, implica certas ostensividade e estabilidade, não se qualificando como tal apenas por relações esporádicas e clandestinas.

Se a monogamia para a mulher foi, historicamente, endógena e exógena – localizada também na longa duração –, para o homem foi e é, como se percebe, ao menos endógena.

Há que se ter em conta, nesse passo, que a caracterização efetiva de poligamia impende certa ostensividade, uma vez que o relacionamento sexual extraconjugal levado a efeito às ocultas não é, historicamente, privilégio masculino. O que se coloca, com efeito, é que, enquanto as relações extraconjugais masculinas são, em muitos momentos históricos, toleradas, e, mesmo, incentivadas, a situação da mulher é bem diversa, sofrendo violenta repressão social.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 65.

¹⁵⁵ Há que se ter, pois, a cautela de não se imaginar que a infidelidade feminina não seja uma realidade presente na história. Ainda que não tolerada socialmente, talvez sua frequência não fosse tão escassa quanto faz crer a rigidez da proibição historicamente instituída, revelando a clivagem entre o "ser" e o "dever ser". Mais uma vez a literatura – cuja relevância como instrumento de análise se apresenta, quando menos, pelo fato de ser fonte imersa em dado contexto histórico – traz sintoma da presença do comércio sexual extra-conjugal por parte da mulher, como se infere em Shakespeare, em *Cimbeline*, ao colocar nos lábios de Póstumo: "Todos somos bastardos,/E o homem venerável, a quem pai/Chamei, andava sei lá por onde,/ Na hora em que fui gravado./ Um cunhador com sua ferramenta fez-me falso;/ No entretanto, minha mãe aparentava/ Ser a Diana da época, assim como/ Minha esposa, hoje em dia, era sem par(...)" (embora a acusação seja injusta quanto à esposa de Próspero). As filhas de Père Goriot, em Balzac, já no século XIX, entre outras, são claro retrato do que se está a explicitar. No século XVIII, poucos exemplos são tão adequados quanto a ópera de Wolfgang Amadeus Mozart e Lorenzo da Ponte, "Così fan tutte: ou, a escola dos amantes". O libretto versa sobre dois rapazes que, em virtude de uma aposta com um velho amigo, resolvem por à prova a fidelidade de suas noivas. Frustram-se ao constatar a infidelidade, restando proclamar que "così fan tutte" (ou, "assim fazem todas"). Reveladora da postura feminina encoberta pela rigidez dos costumes socialmente impostos é a ária cantada pela personagem Despina: "*Una donna a quindici anni/ Dee saper ogni gran moda,/ Dove il diavolo ha la coda,/ Cosa è bene e mal cos'è./ Dee saper le maliziette/ Che innamorano gli amanti,/ Finger riso, finger pianti, / Inventar i bei perché./ Dee in un momento/ Dar retta a cento,/ Colle pupile/ Parlar con mille./ Dar speme a tutti,/ Sien belli o brutti,/ Saper nascondersi/ Senza confondersi,/ Senza arrossire/ Saper mentire*".

A poligamia exógena pode conviver com a monogamia endógena, como observa com precisão LEVI-STRAUSS: "Assim sendo, em muitos casos sucede que as famílias poligâmicas não são mais que várias famílias monogâmicas nas quais uma mesma pessoa desempenha o papel de vários cônjuges".¹⁵⁶

Mesmo o relacionamento sexual fora do casamento acaba, em muitos momentos históricos, se colocando sob um véu de hipocrisia, afastando qualquer ostensividade ou, mesmo, é rechaçado com veemência pelo meio social.

Exemplo interessante pode ser colhido da narrativa de SHORTER, ao mencionar os insultos de que eram vítimas os "transgressores sexuais" das comunidades camponesas da França entre os séculos XVI e XVII – em período no qual a família não estava constituída como espaço privado, havendo franca intervenção da comunidade na vida familiar, chamado pelo autor de os "Maus Velhos Tempos".¹⁵⁷

De qualquer modo, ainda que o relacionamento sexual extra-conjugal pudesse ser tolerado ou mesmo estimulado em momentos conjunturais do transcurso histórico, verifica-se a monogamia endógena como estruturalmente estável nas sociedades ocidentais. Vale dizer: um elemento de longa duração.

Há que se ponderar, pois, até que ponto a monogamia endógena pode ser reputada como elemento estrutural, de longa duração, identificável na família brasileira. Poder-se-ia objetar, sobretudo, no que tange a formação do Brasil colonial, adentrando o Império até fins do século XIX, que a família escravocrata patriarcal seria, no dizer de Gilberto FREYRE, como tipo-ideal, poligâmica.¹⁵⁸

Há que se cogitar, sem embargo, se essa poligamia seria efetivamente elemento estrutural da família brasileira, ou simplesmente conjuntural de um dado estrato da sociedade. Demais disso – e sobretudo –, impende cogitar se essa

¹⁵⁶ LEVI-STRAUSS. *A família* ..., p. 13.

¹⁵⁷ (SHORTER, Edward. *A formação da família moderna*. Lisboa: Terramar, [s.d.], p. 235). Narra SHORTER o que ocorria com os homens casados da aldeia de Vaux que engravidavam mulheres solteiras, mencionando que em meio a terrível algazarra os jovens confeccionavam figuras de palha representando o homem e a mulher "culpados", que eram simbolicamente queimados, em um cortejo que culminava na porta da casa dos "transgressores". Essa "técnica disciplinar" aplicada pela comunidade, por meio da humilhação pública, é conhecida por "assuada".

¹⁵⁸ FREYRE. *Casa grande* ..., *op. cit.*

poligamia seria endógena ou exógena. Para tanto, é necessário identificar qual a extensão dessa formação familiar, ou seja, ponderar quais são os entes que a compõem.

Isso porque uma poligamia endógena implicaria reconhecimento social da conjugalidade múltipla no interior de uma única formação familiar, bem como da filiação daí decorrente, e não apenas o efetivo intercursos sexual entre o senhor e a escrava, com o nascimento de filhos cuja condição social, sem embargo da eventual convivência na "casa grande", os colocava à margem da família chancelada pelo *status* social e jurídico da legitimidade.¹⁵⁹

Em outras palavras: a estrutura familiar do Brasil Colônia abrangia as escravas e seus filhos? Trata-se de tema, no mínimo, altamente controverso. Sheila de Castro FARIA entende que, provavelmente, não, ao contrário do que ocorria com os demais agregados, que podiam ser reputados como inseridos no bojo da denominada família extensa patriarcal.¹⁶⁰ Pode-se cogitar, pois, que, se há poligamia, ela é exógena. Não seria demais lembrar que, de caracteres análogos – embora, por óbvio, não idênticos – era o relacionamento sexual entre os gregos e as escravas, mencionado por ENGELS¹⁶¹, ou, mesmo, não raro, entre senhores feudais

¹⁵⁹ Sheila de Castro FARIA traz interessantes subsídios para a compreensão a condição social do filho adúltero ao mencionar as condições em que se davam as raras situações de reconhecimento de filiação extra-matrimonial, sobretudo escrava, entre os séculos XVII e XVIII no Brasil: "Filhos naturais ou adúlteros estavam, visivelmente, numa "segunda categoria" frente a filhos legítimos, principalmente se considerarmos que praticamente só os homens solteiros ou casados sem filhos reconheceram rebentos ilegítimos em testamentos. (...) Segundo a lógica da ocultação de fatos para preservar honras e direitos, sem dúvida que a mulher e filhos concebidos de matrimônios consagrados pela Igreja Católica teriam direito total à herança. Seria, portanto, incorrer em falta social e sagrada grave dividir a herança de herdeiros legítimos em favor de um outro, concebido fora dos "sagrados laços do matrimônio". Quando o reconhecimento se dava em testamento, via de regra as disposições de última vontade operavam a alforria e asseguravam valores em dinheiro a que se denominava "esmolas". (FARIA, Sheila de Castro. **A colônia em movimento: fortuna e família no cotidiano colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 90). Maria Beatriz Nizza da SILVA afirma, nesse sentido: "Das relações sexuais entre homens brancos e mulheres de cor escravas resultava uma prole ilegítima cujo destino era seguir a condição das mães, a menos que os pais decidissem dar-lhes alforria. (...) Quando o senhor tinha filhos ilegítimos de alguma de suas escravas, muito raramente os reconhecia e tornava seus herdeiros". (SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **A história da família no Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p. 199).

¹⁶⁰ Mencionando a dificuldade de aplicar ao caso brasileiro a definição de família que refere "as pessoas de que se compõe a casa", diz a autora: "O caso brasileiro pode ser mais complicado do que o de regiões européias por incluir, na casa, os escravos, provavelmente não considerados ou nominados como membros de uma família. Mas todos os outros moradores, como criados, parentes e agregados, talvez estivessem incluídos." (FARIA, *op. cit.*, p. 41).

¹⁶¹ ENGELS, *op. cit.*, p. 62.

e as esposas de seus servos, de quem se exigia, quando menos, o atendimento do "direito feudal", ironizado pelo gênio de Beaumarchais e, posteriormente, Mozart e Da Ponte.¹⁶²

Pode-se sustentar que o relacionamento sexual com as escravas não as inseria plenamente como integrantes da família,¹⁶³ esposas ou mesmo concubinas assim reconhecidas pelo meio social e pelos membros da estrutura familiar.¹⁶⁴ As escravas podiam chegar, no máximo, ao "status de relativo respeito da 'mãe negra', não apenas amamentando os filhos legítimos da família, mas criando-os e formando-os".¹⁶⁵ Esse "status de relativo respeito" não se estende ao eventual relacionamento sexual com as escravas, que não obtém a condição de efetiva conjugalidade, inserida no âmbito da grande família patriarcal. A extensão da família patriarcal também à senzala não deixa de ser elemento ideológico de ocultação de uma realidade de opressão.¹⁶⁶

O fato de algumas escravas criarem os filhos dos senhores também não

¹⁶² Respectivamente, na peça teatral "Le Mariage de Figaro", e na ópera "Le Nozze di Figaro", esta última com texto de Da Ponte e música de Mozart, baseada na primeira, escrita por Beaumarchais. A peça e a ópera versam sobre as artimanhas do Conde de Almaviva que, após abolir o direito de, na noite de núpcias de seus servos, anteceder o esposo no leito conjugal, logo se arrepende, e tenta, furtivamente, obter os favores da jovem noiva de seu barbeiro Figaro.

¹⁶³ É o que observa Caio Prado Junior: "A outra função do escravo, ou antes da mulher escrava, instrumento de satisfação das necessidades sexuais de seus senhores e dominadores, não tem um feito menos elementar. Não ultrapassará também o nível primário e puramente animal do contato sexual (...)". (PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo: colônia**. São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 343).

¹⁶⁴ Entre os séculos XVI e XVIII, constata Ronaldo VAINFAS certa tolerância com o comércio sexual extra-conjugal eventual – o que não ocorria com "os concubinários mais afamados, ou que talvez coabitassem. E no caso do adultério largamente registrado em todas as visitas eclesiais da Colônia, menos nítida era ainda a configuração de matrimônios informais. Clássica relação de amantes, ora imiscuída nos amores de senhores e escravas, ora envolvendo pessoas casadas da "mesma igualha", ricos ou pobres, o adultério não concorria com o matrimônio, embora os amantes certamente enciumassem os cônjuges traídos". (VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997, p. 97).

¹⁶⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 66.

¹⁶⁶ Como refere Ronaldo VAINFAS "Muito já se disse desse 'modelo freyriano' criticando-o por adocicar os rigores da escravidão colonial, por negar o preconceito racial dos portugueses, por generalizar os padrões familiares da casa-grande ao conjunto da sociedade colonial, etc. São críticas justas que convém endossar sem repeti-las". (*Idem*. **Moralidades brasileiras**. In: NOVAIS, Fernando (coord.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa, p. 229). Mais adiante conclui o autor: "Misoginia e racismo, eis o tempero das relações pluriétnicas da colonização lusitana no Brasil, malgrado o empenho de Gilberto Freyre em adocicá-las" (*op. cit.*, p. 241).

implica, necessariamente, inserção familiar. Fenômeno histórico análogo se verificava no que tange as denominadas "amas de leite" na Europa dos séculos XVII e XVIII, que criavam os filhos de tenra idade dos nobres.¹⁶⁷ Há, é certo, diferenças relevantes entre a "mãe negra" e a ama de leite. Enquanto a primeira convivia na casa grande, a última continuava a residir em sua casa, via de regra em estado de miserabilidade; enquanto a primeira era escrava, a segunda recebia certa remuneração, sendo a condição de ama-de-leite fonte de sobrevivência material; se entre escravas e os filhos dos senhores podiam emergir laços de afetividade, a posição das amas-de-leite era a de "mercenárias", como afirma SHORTER.¹⁶⁸ De qualquer modo, a condição da "mãe negra" não era outra senão a de escrava: criar os filhos alheios não é condição apta para, por si só, implicar inserção na estrutura familiar.

A tolerância das esposas dos senhores às relações com as escravas – muitas vezes, mais do que tolerância, fonte de alívio, uma vez que evitava o aumento da prole – não implica, necessariamente, falar em inserção destas no âmbito familiar, mesmo porque o ambiente de hipocrisia era presente. O intercuro sexual – ou mesmo o parentesco consangüíneo – não implicam, necessariamente, a caracterização de uma família. A alusão aos filhos de escravas com os senhores que eventualmente viviam na casa grande "como se fossem da família" é reveladora da não ostensividade da poligamia instituída, que a afasta do âmbito da estrutura familiar, que permanece internamente monogâmica, tolerando-se uma poligamia exógena sob um véu de hipocrisia.

Afirmar-se que a liberdade sexual de que gozavam os senhores de escravos opera a formação de uma família poligâmica seria, pois, temerário. Nem mesmo a simultaneidade pode ser verificada, uma vez que a condição biológica de filiação não se coaduna com a condição social e, mesmo, com o tratamento dispensado ao filhos decorrentes da relação entre senhor e escrava, a despeito de certas exceções, como mestiços que vinham a se tornar proprietários de terras em virtude de sua

¹⁶⁷ Sobre as amas-de-leite às quais a criação das crianças era relegada, vide SHORTER, *op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁸ *Id.*

ascendência.¹⁶⁹ Essas situações se davam porém, apenas *post mortem*.

Há, porém, mais: a "liberdade sexual" dos senhores, além de não constituir poligamia endógena, é conjuntural à condição social de senhor de escravos em um dado momento histórico. Não se estende, necessariamente, por outros estratos sociais.¹⁷⁰ O Brasil Colônia e, sobretudo, o Brasil Império não se limitavam à relação casa grande e senzala, embora seja inequívoca a prevalência da classe social em que se desenvolveu esse modelo de família.

Demais disso, ainda que se pudesse admitir uma poligamia endógena no que tange a condição do senhor, a monogamia era a regra inafastável para as mulheres, refletindo, pois, esse elemento de longa duração como fundante dessa mesma família patriarcal.

A monogamia endógena para o homem e endógena e exógena para a mulher pode ser vista, pois, como traço estrutural, de longa duração, que se identifica para além do movimento secular mesmo na família patriarcal que marca boa parte da história brasileira. Assim se mantém, sem prejuízo de uma poligamia masculina exógena que, sob suas diversas formas, transita historicamente entre o conjuntural e o estrutural.

Essa monogamia endógena emerge sob as vestes da contemporaneidade, na conformação das famílias brasileiras atuais como fator que pode propiciar a observação de uma dada forma de simultaneidade, fundada em múltiplas conjugalidades em núcleos familiares diversos. Com efeito, se a multiplicidade conjugal se desse no interior de uma mesma formação familiar, haveria poligamia

¹⁶⁹ FREYRE, *op. cit.*, p. 21.

¹⁷⁰ Dado que demonstra esse fato é trazido por Eni de Mesquita SAMARA: "Por outro lado, estudos e pesquisas mais recentes têm tornado evidente que as famílias 'extensas do tipo patriarcal' não foram as predominantes no sul do país nos séculos XVIII e XIX, onde eram mais comuns aquelas com estruturas mais simplificadas e com menor número de componentes. O que se percebe claramente nesse período é que os diferentes segmentos que compunham a sociedade encontraram formas diversas de organização. Essa pluralidade de modelos revela-se, por exemplo, ao tentarmos compor um quadro geral da família paulista no início do século XIX, no qual constatamos que as 'extensas' ou do 'tipo patriarcal' não chegavam a representar 26% dos domicílios. Nos demais, ou seja, em 74% das casas, predominavam outras formas de composição, o que significa que as famílias extensas eram representativas apenas de um segmento minoritário da população". (SAMARA, Eni de Mesquita. *Tendências atuais da história da família no Brasil*. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de (coord.). **Pensando a família no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UERJ, 1987. p. 55).

endógena, mas não famílias simultâneas. Os limites e possibilidades da apreensão jurídica desse fenômeno serão, entretanto, examinados em momento posterior.

O que se destaca como relevante, desde logo, é a localização, dentre os aspectos estruturais sobre os quais pode emergir a simultaneidade, dessa estrutura de longa duração, revelando a determinação de suas condições de possibilidade, entre outros fatores, por algo que se situa no nível mais profundo do tempo histórico.

Verifica-se, pois, no campo da permanência, a existência de estruturas familiares no ocidente – e, mais especificamente, no Brasil – em que podem se identificar a proibição do incesto e a monogamia endógena como elementos de longa duração. Está-se, aqui, no âmbito em que eventuais mudanças são extremamente lentas, quase imperceptíveis, instância em que o estável se repete, para além do grande turbilhão da curta duração e das transformações de média duração.

Identifica-se, pois, a "geografia" do "Mediterrâneo" da família ocidental, verificável, também, na família brasileira. É necessário, doravante, seguindo o transcurso metodológico proposto, passar para um outro tempo, em que se localiza a diversidade das formações familiares no decorrer da história. Trata-se do tempo em que as sociedades constróem conjunturas longas, mas cuja modificação é claramente perceptível, conduzindo transformações de destinos coletivos. Traçar-se-ão, pois, a seguir, linhas mestras de uma história social da família brasileira, centrada no movimento que conduz às condições históricas de possibilidade de uma expansão do fenômeno da simultaneidade familiar.

2 A MÉDIA DURAÇÃO ENTRE ESTRUTURA E CONJUNTURA

Uma vez traçados alguns elementos estruturais que podem constituir, na perspectiva da longa duração, "permanências" aferíveis no transcurso histórico da família, chega-se ao denominado tempo social. Não se pretende, aqui, esgotar todas as transformações da família no Brasil, desde a Colônia à contemporaneidade. O objetivo que se coloca é diverso: o que se pretende é identificar as transformações dos grupos familiares no Brasil que conduziram à possibilidade de verificação, como realidade freqüente no meio social, da formação de famílias simultâneas.

A simultaneidade, todavia, tem uma ante-sala: ela é concebida na perspectiva de coexistência de núcleos familiares diversos, com um ou mais membros em comum. Como se verá, a observação desse fenômeno passa pelo exame da denominada família nuclear.

Para tanto, decompõe-se o estudo desse aspecto em duas partes fundamentais: a primeira, em que se buscará identificar a mudança de um dado modelo de família forjado no Brasil colonial - e que, mesmo decadente, subsiste no Brasil Império nos meios rurais - para uma família nuclear urbana; e a segunda, em que se investigará as transformações dessa família nuclear durante o século XX.

2.1 A ELEIÇÃO DE UM CAMINHO PRELIMINAR ENTRE O PLURAL DAS CONJUNTURAS: A FAMÍLIA PATRIARCAL

Não se ignora que a família da "casa grande e senzala" não é o único modelo brasileiro na sociedade escravocrata, nem que há formações diversas da família nuclear consolidada no século XX. Como muito bem observa BRAUDEL, ao mencionar uma história econômica: "(...) não existe uma conjuntura, mas várias conjunturas, vários leques de histórias em vias de se realizar. Seria demasiado simples, demasiado bom poder reduzi-las todas a um ritmo principal. Em suma, que

ritmo? Não nos podemos limitar a uma simples conjuntura econômica, com seus imperativos e suas conseqüências lógicas."¹⁷¹

No que tange a família, do mesmo modo, não se pode ignorar esses diversos fios da história, ora contínuos, ora interrompidos. Sem desprezar a existência de outras conjunturas que implicam outras formações familiares, é necessário, porém, atendendo-se às especificidades do tema objeto deste trabalho, elege-se um desses caminhos conjunturais que conduz a uma dada configuração de família, pertinente ao raciocínio aqui desenvolvido. Tomar-se-á, aqui, pois, um desses fios da história, que se estende por uma conjuntura longa, em meio ao movimento secular no qual podem se entrelaçar estrutura e conjuntura.¹⁷²

A escolha desse trajeto não é arbitrária: trata-se de trilhar o caminho que conduziu, já na perspectiva de uma história factual, ao modelo de família traçado no Código Civil Brasileiro de 1916, para, identificando-se sua ruptura, verificar, na descontinuidade, o surgimento da família nuclear como dado socialmente relevante.

Não é possível, entretanto deixar de mencionar, ainda que sem a realização de análise específica e acurada de cada espécie, que a pluralidade de formas de organização familiar sempre foi realidade presente no Brasil, sendo variáveis as formações conforme o momento histórico e o estrato social. Colhe-se, à guisa de exemplos, modos de organização familiar do Brasil colonial, alheios à casa-grande e senzala, que consistem em famílias nucleares, mulheres com filhos, porém sem maridos, filhos naturais e ilegítimos que convivem com os legítimos.¹⁷³

Essas estruturas familiares são, sem dúvida, quantitativamente relevantes, e

¹⁷¹ BRAUDEL. *O mediterrâneo* ..., v. 2, p. 262.

¹⁷² BRAUDEL descreve interessante síntese do movimento entre conjuntura e estrutura em uma história social no início da segunda parte do "Mediterrâneo", ao afirmar: "Para além dessa longa duração, o nosso livro propõe-se compreender uma história ao ritmo melhor individualizado: a de grupos, de destinos colectivos, de movimentos de conjunto. Uma história social: aqui tudo parte do homem, dos homens, já não 'dão coisas' para falar a linguagem de Maurice Halbachs, ou se se preferir, daquilo que o homem constrói a partir das coisas.

"De facto, este livro corresponde a propósitos contraditórios. Interessa-se por estruturas sociais, portanto por mecanismos de lenta utilização. Interessa-se também pelo seu movimento. E mistura, finalmente, aquilo a que o nosso calão chama de estrutura e conjuntura, o imóvel e o que se move, a lentidão e o excesso de velocidade." (*Ibidem*, v. 1, p. 399).

¹⁷³ ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (coord.). *História da vida privada no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa, p. 87.

tal relevância se amplia conforme o século XX vai se aproximando. O Brasil da época não se resumia à relação entre senhores e escravos na casa-grande. Esclarecedora a análise de Sheila de Castro FARIA.

Freyre talvez tenha se excedido ao afirmar:

'O que a monocultura latifundiária e escravocrata realizou no sentido de aristocratização, estremando a sociedade brasileira entre senhores e escravos, com uma rala e insignificante lambujem de gente livre sanduichada entre os extremos antagônicos (.)'

Já Caio Prado Jr., apesar de manter a concepção de que a sociedade colônia estava dividida entre senhores e escravos (...) aponta para o fato de que os 'sanduichados' de Freyre eram muito numerosos, embora absolutamente indefinidos, 'desclassificados, inúteis e inadaptados'.¹⁷⁴

Mais adiante, conclui a autora:

A historiografia brasileira, ao privilegiar por muito tempo o estudo do plantation escravista, estereotipou a relação senhor-escravo, e relegou à insignificância as pequenas e médias produções, estas, sim, constituindo a grande maioria dos produtores coloniais, mesmo em áreas tipicamente agroexportadoras, como o recôncavo baiano, por exemplo. Nem 'senhores', nem 'pobres', nem marginais', nem, muito menos, 'desclassificados' – assim se apresentava grosso da população que produzia e situava-se entre 'senhores e escravos'. O que poderia ser visto como exceção, na realidade era a regra.¹⁷⁵

Essas populações quantitativamente predominantes não seguem, necessariamente, o modelo da família extensa patriarcal: a estrutura familiar será tão diversa quanto diverso venha a ser o estrato social.

Vale lembrar a pertinente observação de Eni de Mesquita Samara que constata que, no início do século XIX, no Estado de São Paulo, as famílias extensas e patriarcais não chegavam a 26% dos domicílios. Trata-se de dado revelador de pluralidade, entre os 'sanduichados' de Freyre.

Inegável, todavia, consoante anteriormente explicitado, que a influência decisiva para o modelo de família instituído na codificação civil brasileira de 1916 foi

¹⁷⁴ FARIA, *op. cit.*, p.395.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 398.

a estrutura patriarcal extensa predominante entre a elite detentora do poder político e econômico no século XIX. O poder político, é certo, ao longo do século XIX e, sobretudo, no início do século XX, mudou de mãos.

Se no Brasil colônia a oligarquia canavieira, típica da casa-grande freyriana, era a detentora do poder, em meados do século XIX outras elites já ampliavam seu controle sobre a política nacional.¹⁷⁶ Com o fim do Império, boa parte do poder muda de mãos novamente. Sempre, porém, transita em meio a uma elite agrária, cuja configuração familiar apresenta certos caracteres que serão oportunamente explicitados.

2.2 O TEMPO SOCIAL DA FAMÍLIA ENTRE OS SÉCULOS XIX E XX: DA FAMÍLIA EXTENSA PATRIARCAL À FAMÍLIA NUCLEAR (E PATRIARCAL)

É necessário compreender, pois, nesse passo, porque a estrutura familiar dessas elites agrárias, herdado, em grande medida, do modelo de família patriarcal e extensa desenhado por Gilberto Freyre se impõe no modelo legislado. A resposta, em primeiro momento, avulta por sua obviedade: tratam-se das elites que, ao legislar, refletem o mundo em que se inserem e cuja manutenção atende a seus interesses.

Cabe, entretanto, a partir das condições materiais em que se situam as oligarquias e que compõem a fonte de manutenção de seu poder político, apreender, em linhas gerais, a repercussão desse elemento de ordem política e, sobretudo, econômica na manutenção de certos caracteres reproduzidos na família. Em suma: compreender porque a família desenhada no Código Civil de 1916 possui os

¹⁷⁶ Segundo FREYRE, "Com a chegada de Dom João VI ao Rio de Janeiro, o patriarcado rural que se consolidara nas casas-grandes de engenho e de fazenda – as mulheres gordas, fazendo doce, os homens muito anchos dos seus títulos e privilégios de sargento-mor e capitão, de seus púcaros, de suas esporas e dos seus punhais de prata, de alguma colcha da Índia guardada na arca, dos muitos filhos legítimos e naturais espalhados pela casa e pela senzala – começou a perder a majestade dos tempos coloniais.", referindo-se ao princípio de um processo de decadência das oligarquias açucareiras de Pernambuco e da Bahia. (FREYRE. **Sobrados e mucambos**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1968 t. 1, p. 3).

caracteres que possui passa pela apreensão histórica de uma realidade social em que se inserem aqueles que constróem essa família legislada

Não há como levar a efeito esse mister sem a apreensão da dimensão social da família, na perspectiva histórica que lhe é inerente. A preocupação desse viés de análise não é, como se infere, cronológica. O tempo histórico não é um, mas vários. O que releva destacar são os caracteres que se colocam entre estrutura e conjuntura, levando à construção futura de um dado modelo legislado.

A instalação da Corte de D. João XVI no Brasil ensejou uma transferência do centro de poder político para o Sudeste, mais especificamente para o Rio de Janeiro, sem embargo de ainda ser inegável a relevância política e econômica das oligarquias do Nordeste, sobretudo a pernambucana e a baiana. Trata-se, entretanto, de uma relevância que cede cada vez mais, colocando-se, já no início do século XIX, com forte viés de decadência.¹⁷⁷

De outro lado, abre-se espaço para outras elites rurais e, também, para uma elite urbana que começa a se desenvolver a partir da forçada "europeização"¹⁷⁸ operada pela vinda a Corte portuguesa. Formam-se, em lugar das famílias da Casa-Grande, as famílias do "Sobrado".

Enfatize-se, porém, que não se identifica seqüência necessária ou relação imediata de substituição entre casa-grande e sobrado.¹⁷⁹ Há, sim, processo de média duração que opera mudanças na sociedade do século XIX que acabam por repercutir nas formações familiares.

Não é possível ignorar, ainda, que a família do sobrado não difere muito da família a casa-grande no que tange o caráter patriarcal e hierarquizado que em ambas se apresenta,¹⁸⁰ restando a diferença mais relevante situada no âmbito da extensão da parentela que se incorpora à estrutura familiar.

¹⁷⁷ "A Praça venceu o Engenho, mas aos poucos.", afirma FREYRE (**Sobrados e mucambos** ..., t. 1, p. 30).

¹⁷⁸ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 62

¹⁷⁹ FREYRE. **Sobrados e mucambos** ..., p. XXXVIII.

¹⁸⁰ Sobre a relação entre o homem e a mulher nos "Sobrados" do Brasil Império, com a manutenção da hierarquização e do patriarcalismo, vide páginas 93 a 151 de (**Sobrados e mucambos** ..., *op. cit.*).

Tem-se pois, no Brasil do século XIX, conforme o ambiente – urbano ou rural – que se examina, que entre as formações familiares passíveis de localização entre as elites, avultam aquelas designadas por Freyre como a família da Casa-Grande dos senhores rurais e o Sobrado das elites que ou se transportam ou se desenvolvem nos aglomerados urbanos

A análise dessas famílias que têm sua gênese na família colonial e manterão certos caracteres essenciais relativamente estáveis ao longo do Brasil Império e, mesmo, nas primeiras três décadas do século XX¹⁸¹ pode partir, visando a aprender seus caracteres mais relevantes, de uma dimensão funcional do fenômeno familiar brasileiro nesse período histórico, com ênfase à transição entre os séculos XIX e XX. Questiona-se, pois, a que se destinavam os enlaces matrimoniais fundadores daquele modelo de família extensa e patriarcal nesse período histórico.

Uma resposta a esse questionamento pode vir à tona do exame do que seria um modelo ideal de família no século XIX. Impende observar, para tanto, o que seria reputado, nesse período, sobretudo e meados do século XIX, um casamento bem sucedido. Por certo, não era aquele em que florescia do amor conjugal, noção que é reflexo da formação do lar nuclear burguês - embora não seja, como enfatiza POSTER na sua Teoria Crítica da Família, propriamente, o único elemento relevante na formação e, sobretudo, na manutenção desse lar, em que avultam interesses sociais em financeiros.¹⁸²

Um bom casamento no Brasil novecentista - como descreve Evaldo Cabral de MELLO, a partir de exemplo concreto referente à narrativa levada a efeito por um genro e sobrinho de um certo João Joaquim da Cunha do Rego Barros¹⁸³, o "Barão de Goiana" - é aquele em que a esposa atendia aos deveres de recato e boa-fama

¹⁸¹ A tal ponto de, não raro, os críticos de Freyre questionarem até que ponto, em Casa Grande e Senzala, não teria o autor retratado muito mais uma dada formação familiar de elites decadentes na década de 30 do que, propriamente, da família Colonial, como relatam Ângela Mendes de ALMEIDA, Maria José CARNEIRO e Silvana Gonçalves de PAULA. (ALMEIDA, *op. cit.*, p. 15).

¹⁸² POSTER, *op. cit.*, p. 187.

¹⁸³ A referência diz respeito a um perfil biográfico traçado por João Alfredo de Oliveira, genro e sobrinho de Rego Barros, senhor de engenho em Pernambuco na primeira metade do século XVIII. (MELLO, Evaldo Cabral de. O fim das casas-grandes. In: NOVAIS, Fernando. **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 2: cotidiano e vida privada na América portuguesa, p. 388)

impostos pela condição feminina à época e vivia em harmonia com os familiares do marido, como sogros e cunhados. Com efeito, segundo João Alfredo de Oliveira, autor do perfil biográfico, o referido Rego Barros se casara, principalmente, para dar uma mãe ou uma irmã mais velha às irmãs pequenas, atingindo plenamente esse mister, em seu enlace com Manuela de Castro.¹⁸⁴

A inserção da nora na família era, não raro, possível fator de conflito, que podia ser neutralizado ou minimizado pelo tratamento recebido como nova parenta, na família de seu consorte.¹⁸⁵ Daí o "êxito" atribuído ao chefe da família, em manter a harmonia familiar. O homem, a seu turno, se colocava como alguém cuja boa reputação "a honra e as virtudes eram tradicionais hereditárias, transmitindo-se de geração para geração".¹⁸⁶

A criação dos filhos visava ao atendimento da necessidade de reprodução desse modelo de família. As filhas eram criadas com o cuidado necessário a se tornarem, boas mães e esposas, honradas, recatadas e piás, para obtenção de bons casamentos, sem preocupação com desenvolvimento intelectual.¹⁸⁷ Os filhos, no caso da família referida pelo citado autor, recebiam instrução esmerada, sendo, enviados a estudar na Europa, embora o próprio Rego Barros não tivesse maior instrução. O relevante, para os filhos homens, era que pudessem assumir as futuras responsabilidades masculinas, em que se coloca a administração do patrimônio.

O favorecimento político, ainda que a parentes não tão próximos, também é traço marcante de uma denominada "solidariedade familiar", que se estendia mesmo após a morte do senhor, com recomendações em testamento¹⁸⁸ para que a descendência se mantivesse unida, ajudando-se mutuamente, naquilo que Cabral

¹⁸⁴ Trata-se da mesma "boa Dona Manuela de Castro", mencionada por FREYRE como exemplo arquetípico da esposa ideal da família patriarcal do Brasil Império "Muito boa muito generosa, muito devota, mas só sentindo feliz entre os parentes, os íntimos, as mucamas, os muleques, os santos do seu oratório; conservando um apego doentio à casa e à família; desinteressando-se dos negócios e dos amigos políticos de seu marido, mesmo quando convidada a participar de suas conversas". (*Sobrados e mucambos* ..., p. 112).

¹⁸⁵ MELLO, *op. cit.*, p. 396.

¹⁸⁶ *Id.*

¹⁸⁷ Ou, nas palavras do sogro de Rego Barros, "Tenho dote para minhas filhas", dizia, "e não é com letras que se manda ao açougue e à padaria". (*Ibidem*, p. 399)

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 393

de MELLO refere como uma função de previdência da família.¹⁸⁹

Função da família do Brasil Império, essa transmissão de *status* social se manifesta tão relevante quanto a transmissão de patrimônio. Daí a valorização absoluta da manutenção institucional. Reflexo dessa racionalidade é a frase de João Alfredo Correia de Oliveira, ao afirmar que "a família que se desune é uma força que por si mesma se destrói". Diz-se, assim, que é função primordial do chefe da família a proteção da parentela e de sua solidariedade.¹⁹⁰

O narrador da história de Rego Barros, a seu turno, se coloca em uma posição que busca resgatar um passado que, embora ainda presente, não tem mais o mesmo esplendor. João Alfredo Correia de Oliveira, apesar da carreira política de sucesso, cai em desgraça na República nascente, e escreve as memórias de seu sogro muito mais como um exercício de auto-valorização de sua própria posição social.¹⁹¹

A família patriarcal, extensa e transpessoal emerge como discurso legitimador de uma dada condição social, que se avalia pela estirpe. A posição de João Alfredo é exemplo da decadência de uma certa oligarquia, exemplo do ocaso de um modelo típico de família da "casa-grande", o que não implica dizer ocaso de poder de aristocracias rurais, centradas em famílias patriarcais, ora extensas, ora aproximando-se da família nuclear, em que o valor da instituição ainda se coloca acima de valores relativos ao afeto entre seus membros. Daí a pertinência instrumental de uma vinculação ao "tipo-ideal" freyriano.

Trata-se de uma família que tem por funções, na perspectiva aludida mais acima, a transmissão do *status* e do patrimônio, servindo como fonte de manutenção de poder político, com a criação de laços de dependência.

Para o atendimento dessas funções, a estabilidade do corpo familiar é essencial, de modo que os laços de solidariedade se mantenham firmes. O

¹⁸⁹ MELLO, *op. cit.*, p. 392.

¹⁹⁰ *Id.*

¹⁹¹ "Na realidade, os motivos de João Francisco são mais complexos que os confessados. A redação do texto remonta aos anos 90 do século XIX, quando o advento do regime republicano cortara-lhe a carreira política, encerrada prematuramente aos 54 anos". (*Ibidem*, p. 388).

responsável por essa função é o patriarca, que centraliza a direção da família. A esposa tem papel definido nessa estrutura familiar como de subordinação, papel este para o qual é criada desde a mais tenra infância.

As filhas devem, pois, ser criadas para ocuparem seu papel de boas esposas no âmbito da família de seus futuros maridos. O desenvolvimento das virtudes das "boas moças" é fator indispensável à obtenção de casamentos – e alianças – vantajosas com outros fazendeiros ou homens de posses, "bem-nascidos", de modo a assegurar a manutenção do *status* e da condição econômica – o que, como se vê a partir da vida do narrador da história de Rego Barros, após o advento da República, nem sempre era possível.

Mesmo em famílias que se aproximavam do modelo nuclear, o patriarcalismo era o traço marcante. Como enfatiza SAMARA¹⁹², família extensa não se confunde, necessariamente, com família patriarcal. Mesmo nos aglomerados urbanos portuários formados no Brasil desde o século XVIII, em que as formações familiares dos moradores dos "sobrados" eram diversas da dos moradores da "casa-grande", o patriarcalismo era presente. "A família patriarcal", diz Evaldo Cabral de MELLO, "era sobretudo o produto de uma concepção autoritária da natureza da relação entre seus membros".¹⁹³ A família que emerge do ocaso da formação familiar da "casa-grande" nordestina, escravocrata e canavieira não difere em muito, nesse particular, daquela família a que sucedeu como estrutura predominante nas classes detentoras do poder.

Não se pode olvidar que, em fins do século XIX e início do século XX ainda se está diante de uma elite rural. Nada obstante isso, se a elite brasileira colonial que sobrevive até meados do século XIX tem sua atividade econômica fundada no regime de *plantation* da cana de açúcar, a elite do final do século XIX e início do

¹⁹² "(...) de acordo com a literatura, a família brasileira seria o resultado da transplantação e adaptação da família portuguesa ao nosso ambiente colonial, tendo gerado um modelo com características patriarcais e com tendências conservadoras na sua essência. Esse modelo genérico de estrutura familiar, comumente denominado patriarcal, serviu de base para caracterizar a família brasileira como um todo, esquecidas as variações que ocorrem na organização da família em função do tempo, do espaço e dos diferentes grupos sociais. Dessa maneira, confundiram-se aí vários conceitos: o de família brasileira, que passou a ser sinônimo de patriarcal, e mesmo o de família patriarcal, que passou a ser usado como sinônimo de família extensa." (SAMARA, *op. cit.*, p. 30).

¹⁹³ MELLO, *Op. cit.*, p. 414

século XX se baseia no mesmo regime, com o cultivo, entretanto, do café

Trata-se, porém, de uma elite agrária. Não a mesma elite, é certo: desloca-se para o Sudeste o centro de poder. Mas é uma elite que tem por base uma mesma atividade econômica, voltada para os mesmos objetivos e que ocupa um mesmo lugar de poder.

Se é certo que a mão de obra escrava perde sua relevância até ser abolida, é fato evidente que foi substituída pela do trabalhador livre, sobretudo o imigrante. Mudam o regime de mão de obra e as culturas preferenciais, mas não mudam os objetivos econômicos da atividade agrícola nem, tampouco, o relevo político dos grandes senhores. Essa relativa estabilidade se reflete nas formações familiares que atendem à necessidade de manutenção desse regime.

Os laços de dependência e clientelismo herdados da grande família patriarcal se colocam como meio de manutenção de poder político nessa sociedade agrária, que permanece econômica e politicamente predominante no início do século XX, a despeito da crescente urbanização. Bem se vê que as necessidades de manutenção institucional da família, com a rigidez dos papéis visando precisamente à consolidação de um grupo social estável e hierarquizado, no qual o amor conjugal é de somenos, pouco espaço resta para a emergência de uma simultaneidade familiar como traço relevante. A identificação de funções com papéis se coloca como o cimento que assegura unidade ao corpo monolítico familiar.

Patriarcalismo, hierarquização, transpessoalidade: são caracteres que, no terceiro momento desse exame histórico, irão se apresentar no marco legislativo que vem a lume em 1916, traçando, com os olhos voltados para o século XIX, um modelo jurídico para a família brasileira.

Atente-se para o fato de que se evidencia, já no século XIX, com crescente relevância, uma dada família nuclear burguesa, imersa na vida das cidades que começam a se formar¹⁹⁴, embora em circunstâncias bastante diversas da família burguesa européia. Como já exposto, uma forma de estrutura nuclear já se apresentava, como gérmen, nos aglomerados portuários desde o século XVII.

¹⁹⁴ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 56.

Não se trata, como se sabe, da composição familiar predominante nas elites agrárias, mas é realidade que emerge e ganha relevância na mesma medida em que essa burguesia adquire relevância política e, sobretudo, econômica. Tampouco se está a falar, como se vê, de famílias que abandonam as características da hierarquização (divisão rígida de papéis) e o patriarcalismo. São o ambiente primevo, porém, em que esses caracteres perderão força já no século XX.

Como enfatiza Ângela Mendes de ALMEIDA, essa família de caracteres burgueses do século XIX, que ganha relevo a partir de uma certa "europeização" de costumes¹⁹⁵, sobretudo após a vinda da Corte do Brasil, mantém seu caráter patriarcal. Afirma a autora que essa característica se deve ao fato de que as idéias burguesas teriam encontrado no Brasil ambiente diverso do original, na Europa. A constatação sobre as diferenças estruturais entre Brasil e Europa são corretas, embora não se possa afirmar que o patriarcalismo dessas formações seria originado apenas pela manutenção da racionalidade da grande família extensa.

Em primeiro lugar porque, conforme exposto alhures, a formação de famílias nucleares já era quantitativamente relevante na Colônia, entre os referidos "sandwichados" de Freyre, mais numerosos do que faz crer o autor, marco teórico da análise de Almeida (vide alusão anterior às famílias que emergem na realidade das cidades portuárias, já no século XVII). Em segundo lugar, porque a família nuclear burguesa é patriarcal em sua origem. Patriarcalismo não se confunde com família extensa. A família pode ser nuclear e patriarcal.

Se é da família nuclear que se propiciará a concepção do amor conjugal, da valorização do afeto, a origem dessa mesma família se situa na necessidade de hierarquização que centrava na esposa, enclausurada em sua própria casa, o dever de criar e educar os filhos de modo a atender necessidades impostas pela pretensão de ascensão social, manter o lar e atender às necessidades do marido, "deixando de lado as transformações políticas e econômicas que se processavam em volta delas".¹⁹⁶

O lar, visto, então, como espaço essencialmente privado, alheio à autoridade

¹⁹⁵ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁶ POSTER, *op. cit.*, p. 188.

externa, conhece na formação da família nuclear burguesa européia, uma ampliação da autoridade dos pais sobre os filhos¹⁹⁷ e, também, do marido sobre a esposa. A família nuclear burguesa, em sua gênese, é patriarcal e hierarquizada.

ARIÉS ao se referir à formação da família moderna, aponta caracteres presentes nas famílias nobres que se refletem nas famílias burguesas que se constroem após a Idade Média, ressaltando a crescente degradação da condição feminina, na medida em que os laços de linhagem que constituíam o cimento da família medieval caba por afrouxar-se. Se no medievo a coabitação e a intimidade não eram realidades presentes, na Modernidade, com o enfraquecimento dos laços de linhagem, a autoridade do marido dentro de casa se tornava mas ampla.¹⁹⁸

Essa família nuclear burguesa não encontra, pois, maiores obstáculos para se impor na sociedade brasileira, uma vez que a divisão rígida de papéis e o caráter patriarcal permanecem íntegros. Enfatize-se, ainda, que a família extensa da elite rural não era, como se vê, uma família medieval. Se, é certo, não era a família burguesa, haja vista que as noções de amor conjugal, de atribuição materna da criação dos filhos (vide a alusão anterior às mães-negras) e de núcleo familiar como esfera de intimidade não estavam presentes,¹⁹⁹ é uma família que se forja à luz de repercussões dialéticas – e, por isso, não exclusivas - de uma Modernidade européia nascente.

Consoante anteriormente explicitado, a família nuclear brasileira não foi a predominante nas elites do século XIX. Sua relevância, entretanto, se amplia naquele século, tornando-se a formação de maior interesse no século XX, com a

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 189.

¹⁹⁸ ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981, p. 214.

¹⁹⁹ Muito pertinente, nesse sentido, a crítica de Sheila de Castro FARIA à alusão de Fernando Novais a uma História da Vida Privada no Brasil Colônia, afirmando ser mais adequado falar-se em "história do cotidiano": "E onde está esse "privado"? Creio que não está em lugar nenhum, no período colonial, pelo menos naquilo que sentimos hoje sobre o que é "privado". Se é estar distante do olhar do outro, não acho que isto teria tanta importância para nossos antepassados como acontece hoje. Pessoas que faziam tudo o que imaginamos agora "escondido", nas vistas de todos, incluindo necessidades fisiológicas e sexuais, são muito diferentes de nós, adestrados para termos essas "sensações" de privacidade. Em suma, não consigo achar que tenha nada de "privado", na acepção que damos hoje ao termo, na Colônia, nem muito menos de intimidade, a não ser que decidamos que o que seria "privado" e "íntimo", antes, não é mais hoje, o que certamente seria bastante difícil de comprovar" (*Op. cit.*, p. 387).

intensificação da urbanização e da industrialização.

Já no século XIX, a burguesia ascendente, a intelectualidade urbana, os profissionais liberais ganham maior importância política. Nota-se essa ascensão do exame das forças políticas que conduzem ao ocaso do Império. Se um dos passos decisivos para a República foi a adesão de elites agrárias do Sudeste – sobretudo as fulcradas na produção cafeeira – ao movimento republicano – ao lado de amplos setores militares, após a Guerra do Paraguai –, não se pode negar a importância dessa classe média urbana na mudança de rumos da política brasileira naquela época. Mudança essa que é reflexo tanto de insatisfações políticas de membros do antigo Partido Liberal²⁰⁰ como, e sobretudo, de mudanças econômicas que faziam do modelo escravista que sustentou aquele Imperial um entrave ao desenvolvimento das atividades econômicas nas cidades na segunda metade do século XIX,²⁰¹ sem contar a influência positivista em militares e na intelectualidade urbana, que associava a monarquia ao "estado teológico" da necessária evolução da humanidade, que deveria ser superado pelo "estado positivo", representado pela República.

As elites agrárias que abraçam a causa republicana²⁰² se mantêm nos altos

²⁰⁰ A referência, aqui, é à ampla insatisfação, entre os Liberais, que a demissão, pelo Imperador, do Gabinete de Zacarias de Góis gerou em 1968, quebrando a alternância que mantinha o equilíbrio das forças políticas no Império.

²⁰¹ Como observa Alfredo BOSI, ao referir-se ao novo Liberalismo republicano que se fortalece nas cidades "A situação foi alimentada, estruturalmente pela contínua expansão agroexportadora que a demanda internacional sustentou até o final do século: a existência de um mercado interno e de um pólo urbano em desenvolvimento na Região Sudeste foi a condição necessária para a emergência de valores liberais mais amplos que os professados pelo discurso intra-oligárquico. 'Ou o campo ou as cidades; ou a escravidão ou a civilização'". (BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, [s.d.], p. 223).

²⁰² Vários foram os fatores que acarretaram a adesão das oligarquias rurais à República. Não apenas a abolição da escravatura, que gerou viva insatisfação em vários setores das elites rurais, mas, também, necessidades de descentralização política - esta uma das promessas do sistema federativo proposto pela República - impulsionaram uma postura de apoio ao novo regime. O sistema federativo constituiria uma aproximação entre o lugar das decisões políticas e o complexo econômico. Enfatize-se, ainda, que as finanças do Império, com seu aparato centralizador sustentado pelo regime escravista, mergulharam em um mar de incertezas com a exaustão do trabalho servil e o aumento do trabalho assalariado – o escravo era a principal garantia que sustentava a teia creditícia que se formou na Corte. Para os fazendeiros, de outro lado, se suas garantias diminuam, as necessidades de recursos para o custeio da produção se ampliavam com o trabalho assalariado. As garantias passavam a ser a produção ou a própria terra. A diminuição da capacidade de crédito, de outro lado, tornava os juros mais elevados, dificultando seu pagamento, bem como a realização de amortizações. Esse contexto fazia com que poder centralizador do Império, fundado nas bases caducas da economia escravista, não desse conta das novas necessidades impostas pela produção

postos poder, entretanto, até a década de 30, quando a crise do modelo agroexportador enfraquece seu poderio econômico e por conseqüência, seu poder político. Os centros de influência política e econômica se transferem para as cidades. Não é por acaso que o modelo de estrutura familiar predominante na nova elite passe a ocupar o lugar deixado pela, de longa data, caduca família extensa da casa-grande.

2.3 O TEMPO SOCIAL DA FAMÍLIA ENTRE OS SÉCULOS XX E XXI: DA FAMÍLIA NUCLEAR (E PATRIARCAL) À SIMULTANEIDADE FAMILIAR

Chega-se, neste ponto, à gênese da estrutura que constituirá, a partir das últimas décadas do século XX, a ambiência propícia à ampliação do fenômeno da simultaneidade familiar como realidade social presente a demandar apreensão pelo Direito. Se a família extensa e transpessoal na qual os laços de solidariedade entre parentes se justificavam não pela afetividade recíproca, mas pela necessidade de manutenção de *status* social e econômico - implicando a ampliação do centro de influência patriarcal a uma parentela mais ampla, que não raro, não se media nem mesmo pela consangüinidade – reduzia as possibilidades de formação de centros de coexistência familiar autônomos, embora interligados por um membro comum – haja vista que a interligação implicava inserção em unidade mais ampla, submetida a hierarquização – a família nuclear é condição que torna mais viável a emergência de situações de simultaneidade.

Não se trata de estabelecer de relação de causalidade necessária, mas, sim, de identificar circunstância que propicia ampliação de possibilidades: se os laços externos ao núcleo conjugal não implicam a inserção em ambiente familiar mais amplo e submetido a regras de hierarquização, eventual relação de natureza familiar

agrícola, restando aos fazendeiros buscar outra alternativa política que melhor atendesse seus interesses econômicos. A inserção desses grupos como detentores do poder político e econômico na República nascente é dado relevante na compreensão acerca do modelo de família legislado em 1916. Sobre a adesão das elites rurais à causa republicana, vide Raymundo FAORO (**Os donos do poder**. 7. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987. v. 2: formação do patronato político brasileiro, p. 455-458).

externa ao núcleo não se integra a ele, mas se coloca ao seu lado, com relativa autonomia, em situação de simultaneidade.

Não é, porém, a família nuclear do final do século XIX e do início do século XX que se põe como esse ambiente plenamente adequado à simultaneidade tal como concebida contemporaneamente. Já se afirmou o caráter afetivo que, em regra, informa a origem da conjugalidade na família nuclear. Afirmou-se, também, que, ao lado dessa conjugalidade nascente do afeto, se colocam funções em que avultam interesses sociais (leia-se, de *status*) e financeiros. Se o *start* da formação familiar nuclear é afetivo, sua manutenção no início do século XX, tem caráter ainda fortemente transpessoal, sustentado pela hierarquização da relação entre os cônjuges, ainda marcada por uma racionalidade patriarcal.

A família patriarcal nuclear de origem burguesa também tem por uma de suas funções a transmissão de patrimônio. Ainda há, no momento histórico em tela, uma valorização social – ao menos nas elites - do casamento como fonte exclusiva dessa família fundada no paradoxo do amor conjugal que se torna "dever" pela formação da entidade familiar cuja estabilidade atende a necessidades de segurança na transmissão hereditária do patrimônio e da manutenção da reputação social dos seus componentes – sobretudo da esposa, em uma sociedade em que a condição feminina é marcada pela opressão.

Com efeito, o tempo da história social da família não é feito de abruptas transformações instituídas por marcos episódicos, mas se situa nas médias durações e, mesmo, nas longas conjunturas, que se aproximam de um tempo estrutural. É uma imagem dessa dialética o que se pretende traçar em breves linhas nesse transcurso entre a família nuclear do início do século XX e a família contemporânea.

Pode-se afirmar, dos caracteres examinados em momento anterior, que a família nuclear, de relevância ascendente no século XIX e que adentra o século XX mantém certos caracteres funcionais ligados a fatores de natureza econômica, centrados, ainda em questões atinentes à posição social ocupada pelos integrantes dessas formações familiares. As funções institucionais, como se verá, mantêm-se, no início do século XX, em sobreposição às funções pessoais.

A família nuclear do início do século XX, além de patriarcal e hierarquizada, era centrada - ao menos entre aqueles que pretendiam manter certa reputação social – no casamento, mantendo forte caráter transpessoal.

Do mesmo modo, a família das novas elites agrárias tem, ainda, por característica, um sentido patriarcal. Isso se reflete por uma racionalidade predominante mesmo nos meios intelectuais brasileiros das primeiras décadas do século XX. Sintomática a alusão de Clóvis BEVILÁQUA às diferenças entre homem e mulher que justificam a hierarquização operada no Código Civil de 1916, que, como se verá, é um marco que se situa em uma história factual, mas que constitui reflexo de seu tempo – e, sobretudo, da família das elites do século XIX descrita mais acima:

Mas que a mulher não foi talhada para as mesmas tarefas que o homem, para funções absolutamente iguais, tenho por irrecusável. Basta atender para a organização física de ambos, que dessa dissemelhança resultam forçosamente, diferenças funcionais umas fisiológicas outras puramente psíquicas. Como desconhecê-lo? Por que não afirmá-lo?²⁰³

As mudanças na condição feminina ao longo do século XX ocorreram no bojo de transformações relevantes nas formas de organização familiar e em suas funções. Daí a observação de Rosana FACHIN:

No curso do século XX as conquistas femininas gradativamente evoluíram com sua inserção no campo de trabalho, fora do lar.

No início do século, ainda e mais do que nunca, encontrava-se sob a égide do marido, sob sua "proteção" e seu comando, assegurado explicitamente na legislação da época.

²⁰³ (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976, p. 169). Segundo a mesma ordem de idéias, sustenta o autor: "O homem, por sua própria organização, será mais apto para certos misteres, terá capacidade mais valiosa para certa classe de atos, mas não conseguirá igualar sua companheira em muitas outras aplicações de sua atividade. A este respeito, adoto as conclusões de VARIGNY quando escreve: 'Essa diferença é de ordem natural; é inevitável e necessária. Ela comporta um elemento mental; seguramente a inteligência da mulher é de ordem diversa da do homem; mas a diferença é de ordem, de natureza, e não de grau. Não se comparam elementos diferentes, um anzinho e um pente, por exemplo; cada um tem sua função diversa e não há razão para colocar um acima do outro.' Consequentemente, se a campanha feminina corresponde a uma real necessidade, e uma educação mais adequada, deve, com justiça, ser concedida à mulher, e abrir-se-lhe mais vantajosa situação na sociedade, é visível que os exageros, a que levam as paixões e o partidarismo ferem de frente a própria natureza". (*Op. cit.*, p. 165).

À medida que auferia sua libertação econômica, a mulher passa a ser sujeito de sua própria história, e como tal a família se modifica engendrando um tempo diverso.²⁰⁴

Observe-se que, mesmo na década de 30, quando as conquistas femininas começavam a emergir, a própria estrutura da família nuclear fazia com que a idéia de hierarquização fosse abalada. É o que já afirmava Nestor DUARTE, embora seja temerário generalizar suas conclusões, tomadas a partir de uma relação necessária e imediata de causa e efeito que talvez não encontrasse, à época, integral respaldo empírico:

A família conjugal moderna é só procreadora. Associação mínima e reduzida, parte-se logo que os filhos cresçam e vão constituir novas famílias da mesma precariedade (...) Tão reduzido é o grupo que nem o homem chega a ser chefe, nem há o que mandar e dirigir. A mulher, por sua vez, á falta dessa necessidade de hierarquização, coloca-se num mesmo plano de direitos e deveres em face do homem. Família, em-fim, de função exclusivamente genésica e de assistência aos filhos, quando menores. Tipo de família mais biológica que social, não fosse o conjunto de certos direitos e deveres e relações de parentesco que lhe dê caráter de fenômeno social.²⁰⁵

A própria idéia de função procriadora e de assistência aos filhos enfatiza função estrutural da família, sem fazer ver que as mudanças mais relevantes se operam, entre outros fatores, como se verá adiante, a partir de uma mudança de rumos que reforça a importância de funções pessoais - em que avulta o afeto - sobre as institucionais.²⁰⁶

²⁰⁴ FACHIN, Rosana. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁰⁵ DUARTE, Nestor. **A ordem privada e a organização política nacional**: contribuição à sociologia brasileira. São Paulo: Nacional, 1939, p. 134

²⁰⁶ Verifica-se situação análoga na experiência européia, como demonstra Antoine PROST: " Na primeira metade do século, casar era formar um lar, lançar as bases de uma realidade social nitidamente definida e claramente visível dentro da coletividade. Ainda em 1930, a profissão e a fortuna, bem como as qualidades morais, pareciam mais importantes do que as inclinações estéticas ou psicológicas para decidir sobre uma união. As pessoas se casavam para dar sustento e auxílio mútuo ao longo de uma vida que se anunciava penosa, e ainda mais dura para os solitários; casavam-se para ter filhos, aumentar um patrimônio e deixar-lhes de herança, para que os filhos se realizassem e, com isso, os próprios pais se realizassem. Como os valores familiares eram centrais nessa sociedade, os indivíduos eram, de fato, julgados em função do êxito de sua família e do papel que desempenhavam nesse êxito". (PROST, Antoine. *Fronteiras e espaços do privado*. In: Antoine Prost e Gérard Vincent (org.). **História da vida privada**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Cia. das Letras, 1992. v. 5, p. 87).

De fato, essa família nuclear não se manteve estática ao longo do século XX, sofrendo pertinentes transformações. O amor conjugal, situado no impulso inicial da família nuclear de origem burguesa, se torna seu cimento, o *leitmotiv* sobre o qual a convivência familiar transcorre ora em ritmo *allegro appassionato*, ora ralenta para um sólido *adagio*; ora se transforma em alegre *scherzo*, ora tem seu curso atormentado por ritmos tempestuosos *con fuoco*, mas sempre presente na estrutura harmônica traçada na sinfonia da convivência familiar.

O fim do afeto, entretanto, na família que desemboca na contemporaneidade, implica a desconstituição dos laços. Já não há a valorização desmedida de uma dimensão institucional da família: esta se transforma em instrumento de satisfação das aspirações coexistenciais de seus membros. A família perde os nós que amarram e impõem a manutenção de aparências mesmo quando cessou o afeto, mas continua a ser ninho que abriga seus componentes.²⁰⁷

A família nuclear do início do século XX, além de patriarcal e hierarquizada, era centrada - ao menos entre aqueles que pretendiam manter certa reputação social - no casamento, mantendo forte caráter transpessoal.

Inequívoca, porém, é a presença de outras formas de convivência familiar - como, aliás, já ocorria, como visto, na própria Colônia. A diferença que marca a história da família no século XX é a mudança de *status* social que essas outras formações adquiriram em fins do século passado. As famílias informais, fundadas em uniões não matrimonializadas se tornaram mais comuns e, juntamente com essa ampliação quantitativa, veio à tona um outro modo de olhar essas formações familiares. Se o preconceito preso a tradições que repetem o eterno discurso da decadência não foi, ainda, afastado, não resta dúvida que, entre o concubinato de outrora e as uniões estáveis de hoje há grande distância no que tange a reputação social dos que optam por essa forma de conjugalidade.

Os dados do último censo do IBGE confirmam, de 1990 ao ano 2000, o aumento de uniões não matrimonializadas, passando de 18,3% para 28,6% do total

²⁰⁷ PERROT, *op. cit.*

de pessoas que vivem em conjugalidade.²⁰⁸

O quadro abaixo ilustra a distribuição das pessoas de 10 anos de idade ou mais por estado conjugal e situação de domicílio no Brasil em 2000.

TABELA 1: % DE PESSOAS DE 10 ANOS E MAIS DE IDADE POR ESTADO CONJUGAL E SITUAÇÃO DO DOMICÍLIO, BRASIL 2000²⁰⁹

Situação do domicílio e classes de tamanho da população dos municípios	Pessoas de 10 anos e mais de idade					
	Total	Estado conjugal Casadas / Unidas		Desquitadas ou Separadas e Divorciadas (2)		
		Solteiras (1)	Total	No civil e/ou religioso	União consensual	
Total	136 910 358	38,6	49,5	71,4	28,6	7,8
Urbana	112 387 959	38,3	49,0	70,8	29,2	8,5
Rural	24 522 399	40,3	51,7	74,0	26,0	5,0

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000 - Amostra.

(1) Não vivem e nunca viveram em companhia de cônjuge

(2) Não vivem em companhia de cônjuge, mas já viveram.

Há um trilhar no qual a família se afasta de uma perspectiva institucional, para centralizar-se na realização pessoal de seus membros. Pode-se, com a devida cautela para não operar redução do fenômeno concreto a uma dimensão meramente abstrata, identificar essa mudança de enfoque em uma gradual alteração das funções da família. Com dissertado anteriormente, a família brasileira possuiu, desde o Brasil Colônia, certas funções que se caracterizam por respeitarem a aspectos como o *status* social e político, bem como por funções econômicas, sobretudo a

²⁰⁸ IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br> Acesso em: 12/03/2003.

²⁰⁹ IBGE. Disponível em: www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/20122002censo.shtm?PHPSESSID=f903763778ae9f0c3169df1c572c1602 - 101k Acesso em: 12/03/2003.

transmissão de patrimônio. Essas funções podem ser reputadas institucionais.²¹⁰

A "solidariedade" familiar a que se fez referência no tópico referente à família no Brasil Império é reveladora dessas funções que dizem respeito, em boa medida, a uma exterioridade da família: como ela se mostra perante o meio social e qual seu papel na reprodução desse mesmo meio. Beltrão menciona como funções institucionais a função econômica, biológica, cultural, integrativa, religiosa, entre outras. Das funções institucionais, passa-se a enfatizar funções pessoais, como a função conjugal, parental e fraternal. A transformação na ênfase dada às funções da família não é, por evidente, fruto de geração espontânea alheia aos movimentos da história.

A perspectiva que leva em conta a mudança de foco no que tange as funções da família é útil, porém, para compreender, entre outras questões, a flexibilização de papéis familiares e a ampliação do leque de possibilidades socialmente aceitas como formações familiares, centrada em maior liberdade individual na escolha da forma de conjugalidade que melhor satisfaz as aspirações pessoais acerca da convivência familiar.

Se é verificada maior liberdade no que respeita a forma de convivência conjugal – o que acaba por servir de reforço à idéia da família como reserva de espaço de intimidade, sem interferência de outros entes sociais – também se configura maior liberdade para não permanecer unido ao outro quando do eventual ocaso do amor conjugal que conduziu à união.

Na família que iniciou o século passado, a concepção que se prende às necessidades de manutenção, a todo custo, do casamento – seja por conta de repercussões no meio social em que se insere a família, seja, mesmo, em função de necessidades de ordem econômica – rechaça a separação do casal. O desquite era visto com olhos de reprovação, sobretudo no que respeita a mulher. As uniões que se seguissem ao desquite, a seu turno, eram recebidas ao menos com certo repúdio.

Sua presença, porém, se mostrava inevitável no meio social, como conseqüência da própria dimensão afetiva que funda a família nuclear. Pertinente

²¹⁰ BELTRÃO, P. C. **Sociologia da família contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1970, p. 11.

retomar, aqui, a distinção entre a família extensa e a família nuclear. Esta não se caracteriza pelo número de filhos, mas, sim, como observa Ângela Mendes de ALMEIDA, por pensar-se como um "triângulo edipiano", ou seja, como relação entre os cônjuges e desses com os filhos.²¹¹

A convivência no lar conjugal, afastada da parentela que cercava o núcleo formado por pais e filhos, ao mesmo tempo em que intensifica os laços de afeto, pode gerar situações de intolerável discórdia, em que a dimensão coexistencial na qual um dos cônjuges se projeta no outro naufraga, transformando-se em desamor. A situação patológica, que tem origem, paradoxalmente, na mesma ambiência que o amor conjugal, acaba por conduzir à ruptura, com a posterior reconstrução de outro projeto familiar.

A ruptura da hierarquização, com flexibilização de papéis – sobretudo pela emancipação a mulher – reforça essa busca por uma família em que o que importa é a satisfação das necessidades afetivas de seus membros. A submissão a autoridade do marido como ponto final – aparente – a eventuais conflitos não se sustenta à luz de uma família cujos valores se situam no interesse coexistencial, e não na manutenção, a todo custo, de uma estabilidade institucional.

A consequência é a inevitável, ainda que gradual, tolerância social dessas situações de ruptura do casamento ou de constituição de uniões informais, que a cada dia se tornavam mais comuns mesmo entre as elites. Essa aceitação social, como se verá, repercute no jurídico.

Essa família em que as uniões informais ganham espaço e, sobretudo, reconhecimento social, faz com que o casamento deixe de ser reputado, mesmo entre as elites, a fonte única da formação familiar. Em outras palavras, a família se mostra como fenômeno plural.

Não se está a afirmar, por evidente, que a pluralidade não se apresentasse no passado. A alusão às várias formações familiares no Brasil Colônia e Império demonstra que a família, como realidade social, sempre foi plural. A diferença reside na circunstância de que, com a valorização das funções pessoais da família, para

²¹¹ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 57.

além das institucionais, a famílias diversas do modelo matrimonializado adquirem novo *status* social, atenuando-se, gradativamente, o estigmatizante sentido de marginalidade que lhes era atribuído.

A pluralidade caminha lado a lado com a valorização do amor conjugal, em todas suas repercussões, como fonte e elemento de manutenção da família. O sentido eudemonista das comunidades familiares é, pois, a tônica que impulsiona a pluralidade.

Pode implicar também, é certo, menor estabilidade das estruturas familiares, como se observa do crescimento entre as décadas de 80 e 90 do número de separações judiciais e de divórcios. O aumento aferido pelo IBGE, a partir dos dados do registro civil, foi de aproximadamente 72,27% no intervalo referido.

Releva atentar, entretanto, que esse aumento pode não refletir, necessariamente, incremento no número real de desenlaces (separações de fato)²¹², mas, somente, de rompimentos formais do vínculo ou da sociedade conjugal. Isso porque foi apenas em 1977 que o divórcio foi acolhido pelo Direito Brasileiro, momento em que se flexibilizaram, também, as regras atinentes à separação judicial, pelo que se mostra natural um aumento do número de separações e de divórcios desde 1980, quando era ainda recentíssima a possibilidade jurídica de extinção do vínculo conjugal.

Não é difícil supor, por outro lado, que, ao longo da década de 80, muitos casais separados de fato desde antes de 1977, mas que não obtinham a chancela do direito para a extinção formal do vínculo, tenham optado por formalizar o rompimento por meio do novo instrumento jurídico. Impende observar, nessa ordem de idéias, que entre 1992 e 1998 o número de separações e de divórcios se elevou de modo menos expressivo, em torno de 13%. São os seguintes os dados do IBGE, com base em dados do registro civil:

²¹² Mesmo porque, como é evidente, nem todos os casais que se separam de fato acabam por se divorciar: "Obviamente, as taxas de divórcio não são um índice direto de infelicidade conjugal" afirma GIDDENS, que prossegue "as taxas de divórcio não incluem as pessoas que se separam mas que não estão legalmente divorciadas". (GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 2. ed. Trad. Maria Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Silva e Vasco Gil. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, p. 186).

TABELA 2: DISSOLUÇÕES CONJUGAIS, POR TIPO, E PERCENTUAL DE DISSOLUÇÕES POR GRUPOS DE IDADE, SEGUNDO OS GRUPOS DE IDADE DAS MULHERES

Grupos de idade das mulheres	Dissoluções conjugais Por tipo			Percentual de dissoluções por grupos de idade (%)
	Total	Divórcios	Separações	
Total	193 244	103 860	89 384	100,0
Menos de 20 anos	2 628	548	2 080	1,4
20 a 24 anos	20 140	7 633	12 507	10,4
25 a 29 anos	34 859	16 951	17 908	18,0
30 a 34 anos	40 065	21 158	18 907	20,7
35 a 39 anos	35 046	19 518	15 528	18,1
40 a 44 anos	25 543	14 882	10 661	13,2
45 a 49 anos	16 249	10 081	6 168	8,4
50 a 54 anos	8 963	5 980	2 983	4,6
55 a 59 anos	4 881	3 416	1 465	2,5
60 a 64 anos	2 406	1 836	570	1,2
65 a 69 anos	1 198	933	265	0,6
70 a 74 anos	465	371	94	0,2
75 anos ou mais	205	158	47	0,1
Idade ignorada	596	395	201	0,3

Fonte: Estatísticas do registro civil 1998. Rio de Janeiro: IBGE, v. 25, 2001.

Cabe levar em conta, nessa esteira, que o aumento da população no Brasil entre 1991 (cerca de 147 milhões de habitantes) e o ano 2000 (169,8 milhões de habitantes) foi de 19,5%. Ainda que não se possa estabelecer relação direta de proporcionalidade entre o número de separações/divórcios e o aumento

populacional, pode-se aferir, desses dados, que o incremento do número de rupturas não foi substancial.

Podem-se colher estatísticas referentes a períodos um pouco mais abrangentes em países nos quais o divórcio é admitido há mais tempo, como, por exemplo, a Inglaterra. Aponta, nesse sentido, Anthony GIDDENS²¹³, que "entre 1960 e 1970, a taxa de divórcios na Inglaterra aumentou regularmente nove por cento ao ano, duplicando durante essa década. Em 1972 tinha duplicado novamente", em parte em virtude da Lei de Reforma do Divórcio de 1969 que entrou em vigor em 1971, que facilitou a obtenção do divórcio, contendo disposições acerca do divórcio consensual.

A admissibilidade do divórcio e a flexibilização de suas regras são reflexos dos valores que informam essa família contemporânea que, fundada no afeto, perece quando este cessa.

O fim da família conjugal não implica, porém, o fim da família. Esta como realidade histórica e social, tem como visto, a marca da pluralidade. A família pode, pois, se manter na relação entre pais e filhos, ainda que não vivam permanentemente sob um mesmo teto. Trata-se, por sinal, essa espécie de relação familiar, do espaço propício para a verificação de famílias simultâneas, em que os laços, não apenas de parentesco, mas de convivência e afeto propriamente ditos, se mantêm entre os filhos e ambos os pais ainda que, entre estes últimos, os laços estejam irremediavelmente rompidos. Configuram-se dois centros de coexistência familiar distintos, possuindo, entretanto, ao menos um membro comum: os filhos inseridos em situação de simultaneidade.

Os pais, após a separação ou o divórcio, também podem se inserir em situações de simultaneidade, uma vez que muitas das pessoas que se divorciam constituem nova conjugalidade, seja pelo casamento, seja pela união estável. Nem sempre essas novas uniões implicam inserção dos filhos do primeiro casamento naquela nova família nuclear que se forma.

O que não significa que os laços de convivência e de afeto se rompam,

²¹³ GIDDENS, *op. cit.*, p. 186.

necessariamente, em relação ao pai ou à mãe que constituiu nova família nuclear. Podem-se apresentar esses pais, também, em situação de simultaneidade, uma vez que participam de dois centros de coexistência – vale dizer, duas entidades familiares – quais sejam, a família nuclear composta a partir da nova conjugalidade e a família que se mantém, ou pode se manter, com os filhos da primeira união. Na perspectiva destes, a seu turno, resta caracterizada a situação de simultaneidade descrita mais acima, pela participação em dois centros de coexistencialidade familiar – um em relação ao pai, outro em relação à mãe.

Essas novas formas de coexistência familiar que podem constituir situações de simultaneidade têm seu ambiente propício, precisamente, na dissolução e possível recomposição de famílias nucleares – dissolução e recomposição estas que se devem, precisamente, àquilo que avulta como predominante nessa mesma estrutura familiar, ou seja, o afeto que impulsiona e mantém a coexistência.

É somente quando as funções pessoais da família nuclear passam a se sobrepor às institucionais que se expande o ambiente em que floresce essa forma – talvez a mais comum – de simultaneidade. As famílias simultâneas, ao mesmo tempo em que podem ser fruto de anquilhação do afeto em uma relação familiar nuclear, só subsistem se o afeto subsistir entre os filhos e os cônjuges separados. O laço que une os componentes de famílias simultâneas ao seu membro comum é eminentemente afetivo. Daí dizer que a simultaneidade é fenômeno que somente pode ser compreendido a partir de sua inserção em um dado momento histórico, em que o fator afetivo se sobrepõe às funções institucionais como elemento de manutenção da família.

Esse fenômeno não é exclusivamente brasileiro. GIDDENS realiza exame dessas formas de convivência familiar que ganham maior relevância na contemporaneidade ao estudar a sociedade européia. Constata, ao fazê-lo, as taxas de divórcio e de recomposição familiar – o que repercute na ampliação do espaço no qual podem emergir famílias simultâneas.

Segundo o autor, "estima-se que perto de 40% das crianças nascidas no Reino Unido em 1980 farão parte de famílias monoparentais durante um dado período de suas vidas antes da maioridade". E prossegue "Dado que 75% das mulheres e 83% dos homens que se divorciam voltam a casar no espaço de 3 anos,

os filhos irão, de qualquer forma crescer num ambiente familiar²¹⁴.

Ressalte-se que essas famílias formadas por apenas um ascendente e seus descendentes, a seu turno, além de marcas da pluralidade familiar e reflexos da inequívoca repercussão do afeto na conformação das diferentes estruturas familiares contemporâneas, podem ser espaço em que a simultaneidade familiar está oculta em meio às estatísticas.

Colhem-se, à guisa de exemplo, dados do IBGE que demonstram que ao menos 12,6% dos domicílios brasileiros são monoparentais, compostos pela mãe e seus filhos:

TABELA 3: DISTRIBUIÇÃO DAS FAMÍLIAS POR TIPO E A SITUAÇÃO DO DOMICÍLIO, SEGUNDO AS CLASSES DE TAMANHO DA POPULAÇÃO DOS MUNICÍPIOS BRASIL - 2000²¹⁵

Classes de tamanho da população dos municípios	Unipessoal	2 ou + pessoas sem parentesco	Casal sem filhos	Casal com filhos (1)	Mulher sem cônjuge com filhos	Casal com filhos (2)	Outra modalidade
Total	8,3	0,2	15,6	52,4	12,6	3,0	7,9
Até 20.000	8,0	0,1	15,3	57,4	10,1	1,5	7,5
de 20.001 até 100.000	7,6	0,1	15,1	55,3	11,8	2,3	7,7
de 100.001 até 500.000	8,1	0,2	15,6	52,2	13,2	3,3	7,4
mais de 500.000	9,5	0,4	16,1	46,4	14,4	4,2	9,0

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 2000

Nota: (1) Casal com filhos sendo o responsável do sexo masculino.

(2) Casal com filhos sendo o responsável do sexo feminino.

Segundo o IBGE, portanto, ao menos 12,6% dos domicílios são monoparentais. Entre eles, podem-se identificar as seguintes situações: (a) filhos

²¹⁴ GIDDENS, *op. cit.*, p. 186.

²¹⁵ IBGE, *op. cit.*

que, efetivamente, possuem apenas um dos pais (seja por conta do falecimento de um dos pais, seja por conta do seu não reconhecimento por algum deles), (b) filhos de pais separados ou divorciados, ou mesmo (c) filhos de pais que jamais se casaram ou viveram em união estável, mas que são reconhecidos por ambos os genitores, e com eles mantêm vínculo de afeto e convivência, embora residam apenas com a mãe. Nestes segundo e terceiro grupos está um terreno fértil para a emergência de situações de simultaneidade.

São lares monoparentais, em que se identificam filhos em situação de uma biparentalidade *sui generis*, decorrente da simultaneidade de vínculos familiares com ambos os pais. Note-se que não se está a sustentar que todo o filho de um casal separado vive em situação de simultaneidade. Diz-se, porém, que nesse ambiente, se mantidos os vínculos de afeto, expressos por circunstâncias objetivas como uma convivência estável (que não implica residência comum) e pública, pode-se identificar um espaço propício para a configuração de famílias simultâneas.

De outro lado, a "recomposição familiar" também é circunstância em que pode se verificar a simultaneidade. Oportuno dizer que a expressão "recomposição" não é de todo exata, uma vez que a família, ainda que monoparental, não deixa de ser uma família.²¹⁶ A recomposição se refere, na verdade, à estrutura conjugal que funda a família nuclear. Tratam-se, pois, de novas famílias nucleares, de caracteres especiais, construídas após o ocaso de experiências familiares análogas anteriores, por um ou ambos os cônjuges. GIDDENS as define como uma "família em que pelo menos um dos adultos é padrasto ou madrasta",²¹⁷ trazendo ao conceito a plenitude do "triângulo edipiano" da família nuclear, agora composta pelo ascendente, o descendente e o novo cônjuge ou companheiro do ascendente.

A simultaneidade instituída entre "lares monoparentais" e entre uma "família

²¹⁶ Chiara SARRACENO também demonstra certa reserva ao referir-se à expressão famílias "recompostas" ou "reconstituídas", como se infere da definição que oferece ao fenômeno em sua Sociologia della Famiglia: "*Un tipo de struttura familiare che deriva indirettamente da questa (família monoparental), è quello costituito dalle famiglie che qualcuno ha chiamato, forse impropriamente <<ricostitutte>> (as esempio Spanier e Furstenberg, 1987): ove due persone provenienti entrambe o una sola da un altro matrimonio, e tavolta anche a figli nati dal nuovo matrimonio.*" (SARRACENO, Chiara. **Sociologia della famiglia**. Bologna: Il Mulino, 1988, p. 48).

²¹⁷ GIDDENS, *op. cit.*, p. 196.

recomposta" e um "lar monoparental" ou entre duas "famílias recompostas" difere, como se vê, pela sua estrutura e, não raro, por repercussões que essas estruturas formadas por entes de expectativas e hábitos diversos podem gerar na convivência entre seus membros.²¹⁸

O próprio ascendente, nesses casos, pode se inserir em situação de simultaneidade, uma vez que é possível que, além da nova família nuclear formada após um primeiro desenlace, mantenha ele vivos os vínculos com os filhos que residem com o outro cônjuge.

Pode-se imaginar arranjo familiar ainda mais complexo, em que ambos os ascendentes formam famílias recompostas, cada qual residindo, por exemplo, com um filho do primeiro enlace, o novo cônjuge e os filhos da segunda união. Cada um dos filhos da primeira união pode estar em situação de simultaneidade constituída entre a família recomposta da qual faz parte e o núcleo familiar que ainda mantém, ao menos, com o ascendente e com o irmão com o qual não reside. Cada um dos ascendentes, a seu turno, além de integrar a sua respectiva família recomposta, pode ter caracterizada a simultaneidade familiar desta em relação, ao menos, ao filho que vive na companhia do outro cônjuge.

É possível, ainda, que ambos os filhos do primeiro enlace se integrem plenamente a ambas as famílias recompostas. Ainda assim haverá simultaneidade, uma vez que, se há vínculo de ambos os filhos com ambas as famílias, as estruturas continuam passíveis de individualização, haja vista a provável ausência de vínculo familiar entre os ex-cônjuges.

Não se pode descartar de antemão, contudo, simultaneidade de

²¹⁸ "Tendem a surgir certas dificuldades no seio das famílias recompostas. Em primeiro lugar, existe normalmente um progenitor biológico que vive em outro lugar e cuja influência sobre os filhos se mantém intensa. Em segundo lugar, as relações de cooperação entre pessoas divorciadas tornam-se muitas vezes tensas quando um ou ambos voltam a casar. Vejamos o caso de uma mulher com dois filhos, que casa com um homem que também tinha outros dois filhos e passaram a viver todos juntos. Se os progenitores exteriores insistirem em que os filhos os continuem a visitar com a mesma regularidade de outrora, as tensões inerentes à manutenção da unidade do agregado familiar serão exacerbadas. Por exemplo, pode tornar-se impossível reunir a nova família aos fins de semana. Em terceiro lugar, as famílias recompostas misturam filhos provenientes de meios diferentes que podem ter expectativas variadas quanto ao comportamento familiar apropriado. Dado a maioria dos enteados "pertencer" a dois agregados familiares, é provável que venham a existir confrontos consideráveis de hábitos e perspectivas." (*Ibidem*, p. 197).

conjugalidades que constituam algo mais que relacionamento sexual extraconjugal esporádico e clandestino. Embora essa forma de simultaneidade não receba o beneplácito da aceitação social com a mesma facilidade com que se verificam as situações que envolvem a relação paterno-filial, não se pode olvidar que há situações de fato em que as famílias simultâneas se formam em virtude de uma conjugalidade plural que não se confunde com o adultério eventual ou mesmo o concubinato mantido às ocultas. Podem se configurar, por exemplo, situações que sejam, ao menos, toleradas pelos membros que compõem os dois núcleos conjugais dotados de um membro comum, tolerância esta objetivamente aferível pela manutenção da conjugalidade a despeito da situação de simultaneidade.

Vê-se que a complexidade das formações familiares e os exemplos de famílias simultâneas são tantos quantos emergirem da pluralidade de arranjos familiares que a contemporaneidade traz a lume.²¹⁹

As famílias simultâneas têm seu espaço propício no âmbito da família plural fundada no afeto. A instituição familiar extensa ou nuclear pode se romper, mas a família continua sendo identificável para além dos laços formais do parentesco. Uma nova família, é certo, plural não apenas no que tange os possíveis diferentes arranjos, mas, também, dotada de uma pluralidade sincrônica que admite participação simultânea em grupos familiares diversos, que se mantêm enquanto se mantiver viva a dimensão afetiva que o sustenta.

O incremento de seu espaço de verificabilidade no meio social é fenômeno que se apresenta em uma história de média duração, repousando sobre as permanências da história estrutural, mas que não ocorre na fugacidade do instante, do evento determinado. Antes, conduz um sentido aos eventos, que se colocam na superfície, visível e imediata, do Mediterrâneo da história.

²¹⁹ A família contemporânea, além de plural, tem estrutura dinâmica, podendo a simultaneidade se apresentar, diacronicamente, em determinada fase da vida do membro de uma família: *"Anche oggi, perciò, sia pure per motivi legati più alle scelte individuali che alle circostanze della sopravvivenza, una famiglia può mutare la propria struttura lungo il ciclo di vita, a seconda delle entrate e uscite dei singoli da una convivenza all'altra: noni che cessano di far famiglia a sé per entrare nella famiglia dei figli, mogli e mariti, madri e padri che escono da una convivenza e entrano in un'altra, figli che attraversano, in quanto tali, più strutture familiare (da quella nucleare dei loro genitori a quella monogenitoriale a quella nucleare ricostituita), tavola appartenendo a due convivenze contemporaneamente, come nel caso dell'affidamento congiunto."*(grifo nosso).

No caso da história da família na perspectiva do direito, os diplomas legais que se referem ao fenômeno familiar constituem esse nível do tempo histórico. Sua adequada compreensão, entretanto, não se encerra no próprio fato da norma, como se pretendeu fazer ver nas explanações precedentes. A lei posta, como "fato", não é, no âmbito da família, a fonte primeva das mudanças – embora possa nelas, dialeticamente repercutir. É, sim, reflexo de um dado momento histórico em que se insere como evento visível à superfície desse tempo.

Evento este que, no dizer de Milton Santos, "é uma manifestação corpórea do tempo histórico, algo como se a chamada flecha do tempo apontasse e pousasse num dado ponto da superfície da terra, povoando-o como um novo acontecer".²²⁰ É o que emerge dos níveis mais profundos da história, em com eles guarda relação, uma vez que os níveis são, como já enfatizado, simultâneos.

É dessa terceira instância do tempo histórico que este estudo se ocupará doravante, de modo a identificar o reflexo normativo do longo transcurso histórico das dimensões estrutural e conjuntural do tempo da família no Brasil.

(SARRACENO, *op. cit.*, p. 49).

²²⁰ SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção**. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 157.

3 UMA BREVE HISTÓRIA EPISÓDICA DA FAMÍLIA BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DE SUA DISCIPLINA JURÍDICA: AS MUDANÇAS LEGISLATIVAS ENTRE O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Chega-se ao tempo dos eventos, dos episódios, daquilo que transita por sobre o Mediterrâneo da história, como turbilhão que pode apresentar múltiplas faces, limitado, porém, pelo tempo conjuntural em que se situa e pelas estruturas estáveis das permanências que constituem suas bases.

No que tange o modo tradicional pelo qual se costuma narrar a história do direito,²²¹ aporta-se no aparente porto seguro a que essa história costuma, muitas vezes, se limitar: à seqüência de diplomas legais acerca de dada matéria. Segurança apenas aparente, entretanto, uma vez que, embora baseada na lei posta – pretense objeto transparente e colocado à observação do cientista do direito – é centrada na metafísica da abstração dos modelos, alheia à realidade que informa o direito e à qual ele se destina.²²²

Aqui porém, esse transcurso que recolhe as mudanças normativas referentes ao fenômeno familiar não está suspenso no universo abstrato de uma "realidade jurídica" construída sobre o imenso nada²²³: buscou-se assentar o tempo da norma que se põe como "evento" objetivamente aferível sobre aquilo que limita e

²²¹ Vide a crítica formulada por Ricardo Marcelo FONSECA, a partir de Antônio Manuel Hespanha, transcrita em nota anterior.

²²² Trata-se de reflexo da cisão do discurso jurídico a que se refere Plauto Faraco de AZEVEDO, que, a pretexto de assegurar-se "foros de cientificidade" se circunscreve a um dogmatismo fechado ao que é reputado meta-jurídico. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 19).

²²³ A crítica de Luiz Edson FACHIN à abstração em que mergulhou o direito sobretudo a partir do século XIX, é, com efeito, de grande pertinência: "No estudo tradicional do Direito Civil, o movimento a que somos convidados a fazer não é o de compreender a realidade subjacente para ver a diversidade. Aquela introdução ao Direito Civil é o modo pelo qual se aprende a manejar conceitos, mas não entender a realidade para transformá-la. É que a pretensão de cientificidade, como a de neutralidade, exige certo distanciamento da realidade social. E é por isso que o Direito cada vez mais se afastou da sua noção de arte e se aproximou desta pretensão de pseudo-cientificidade, mediante a qual os conceitos buscavam aprisionar os fatos da vida até que as águas desses diques represados acabavam rompendo as comportas para que os fatos se impusessem". (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica ...**, p. 55).

conduz à produção da norma, ou seja traços estruturais de uma dada realidade social – e, como tal, histórica -, que se move e se transforma no tempo das longas conjunturas.

A família – e, sobretudo, o fenômeno de sua simultaneidade – não existe apenas porque o direito a reconhece e a normativiza. As mudanças na família, a seu turno, não se operam apenas porque a lei é alterada: antes, precedem a alteração da lei, que contempla as mudanças que se consolidam nas médias durações.

O advento de um diploma legal não opera, por si só, a mudança de uma conjuntura social, tampouco de uma estrutura, que só é observável em temporalidades mais longas. Reflete, porém, as mudanças que já se operaram, ou, ainda, atende a demandas pré-existentes por transformações.

Quando em 1977, para oferecer um claro exemplo daquilo de que se está a falar, o direito brasileiro passa a admitir o divórcio, não se está, apenas pelo fato do advento da nova regra, a operar uma mudança estrutural ou mesmo conjuntural nas funções ou na composição das famílias. Está-se todavia, a legitimar, segundo o olhar de um direito estatal, rupturas que já se operavam de fato, não porque o direito pretenda operar a desconstituição das relações conjugais, "destruir a família", mas porque a família sustentada pelo afeto perece quando este se extingue, queira ou não o direito. As rupturas de fato demandam chancela jurídica.

Uma realidade social historicamente construída se impõe ao direito, demandando apreensão. A emergência da norma em determinado momento é reflexo episódico da imposição do real sobre o jurídico.²²⁴

Não se pode deixar de observar, entretanto, que se a emergência da lei nova é algo que se localiza no âmbito dos episódios, a lei se destina a uma vigência relativamente longa, que pode atravessar uma extensa conjuntura, aproximando-se ou até atravessando o tempo de um século. É traço episódico que, entretanto, por suas próprias natureza e finalidade, apresenta a característica de uma *sui generis* permanência²²⁵.

²²⁴ *Id.*

²²⁵ Nessa esteira, Leila Linhares BARSTED (Permanência ou mudança? O discurso legal

Até por isso, não é possível negar a dialética operada pelo direito: se este é fruto de um momento histórico, a sua coerção é apta, dentro de certos limites, a repercutir em um nível mais profundo que a simples chancela do que a ele pré-existe. Em outras palavras: o direito, circunscrito a certos limites, pode influenciar transformações ou operar restrições.

Eventual transformação se efetua, porém, não apenas com a simples proclamação legislativa, como circunstância episódica, mas no âmbito do direito vivo, feito norma mediante sua aplicação em concreto. Em outras palavras, um direito que encontra efetividade e se integra a um tempo social.

De outro lado, a existência da lei posta – desde que, também, efetiva - pode constituir, em alguma medida, elemento de resistência à mudança, podendo operar, por algum tempo, parcial engessamento de uma realidade.

Todavia, mesmo a transformação e a resistência que podem ser operadas por meio da lei possuem limites objetivos, oferecidos pelas estruturas das longas permanências e, mesmo, pelas conjunturas que traçam tendências e estabelecem balizamentos materiais à ação do direito, assim como o faz com todos os fatos humanos.²²⁶ A efetividade da lei depende das condições materiais às quais pretende se aplicar. Daí situar-se a história das normas jurídicas acerca da família apenas no terceiro nível, à superfície do amplo mar da história, que se estende para muito além da lei posta – sem que isso signifique, como se infere do exposto, negar-lhe relevância.

Em suma, o transcurso das alterações legislativas em matéria de família não deve ser visto como o conjunto de marcos que operam as transformações no fenômeno familiar, mas, sim, como o reflexo dessas transformações, operadas em níveis mais profundos do tempo histórico, quando aquilo que se consolida entre

sobre a família. IN: ALMEIDA, Ângela Mendes de. **Pensando a família no Brasil: da colônia à modernidade**. Rio de Janeiro: Tempo e Espaço/UFRRJ, 1987, p. 103): "A possibilidade de compreensão da articulação entre a permanência de um modelo legal e a diversidade das famílias talvez dê subsídios para trazer à tona o que diz a lei e o que se faz por fora da lei, em um país onde, muitas vezes, as idéias estão 'fora do lugar'".

²²⁶ (BRAUDEL. **Civilização material** ..., p. 15). Logo no início da monumental obra BRAUDEL se refere à estrutura e mesmo às longas conjunturas como o "limite que se estabelece para cada época (mesmo para a nossa) entre o possível e o impossível, entre o que se atinge, não sem esforço, e o que é recusado aos homens".

estrutura e conjuntura vem à tona, marcando um dado episódio: a emergência da lei.

Mais especificamente, o objetivo deste tópico é examinar, dentre os diplomas legais pertinentes ao direito de família que vieram a lume entre o século XX e o início do século XXI, como se opera a construção das condições legais de possibilidade de apreensão jurídica do fenômeno da simultaneidade familiar. Observe-se: fala-se em apreensão jurídica, e não em produção de uma dada realidade, haja vista que esta pré-existe a eventual chancela do direito – que, como se verá em momento posterior, pode ser limitada.

Para tanto, em todo momento, realizar-se-á o diálogo com as temporalidades que se situam nos níveis mais profundos da história, e que circunscrevem e fazem vir à tona – ainda que não determinem por completo - aquelas mesmas condições de possibilidade de apreensão jurídica.

3.1 O CÓDIGO CIVIL DE 1916: RETRATOS DE UM MODELO VOLTADO PARA O PASSADO

Já se explicitou em momento precedente as condições históricas em que veio a lume a disciplina jurídica da família na codificação civil de 1916. Verifica-se, em primeiro lugar, a sua inserção em estruturas de longa duração, permanências seculares, como a proibição do incesto e a monogamia. A própria família é situada nessa longa duração.

Tais caracteres de longa duração, porém, não são aptos a traçar elementos que permitam construir retrato das especificidades que marcam a codificação de 1916, uma vez que é sobre eles que se assentam as famílias – ao menos no ocidente - ao longo de milênios. São os caracteres de média duração, situados entre estrutura e conjuntura, que oferecem dados pertinentes para traçar as especificidades desse diploma legislativo.

No início do século XX, como anteriormente exposto, a família predominante nas elites possui ao menos quatro caracteres fundamentais: o patriarcalismo, a

hierarquização, a origem fundada exclusivamente no matrimônio e o ainda forte caráter transpessoal. Trata-se da família herdada da decadente "casa-grande" do século XVIII e início do século XIX, no que respeita às elites rurais, e do sobrado do século XIX, no que tange as elites urbanas.

Elites diversas ao longo da história, mas que ocupam um mesmo lugar de poder, e apresentam, dialeticamente, certas características comuns. As elites rurais mantêm alguns traços da família extensa que marca a casa-grande freyriana, ao passo que as urbanas se aproximam de uma formação nuclear.

Não surpreende, por conseguinte, que a essas famílias se dirija a codificação civil de 1916. A fórmula engendradora na disciplina da família é ideologicamente engenhosa: baseia-se, pretensamente, na tradição da família patriarcal romana. Com efeito, aproveita-se da fórmula escolástica da legitimação pelo argumento de autoridade. Pondera-se, entretanto, em que consistiria esse modelo fundado no direito romano. Em primeiro lugar, que direito romano? Não resta dúvida: trata-se do direito romano justiniano, do Digesto, compilação de antigas fórmulas clássicas já relidas à luz de uma realidade histórica completamente diversa, situada no Império Romano do Oriente.²²⁷

Se o Digesto é, porém, a fonte primária, não é, também, de simples evolução da família romana ali presente que trata o Código Civil Brasileiro de 1916. A tradição romana é o elemento ideologicamente legitimador de um retrato legal do modelo de família "ideal" segundo os valores novecentistas da época de elaboração do Código.

De fato, dar a esse modelo as vestes de uma tradição patriarcal romana – construída e relida com base em contextos históricos completamente diversos – é

²²⁷ É o que se infere da análise levada a efeito por Aloísio SURGIK: "Sem negarmos seu valor histórico, é lastimável, a nosso entender, que, por vicissitudes históricas, tenha sido precisamente o *Corpus Iuris Civilis* a fonte que em grande parte acabou por constituir a base das legislações hodiernas (...). (p. 103). Em outra passagem, refere o autor ao modo como se operou a construção do *Corpus*: "A intenção de Justiniano foi reunir as constituições imperiais que se encontravam nos códigos Gregoriano, Hermogeniano e Teodosiano, não se limitando a uma simples coleção, mas um trabalho em que o permitida não só a omissão de qualquer matéria supérflua ou não condizente com o espírito da época e principalmente com a nova política de Justiniano, com a inclusão de matéria nova, sempre que necessária". (SURGIK, Aloísio. **Gens Gothorum**: as raízes bárbaras do legalismo dogmático. Curitiba: Livro é Cultura, 2002, p. 92).

hábil discurso que busca fazer crer que o modelo legislado no Código Civil é "natural evolução" de uma estrutura que nasce no esplendor da mais tradicional expressão jurídica do ocidente, e aporta sem escalas na família patriarcal brasileira do final do século XIX. Essa ilusão desvanece quando se deixa de ler a história pelas vagas da superfície, rompendo com a concepção linear e ascendente de uma evolução histórica.

A família das elites brasileiras em fins do século XIX e início do século XX não é, por óbvio, retrato de evolução da família romana: é fenômeno de caracteres muito próprios, historicamente aferíveis, que produz seu regramento à luz de seus próprios valores no Código Civil de 1916. Assim procede por meio da releitura, conduzida por uma dimensão axiológica presente à época – mais especificamente, do século XIX –, de um modelo construído e compilado sobre realidades históricas completamente diversas, mas cujos significantes bem se enquadram, à luz de uma análise ideológica do devir histórico, ao modelo presente nas elites brasileiras que constroem a codificação.²²⁸

E essa família da elite novecentista brasileira que faz do Código Civil auto-retrato de seu modelo ideal é exclusivamente matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, transpessoal²²⁹ e, ainda, com alguns traços residuais de uma família extensa.

Consoante a racionalidade herdada do pandectismo alemão, centrado na idéia de modelos abstratos de relação jurídica, que descrevem a realidade juridicamente relevante segundo seus valores e constroem uma "realidade jurídica" nesse âmbito de abstração, circunscreveu o legislador, por meio das regras pertinentes, o modelo de família relevante para o direito: a família matrimonializada. Outros arranjos familiares são juridicamente irrelevantes – ao menos no que tange a

²²⁸ Exemplar a análise de Orlando GOMES: "No período de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia deanel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamentalmente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite." (GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958, p. 33).

²²⁹ FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos** ..., p. 34.

sua proteção jurídica²³⁰ – pelo que se situam em um âmbito de não direito.

Vale dizer: se a técnica da codificação civil se reserva a condição de definir pessoa como conceito jurídico, não surpreende que tenha pretendido definir a família, a partir da eleição de um modelo único, operando, desse modo, a exclusão de todos os demais.²³¹

Nesse modelo jurídico de família fundado no casamento, são determinados certos efeitos que bem revelam a sua natureza patriarcal e hierarquizada. Dentre eles, pode-se indicar a condição de relativamente incapaz reservada à mulher casada²³², a chefia da sociedade conjugal reservada ao marido²³³, com repercussões no mais diversos âmbitos, como efeitos patrimoniais²³⁴, exercício do pátrio poder²³⁵, definição do domicílio conjugal²³⁶, entre outros.

O marido é, pois, o chefe da família, sendo marcante a desigualdade de direitos entre homem e mulher. Essa desigualdade circunscreve os papéis de cada um deles na família²³⁷, operando a hierarquização. A imagem que vem à mente, de

²³⁰ "Operada a exclusão pela abstração, torna-se irrelevante para o Direito qualquer manifestação fática não abrangida pela moldura preestabelecida. Os sujeitos concretos ali presentes não têm direitos no âmbito dessas relações sociais, pois sequer existem como sujeitos, naquela situação concreta, perante o ordenamento". (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 7, p. 8, out./dez. 2002).

²³¹ Assim escreveu, antes da Constituição de 1988, a historiadora Leila Linhares BARSTED: "No Brasil, o discurso legal sobre a família é extremamente reducionista; nele só está presente o modelo da família patriarcal, monogâmica e nuclear, atravessando as épocas e as mudanças sociais. Essa característica do direito que 'fala' sobre a família em persistido tanto nos momentos de autoritarismo político quanto nas fases intermediárias de democracia. Analisar essa permanência torna-se um exercício interessante, em particular ara se ressaltar o modo como o discurso legal convive co a diversidade concreta das famílias brasileiras." (BARSTED, *op. cit.*, p. 103).

²³² Revogada apenas em 1962, pelo Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62.

²³³ Art. 233 do CCB de 1916.

²³⁴ Art. 242 do CCB de 1916, que versava sobre atos que a mulher não podia praticar sem autorização do marido, entre os quais a menção genérica a "contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal". Originalmente, a proibição se estendia, na redação original do Código Civil, a "aceitar ou repudiar herança ou legado", aceitar tutela ou curatela ou qualquer "múnus" público, litigar em juízo cível ou comercial aceitar mandato e exercer profissão. Mais amplamente, ver: OLIVEIRA; MUNIZ. *Direito de família* ..., p. 305.

²³⁵ Parágrafo único do artigo 380 do CCB 1916, que previa, na divergência entre os progenitores, que prevaleceria a decisão do pai.

²³⁶ Art. 233, inciso III do Código Civil de 1916.

²³⁷ OLIVEIRA; MUNIZ, *op. cit.*, p. 305.

imediatamente, é a paradigmática família novecentista do Barão de Goiana, anteriormente descrita.

O modelo legal de família matrimonializada, patriarcal e hierarquizada é, também, transpessoal, na medida em que a lei é engendrada de modo a sustentar, quase a todo custo, a estabilidade institucional da família. O Código Civil de 1916 tolera, quando muito, o desquite, sujeito a regras rígidas, não admitindo o divórcio - ou seja, a dissolução do vínculo conjugal, que só se opera com a morte de um dos cônjuges ou com a nulidade das núpcias.

A busca pela manutenção da estabilidade institucional do casamento se estende para as relações de filiação, com a proibição do reconhecimento de filhos "espúrios", ou seja, os incestuosos e adulterinos, que poderia perturbar o equilíbrio da família. Retrato de uma família que, historicamente, ainda valoriza, primordialmente suas funções institucionais acima da felicidade de seus membros. Em homenagem a essa racionalidade, chega-se a negar a condição de filho.

De outro lado, as regras rígidas para afastar a presunção de paternidade dos filhos havidos no casamento²³⁸ também é reflexo dessa pretensão de fazer da norma elemento de estabilidade institucional, legitimando-se paternidades por meio de uma ficção.

Já a característica que ainda permite observar resquícios da família extensa da casa-grande no modelo legislado é o estabelecimento do parentesco jurídico colateral até o sexto grau, atribuindo-se a esses parentes direitos sucessórios - reflexo de uma família que tem por função a transmissão de patrimônio. O Decreto-Lei 9.461/46 restringe o direito à herança aos colaterais até o quarto grau²³⁹ - reflexo de uma realidade social em que já se consolidara a família nuclear -, sem revogar, entretanto, o artigo 331, que estendia o parentesco jurídico até o sexto grau.

²³⁸ Para que se tenha uma idéia do que se está a falar, o Código Civil de 1916 estabelecia rol exauriente de hipóteses em que a negatória de paternidade seria admitida, oferecendo-lhe exíguo prazo decadencial, que, conforme a hipótese, variava de 2 a 3 meses (art. 340 e 177, parágrafos 3º e 4º, inciso I do CCB de 1916). Trata-se de elemento da "ficção legislativa" a que se refere Luiz Edson FACHIN ao discorrer sobre a filiação no sistema do Código Civil de 1916. (FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992, p. 43).

²³⁹ "Art. 1.612 - Se na houver cônjuge sobrevivente, ou ele incorrer na incapacidade do art. 1.611, serão chamados a suceder os colaterais até o quarto grau".

Como se observa, pouco espaço resta, segundo esse modelo, para o reconhecimento jurídico da simultaneidade familiar. Se a família assim reconhecida pelo direito é apenas a fundada no casamento, sendo vedados casamentos simultâneos, qualquer arranjo familiar de fato mantido à sua margem – como, por exemplo, com filhos ilegítimos, ainda que naturais – não será reputado como tal. Ainda que o filho natural – cujo reconhecimento era admitido pelo Código Civil de 1916 – possa ter direitos decorrentes do parentesco²⁴⁰ jurídico, a sua relação com o progenitor não é reconhecida pelo direito como um ente familiar autônomo. Decorrência direta da exclusão operada pelo modelo único e fechado.

Com efeito, mesmo que materialmente pudesse ser verificada a simultaneidade entre a família "legítima" e a família composta pelo pai e o filho dito ilegítimo, eventuais efeitos da simultaneidade de vínculos afetivos estáveis e ostensivos seriam irrelevantes para o jurídico, situando-se no âmbito do não direito.

O modelo de família do Código Civil é, desse modo, retrato de valores predominantes em uma realidade histórica que o precede, circunscrita a um grupo social dominante. A emergência do Código se coloca na seara dos episódios que vêm à tona sobre as correntes de uma história social da família.

O mesmo ocorrerá com as mudanças legislativas posteriores que emergirão das tendências situadas entre a estrutura a conjuntura da família brasileira ao longo do século XX, refletindo, não raro, tardiamente, as mudanças sociais operadas nesse período.

3.2 AS LEIS RELATIVAS AO RECONHECIMENTO DE FILHOS E AS PRIMEIRAS FISSURAS DO MODELO CODIFICADO

Passos relevantes rumo à ambiência legislativa propícia, ao menos em tese, para a apreensão jurídica da simultaneidade familiar foram as leis que, entre as

²⁴⁰ O parentesco, cabe reforçar, não implica, necessariamente, configuração de entidade familiar nos termos em que esta é tomada neste estudo.

décadas de 40 e 80, abrandaram rigores para o reconhecimento de filhos ilegítimos.

O momento em que essas leis vêm à tona é marcado pela gradual transformação da família nuclear ao longo de décadas, a cada momento vindo reforçada a relevância de suas funções pessoais - em que avulta o valor do afeto - em detrimento de suas funções institucionais, sempre presentes, mas colocadas pouco a pouco, em segundo plano. Movimento que não se opera instantaneamente, é certo, mas que se consolida como tendência.

Como reflexo jurídico desse movimento de conjunto, em 1942 o Decreto-lei 4.737/42 passa a admitir o reconhecimento de filhos ilegítimos adulterinos após o desquite, autorizando, ainda, que na ausência de reconhecimento voluntário, fosse o pai demandado pelo filho. Alguns anos depois, a Lei 883/49 viria a estender a possibilidade de reconhecimento de filhos adulterinos a todos os casos de dissolução da sociedade conjugal.²⁴¹

A Lei 6.515/77, que alterou a redação do art. 1º da Lei 883/49, acrescentando-lhe um parágrafo único, inovou ao admitir o reconhecimento de filhos adulterinos mesmo durante a vigência da sociedade conjugal, desde que por testamento cerrado. Finalmente, em 1984, 7.250/84 acrescenta mais um parágrafo ao artigo 1º da Lei 883/49, de modo a admitir o reconhecimento judicial do filho adulterino do cônjuge separado de fato há pelo menos cinco anos.

Nota-se que, ainda que se pudesse verificar entre as décadas de 40 e 70 situações de fato em que os filhos extramatrimoniais fossem tratados pelos pais do mesmo modo que os filhos ditos legítimos, podendo ser aferíveis situações de efetiva simultaneidade familiar, esta não obtinha chancela, em regra, pelo direito, haja vista os limites operados pela lei para o reconhecimento dessa filiação.

O porquê dessa situação avulta por sua obviedade: se a separação implica o fim da família à luz do modelo codificado, uma vez que somente recebe esse *status* a família composta pelo núcleo conjugal consagrado pela formalidade do casamento, não havia mais família, em seu sentido jurídico, no momento em que o

²⁴¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento.** Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=528> Acesso em: 05/03/2003, às 14h e 11 min.

reconhecimento do filho se fazia possível.

Mais evidente ainda, dispensando comentários, a inviabilidade de chancela jurídica da simultaneidade nas hipóteses de reconhecimento de filiação mediante testamento cerrado. Mesmo que presente antes do falecimento do pai, a simultaneidade era realidade irrelevante para o direito, não se enquadrando na rigidez dos modelos legislados.

3.3 A LEI DO DIVÓRCIO E A CHANCELA JURÍDICA DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL

Outro passo relevante rumo à construção das condições legais que constituem ambiência jurídica em que se mostra viável cogitar a chancela da simultaneidade familiar foi a Lei do Divórcio.

A ruptura dos laços que sustentam a família, desde o Código Civil de 1916, era chancelada mediante a extinção da sociedade conjugal por meio do desquite. Entretanto, a dissolução do vínculo, mediante o divórcio, não era admitida, em perspectiva na qual avulta o interesse na preservação institucional da família.

Essa postura era coerente com o sistema do Código, mas acabou por entrar em descompasso com a realidade histórica construída durante o século XX. A coerência com o sistema é verificada na medida que, se o único modelo de família acolhido pelo Direito Civil era o matrimonializado, o fim do matrimônio ensejaria o fim da família. A monoparentalidade, a união estável, a simultaneidade podiam existir como situações familiares de fato, mas não o eram na perspectiva do modelo jurídico.

O sentido de preservação institucional da família era, por conseguinte, incompatível com a admissibilidade de dissolução do vínculo entre o cônjuges, tolerando-se, quando muito, a dissolução da sociedade conjugal.

O fluxo da longa conjuntura histórica que conduziu, em aproximação com a estrutura, a uma mudança gradual nas funções da família conduziu também à

inserção do afeto como elemento de manutenção da conjugalidade. Se os laços afetivos perecem, não se sobrepõe a eles, em regra, interesses políticos ou econômicos visando à manutenção dos vínculos, pelo que eles se rompem de fato. Esse rompimento demandava apreensão jurídica.

O instrumento do desquite, entretanto, não era o suficiente, uma vez que vedava novo casamento. Parcela expressiva da sociedade mergulhada em momento histórico diverso daquele em que veio à tona o Código Civil clamava por mudanças na lei, esse retrato de momento que se torna permanência, de modo a admitir o divórcio.

As resistências à alteração legislativa, é certo, não foram poucas. Situam-se porém, no âmbito do turbilhão de superfície: o novo momento histórico, como movimento de conjunto, impunha a mudança legislativa. Daí terem vindo a lume em 1977, a Emenda Constitucional nº 9 (que deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição de 1969, que consagrava o vínculo como indissolúvel)²⁴² e a Lei 6.515/77, denominada Lei do Divórcio.

Mesmo assim, na redação da emenda constitucional, a separação judicial (expressão que substituiu, na lei, o desquite) deveria ser uma ante-sala necessária ao divórcio, uma vez que a dissolução do vínculo somente seria possível após três anos de separação judicial.

Esta, a seu turno, era possível por mútuo acordo ou sob a modalidade litigiosa. Esta última, podia se basear em dois fundamentos alternativos: o princípio da culpa e o princípio da ruptura. Se baseada no princípio a ruptura, a separação judicial deveria ter ocorrido há mais de cinco anos, e deveria ser demonstrada a impossibilidade de sua reconstituição, ou, então, em virtude de doença mental grave que torne impossível a vida em comum, e que após cinco anos tenha sido reconhecida como de cura improvável.

Observa-se, pois, que a separação judicial era cercada de restrições o que, por evidente, repercutia a possibilidade de sua conversão em divórcio.

²⁴² "Art. 175 (...)

"§ 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos".

O artigo 40 da Lei do Divórcio admitia, entretanto, o divórcio direto, desde que após cinco anos de separação de fato e, ainda mais, desde que a separação houvesse tido seu início antes de 28 de junho de 1977, o que, como bem observaram Lamartine Correa de OLIVEIRA e Francisco José Ferreira MUNIZ, "retira, a médio prazo, qualquer alcance prático da norma".²⁴³

Foi somente com o advento da Constituição de 1988, que se consagrou o princípio eudemonista em matéria de família, que a possibilidade real de obtenção do divórcio direto foi restabelecida, com prazo de dois anos de separação de fato, reduzindo-se, ainda, o prazo para conversão de separação em divórcio de três para apenas um ano.

Como se vê, a Lei do Divórcio constituiu passo relevante na construção histórica das possibilidades legais de apreensão jurídica do fenômeno da simultaneidade, na medida que, admitindo o rompimento do vínculo, admite, também, a possibilidade de futura recomposição da família nuclear. Se, efetivamente, foi um passo a mais, cabe, entretanto, atentar para o fato de que a lei não teve o condão de ampliar o conceito jurídico de família, que permanecia ligado ao matrimônio, a despeito de franca evolução jurisprudencial o sentido de atribuir efeitos patrimoniais a uniões familiares informais, ainda que sob as vestes de modelos colhidos do direito das obrigações.²⁴⁴

²⁴³ OLIVEIRA; MUNIZ, *op. cit.*, p. 492.

²⁴⁴ É o que observa Carmem Lucia Silveira RAMOS, ao se referir à utilização, pela jurisprudência, de modelos obrigacionais como a sociedade ou a prestação de serviços como modo de atribuir efeitos patrimoniais ao concubinato, anda, porém, sem reconhecê-lo expressamente como família: "Tais direitos patrimoniais não foram reconhecidos com base no relacionamento pessoal do casal, mas sim em nome de direitos de natureza obrigacional ou real caracterizados em favor a concubina, o fulcro das decisões assentando-se no enriquecimento ilícito, fundamento que subsistiu por muitas décadas, neste sentido afastando-se o reconhecimento da família sem casamento como realidade familiar, exceto em hipóteses casuisticamente selecionadas, como no caso de garantia de direitos previdenciários ou indenização por acidente de trabalho, de sentido protecionista, e direcionado para os excluídos." (RAMOS. *Família sem casamento* ..., p. 92).

3.4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Aporta-se, por derradeiro, naquilo que constituiu um dos pontos de partida objeto da problematização a que se destinou a análise histórica precedente. Conforme anteriormente exposto, as condições jurídicas de possibilidade de apreensão jurídica da simultaneidade familiar se situam na ordem principiológica trazida a lume pela Constituição de 1988

A Constituição, a seu turno, não foi a fonte primeva das mudanças na família: foi antes, reflexo de um longo movimento histórico que, no decorrer do século XX, operou profundas mudanças na família nuclear que adentrou o século passado. Está, também, como norma posta, no nível de uma história episódica, mas que, ao apreender as mudanças sociais, as reproduz e legitima.

A nova ordem constitucional, ao consagrar a proteção da família na pessoa de cada um de seus membros, rompe com a racionalidade dos modelos fechados, abraçando a concepção plural de família que sempre esteve presente na sociedade, ainda que sujeita a estigmatizações e à marginalidade. A família na Constituição de 1988 não tem por fonte primária e exclusiva um ato formal, solene, encoberto pelo manto exclusivo da legitimidade jurídica, mas, sim, nasce e se mantém nos acordos do *leitmotiv* do afeto.

A Constituição consagra uma família plural e eudemonista, fundada, ainda, no princípio da igualdade, que rompe com a hierarquização dos papéis e com o patriarcalismo. É o retrato de uma realidade histórica construída ao nível de um tempo social, que não é constituído de marcos factuais isolados, mas por um movimento de conjunto ao longo de muitas décadas, que vem à tona também no direito legislado.

Código Civil de 2002, a seu turno, durante sua longa tramitação no Congresso, procurou, com certas dificuldades, adaptar-se à nova ordem social – e, sobretudo, constitucional – ainda que com o sacrifício de uma unidade sistemática absoluta. É um diploma legal estruturalmente voltado para o passado, com uma racionalidade fundada no sentido unificador de uma parte geral centrada nos modelos abstratos da relação jurídica, mas que contém regras que contemplam

muitas das transformações sociais já apreendidas pela Constituição.

Também consagra, ainda que de modo limitado, uma família que não se funda exclusivamente no casamento, além de contemplar os princípios da igualdade entre os cônjuges²⁴⁵ e entre os filhos²⁴⁶. Recolhe uma racionalidade eudemonista ao vedar a interferência na família de entes externos à relação conjugal²⁴⁷, além de admitir o divórcio ruptura – apesar de manter um rol, ainda que não exauriente, de hipóteses em que a desconstituição do vínculo conjugal é possível.²⁴⁸

É, entretanto, um Código que, diante das circunstâncias materiais da contemporaneidade, não pode mais sustentar uma pretensão de completude. Isso reforça a proeminência dos princípios constitucionais, que são a fonte mais relevante para a análise sistemática do direito de família, bem como para a aferição dos limites e possibilidades da apreensão jurídica de entidades familiares, uma vez que a perspectiva codificada é limitada ao casamento e à união estável – esta topograficamente relegada a um lugar secundário na própria redação do Código Civil²⁴⁹.

As características do sistema instituído pela Constituição de 1988 que podem conduzir à conclusão acerca da presença de condições de possibilidade para a apreensão jurídica da simultaneidade familiar – reflexos das demandas de uma realidade histórica que produziram e circunscrevem essa mesma Constituição,

²⁴⁵ "Art. 1.511 – O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."

²⁴⁶ "Art. 1.596 – Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação"

²⁴⁷ "Art. 1513 – É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

²⁴⁸ Vide artigo 1.573.

²⁴⁹ Observe-se que o Livro do Direito de Família é estruturado sobre dois itens fundamentais, quais sejam o Direito Pessoal e o Direito Patrimonial. Em ambos, são disciplinadas questões atinentes ao casamento e ao parentesco, mas não à união estável. Esta é relegada a um terceiro item, logo antes da disciplina da tutela e da curatela, como se se tratasse de uma modalidade residual de família, sem a mesma dignidade jurídica do casamento. Impõe-se, nesse passo, hermenêutica em que se imponha a igual dignidade entre essas espécies de formação familiar, sob pena de inconstitucionalidade, como sustenta Ana Luiza Maria NEVARES, uma vez que "as relações familiares geradas pelo casamento e pela união estável são idênticas em sua essência, baseadas em semelhantes vínculos de afeto, solidariedade e respeito". (NEVARES, Ana Luiza Maria. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: BARBOZA, Heloisa Helena *et al.* (org.) **Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de

sendo, ainda, dialeticamente, influenciadas por ela – merecem exame específico em estudo mais acurado.

É o que se buscará levar a efeito a seguir, na terceira parte deste trabalho, em que se pretende traçar as possibilidades e os limites de apreensão jurídica da simultaneidade familiar.

À luz da Constituição, no contexto histórico muito mais amplo e profundo em que ela se insere, cabe repensar a adequação da lição de Antunes VARELLA - que afirma que o homem que possui cinco filhos com cinco mulheres diferentes, se não se casou com nenhuma delas, não possui nenhuma família²⁵⁰ – à contemporaneidade.

Por ora, impende ressaltar a inafastável inserção do advento legislativo, qualquer que seja ele, em ambiência mais ampla, cujos limites estão circunscritos pelo movimento conjuntural que desliza sobre as estruturas estáveis do longo tempo histórico. A simultaneidade familiar, como situação de fato a ser apreendida pelo Direito, não foge desse contexto histórico, e só em seu interior pode ser compreendida.

Janeiro: Renovar, 2002. p. 311).

²⁵⁰ VARELLA, *op. cit.*, p. 175

TÍTULO III

LIMITES E POSSIBILIDADES DA EFICÁCIA JURÍDICA

DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR

O transcurso histórico na família no Brasil revela aspectos que permitem, entre continuidade e ruptura, estrutura e conjuntura, permanência e mudança, vislumbrar a emergência do fenômeno da simultaneidade familiar como dado socialmente relevante, cuja repercussão no sistema jurídico se faz sentir por meio de demandas que, na porosidade do sistema aberto, se impõem perante o direito, desafiando seus estudiosos e operadores a assumirem uma postura apta a, a partir da problematização formulada em concreto, encetar possibilidades de resposta a essas demandas.

Diga-se de antemão que, nada obstante, tratando-se a simultaneidade de situação multifacetada, que não se deixa apreender, em sua integralidade, por modelos, essas respostas não são oferecidas como um *a priori*, sendo, porém, construídas entre a tópica e os valores que informam a ordem principiológica que, ao mesmo tempo, dá unidade e abertura ao sistema jurídico.

Se já foi possível aferir, na abertura do sistema, a potencialidade para a apreensão jurídica da simultaneidade familiar, que se apresenta como situação de fato cuja relevância social é historicamente construída – bem como também o são as mudanças no ordenamento jurídico, que propiciam sua apreensão – cabe, agora, dar mais um passo na investigação proposta. Trata-se de identificar possibilidades e eventuais limites para o ingresso da situação de simultaneidade familiar no sistema jurídico e, sobretudo, para a chancela jurídica de seus efeitos.

1 VETORES DE ANÁLISE DA POTENCIAL EFICÁCIA JURÍDICA DAS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS

Consoante enfatizado anteriormente, no âmbito da família plural não seria metodologicamente honesta a pretensão de apreender por meio de definições ou de um rol exauriente os diferentes arranjos afetivos que podem ser reputados como famílias, anda que seja possível, na esteira de Paulo Neto Lobo, traçar critérios vetores de identificação de realidades familiares.²⁵¹ Tampouco se mostraria factível eventual pretensão que visasse a traçar modelos de simultaneidade familiar, sob pena de operar um artificial engessamento das possibilidades de verificação do fenômeno

Nesse estágio da investigação proposta, em que se desemboca no plano da eficácia jurídica da simultaneidade familiar, pode-se cindir os próximos passos em duas preocupações fundamentais: a identificação, no sistema jurídico, de possíveis limites que possam, quando da construção normativa no caso concreto, sobrestar a produção de efeitos jurídicos que poderiam decorrer da situação simultaneidade e, em um segundo momento, apontar hipóteses específicas, em rol exemplificativo, nas quais o direito reconhece – ou pode reconhecer – eficácia jurídica às demandas que podem emergir das relações de coexistência no âmbito de famílias simultâneas.

É necessário, entretanto, para propiciar um estudo passível de alguma sistematização, eleger vetores que permitam, a partir deles – ainda que a eles não se reduzindo –, traçar um caminho para a análise das famílias simultâneas, permitindo aferir, em linhas gerais, como se situa a espacialidade em que o fenômeno pode ingressar como realidade juridicamente relevante, bem como quais seriam os limites impostos pelo próprio sistema à chancela jurídica de seus efeitos.

Isso porque a simultaneidade é, como regra, situação de fato²⁵² – o que

²⁵¹ LÔBO. **Entidades familiares** ..., p. 91.

²⁵² Diz-se como regra, uma vez que, conforme exposto, apresenta-se desde logo no âmbito da interioridade do sistema jurídico, ainda que sob a mácula da ilicitude, a situação de bigamia.

reforça o sentido de que a construção normativa a ela aplicável deve partir da concretude, sob uma perspectiva tópica – ingressando no sistema jurídico por meio da abertura propiciada pelos princípios – sendo, portanto, sistemática. Em outras palavras, ainda que se esteja a tratar de um sistema aberto, esse mesmo sistema pode ser apto a selecionar aquilo que ingressa em sua porosidade. Trata-se de uma construção normativa que é tópica, mas que também deve ser sistemática

Elegem-se, nesse passo, para esse exame, dois vetores fundamentais com relação aos quais se buscará aferir algumas possibilidades e eventuais limitações à plena apreensão jurídica das famílias simultâneas: a simultaneidade na perspectiva das relações de conjugalidade e na perspectiva das relações de filiação.²⁵³

O sentido da análise, a seu turno, não é o estabelecimento de balizamentos estanques que circunscrevam a apreensão jurídica da simultaneidade manifestada à luz desses dois vetores. Se assim fosse, estar-se-ia a criar um modelo negativo por meio do qual se operaria um juízo de exclusão *a priori*. Por certo, não é o que se pretende construir neste estudo.

Não se pode negar entretanto, que no âmbito das regras em sentido estrito, para além da abertura dos princípios, verificam-se limites textuais que podem, efetivamente, balizar de antemão algumas possibilidades de construção normativa na atribuição de efeitos da simultaneidade, como se verá quando do exame específico da situação de bigamia.

A preocupação que norteia este estágio da investigação proposta é, todavia, antes de tudo, metodológica. A operacionalização do direito como sistema aberto implica uma postura que não se prenda à mera subsunção lógica, mas que recolha, na dialética da interação entre o sistema e o que lhe é, como *a priori*, exterior, um sentido de adequação entre fato e regra ou princípio positivado: ainda que, nesse movimento, algo seja objeto de negação, há o que se conserva no âmbito do

²⁵³ A escolha não é arbitrária, dada a evidente relevância desses dois vetores de base no que tange todas as demais relações de natureza familiar. Eduardo de Oliveira LEITE chega a afirmar que "tudo, ou quase tudo, em direito de família, gira em torno das noções de conjugalidade e filiação porque é em torno destes dois eixos fundamentais que praticamente se esgotam as relações familiares". (LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: _____ (coord). **Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 62).

construído como síntese. A construção da norma entre tópica e sistemática é o fruto desse movimento dialético.

Se a simultaneidade pode ingressar no sistema pela abertura principiológica, a efetiva chancela de seus efeitos se dá em concreto, no momento da construção normativa. E essa construção leva em consideração o sistema como totalidade, no arcabouço axiológico que permeia regras e princípios.²⁵⁴

Em suma: não se pretende definir aqui, de antemão e de modo absoluto, quais as hipóteses em que a eficácia da simultaneidade pode ou não ser chancelada – o que recairia nos vícios de um sistema forjado sobre modelos fechados. Buscar-se-á, todavia, identificar, na ordem sistemática, princípios e regras que possam repercutir para a chancela jurídica da simultaneidade ou, então, para obstar, conforme a situação que se ponha em concreto, a construção de normas que lhe atribuam efeitos jurídicos.

Observa-se de plano que a construção normativa leva em conta o sentido amplo dos princípios, cuja adequação sistemática a partir de uma hierarquização axiológica se dá em concreto, e, também, as regras, textualmente mais específicas, mas que também só exprimem normas no momento de sua aplicação à situação fática, devendo, ainda, o sentido da construção que delas emerge, ser orientado pela ordem sistemática em que se inserem.

A opção pelos vetores da conjugalidade e da relação paterno filial, a seu turno, como exposto, não tem sentido de exclusão prévia de outras possibilidades de verificação de situações de simultaneidade. Mesmo porque as próprias dimensões da conjugalidade e da filiação podem se entrelaçar no âmbito das famílias simultâneas.

Deve-se enfatizar, nada obstante que, em coerência com os pressupostos explicitados até o momento, o foco de análise da simultaneidade centra-se na pessoa em relação de coexistencialidade, e não propriamente na família vista como instituição. Ou seja: trata-se da pessoa inserida no núcleo familiar, e não do núcleo

²⁵⁴ É o sentido de toda interpretação sistemática: o sistema é um todo ordenado. Mais amplamente, ver Juarez FREITAS (*A interpretação sistemática ...*, *op. cit.*), CANNARIS. *Pensamento sistemático ...*, *op. cit.*

tomado de *per se*.

Esse modo de olhar que recolhe a simultaneidade familiar na perspectiva dos que a compõem implica ao menos duas conseqüências preliminares: a primeira diz respeito à relação intrínseca entre os sujeitos que coexistem no interior de cada uma das entidades familiares simultâneas; a segunda, que se refere a uma perspectiva extrínseca, recolhe eventuais repercussões juridicamente relevantes da situação de simultaneidade para os componentes que não integram aquela mesma entidade familiar, mas, sim, o outro núcleo que se põe em condição de simultaneidade.

Ou seja, tomadas como exemplo duas entidades familiares simultâneas, poderá ser relevante, na seara de atribuição de efeitos jurídicos, analisar a repercussão que a esfera jurídica dos componentes de uma das entidades familiares pode produzir no âmbito da esfera jurídica dos membros do outro núcleo familiar.

Essas premissas podem permitir, até mesmo, à guisa de exemplo, inferir a viabilidade de configuração da seguinte hipótese: uma mesma situação concreta de simultaneidade familiar pode, dependendo da perspectiva sob a qual é analisada – filiação ou conjugalidade, por exemplo – e, ainda, conforme a natureza das diversas demandas que dela emergem, dar ensejo à construção de normas que chancelam certos efeitos jurídicos para alguns dos sujeitos que a integram, negando-os – ou, ao menos, mitigando-os –, porém, para outros.

Isso porque a construção da norma levará em consideração uma necessária hierarquização axiológica²⁵⁵ que será realizada em concreto, na perspectiva do(s) elemento(s) da família a que se dirige, inserido(s) em uma dimensão mais ampla de coexistencialidade²⁵⁶ – que, conforme explicitado alhures, é o sentido do princípio eudemonista, consagrado na Constituição Federal – bem como se projetará para o exterior do núcleo familiar específico, podendo repercutir na esfera jurídica daqueles que compõem a entidade familiar simultânea.

Observe-se que, se a perspectiva fosse transpessoal e fundada em

²⁵⁵ FREITAS, *op. cit.*, p. 113.

²⁵⁶ SESSAREGO, *op. cit.*

modelos, ou os efeitos de simultaneidade seriam, de antemão, chancelados para todos os sujeitos da relação complexa ali constituída, em qualquer circunstância, ou, então, negados para todos, em qualquer circunstância.

Partindo, porém, do sujeito em relação e, mais que isso, da concretude dessa relação, pode ser possível que alguns sujeitos, conforme a hierarquização axiológica que as peculiaridades do fato imponham à luz do sistema, sejam contemplados com efeitos jurídicos, ao passo que outros, ainda que componentes da mesma relação, podem não receber a chancela do direito estatal. Assim como, em outras circunstâncias fáticas, todos os sujeitos podem ser contemplados com a atribuição de efeitos, se for esse o sentido apontado quando da construção normativa em concreto, pelo método tópico-sistemático.

Buscar-se-á aclarar o sentido do raciocínio desenvolvido acima mediante a análise que se realizará a seguir, levando em consideração os dois vetores eleitos como opções de sistematização.

1.1 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA RELAÇÃO ENTRE PAIS E FILHOS

A caracterização de famílias simultâneas tomadas na perspectiva da relação entre pais e filhos é, quiçá, a de verificação mais freqüente em termos fáticos – ou, ao menos, a que se revela de modo mais explícito. O enfraquecimento das concepções institucionalistas acerca da família, com a transformação axiológica do sentido de relevância atribuído aos seus diversos fins – ou seja, com as funções pessoais suplantando as institucionais – faz com que haja um incremento das rupturas conjugais, seguidas, muitas vezes, da construção de novas famílias, denominadas, muitas vezes, talvez impropriamente, de recompostas.

Em um contexto em que a conjugalidade venha a se esfacelar, podendo dar origem, posteriormente, a novas relações da mesma natureza, entes que compunham a família nuclear originária acabam por ser conduzidos a novos arranjos

familiares, decorrentes do rompimento do vínculo entre seus pais.

A conformação desses novos arranjos pode, muitas vezes, conduzir a uma situação de simultaneidade familiar. Esta não se configura, pura e simplesmente, pelo fato da ruptura da relação conjugal originária. Com efeito, é possível que o aniquilamento da família nuclear signifique não apenas a extinção dos vínculos afetivos com o ex-cônjuge ou companheiro, mas, também, daquele que deixa o lar conjugal com os filhos da primeira união.

Cogita-se, nesse primeiro passo, como se vê, de aferição de uma situação concreta de simultaneidade, que é construída no exterior do sistema jurídico, como situação de fato. As possibilidades de sua apreensão pelo sistema jurídico e, sobretudo, de chancela jurídica dos seus efeitos serão examinadas logo adiante.

Por conseguinte, se na hipótese supra delineada, a realidade biológica da ascendência genética e a relação jurídica de parentesco se mantêm, o vínculo familiar pode se extinguir, se a ruptura da conjugalidade implicar o esfacelamento do afeto entre pais e filhos, obstando a manutenção de uma convivência estável entre eles. Permanecerá, nessa hipótese, o parentesco, mas não se constituirá um vínculo familiar concreto entre o filho e o(a) progenitor(a) com o qual não mais estiver convivendo.

De outro lado, se a manutenção do vínculo de afeto entre pais e filhos for presente, implicando a configuração de uma convivência familiar entre eles – que não significa, necessariamente, residência sob o mesmo teto – em que se mantêm o contato constante, a participação direta do(a) progenitor(a) na educação e no desenvolvimento do filhos, é possível cogitar a existência de um novo arranjo familiar, que integra o(a) progenitor(a) aos seus filhos, embora não mais o vincule, de modo direto, ao ex-cônjuge ou companheiro. Este, a seu turno, também mantém a relação familiar com os filhos, que acabam por se colocar como elementos comuns de duas novas entidades familiares, originárias da primitiva família nuclear.

Nem sempre, porém, a simultaneidade decorre da extinção de uma família nuclear. É possível, com efeito, que a filiação tenha decorrido de relacionamento esporádico, ou, mesmo, além de esporádico, clandestino, que não implicaria, em princípio, caracterização de uma entidade familiar entre os pais. É inegável,

entretanto, que, ainda que os pais jamais tenham vivido – e jamais venham a viver – uma relação familiar na perspectiva da conjugalidade, é possível que o fruto desse relacionamento esporádico venha a nascer, desde logo, em uma situação de simultaneidade familiar. Presente, na situação de fato, convivência familiar duradoura fundada no afeto entre o filho e cada um de seus pais, evidenciar-se-á que a criança se integra, desde logo, em duas entidades familiares simultâneas.

A constituição de nova família nuclear pelos ex-cônjuges ou companheiros também pode levar à configuração de simultaneidade familiar, haja vista que o progenitor poderá ser o elemento comum de famílias simultâneas compostas, de um lado, por sua relação com os filhos do enlace anterior, e, de outro, pela nova família nuclear constituída.

Percebe-se que, nesse arranjo, as perspectivas da relação entre pais e filhos e da conjugalidade se entrelaçam, evidenciando que os vetores de análise eleitos não podem ser tomados como estanques.

Isso não afasta, nada obstante, sua pertinência como instrumentos metodológicos. Isso porque, se ao traçar o rol - meramente exemplificativo - das hipóteses apresentadas acima, o que se estava a fazer era aferir no âmbito exterior ao sistema jurídico algumas possibilidades de conformação concreta de famílias simultâneas, é necessário ponderar em que medida elas podem ser apreendidas pelo direito como aptas a ensejar efeitos jurídicos, mediante a construção normativa em concreto.

Essa construção, embora parta da concretude, se dirige à ordem sistemática, com as regras, princípios e valores ali presentes. O pensamento sistemático selecionará o que ingressará em seu âmbito e, sobretudo, oferecerá os vetores que permitirão ao intérprete delimitar em que medida essa situação de fato apreendida pelo direito ensejará efeitos jurídicos.

Nesse sentido, pode-se observar que o arcabouço normativo – sobretudo o que se identifica na Constituição Federal – é amplamente propício ao reconhecimento jurídico de situações de simultaneidade na perspectiva da filiação. De outro lado, a identificação de potenciais limites, a partir do sentido teleológico que emerge do sistema centrado na Constituição, se torna tarefa infértil, uma vez

que, ao contrário da secular tradição que excluía da condição de filhos os denominados espúrios, o sentido jurídico contemporâneo é o de integração dos filhos em uma entidade familiar, contemplando-se os princípios da igualdade e da neutralidade.

Evidencia-se, a partir da análise do tratamento que a Constituição dispensa às relações de filiação, que emerge um sentido de plena integração dos filhos a uma entidade familiar, sem distinção entre filhos havidos no matrimônio ou fora deles.

Trata-se a relação entre pais e filhos de hipótese na qual a apreensão da situação fática de simultaneidade pelo jurídico se apresenta em sua plenitude, na perspectiva da produção de efeitos. Não há restrições textuais no âmbito das regras em sentido estrito, nem, tampouco, se apresenta, ao menos de antemão, potencial choque de princípios que poderia ensejar, na sua ponderação em concreto no momento da construção normativa, óbices à eficácia jurídica plena dessas situações.

Ao contrário: a proteção dispensada à filiação em nível constitucional²⁵⁷ constitui, ela própria, uma proibição a um tratamento diferenciado que possa gerar efeitos para alguns filhos e negá-los para outros.

Do que emerge do exame das condições apresentadas desde logo no sistema jurídico pode-se inferir uma possibilidade quiçá tendencialmente ilimitada no que tange a chancela jurídica de situações concretas de simultaneidade familiar que se apresentem na perspectiva da filiação.

Nesse sentido, colhem-se, em especial, os princípios da igualdade e inocência da filiação. A codificação de 1916 contemplava, como se sabe, uma perspectiva institucionalista e transpessoal acerca da família, que fazia com que os filhos extramatrimoniais fossem vistos como uma ameaça à estabilidade da instituição familiar, fundada no casamento. Chegava-se, sob tal fundamento, a negar

²⁵⁷ "Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

"§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

a certas pessoas a condição de filho. A infamante classificação dos denominados filhos espúrios entre bastardos e adulterinos era inequivocamente ultrajante para a dignidade daqueles que nasciam fora do matrimônio ou, eventualmente, de relações incestuosas.

A Constituição de 1988, todavia, extirpou do ordenamento jurídico o estatuto da discriminação. Reconhece o direito a impossibilidade de sancionar alguém pelo fato de ter nascido fora do matrimônio: trata-se de contemplar a óbvia "inocência" dos filhos, que, por esse motivo, não podem ser tratados de modo diferenciado quanto a atribuição e exercício de direitos, bem como não podem receber designações discriminatórias. Impõe-se ao operador do direito abster-se de realizar qualquer juízo de valor discriminatório a respeito da filiação, sendo irrelevante a origem desta no que tange a igual dignidade de todos os filhos, bem como seus direitos, necessariamente iguais.

Opera-se, no dizer de Gustavo TEPEDINO, verdadeira "'despenalização' dos filhos extraconjugais determinada pela isonomia constitucional".²⁵⁸ Além disso, como bem observa o autor, verifica-se funcionalização das entidades familiares à realização da personalidade de seus membros, sobretudo dos filhos – o já mencionado princípio eudemonista – que impõe ao direito o reconhecimento, sob o sentido jurídico da família, das relações de coexistencialidade mantidas entre pais e filhos.

Poder-se-ia objetar, nada obstante os princípios examinados acima, que a possibilidade de chancela jurídica da filiação havida fora do matrimônio diria respeito ao parentesco, e não à constituição de uma verdadeira entidade familiar. A esse respeito, sob ponto de vista completamente diverso do aqui desenvolvido, colhe-se de Antunes VARELLA:

A relação entre progenitor e filho nascido fora do casamento será assim, não obviamente uma pura relação de facto como o concubinato, mas uma verdadeira relação jurídica, tutelada em princípio, por força do imperativo constitucional (art. 36, n° 4) nos mesmos termos da filiação proveniente do casamento. Todavia, ela não dá lugar à constituição duma família, nem introduz em regra o filho na família do progenitor.

²⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina jurídica ...**, p. 553.

(...)

A filiação fora do casamento pode ser assim considerada como uma relação familiar, no sentido de que se trata de uma relação jurídica cujo regime se assemelha ao da filiação legítima; mas essa relação familiar, tal como a adoção constituída por solteiro, viúvo ou divorciado sem filhos não basta para constituir uma família.²⁵⁹

Embora a formação de vínculo de parentesco possa não se confundir com a caracterização de uma entidade familiar, mostra-se inequívoco o fato de que, no âmbito da família plural, uma vez reconhecido o parentesco, se, em concreto, configurar-se a situação em que se apresente convivência duradoura fundada no afeto entre pais e filhos – que, cabe reiterar, no caso da filiação é presumida²⁶⁰, será ela passível de apreensão jurídica como entidade familiar. Se esta, a seu turno, estiver, na perspectiva dos filhos, ao lado de outro núcleo familiar a ela simultâneo, configurar-se-á simultaneidade familiar juridicamente apreensível. O sentido jurídico da família não se resume, contemporaneamente, como se sabe, à relação matrimonial.

O parentesco jurídico, sob a perspectiva da filiação, pode ser a ante-sala para a caracterização de uma família entre o filho e o seu progenitor. Por isso, ainda que o vínculo parental não seja apto, por si só, para gerar a conclusão inequívoca acerca da existência de uma entidade familiar, verificando-se, no âmbito dos fatos, caracteres que revelem efetiva convivência familiar entre pais e filhos, restará confirmada a presunção referente à existência de uma família.

Evidencia-se de plano que a negativa formulada por Antunes Varella se prende à concepção unitária acerca da família, que restringe a dimensão jurídica desse fenômeno ao casamento, negando, inclusive, caráter familiar a situações de monoparentalidade. No âmbito do direito brasileiro uma visão desse jaez seria manifestamente inconstitucional, diante do princípio da pluralidade familiar já examinado anteriormente. A relação entre o progenitor e seu filho, seja havido no matrimônio ou fora dele, constituirá uma entidade familiar, que possui a mesma dignidade jurídica da família fundada no casamento.

²⁵⁹ VARELLA, *op. cit.*, p. 34-35.

²⁶⁰ Nesse sentido, LOBO. **Entidades familiares ...**, p. 98.

Nessa esteira, aferida a situação fática de simultaneidade, deverá ela ser chancelada pelo direito pela atribuição de efeitos quando da construção da norma no caso concreto. Vários são os efeitos que podem emergir de uma situação de simultaneidade na perspectiva da filiação, dentre as quais, quiçá a mais relevante, pode ser a guarda compartilhada, verdadeira expressão jurídica da situação de fato preexistente que vincula, por meio da convivência fundada no afeto, ambos os pais separados ou divorciados a seus filhos. Essa hipótese será examinada quando da análise de exemplos específicos acerca da possibilidade de chancela jurídica dos efeitos da simultaneidade familiar.

1.2 A SIMULTANEIDADE FAMILIAR NA PERSPECTIVA DA CONJUGALIDADE

Examinada a questão atinente à simultaneidade familiar sob a perspectiva da filiação – a respeito da qual a ordem principiológica constitucional permite vislumbrar possibilidades tendencialmente ilimitadas de chancela jurídica - é necessário, seguindo o trajeto proposto, analisar a simultaneidade familiar na perspectiva da conjugalidade.

É no âmbito desse vetor pertinente às relações de conjugalidade que a simultaneidade familiar adquire contornos mais polêmicos, embora se trate de hipótese claramente menos comum que a da simultaneidade de famílias na perspectiva da filiação. Também é no âmbito da conjugalidade que se mostra sustentável identificar possíveis limites à eficácia das relações entre os componentes de famílias simultâneas.

Com efeito, é na relação conjugal – seja matrimonializada ou não – que pode se apresentar de modo mais vivo o sentido de comunhão de vida fundado no afeto que marca as relações familiares. De outro lado, é na conjugalidade que, não raro, vêm à tona algumas das mais traumáticas seqüelas quando do rompimento definitivo da comunhão, ou, mesmo, quando a reciprocidade do afeto sofre abalos pela conduta narcísica de um em relação ao outro, ou, mesmo, por conta de um sentido egoístico que ignora a dignidade do outro.

A relação familiar fundada na conjugalidade se apresenta, na perspectiva de uma história de longa duração da família ocidental, como centrada na monogamia – mesmo em momentos nos quais o afeto não era o objeto central dessa comunhão de vida. Se é certo que o que se apresenta como permanência estrutural no transcurso histórico é uma monogamia endógena, também não se nega que a monogamia exógena seja traço marcante mesmo quando se mergulha nas temporalidades mais estáveis da história da família.

Mesmo no que tange a figura masculina, como anteriormente explicitado, embora se verifique em muitos momentos uma poligamia exógena, esta não se apresenta, em regra, como fundante de uma família à margem do núcleo originário, mas, tão-só, como relacionamento sexual extraconjugal clandestino e/ou esporádico. O que não significa que, na complexidade das relações humanas, não se afigurem situações episódicas de efetiva simultaneidade familiar centrada em conjugalidades múltiplas.²⁶¹

Essas situações em que as famílias simultâneas se configuram a partir de um componente comum que mantém conjugalidade em múltiplos núcleos familiares não pode ser reputada de antemão como irrelevante para um direito que se preocupa com a proteção da dignidade coexistencial dos componentes de uma entidade familiar.

Vê-se, de plano, que uma faceta dessa hipótese é disciplinada pelo direito por meio das regras atinentes à bigamia, situando, aqui, a simultaneidade, no âmbito da ilicitude. Nem por isso, entretanto, como se verá adiante, o direito subtrai das relações dessa natureza a atribuição de certos efeitos.

Em outras circunstâncias, a simultaneidade de conjugalidades poderá ser verificada no âmbito de relações não matrimonializadas, podendo ser, mesmo assim, apreensível pela porosidade do direito. Isso não significa, de outro lado, que toda simultaneidade de relações conjugais ingresse no âmbito de incidência do direito de

²⁶¹ É o que constata Carlos Alberto BENCKE: "Mas situações de fato existem que justificam considerar-se que alguém possua duas famílias constituídas. São relações de afeto, apesar de consideradas adúlteras, e podem gerar conseqüências jurídicas". (BENCKE, Carlos Alberto. Partilha de bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 14, p. 27, jul./set. 2002).

família, nem, tampouco, que todas elas ensejem efeitos jurídicos em qualquer circunstância.

Uma primeira situação que deve ser, desde logo, objeto de reflexão, diz respeito à ausência de uma completa identidade entre núcleo familiar e relação conjugal. Embora, em regra, a relação conjugal possa ensejar a formação de uma entidade familiar, nem sempre isso ocorre. Assim se dá porque a família como situação de fato apresenta alguns caracteres estruturais, já explicitados a partir das reflexões de Paulo Netto Lôbo, que dizem respeito à afetividade, estabilidade e ostensibilidade.

Diante desses caracteres, pode-se sustentar, de plano, a exclusão dos relacionamentos esporádicos do âmbito das relações familiares, uma vez que não apresentam o sentido de comunhão de vida inerente à família, haja vista o fato de não se apresentarem como estáveis. Tais situações não ingressam na porosidade do sistema jurídico, não porque haja limites *a priori* impostos pelo direito positivo, mas porque não se enquadram entre as relações que mesmo à luz de uma racionalidade não sistêmica podem ser qualificadas como de natureza familiar.

Outra característica estrutural à família que pode obstar a atribuição dessa qualificação a certas relações de conjugalidade é a ostensibilidade. A família se apresenta como tal perante o meio social em que se insere, possuindo como caráter inerente à sua natureza a publicidade.

A ostensibilidade pode ser compreendida sob a perspectiva da ausência de clandestinidade. A relação de conjugalidade, ainda que estável, mas mantida às ocultas, sem ampla recognoscibilidade pública, não se afigura como de natureza familiar. Trata-se de relacionamento sexual, que pode ser fundado no afeto, mas não extrapola o restrito espaço dos sujeitos que o compõem, não se explicitando como relação afetiva perante o meio social.

Os que mantêm conjugalidade sob a égide da clandestinidade não demandam reconhecimento público de seu afeto, buscando, ao contrário, ocultar qualquer manifestação exterior da relação por eles encetada. Enclausuram-se na cumplicidade clandestina do vínculo entre o "eu" e o "outro", encoberta por uma aparência social que lhe seja apta a subtrair, se possível, até mesmo o espectro da

suspeita. Não se trata, como se vê, de relação apta a, em princípio, configurar entidade familiar e, por conseguinte, não ingressa como tal na porosidade principiológica do sistema jurídico. Eventual eficácia jurídica que se lhe possa atribuir não dirá respeito, necessariamente, aos efeitos inerentes a uma situação de natureza familiar.

Vê-se, por conseguinte, que o relacionamento clandestino – nos termos acima expostos - simultânea a uma conjugalidade ostensiva que constitua uma convivência familiar não resultará na configuração de famílias simultâneas. Resta alheia, portanto, ao objeto de análise deste estudo, que visa a examinar a eficácia jurídica, no âmbito do direito civil, do fenômeno da simultaneidade familiar.

Pode-se questionar, nada obstante, perante a quem essa ostensibilidade deve se apresentar para que se possa afirmar a presença de uma entidade familiar – e para que ela possa ser reputada, nessa condição, como apreensível pelo sistema jurídico. É razoável supor que o reconhecimento exterior dessa coexistência deve se dar de modo amplo no meio social em que se insere, ou seja, a relação formada entre os sujeitos deve ser objetivamente aferível, de modo explícito, por qualquer observador, como de natureza familiar.

Não basta, por conseguinte, que apenas algumas pessoas tenham conhecimento acerca da existência da situação de fato: se ela não se apresenta como explícita, pode não constituir uma família.

Isso não significa, porém, que, para ser reputada como entidade familiar, ela necessite ser efetivamente conhecida dos sujeitos que compõem o núcleo familiar a ela simultâneo. Se o núcleo de coexistência fundado no afeto tiver ampla recognoscibilidade no meio social em que se insere essa circunstância será bastante para que possa ser reputado como família. Nesse sentido, se o sistema jurídico é aberto, se eximindo de, mediante seus elementos internos, definir o que é família, a realidade familiar descrita poderá ingressar pela porosidade desse sistema.

Isso não significa, sem embargo, que ela será sempre apta a receber, em toda e qualquer circunstância, a chancela jurídica de seus efeitos. A potencial apreensão jurídica do fenômeno não implica, como conseqüência necessária, sua plena eficácia.

A atribuição de efeitos jurídicos às relações travadas em uma situação de simultaneidade familiar se dá em concreto, no momento da construção normativa. Essa construção, nos termos expostos alhures, é, ao mesmo tempo, tópica e sistemática. Parte, portanto, do caso concreto, mas se dirige à ordem sistemática, com suas regras e princípios.

O sistema, a seu turno deve ser visto como totalidade ordenada. Ou seja, é necessário, na medida do possível, obter a adequação entre o disposto em suas regras e princípios quando da construção da norma. É sob essa perspectiva que pode vir à tona, como dado normativo relevante para a definição em concreto dos efeitos atribuíveis à simultaneidade, o princípio da boa-fé objetiva, nos termos a serem explicitados mais adiante.

Quando se trata de simultaneidade de conjugalidades, nessa ordem de idéias, não basta uma análise parcial da situação de fato que contemple apenas a perspectiva de proteção dos sujeitos inseridos em uma dada relação familiar, tomada sob uma ótica individualista que beira o hedonismo.

O princípio eudemonista, como se sabe, implica um juízo ético que contemple uma felicidade coexistencial, que se constrói no núcleo familiar mas que a ele não se encerra de modo absoluto.

Carlos Cavalcanti de ALBUQUERQUE FILHO, sustentando, ao contrário da perspectiva aqui desenvolvida, uma quase ilimitada chancela jurídica do denominado concubinato adúltero, assim justifica, em suas conclusões, o elástico âmbito de eficácia que atribui a essas relações:

Retornando, para agora concluir, verificamos que Freud colocou como nossa estrutura de base o desejo. Não adianta aprisionar o ser humano, homem ou mulher, estabelecer este ou aquele relacionamento, exclusivo ou simultâneo; o amor, o afeto às vezes não se manifestam com exclusividade. Aqueles sentimentos não se submetem a amarras.²⁶²

Se, efetivamente, não é possível negar ao ser humano a condição de ser

²⁶² ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 160.

desejante, é indispensável distinguir duas situações: de um lado, de fato, não cabe ao direito imiscuir-se na comunhão de vida constituída pela família,²⁶³ sendo lícito encetar os arranjos afetivos que atendam à dignidade intersubjetiva dos seus componentes; de outro, porém, se é dever do Estado proteger a família na pessoa de cada um de seus membros, impõe-se ao direito uma tutela que contemple uma dimensão coexistencial, em que não se proteja somente na esfera do desejo de um dos sujeitos, mas, sim, na dignidade intersubjetiva que deve constituir o *leitmotiv* de todas as relações humanas.

Ou seja: proteger a família na pessoa de cada um de seus membros não é, sob um viés hedonista, proteger diretamente o desejo, mas, sim, assegurar o desenvolvimento e a concretização da dignidade da pessoa humana por meio da convivência familiar. Nos termos expostos anteriormente, isso implica analisar as situações de simultaneidade familiar também sob uma perspectiva extrínseca, que recolha eventuais repercussões juridicamente relevantes da situação de fato para os componentes que não integram aquela mesma entidade familiar, mas, sim, o outro núcleo que se põe em condição de simultaneidade. Isso porque a satisfação do desejo de alguns dos componentes no interior de um dos núcleos pode consistir séria violação da dignidade pessoal dos componentes do outro núcleo.

Isso implica dizer que o direito pode não proteger aquele que, a pretexto da satisfação egoística do próprio desejo, aniquila a dignidade do outro, mediante um proceder iníquo e desleal, que frustra as expectativas de coexistência afetiva nutridas por conta da relação de conjugalidade entre eles mantida.

Do mesmo modo, aquele que, ciente de que está a manter relação de conjugalidade com pessoa que já compõe um núcleo familiar anterior, procede de modo a desprezar qualquer dever ético perante os componentes da primeira entidade familiar, pode não ter plenamente atendidas suas expectativas acerca de eventual chancela jurídica da relação por ele mantida, se essa eficácia vier a intervir na esfera jurídica dos membros do outro núcleo familiar.

²⁶³ O Código Civil de 2002 traz disposição expressa a respeito do tema: "Art. 1.513 – É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família".

O sentido ético que na análise do caso concreto pode obstar parcialmente a eficácia jurídica de uma situação de simultaneidade familiar pode ser inferido do princípio da boa-fé objetiva.

A boa-fé, como significante, aplica-se a duas circunstâncias distintas, embora não excludentes: a primeira diz respeito a um estado de ignorância acerca de uma dada situação; a segunda se refere a um princípio que determina certos deveres de conduta.²⁶⁴ A primeira hipótese, da boa-fé como estado, é denominada boa-fé subjetiva; a segunda, em que a boa-fé é tomada como princípio, é denominada boa-fé objetiva. O direito alemão distingue com clareza as duas espécies, adotando terminologia diversa: a boa fé objetiva é denominada *Treu und Glauben*²⁶⁵, ao passo que a boa-fé subjetiva é denominada *Gutten Glaube*.²⁶⁶

O sentido da boa-fé a que se está a referir diz respeito à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), o que não significa, de antemão, que a boa-fé subjetiva se apresente como irrelevante. Há circunstâncias nas quais somente se mostram exigíveis certos deveres decorrentes da boa-fé objetiva quando se tem conhecimento acerca de uma dada situação jurídica ou de fato. Como bem observa Menezes CORDEIRO, "há aspectos importantes da boa fé objectiva que, apesar de uma diferenciação efectivamente existente entre duas realidades, são clarificados pela subjectiva".²⁶⁷

Com efeito, não seria lícito supor que alguém teria o dever de, diante de uma situação fática específica, realizar dada conduta, comissiva ou omissiva, quando não tem ciência de que está inserido na referida situação. Por conseguinte, quando o companheiro daquele que se encontra em situação de simultaneidade

²⁶⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 136.

²⁶⁵ A expressão pode ser traduzida por lealdade e fé, ou confiança.

²⁶⁶ Sobre o tema, mais amplamente, Antônio Manuel da Rocha e Menezes CORDEIRO (**Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997) e COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

²⁶⁷ (CORDEIRO, *op. cit.*, p. 327). Há, ainda, como observa Rosalice Fidalgo PINHEIRO, pontos de convergência, na medida que tanto a boa-fé objetiva como a boa-fé subjetiva encontram "seu fundamento em uma confiança. Só que, enquanto lá (boa-fé subjetiva) trata-se de uma confiança própria, aqui (boa-fé objetiva) é confiança no outro". (PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Curitiba, 2000. 339 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná, p. 189).

familiar não tem conhecimento acerca da existência de um outro núcleo, a ele simultâneo e anterior, não será logicamente possível supor, de sua parte, a violação de deveres inerentes à boa-fé. O estado de boa-fé (*Gutten Glaube*) faz supor que sua conduta não está a violar os deveres impostos pelo princípio da boa-fé (*Treu und Glauben*).

Sem embargo, ainda que a boa-fé subjetiva possa constituir, em alguns casos, ante-sala para a aferição do atendimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, é sobre esta última que se está, neste ponto, a versar. A questão atinente à boa-fé como estado voltará a ser objeto de exame específico mais adiante, quando da análise da eficácia jurídica da situação de bigamia.

Já se afirmou que a boa-fé objetiva se apresenta como princípio e, por conseguinte, situa-se no âmbito do "dever ser", impondo um determinado agir. Essa conduta determinada pela boa fé traz em seu bojo um mandamento que respeita a um agir leal. Judith Martins COSTA se refere a um *standard* de conduta aferível em concreto, que seria impositivo ao sujeito, de modo que cada pessoa deve se ajustar a esse arquétipo, "obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade".²⁶⁸

Ainda que se opte por não falar, propriamente, em *standards* de conduta – o que poderia, em exegese equivocada, conduzir a uma perspectiva abstrata acerca da boa-fé –, não resta dúvida de que o referido princípio está diretamente vinculado a deveres de "informação e lealdade" como refere Menezes CORDEIRO. Também emergem do princípio da boa-fé deveres de proteção, que se referem à pessoa e ao patrimônio do outro sujeito.²⁶⁹

Verifica-se, todavia, uma evidente vagueza semântica no que tange os aspectos estruturantes do princípio.²⁷⁰ Com efeito, como todo princípio, a boa-fé não se deixa aprisionar por modelos legislados abstratos de sentido excludente, tendo,

²⁶⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 441.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 439.

²⁷⁰ Nesse sentido, pode-se afirmar que a boa-fé "é uma noção jurídica, que não possui um conceito comum, delimitável através de uma definição precisa". (SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 11).

ao contrário, seu conteúdo construído em concreto. Menezes CORDEIRO, com base em Stammler, sustenta que um "juízo segundo a boa-fé" somente obterá seu conteúdo com base em "material jurídico concreto". Daí afirmar autor que, segundo a concepção de Stammler, se torna "impossível apontar em geral o sentido da decisão segundo a boa-fé: há que atender às circunstâncias específicas de cada caso concreto".²⁷¹

LOS MOZOS, ao dissertar sobre a determinação tópica do conceito de boa-fé, afirma:

*La aplicación del principio de la buena fe hace penetrar en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene, de este modo, a formar parte de la propia regla jurídica, en lo que los autores, de las más diversas épocas o tendencias, se hallan de acuerdo.*²⁷²

Por isso, assevera Luiz Díez-PICAZO - em prólogo à tradução espanhola de obra de Franz WIEACKER a respeito do tema - que a boa-fé deve ser vista como fonte de criação de deveres de conduta exigíveis em cada caso, de acordo com a natureza da relação travada e com a finalidade perseguida pelas partes: "*Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello qu en cada situación impone la buena fe*".²⁷³

Verifica-se, pois, que da boa-fé emergem deveres mútuos de lealdade e proteção, cujo conteúdo é aferível em concreto, e com base na espécie de relação que se está a travar. A boa-fé decorre da própria natureza coexistencial do direito, que só pode conceber o sujeito concreto em relação, e não como indivíduo atomizado abstrato. Essa dimensão coexistencial implica deveres éticos mútuos, atendendo a um critério de reciprocidade entre os sujeitos.²⁷⁴

²⁷¹ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 338.

²⁷² LOS MOZOS, José Luis de. **El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español**. Barcelona: Bosch, 1965, p. 15.

²⁷³ WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982, p. 19.

²⁷⁴ Nesse sentido, anota José Luis de LOS MOZOS: "*Y es, precisamente que la buena fe*

É certo que os autores mencionados até o momento se referem à boa-fé, sobretudo, no âmbito das relações de natureza obrigacional. De fato, é nessas relações que o princípio tem sido estudado e operacionalizado de modo mais intenso. Isso não significa, entretanto, que a boa-fé seja irrelevante para as relações atinentes ao direito de família. Os princípios, sendo elementos unificadores do sistema jurídico, permeiam toda ordem sistemática, concretizando-se em graus de intensidade e modos diversos consoante a situação específica a que estão a se aplicar.

Colhe-se, nesse sentido, a útil assertiva de Clovis do COUTO E SILVA:

Os deveres derivados da boa-fé ordenam-se, assim, em graus de intensidade, dependendo da categoria dos atos jurídicos a que se ligam. Podem, até, constituir o próprio conteúdo dos deveres principais, como nas hipóteses, já mencionadas, da gestão de negócio ou da fidúcia, ou ainda expressarem-se como deveres duradouros de fidelidade, abrangendo e justificando toda a relação jurídica, como no contrato formador da relação de família.²⁷⁵

Embora Couto e Silva se refira especificamente ao casamento²⁷⁶, o raciocínio por ele desenvolvido pode ser transportado, sem prejuízo, para o novo contexto jurídico que apreende a família como fenômeno plural. A comunhão de vida instituída pela família, seja qual for sua fonte, impõe, intrinsecamente ao núcleo, deveres recíprocos de fidelidade que devem ser lidos como lealdade às expectativas legítimas do outro, em proteção à dignidade coexistencial das pessoas que compõem a entidade familiar.

Sob uma perspectiva extrínseca, a incidência do princípio da boa-fé pode tornar sustentável afirmar o surgimento de deveres que se impõem aos sujeitos que

es un criterio de reciprocidad, que debe ser observado en las relaciones jurídicas entre sujetos del mismo grado que tienen una misma dignidad moral". (Op. cit., p. 47).

²⁷⁵ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: J. Bushatsky, 1976, p. 31.

²⁷⁶ O dever de fidelidade inerente ao casamento pode ser lido à luz do princípio da boa-fé objetiva, não se resumindo a uma proibição absoluta de relacionamentos sexuais extraconjugais. Pode ser sustentável, até mesmo, que não há violação do dever de fidelidade, decorrente da boa-fé, quando os cônjuges mantêm, de comum acordo, um "casamento aberto". Daí emergir, inclusive, dessa leitura do dever de fidelidade, a viabilidade de relações de simultaneidade de conjugalidades não clandestinas constituírem famílias simultâneas, desde que permeadas pelo atendimento recíproco, entre todos os componentes, do princípio da boa-fé objetiva.

se relacionam, de modo específico, com algum dos componentes daquela dada entidade familiar. Dessa forma, caso uma família seja constituída paralelamente a outra, tendo como elemento comum um componente que mantém relações de conjugalidade em ambos os núcleos, incidem sobre a hipótese deveres éticos de respeito e proteção à esfera moral e patrimonial dos componentes da outra entidade familiar.

Entre esses deveres, pode estar o de tornar ostensiva a nova relação em face do núcleo original, não permitindo que os componentes daquela primeira entidade familiar incorram em engano, que pode culminar em séria violação de sua dignidade. Trata-se do atendimento de um dever de transparência, de uma imposição ética de se agir com lealdade em relação às legítimas expectativas que o outro possui acerca da comunhão de vida instituída pela família, que pode implicar, como é evidente, a pretensão de mútua exclusividade no relacionamento sexual entre os cônjuges.

O atendimento do dever de transparência pode permitir que uma das conjugalidades seja rompida quando se toma conhecimento do relacionamento simultâneo, evitando-se, por tal modo, que se mantenha uma vida em comum fundada no engano, o que, por certo, se coloca como aviltante à dignidade da pessoa humana.

De outro lado, se a ostensibilidade é plena, estendendo-se a todos os componentes de ambas as entidades familiares – sobretudo os que mantêm relação de conjugalidade com o componente comum – e mesmo assim ambas as famílias se mantêm íntegras, sem o rompimento dos vínculos de coexistência afetiva, pode ser viável concluir, segundo as peculiaridades que se apresentarem no caso concreto à luz dos demais deveres inerentes à boa-fé, que a simultaneidade não seria desleal, não havendo violação de deveres de respeito à confiança do outro e, sobretudo, de proteção da dignidade dos componentes de ambas as famílias. A simultaneidade atenderia, assim, em tese, às pretensões de felicidade coexistencial de todos os componentes das famílias em tela.²⁷⁷

²⁷⁷ É relevante enfatizar que a plena ostensibilidade da situação de simultaneidade entre os componentes dos núcleos familiares não é suficiente, de *per se*, para gerar presunção absoluta de

Não se pode deixar de observar, sem embargo, que a configuração concreta de situações semelhantes à descrita logo acima não é das mais comuns no meio social, ainda que esteja longe de ser inédita. Das considerações acerca do atendimento dos deveres decorrentes do princípio da boa-fé é possível aferir alguns potenciais limites à plena eficácia concreta, à luz do direito, de uma situação de simultaneidade familiar. Aquele que viola deveres inerentes à boa-fé pode não ser contemplado com efeitos benéficos da simultaneidade se esses efeitos, de algum modo, vierem a intervir na esfera jurídica dos componentes do outro núcleo familiar, que tiveram sua confiança e suas expectativas legítimas violadas.

Releva, nesse estágio das reflexões aqui desenvolvidas, ressaltar contraponto que, dialeticamente, possa tornar mais claro o que se está a sustentar. Segundo essa ordem de idéias, colhe-se pensamento que, embora reconheça o sentido plural da família, repudia a viabilidade da apreensão jurídica de situações de simultaneidade de conjugalidade, não admitindo, por conseguinte, que se chegue a seara tal para que se lhes possa atribuir eficácia jurídica.

Nesse sentido, ao analisar as relações de conjugalidade simultâneas ao casamento ou à união estável, argumenta Euclides Benedito de OLIVEIRA: "O mesmo se diga das uniões desleais, isto é, de pessoa que viva em união estável e mantenha uma outra ligação ou, em quem sabe, até múltiplas relações de cunho afetivo. (...) **Tanto que preservada a primeira união, as demais não podem subsistir, porque desleais**".²⁷⁸

Com efeito, a deslealdade mencionada pelo autor pode permitir, como

que todos os deveres inerentes à boa-fé estão sendo atendidos. Manter-se casado ou unido em convivência estável só é uma verdadeira opção para os materialmente livres. Não se pode olvidar que em um país em que as desigualdades econômicas são profundas e a emancipação feminina não atinge de modo igual todas as classes sociais, não é absurdo supor que uma mulher possa se manter unida a um homem que vive entre múltiplas conjugalidades somente porque, caso venha a se separar, não terá recursos para sustentar a si própria e aos filhos - não raro, numerosos. Nesse caso, mesmo com a ampla ostensibilidade, a simultaneidade pode se revelar como aviltante para a dignidade da mulher, de modo que não se pode afirmar que a boa-fé - no sentido de proteção da pessoa do outro - está sendo plenamente atendida na hipótese formulada. Tal circunstância pode obstar a chancela jurídica dos efeitos da simultaneidade para aquele(s) que age(m) em contraposição ao sentido ético de tutela da dignidade da pessoa humana que, em última instância, fundamenta a boa-fé.

²⁷⁸ (Grifamos). OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 184.

exposto, que não se atribua eficácia jurídica plena à relação assim constituída. Da negação, pode, entretanto, emergir dialeticamente a afirmação de algo. Nesse sentido, se não pode subsistir a chancela de certos efeitos às uniões simultâneas desleais, verifica-se que, se a lealdade está presente, poderá se afigurar a eficácia jurídica da situação de simultaneidade familiar na perspectiva da conjugalidade. Impende remarcar que sobre a simultaneidade de relações de conjugalidade não pode incidir uma presunção absoluta acerca da configuração de uma conduta desleal, violadora de preceitos éticos inerentes à convivência social e à tutela da dignidade do outro.

Já se explicitou a viabilidade teórica de apreensão jurídica, como entidades familiares, de ambas as relações simultâneas, ressaltando-se, porém, a possibilidade de não se concretizarem todos os efeitos jurídicos expectáveis para essas hipóteses. Com efeito, é necessário analisar, na simultaneidade familiar, não apenas a perspectiva intrínseca da convivência entre os componentes de um mesmo núcleo, mas, também, sob um aspecto extrínseco, examinar a repercussão que eventuais efeitos atribuídos às relações travadas em um dos núcleos pode repercutir na esfera jurídica – patrimonial ou moral – dos componentes da outra entidade familiar.

Em outras palavras: se a simultaneidade, em dada hipótese específica, não for reputada "leal", a atribuição de efeitos jurídicos benéficos ao que procede deslealmente poderá ser obstada se repercutir negativamente na esfera jurídica de qualquer dos componentes da situação familiar complexa.

A violação por parte de algum dos componentes das famílias simultâneas dos deveres éticos de lealdade, proteção e tutela de confiança que decorrem do princípio da boa-fé objetiva - que se impõem a todas as relações humanas, como corolários do princípio da dignidade da pessoa - poderá ser apta a inviabilizar a eficácia jurídica que poderia advir da apreensão da situação de simultaneidade pela abertura do sistema jurídico.

Ainda que o direito possa não ter em seu bojo elementos normativos para negar o caráter familiar à relação em foco – uma vez que, pelo princípio da pluralidade, se exime de definir família por meio de um conceito fechado -, a ordem jurídica é apta a negar eficácia a relações que, violando o princípio da boa-fé, gerem

prejuízos de ordem patrimonial ou, sobretudo, moral, aos componentes de um dos núcleos familiares.

De outro lado, se não houver violação de deveres éticos decorrentes da boa-fé pelo sujeito da relação familiar que demanda dados efeitos jurídicos, não será possível negar eficácia, na perspectiva daquele sujeito, à situação de simultaneidade.

Não é, todavia, o que parece sustentar Euclides Benedito de OLIVEIRA, ao afirmar que qualquer união simultânea ao casamento seria alheia à proteção constitucionalmente oferecida à união estável.²⁷⁹ Assevera o citado autor: "(...) afora hipóteses excepcionais, em tais casos, geralmente a vivência extramatrimonial é mantida com reservas, sob certo sigilo ou clandestinidade. Falta-lhe, pois, o indispensável reconhecimento social, até mesmo pelas discriminações que cercam esse tipo de amasiamento".²⁸⁰

Com efeito, havendo clandestinidade, conforme exposto, pode-se sustentar não se estar diante de uma família, pelo que não se nega razão ao autor, sob essa perspectiva. Do mesmo modo, ainda que haja alguma publicidade, a violação de deveres inerentes à boa-fé pode obstar a produção de certos efeitos.

Nada obstante isso, cabe ponderar: seria possível negar eficácia jurídica mesmo àquelas hipóteses que Euclides de Oliveira reputa como "excepcionais", nas quais há ampla publicidade e todos os que compõem a situação de simultaneidade agem de modo ético, sem violação de expectativas ou de confiança dos demais, em que a publicidade se estende extrinsecamente entre os ambos os núcleos e, mesmo assim, todos mantêm entre si os vínculos de coexistência afetiva?

Embora seja difícil negar que essa hipótese não é das mais corriqueiras, não parece legítimo, consoante já explicitado, segundo o sentido de proteção da dignidade coexistencial dos componentes da família, que essa relação seja juridicamente ineficaz. O atendimento pelos componentes das famílias simultâneas

²⁷⁹ Impende, porém, ressaltar o seguinte: se, à luz da definição do artigo 1.727 do Código Civil, não se trata, efetivamente, de união estável, mas de concubinato, isso não significa, de antemão, que a situação de fato não possa se afigurar como apreensível pelo direito e apta a receber eficácia jurídica.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Op. cit.*, p. 184.

dos deveres de boa-fé faz com que esse princípio, antes de constituir óbice, se apresente como um *plus* a legitimar a chancela de efeitos jurídicos a essa situação que, embora episódica, pode se apresentar no meio social.

O direito não pode se colocar como alheio às pretensões de felicidade coexistencial dessas pessoas: se a violação da boa-fé pode obstar, por conta do sentido ético que dela emerge, a produção de certos efeitos, esse mesmo sentido ético se coloca, quando a boa-fé resta plenamente atendida, a impor eficácia jurídica à situação de simultaneidade. A excepcionalidade da situação passível de eficácia tendencialmente plena não é argumento suficiente para que o direito negue aos sujeitos que a compõem a devida proteção.

Daí buscar-se, em um movimento que, ao mesmo tempo, implica negação e conservação, a síntese que pode, quiçá, emergir da dialética que contrapõe a afirmação peremptória de Euclides Benedito de OLIVEIRA, de que "não é possível a simultaneidade de casamento e união estável ou de mais de uma união estável"²⁸¹, a uma concepção excessivamente elástica e aparentemente alheia a limitações no plano da eficácia jurídica, como a adotada por Carlos Cavalcanti de ALBUQUERQUE FILHO.²⁸²

O mesmo movimento dialético é o que se propõe no próximo estágio que compõe a análise do tema deste estudo, que consiste no exame exemplificativo de possíveis efeitos jurídicos atribuíveis a situações de simultaneidade familiar.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 184.

²⁸² ALBUQUERQUE FILHO, *op. cit.*, p. 143-165.

2 ANÁLISE EXEMPLIFICATIVA DA POTENCIAL ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS A SITUAÇÕES DE SIMULTANEIDADE FAMILIAR

Uma vez assentados, em linhas gerais, alguns possíveis limites e possibilidades da ambiência circunscrita pelo sistema jurídico que determina o sentido da construção normativa concreta mediante a qual podem ser atribuídos efeitos à simultaneidade familiar, cabe, doravante, exemplificar algumas dessas possibilidades constitutivas de eficácia jurídica.

Enfatizando, novamente, a inviabilidade de se pretender aprisionar taxativamente a totalidade de faces que a simultaneidade pode assumir, também não seria factível qualquer pretensão de definir, em um rol exauriente, quais os efeitos jurídicos que a formação de famílias simultâneas pode ensejar.

Daí a opção metodológica por um rol exemplificativo, centrado em formulações hipotéticas, que sirvam para ilustrar algumas possibilidades de demonstração do sentido concreto que pode florescer da atribuição de relevância jurídica ao fenômeno das famílias simultâneas.

Busca-se, nesse passo, trazer a lume os reflexos da apreensão jurídica da simultaneidade familiar, que se apresentam por meio da atribuição de efeitos a essas situações de fato. Não se pretende, portanto, esgotar as inúmeras demandas que podem emergir da multiplicidade de arranjos que pode assumir a simultaneidade familiar. Circunscreve-se o exame a alguns exemplos ilustrativos que se situam na seara do direito civil, não se estendendo a temas referentes ao direito penal, tributário ou previdenciário.

Nessa esteira, a despeito de várias outras situações em que seria viável cogitar a eficácia jurídica da simultaneidade familiar,²⁸³ elegeram-se quatro possíveis

²⁸³ Colhe-se, por exemplo, da jurisprudência do STJ, o seguinte julgado, sem dúvida, bastante controverso:

"Homem casado. Situação peculiar, de coexistência duradoura do 'de cujus' com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício (...)

"II – Inobstante a regra protetora da família, consubstanciada nos arts. 1.474, 1.177 e 248,

exemplos de efeitos atribuíveis às famílias simultâneas: a eficácia jurídica da bigamia, a impenhorabilidade dos imóveis residenciais das famílias simultâneas, a possibilidade de adoção por pessoas separadas ou divorciadas e a guarda compartilhada. São os temas sobre os quais se versará a seguir.

2.1 A EFICÁCIA JURÍDICA DA SITUAÇÃO DE BIGAMIA

Principiar o exame exemplificativo da eficácia jurídica da simultaneidade pela análise de hipótese centrada na bigamia é recolher o elemento que revela a gênese, no interior do sistema, da atribuição de relevância jurídica a uma situação de simultaneidade familiar.

Trata-se de hipótese que se coloca no ordenamento, desde logo, como "situação jurídica", ao contrário das demais, que emergem do meio social como situações de fato apreensíveis pela abertura operada pelos princípios. A bigamia é a situação de simultaneidade que se revela como jurídica até mesmo na perspectiva de um sistema fechado.

IV, da lei substantiva civil, impedindo a concubina de ser instituída como beneficiária de seguro de vida, porque casado o 'de cujus', a particular situação dos autos, que demonstra espécie de 'bigamia', em que o extinto mantinha-se ligado à família legítima e à concubinária, tendo prole concomitante com ambas, demanda solução isonômica, atendendo-se à melhor aplicação do direito.

"III – Recurso conhecido e provido em parte, para determinar o fracionamento por igual, da indenização securitária". (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Homem casado. Situação peculiar, de coexistência duradoura do 'de cujus' com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício. Resp. n. 100.888-BA. Rel. Aldir Passarinho Junior. DJ. 12.03.2001).

No corpo do acórdão não há informação específica acerca de eventual extensão da ostensibilidade da relação mantida com a segunda companheira em relação à primeira família. Há menção todavia, ao fato de que a relação do falecido com essa primeira família não era apenas formal, ou, nos termos do acórdão, "não se cuidava de mera união de aparências". Na situação específica, portanto, ao que consta, não se levou em consideração a questão atinente ao atendimento ou não do princípio da boa-fé objetiva por parte da segunda companheira em relação aos componentes da primeira família, o que pode, talvez, ter ensejado indevidos prejuízos à esfera jurídica da viúva e de seus filhos. Cabe enfatizar que dúvida alguma haveria acerca da eficácia da relação familiar simultânea na perspectiva dos filhos da convivência paralela. Releva, ainda, ter em conta que do fato de a união simultânea ter resultado prole não se pode concluir, de plano, pela plena eficácia jurídica da relação de conjugalidade, ao contrário do que se infere do acórdão. O seguro de vida, no caso referente ao acórdão, beneficiou a companheira, e não seus filhos.

Institui-se, aqui, como se vê, notável paradoxo. A situação jurídica de simultaneidade por excelência – no sentido de situar-se desde logo como elemento normativizado pelo sistema jurídico –, ainda que possa produzir efeitos, reside no ordenamento jurídico sob uma perspectiva de exclusão. Não se trata de hipótese que floresce na seara do "não-direito", mas, sim, que reside no lugar do "ilícito".

De outro lado, as demais hipóteses de simultaneidade familiar - que se apresentam, em regra, como situações de fato - caso venham a ingressar no sistema por meio da porosidade dos princípios, o fazem, em regra, sob um sentido de inclusão, ou seja, de proteção jurídica dos sujeitos que compõem aquela relação concreta.

A bigamia, nessa ordem de idéias, se apresenta no direito brasileiro como hipótese de nulidade dos casamentos que se seguem a um primeiro matrimônio contraído e anda não dissolvido. A nulidade se opera em face da violação do impedimento descrito no inciso VI do art. 1.521 do Código Civil, que prevê não poderem se casar pessoas já casadas.

Na seara penal, como se sabe, a bigamia se insere entre os denominados crimes contra a família, tendo sua descrição típica expressa no artigo 235 do Código Penal.²⁸⁴

Observa-se, de plano, que a bigamia é situação jurídica que se circunscreve a um âmbito formal: para sua configuração, basta a multiplicidade de vínculos matrimoniais, ainda que não se afigure em concreto, vínculo de coexistência afetiva entre os cônjuges. Não é necessário, portanto, para que haja bigamia, que se configure, como situação de fato, efetiva simultaneidade familiar, em que se afigure materialmente uma pluralidade sincrônica de famílias.

É possível que, no âmbito dos fatos, a pluralidade concreta instituída pela bigamia seja diacrônica, a despeito da manutenção do vínculo formal referente ao primeiro casamento. Isso pode ocorrer na medida que, quando as segundas núpcias são contraídas, o bígamo já esteja separado de fato. Nesse caso, a simultaneidade será meramente formal, haja vista que ela não se apresentará como situação de

²⁸⁴ Art. 235 – Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos".

fato. Trata-se, como se observa, de circunstância decorrente da caracterização de uma situação jurídica propriamente dita, que só manifesta sua existência no lugar abstrato construído pela racionalidade formal do ordenamento jurídico.

Em regra, porém, a nulidade do casamento implicará sua ineficácia para os cônjuges, salvo na hipótese de casamento putativo, em que vem a lume a relevância jurídica da boa-fé como estado de ignorância acerca de vício. É o que se verifica da redação do artigo 1561 do CCB, que disciplina a matéria:

Art. 1.561 – Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

§ 1º - Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento os efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2º - Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão.

Tem-se, então, que havendo um vínculo formal originário referente ao primeiro casamento, ainda que ele não subsista mais como coexistência afetiva no plano dos fatos, mostrar-se-á irrelevante para o direito, sob esse enfoque específico, saber se a simultaneidade é concreta ou não: presente o matrimônio anterior, o segundo será inválido, podendo ser sancionado com nulidade, pela incidência de impedimento matrimonial.

O primeiro casamento, ainda que apenas formal, produzirá os efeitos a ele inerentes, ao passo que o segundo, salvo boa-fé por parte do outro cônjuge, será, além de nulo, ineficaz – desde que proposta a ação cabível nos termos do art. 1.549 do Código Civil.²⁸⁵

No que tange a bigamia, portanto, tratando-se de situação jurídica, a solução legislada se prende a um âmbito formal, na medida que, ainda que o primeiro casamento não mais implique coexistência familiar com o primeiro cônjuge, seus efeitos pessoais e patrimoniais serão, como regra, cancelados pelo direito.

²⁸⁵ "Art. 1.549 – A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público".

A regra se refere, como se vê, à boa-fé subjetiva, e não ao princípio da boa-fé objetiva. Por conseguinte, verificado o estado de boa-fé do cônjuge que contrai nupcias com o bigamo, aproveitar-lhe-ão os efeitos do casamento, até o dia da sentença anulatória.

Nessa esteira, não importa se alguém contraiu dois ou mais matrimônios: se os respectivos cônjuges estão de boa-fé (subjetiva), serão contemplados pela eficácia do casamento. MOURA BITTENCOURT narra caso ilustrativo do que se está a explicitar: "Três senhoras, *viúvas* do mesmo homem, apresentaram-se no inventário de seus bens. O Tribunal de Justiça de Goiás, com apoio do Supremo, mandou partilhar os bens entre as três, porque duas delas haviam contraído casamento de boa fé, persuadidas de que se casavam com homem solteiro".²⁸⁶

De outro lado, quando o segundo casamento é contraído de má-fé (subjetiva) por ambos os cônjuges, não deverá produzir os efeitos jurídicos próprios à relação matrimonial, uma vez declarada sua nulidade. Essa eficácia sobrestada se refere aos efeitos que decorrem diretamente da relação matrimonial, como prevista em abstrato no direito positivo.

Poder-se-ia ponderar, entretanto, o seguinte: se os efeitos próprios do casamento não aproveitam a qualquer dos cônjuges quando agem em estado de má-fé, seria possível admitir, em alguma hipótese, que se pudesse atribuir a essa relação, ao menos, efeitos análogos aos da união estável?

Releva, pois, neste ponto, preliminarmente, distinguir duas situações: aquela em que a bigamia se apresenta como dado simplesmente formal, ou seja, aquela em que não há mais – ou nunca houve – efetiva coexistência familiar entre o bigamo e o cônjuge com quem contraiu as primeiras nupcias, e as hipóteses em que a bigamia também se revela como situação de simultaneidade familiar de fato. Refere-se a segunda hipótese, a rigor, a circunstâncias em que, efetivamente, configura-se simultaneidade familiar entre o bigamo e os cônjuges de ambas as nupcias, nos termos da situação de fato descrita ao longo deste estudo.

Na primeira hipótese, como visto, o vínculo atinente ao primeiro casamento é

²⁸⁶ BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1983, p. 146.

apenas formal – embora seja o único juridicamente válido – ao passo que o que se refere ao segundo pode ser real, materializado em convivência familiar efetiva. No plano formal, todavia, o segundo vínculo será precário, uma vez que sobre ele incide nulidade. Não se configura, porém, aqui, simultaneidade familiar como situação de fato, mas, simplesmente, pluralidade de vínculos matrimoniais formais.

De outro lado, se o bigamo mantém, em concreto, coexistência familiar simultânea em relação a ambos os cônjuges, estar-se-á diante de efetiva situação de simultaneidade. Com efeito, a nulidade do segundo casamento não significa que, no plano fático, a convivência familiar ali instituída possa ser reputada como inexistente, ou como irrelevante para o direito.

Pode ser cogitável que a segunda união, em certos casos, mesmo contraída de má-fé (em contraposição à boa-fé subjetiva, ou seja, com o conhecimento de ambos acerca do impedimento matrimonial) produza efeitos jurídicos análogos aos da união estável, desde que não gere prejuízos à esfera jurídica do cônjuge do primeiro casamento.

A extensão dessa repercussão na esfera jurídica do primeiro cônjuge pode levar em conta a existência concreta – e não apenas formal – de simultaneidade familiar, podendo seus efeitos ser balizados em concreto pela incidência do princípio da boa-fé objetiva.

Impende enfatizar desde logo que, nas hipóteses aqui formuladas, não se pretende oferecer respostas definitivas mas, ao contrário, tem-se por objetivo semear questionamentos, mediante uma análise dialética que recolha a complexidade das relações que podem emergir da bigamia. As reflexões aqui desenvolvidas não pretendem ser conclusivas, mas, sim, têm o escopo de problematizar o tema sob enfoque. Somente a análise de situações concretas de simultaneidade de conjugalidades permitiria apontar soluções específicas, topicamente construídas, para aquele dado caso, pelo que não se poderia ter a pretensão, neste trabalho, de oferecer respostas *prêt-à-porter*.

Nessa ordem de idéias, apenas para melhor ilustrar o raciocínio que se está a desenvolver, cabe a formulação de uma hipótese em que o primeiro casamento coexiste com o segundo exclusivamente sob a perspectiva do vínculo formal.

Suponha-se, nesse passo, que as segundas núpcias foram contraídas por ambos os cônjuges com o pleno conhecimento acerca da existência do vínculo formal anterior.

Nada obstante, à época do segundo casamento, o bigamo já estava separado de fato do primeiro cônjuge. Nesse caso, embora, em princípio, possa haver má-fé subjetiva na perspectiva do conhecimento acerca do impedimento, pode não haver má-fé à luz do princípio da boa-fé objetiva, em relação à conduta dos nubentes para com o primeiro cônjuge, que, na hipótese, vínculo concreto algum mantém com o antigo companheiro. Isso porque, diante da ausência de relação concreta específica, poder-se-ia sustentar que restariam inexigíveis, pelo primeiro cônjuge, os deveres inerentes à boa-fé objetiva.

Nesse caso, poderia se apresentar como cogitável que ao casamento nulo fossem atribuídos efeitos análogos aos da união estável,²⁸⁷ sobretudo no que tange os bens adquiridos pelo bigamo mediante esforço comum com seu companheiro, após a separação de fato do primeiro cônjuge, haja vista que, quanto ao primeiro matrimônio, pode-se entender como mitigada a presunção de eventual comunhão²⁸⁸ – caso tenha sido esse o regime de bens adotado.

O mesmo poderia ocorrer em uma situação em que a simultaneidade não fosse apenas formal, mas, também, concreta. Nesse caso, o atendimento de deveres inerentes à boa-fé objetiva em relação ao primeiro cônjuge seria, em tese, exigível. Assim, se a conduta segundo a boa-fé efetivamente se apresentar com

²⁸⁷ Observe-se que, à luz do CCB, é possível a caracterização de união estável, e não de concubinato, desde que, sendo casado um dos companheiros, esteja ele separado de fato:

"Art. 1723 – É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família

"§ 1º - A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inc. VI no caso de a pessoa se achar separada de fato ou judicialmente".

Como bem observa Álvaro Villaça AZEVEDO, a alusão do artigo 1.727, que versa sobre o concubinato, acerca daqueles que se encontram impedidos de casar deve ser lida à luz do comando do parágrafo 1º do supra transcrito artigo 1.723. (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários* ..., p. 285).

²⁸⁸ É o entendimento de Euclides Benedito de OLIVEIRA, que afirma: "(...) possível afirmar que refogem à partilha os bens adquiridos individualmente por este ou aquele cônjuge, sem mútua colaboração, após longo tempo de separação de fato do casal, mesmo sem prévia medida cautelar". (OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Separação de fato e cessação do regime de bens no casamento. Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, a. 2, n. 5, p. 149, abr./jun. 2000).

relação a esse primeiro consorte,²⁸⁹ que convive com a situação de simultaneidade sem que isso se caracterize como aviltamento de sua dignidade, também pode ser cogitável atribuir ao segundo casamento, a despeito de sua nulidade, efeitos análogos aos da união estável.

Trata-se, como se vê, de hipótese cuja verificação concreta é pouco provável, mas que se mostra útil como instrumento de análise. Tendo em conta que, no caso hipotético, afigura-se efetiva simultaneidade no âmbito dos fatos, sem ofensa ao princípio da boa-fé objetiva no que tange a relação entre os componentes de ambos os núcleos²⁹⁰, pode-se reputar ao menos como passível de ponderação a hipótese de se atribuir alguma eficácia a essa situação.

Não se nega a possível inserção desse caso específico entre as situações que o Código Civil denomina de concubinato²⁹¹, uma vez que o casamento anterior ainda subsiste tanto sob uma perspectiva material como em uma ótica simplesmente formal. A caracterização do concubinato não significa, porém, de antemão, que tal situação deva se apresentar como absolutamente ineficaz perante o direito.

Há, no caso, comunhão de vida fundada no afeto, dotada de ampla publicidade – estendendo-se inclusive ao vínculo matrimonial originário. Sem embargo dos efeitos penais aplicáveis à espécie, poder-se-ia reputar, em princípio, como contrária ao sentido da proteção dispensada pelo Estado à coexistência familiar, a pura e simples negação de qualquer efeito à relação concreta subjacente ao casamento nulo.

Por conseguinte, se a eficácia não será a mesma do casamento, pode se mostrar aceitável uma hermenêutica que admita a atribuição à relação concubinária – na hipótese descrita – de efeitos análogos aos da união estável.

²⁸⁹ Por evidente, eventual proceder segundo a boa-fé objetiva somente seria cogitável tomando-se em consideração, exclusivamente, a relação com o primeiro cônjuge, haja vista que, na perspectiva do respeito à ordem jurídica, não constitui, por óbvio, procedimento coerente com a boa-fé, contrair núpcias com pessoa casada, conhecendo o contraente o estado civil do outro nubente.

²⁹⁰ Obviamente não se está a cogitar estado de boa-fé no que respeita a proibição legal.

²⁹¹ "Art. 1.727 – As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato". Ressalte-se que o "impedimento" previsto no dispositivo legal deve ser lido à luz do parágrafo 1º do artigo 1.723, que admite a caracterização de união estável com convivente separado de fato, a despeito da manutenção, no plano formal, do vínculo conjugal".

É possível, por derradeiro, formular outra hipótese: suponha-se que o segundo casamento tenha sido contraído de má-fé por ambos os cônjuges – nos termos da boa-fé subjetiva –, e que tenha gerado efetiva situação concreta de simultaneidade familiar. No entanto, os deveres de transparência e de proteção decorrentes do princípio a boa-fé objetiva não teriam sido atendidos em relação ao cônjuge do primeiro matrimônio, de modo que sua dignidade pessoal restaria atingida.

Não é temerário supor que, na hipótese, a eficácia da segunda união seja sobrestada no que intervier na esfera jurídica desse primeiro cônjuge, que não poderia sofrer prejuízos em decorrência da conduta desleal do bígamo e do companheiro deste. Trata-se de ponderação que atenderia ao sentido ético coexistencial que, a despeito de certas posições niilistas, deve ser sempre inerente ao direito.

2.2 A IMPENHORABILIDADE DO BEM LEGAL DE FAMÍLIA: UMA POSSIBILIDADE DE CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NA PERSPECTIVA DA SIMULTANEIDADE FAMILIAR

Um segundo exemplo em que pode ser possível recolher eventual eficácia jurídica da simultaneidade familiar reside na questão atinente à impenhorabilidade do imóvel residencial da família. Se a análise dos efeitos decorrentes da bigamia passava pelo exame de uma relação jurídica prevista no ordenamento, desde logo, em abstrato, como modelo de simultaneidade – nada obstante seja possível distinguir as hipóteses em que a bigamia é apenas formal daquelas em que se apresenta também como situação de fato – chega-se, neste exemplo, a seara em que se prescinde, para sua análise, de uma situação de simultaneidade expressamente descrita no direito positivado.

Para cogitar a eficácia da simultaneidade a respeito da impenhorabilidade do bem de família, basta, em princípio, que as famílias simultâneas se apresentem como situação de fato passível de chancela jurídica, sem a necessidade de

subsunção do arranjo familiar a um dado modelo legal. Trata-se de atribuir efeitos a uma situação de fato apreendida pelo sistema jurídico por meio da abertura proporcionada pelos princípios.

Afigura-se pertinente, neste ponto, delimitar o objeto em relação ao qual será analisada a eficácia jurídica da simultaneidade familiar. Trata-se, aqui, do denominado bem legal de família, e não do bem de família voluntário. Embora ambas as figuras jurídicas tenham o escopo de proteção das necessidades existenciais daqueles que coexistem em um dado núcleo familiar, há distinções entre elas que tornam necessário especificar sobre qual situação se está a versar.

O bem de família não pode ser reputado como figura jurídica nova no direito brasileiro. Verifica-se, já na codificação revogada, previsão expressa acerca da matéria nos artigos 70 a 73. Tratava o Código Civil de 1916 de hipótese em que o "chefe da família" poderia destinar um prédio para domicílio da entidade familiar, que ficaria "isento de execução por dívidas". Note-se que a proteção à residência da entidade familiar não se apresentava como decorrência automática de uma previsão legal: a instituição do bem de família se operava apenas por ato voluntário do "chefe" da família, praticado por meio de escritura pública, transcrita junto ao Registro de Imóveis.

Ainda que a concepção original acerca do bem de família no Brasil se prendesse a uma perspectiva transpessoal a respeito do fenômeno familiar – revelada de modo claro na legitimidade do "chefe da família" para ser o respectivo instituidor – não resta dúvida de que dela emerge um sentido mais amplo, de tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo²⁹² necessário à manutenção e promoção da dignidade da pessoa humana.²⁹³ Essa questão voltará a ser objeto de exame logo adiante.

²⁹² Acerca do patrimônio mínimo personalíssimo, ver, por todos, Luiz Edson FACHIN (**Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

²⁹³ Impende ressaltar que, a despeito do enfoque dirigido primordialmente à família, não se ignora, como se infere do exame de figuras jurídicas análogas presentes no direito estrangeiro, que a proteção encetada por meio do bem de família sempre se dirigiu, em alguma medida, ao ser humano: "*Una de las características principales del 'homestead' es que establece un privilegio de gran fuerza a favor del ser 'humano' y en especial de su familia*". (KEEN, José Antonio Amuchastegui. **Bien de familia**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1945, p. 40).

Ao lado dessa possibilidade de instituição voluntária do bem de família prevista no Código Civil de 1916, veio a lume a Lei 8.009/90,²⁹⁴ por meio da qual se disciplinou a figura do que pode ser denominado bem legal de família.²⁹⁵ Trata-se de previsão normativa que, independente de instituição voluntária, declara impenhorável o imóvel utilizado como residência da entidade familiar.²⁹⁶ É a seguinte a redação do artigo 1º da Lei 8.009/90:

Art. 1º - O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de qualquer outra natureza contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

²⁹⁴ Impende enfatizar que a referida lei não foi a primeira a tornar impenhoráveis, independente de instituição voluntária, bens que se apresentassem como essenciais à subsistência digna do devedor. Rainer CZAJKOWSKI lembra, com acerto, da "impenhorabilidade processual expressa, absoluta ou relativa, dos bens elencados nos arts. 649 e 650 do CPC". (CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998, p. 18). Transcrevem-se, a seguir, os referidos artigos do CPC:

"Art. 649 – São absolutamente impenhoráveis:

"I – os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;

"II – as provisões de alimento e de combustível, necessárias à manutenção do devedor e de sua família durante um mês;

"III – o anel nupcial e os retratos de família;

"IV – os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia;

"V – os equipamentos dos militares;

"VI – os livros, as máquinas, os utensílios e os instrumentos, necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão;

"VII – as pensões, as tenças ou os montepios, percebidos dos cofres públicos, ou de institutos de previdência, bem como os provenientes de liberalidade de terceiro, quando destinados ao sustento do devedor ou de sua família;

"VIII – os materiais necessários para obras em andamento, salvo se estas forem penhoradas;

"IX – o seguro de vida;

"X – o imóvel rural, até m módulo, desde que este seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento agropecuário".

"Art. 650 – Podem ser penhorados à falta de outros bens:

"I – os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas;

"II – as imagens e os objetos do culto religioso, sendo de grande valor".

²⁹⁵ AZEVEDO. **Bem de família** ..., p. 156.

²⁹⁶ No dizer de Arnaldo MARMITT: "Enquanto que o bem de família voluntário é de direito material (sic), o bem legal de família é de direito público. Este último independe da vontade do instituidor, e em princípio é irrenunciável, em virtude dos liames estatais que unem a família ao lar onde reside e aos móveis que o guarnecem". (MARMITT, Arnaldo. **Bem de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1995, p. 32).

O Código Civil de 2002 também versa sobre o bem de família,²⁹⁷ referindo-se, todavia, a hipótese de constituição voluntária, tanto que tange os bens imóveis, como no que respeita aos bens móveis, não tendo revogado o disposto na Lei 8.009/90, acerca da impenhorabilidade legal do bem de família. Por se tratar de hipótese de instituição convencional, não será, aqui, objeto de exame específico.

Constatada a manutenção da vigência da Lei 8.009/90, cabe analisar o requisito essencial à caracterização do bem legal de família, definido no seu artigo 1º, supra transcrito, qual seja, o de que o imóvel sirva de residência à entidade familiar. Ocorre que, contemporaneamente, a proteção constitucionalmente dispensada à família não mais se destina ao ente transpessoal, mas, sim, às pessoas concretas em relação de coexistência familiar. Leitura que se mostra razoável, nesse passo, seria a de que a proteção oferecida pela lei se destinaria às pessoas que compõem a família, e não à instituição propriamente dita.

Pode-se, entretanto, ir mais além: é viável realizar hermenêutica que estenda a proteção da impenhorabilidade do imóvel residencial mesmo para aquela pessoas que não integram qualquer entidade familiar, como sustenta Anderson SCHREIBER, fundando a vedação da constrição judicial no direito à moradia, constitucionalmente assegurado.²⁹⁸ Luiz Edson FACHIN, a seu turno, situa a

²⁹⁷ É a seguinte a redação do artigo 1711 do Código Civil acerca do bem de família:

"Art. 1711 – Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial".

A restrição da instituição do bem de família voluntário a um terço do patrimônio líquido pode fazer com que a figura jurídica acabe por se destinar, exclusivamente, a pessoas que possuem elevado patrimônio (de ao menos três vezes o valor do bem destinado à impenhorabilidade), mostrando-se quase imprestável para aqueles que mais necessitam da proteção de um patrimônio mínimo – como, por exemplo, os que possuem um único imóvel residencial. Verifica-se, nesse passo, potencial inconstitucionalidade do dispositivo, à luz da dimensão substancial do princípio a igualdade. Não resta dúvida, porém, de que a inserção - já na fase final de consolidação do texto do novo Código Civil na Câmara Federal - da parte final do artigo 1711, que assegura a vigência da Lei 8.009/91, evitou prejuízos maiores que poderiam decorrer da manutenção da redação original. Mais amplamente, ver (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Código civil na contramão da Constituição. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, p. 243-263, out./dez. 2000).

²⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* (coord.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

impenhorabilidade do bem de família como sintoma de uma proteção ainda mais ampla, que diz respeito à tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo, necessário à manutenção de uma existência digna.²⁹⁹

A jurisprudência vem, em parte, e gradativamente, acatando essa ordem de idéias. No âmbito do discurso, porém, há certos julgados que, embora adotando essa hermenêutica, não a utilizam de modo explícito, buscando adequar a proteção dispensada em concreto a um sentido de literalidade da regra, que vincula a proteção legal à existência de uma entidade familiar. Assim procedem por meio de um elastecimento da noção de família, para admitir a denominada família "unipessoal"³⁰⁰, sobretudo no que tange a situação das pessoas separadas ou divorciadas.

Falar em família formada por apenas uma pessoa é, como se infere, um modo de proteger, por meio do instrumento normativo da Lei 8.009/90, o devedor viúvo, separado ou divorciado podendo se estender, ainda, ao devedor solteiro. Isso significa que essa proteção construída pela jurisprudência, muitas vezes, ao invés de se fundamentar, explicitamente, na garantia da dignidade da pessoa humana, por meio da tutela de um patrimônio mínimo personalíssimo, acaba por ser levada a efeito, não raro, por meio da atribuição da denominação "família" a situações que, o plano sociológico, dificilmente se enquadrariam nessa noção.³⁰¹

Parece, de fato, não haver justificativa legítima para negar às pessoas que

²⁹⁹ Observa-se, com efeito, que enquanto o direito à moradia pode ser atendido mesmo sem o acesso à titularidade sobre bens imóveis – como ocorre, por exemplo, no que tange a locação de imóveis residenciais - a proteção de um patrimônio mínimo personalíssimo se apresenta, diretamente, sob uma perspectiva de acesso à propriedade, que contempla um sentido de justiça distributiva.

³⁰⁰ É a constatação realizada por Anderson SCHREIBER após análise de julgados do STJ (*op. cit.*).

³⁰¹ Não é o que ocorre em recente julgado, das lavras do Min. Humberto Gomes de Barros, em que o sentido de atendimento do direito à moradia é expressamente contemplado:

"PROCESSUAL – EXECUÇÃO – IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL – RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90.

A interpretação teleológica do art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário". (BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Processual – execução – impenhorabilidade – imóvel – residência – devedor solteiro e solitário – Lei 8.009/90. ERESP 182223-SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ. 07/04/2003).

vivem sozinhas a proteção que é destinada às pessoas que efetivamente integram uma família. O que não significa, entretanto, que a pessoa solteira pode ser considerada como componente uma "família unipessoal", uma vez que família implica afeto e coexistência, que, salvo melhor juízo, só se afigura em relação a um "outro".

Nesse sentido, revela-se pertinente estender a proteção destinada ao imóvel residencial da entidade familiar a qualquer pessoa, mesmo que solteira, sem que se faça necessário, porém, por meio de uma ficção, reputá-la como família "unipessoal".³⁰²

Esse problema, entretanto, não se apresenta – ao menos não em termos idênticos - no que tange a possível aplicação das regras atinentes à impenhorabilidade do bem de família à situação de simultaneidade familiar. Afinal, está-se a tratar, precisamente, de entidades familiares, sem que para isso seja necessária uma extensão indevida dessa designação. Isso não significa que se possa prescindir, mesmo nesse caso, de um olhar que conceba a família como relação de coexistência, e não como ente transpessoal. Também é relevante realizar a leitura das regras pertinentes sob uma perspectiva aberta, à luz dos princípios constitucionais, sobretudo a tutela da dignidade da pessoa humana.

Nessa ordem de idéias, aquele que está separado, de fato ou judicialmente, e reside sozinho, pode, em tese, ser beneficiado pela impenhorabilidade do imóvel residencial de sua propriedade sob o fundamento de que está a integrar uma entidade familiar. Não, porém, uma família unipessoal, mas, sim, uma entidade familiar formada por ele em relação aos seus filhos, ainda que estes residam com o outro ascendente, em situação de simultaneidade familiar. Note-se que, nada obstante a dissolução da conjugalidade e da família nuclear, podem emergir da separação duas famílias simultâneas, que possuam como elementos comuns os

³⁰² A respeito do tema, escreve Anderson SCHREIBER: "O esforço doutrinário é válido pelo seu só intuito de ampliar a proteção conferida pela lei. Todavia, a questão da impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro parece menos relacionada a uma 'super-extensão' do conceito de entidade familiar, que à identificação de um novo fundamento de proteção, de uma nova função para o instituto. Com efeito, o art. 1º da Lei 8.009/90 deve ser reinterpreto sob a ótica do direito constitucional à moradia, expressão e requisito da dignidade humana. Não se trata mais de proteger a entidade familiar, mas a pessoa, integre ela ou não uma família". (*Op. cit.*, p. 93).

filhos do casal.

A caracterização da entidade familiar, nos termos expostos anteriormente, não depende de residência sob o mesmo teto. A relação intersubjetiva entre pais e filhos que cultivam o afeto mútuo faz com que, para além do vínculo de parentesco, possa se manter íntegro efetivo vínculo familiar. Mais que isso, no caso da relação entre pais e filhos – sobretudo perante terceiros – a afetividade fundante dessa coexistência deve ser presumida.

Daí ser possível sustentar que, ainda que fosse possível restringir a leitura do artigo 1º da Lei 8.009/90 a uma regra de proteção exclusivamente destinada à família – concepção que não se subscreve -, na hipótese formulada seriam impenhoráveis tanto o imóvel em que reside o pai como aquele em que reside a mãe.

Suponha-se, porém, que ambos os imóveis em que residem os pais pertencem ao único filho do casal dissolvido. Na hipótese, o filho reside com a mãe, embora viva em efetiva situação de simultaneidade familiar, em virtude do vínculo que mantém com o pai. Entretanto, por dívidas contraídas por esse filho, busca-se a constrição judicial do imóvel em que reside apenas o progenitor. Nesse caso, se fosse levada a efeito uma interpretação literal do artigo 1º da Lei 8.009/90, poder-se-ia, talvez, levantar óbice para a caracterização da impenhorabilidade do imóvel habitado pelo genitor do proprietário.

Isso porque, embora se refira à residência da entidade familiar, o art. 1º menciona que a impenhorabilidade do bem de família diz respeito a dívidas contraídas "pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que seja proprietários e nele residam". Deve-se, porém, buscar uma dimensão teleológica da regra, sem se deixar aprisionar por sua literalidade, sob pena de, mesmo o sentido de proteção da família que se infere do texto legal, restar ineficaz. Nessa medida, a caracterização de uma entidade familiar entre o genitor residente no imóvel e o proprietário devedor não residente pode ser apta, por si só, a permitir a incidência da proteção legal também a esse caso.

Isso porque a proteção da família se dá na pessoa de cada um de seus membros tomados em relação de coexistencialidade com os demais. A

impenhorabilidade do bem de família não visa a proteger o devedor, mas sim – e ao menos -, a dignidade dos componentes de uma dada entidade familiar. Desse modo, a proteção da moradia do pai também contemplaria a proteção da situação de coexistência afetiva entre ele e seu filho, que constitui família simultânea à que este último mantém em relação à genitora.

Por conseguinte, é possível sustentar que, ainda que o próprio devedor não resida no imóvel, será o bem impenhorável se servir de moradia à sua família, uma vez que o que se está a contemplar por meio da incidência da regra não é uma proteção da figura do devedor, mas, sim, da relação intersubjetiva centrada no amor familiar que se revela essencial para o desenvolvimento de sua personalidade.

Com efeito, caso se entendesse que a impenhorabilidade somente incidiria se o próprio devedor vivesse no imóvel com ânimo de residência, deixando à margem a efetiva existência de uma família entre ele e o genitor residente no bem, estar-se-ia transmudando o sentido da regra de uma forma de proteção da dignidade da pessoa humana para uma tutela destinada à proteção específica do devedor inadimplente: o imóvel só seria impenhorável se o inadimplente ali residisse. Daí sustentar-se a possibilidade de se reputar impenhorável o imóvel em que reside o pai do devedor que, embora residindo com a mãe, mantém íntegro um vínculo familiar simultâneo com o progenitor.

Entendimento análogo é sustentado por Elisete ANTONIUK e Marly Célia UTIME, ao afirmarem a respeito do tema, que "mesmo que somente a família do devedor resida no imóvel, este também está protegido pela Lei 8.009/90".³⁰³

Pode-se, indo mais adiante, aferir da situação de simultaneidade familiar a seguinte possibilidade: alguém que integre, ao menos, duas famílias simultâneas, e seja proprietário dos imóveis residenciais de ambas as entidades familiares, poderá, em última instância, ser titular de dois imóveis impenhoráveis.

De fato, não é absurdo supor que, se ambos os imóveis pertencentes a um mesmo titular servem de residência às entidades familiares simultâneas por ele integradas, ambos estarão sujeitos ao regime instituído pela Lei 8.009/90.

³⁰³ ANTONIUK, Elisete; UTIME, Marly Célia. **A proteção do bem de família**. Porto Alegre:

Observe-se que, embora a lei contenha previsão específica acerca de uma família que possua duas ou mais residências, declarando impenhorável apenas a de menor valor,³⁰⁴ está-se, na hipótese em foco, diante de duas residências e duas famílias.

O fato de o titular do imóvel integrar ambas as entidades familiares não as descaracteriza, em princípio, como núcleos autônomos de coexistência fundada no afeto, de modo que ambas podem gozar da proteção legal que veda a constrição judicial do imóvel residencial. Trata-se, de fato, do único imóvel que serve como residência para cada um dos núcleos de coexistência.

Evidencia-se, portanto, como cogitável a eficácia jurídica da situação de simultaneidade familiar no que tange o bem legal de família, estendendo a impenhorabilidade a ele inerente aos imóveis utilizados como residência por todas as entidades familiares simultâneas, ainda que pertencentes os referidos bens a um único titular, componente comum de todas as famílias.

2.3 ADOÇÃO POR CASAIS SEPARADOS OU DIVORCIADOS

Outra hipótese em que é possível cogitar a chancela jurídica dos efeitos da simultaneidade familiar pode ser identificada na possibilidade de adoção por casais separados judicialmente ou divorciados. O vínculo formal de filiação pode, portanto, ser estabelecido mesmo após a dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo entre os cônjuges. É a seguinte a disposição expressa no Código Civil de 2002:

Fabris, 2003, p. 44.

³⁰⁴ "Art. 5º - Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

"Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do artigo 70 do Código Civil". A referência é ao art. 70 do CCB de 1916, que corresponde ao artigo 1.711 do CCB 2002.

Art. 1.622. Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.

Parágrafo único. Os divorciados e os judicialmente separados poderão adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal.

Do exame do dispositivo legal transcrito acima depreende-se, nada obstante o permissivo legal presente no parágrafo único, um sentido de restrição por parte do legislador à constituição de vínculos jurídicos de filiação em situações nas quais duas pessoas não casadas pretendam adotar em conjunto. Em última instância, a regra é que uma adoção que gere situação de biparentalidade somente seria possível no âmbito de uma família nuclear³⁰⁵ – sabendo-se que é possível a adoção por pessoa solteira, encetando situação de monoparentalidade.

A exceção está expressa no parágrafo único, admitindo-se que, mesmo que o casal já esteja separado ou divorciado, seja possível a constituição formal do vínculo de parentesco. Note-se, porém, que o vínculo sócio-afetivo que constitui o conteúdo fundamental da relação entre pais e filhos pode já existir antes mesmo da formalização da adoção, por conta da convivência encetada no período de convivência.

Isso significa que a decisão constituindo o vínculo jurídico de parentesco se apresentaria, nesse caso, como chancela de uma situação em que o vínculo afetivo entre o adotado e os adotantes já existiria. Tratar-se-ia de oferecer reconhecimento jurídico a uma situação de fato que pode preexistir à constituição do vínculo formal. Este pode vir a lume, por conseguinte, para dar vestes formais de juridicidade a uma relação que já se apresentava em concreto.

Tratando-se de casais separados ou divorciados, têm-se claro que, quando da constituição do parentesco por adoção, o adotando já estará vivendo em situação de simultaneidade familiar com ambos os adotantes.

Releva, porém, ter em conta as condições necessárias para que os casais

³⁰⁵ A referência à família nuclear, aqui, é realizada sob uma perspectiva sociológica, sem vinculação necessária a um modelo matrimonializado. Trata-se do que se pode denominar "triângulo edipiano", composto pelo casal e por seus filhos, conforme mencionado por Ângela Mendes de ALMEIDA, em definição referida anteriormente. (ALMEIDA, Ângela Mendes de. **Notas sobre a**

separados ou divorciados possam adotar: acordo quanto ao regime de visitas – note que o legislador não aventa de modo expresso a hipótese de guarda compartilhada, embora esta possibilidade seja presente – e que o período de convivência tenha se iniciado na constância da sociedade conjugal. Em outras palavras, optou o legislador por submeter a possibilidade de adoção por pessoas separadas à condição de que o período de convivência com o adotando tenha se iniciado no seio de uma família nuclear.

Assim disciplina o Estatuto da Criança e do Adolescente o denominado período de convivência:

Art. 46 – A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.

§ 1º - O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade ou se, qualquer que seja a sua idade, já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

O período de convivência, como se infere, é etapa que pode se apresentar como necessária para avaliar as condições que o adotando terá no novo lar, levando sempre em conta o princípio do seu melhor interesse. O princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente deve ser, pois, o motivo condutor a definir os vetores para a possibilidade ou não da concretização da adoção.

O melhor interesse não pode ser definido em abstrato, devendo seu atendimento ou não ser aferido sempre em concreto³⁰⁶. Trata-se de noção que se põe na abertura do sistema jurídico, recolhendo aquilo que está na exterioridade, pelo que, em tese, não deveria se deixar aprisionar por definições ou, mesmo, balizamentos rígidos apostos na norma abstrata.

família ..., p. 57).

³⁰⁶ Nesse sentido, PEREIRA, Tânia da Silva: "Atualmente, a aplicação do princípio do *best interest* permanece como um padrão, considerando, sobretudo, as necessidades da criança em detrimento dos interesses de seus pais, devendo devendo realizar-se sempre uma análise do caso concreto". (PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 218). Mais amplamente, ver PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

Nada obstante isso, verifica-se na lei um balizamento posto *a priori* à aferição do melhor interesse do adotando, que oferece, como regra, duas opções para a constituição da adoção: ou ela conduzirá a uma situação de monoparentalidade – adoção por uma só pessoa – ou se dará por duas pessoas casadas ou unidas estavelmente, em uma família nuclear.

Infere-se da lei a preferência pela adoção por uma só pessoa do que pela adoção por duas pessoas que, por não manterem entre si relação de conjugalidade, poderiam inserir o adotando, desde logo, em uma situação de simultaneidade familiar. Em última instância, pode-se concluir que, na perspectiva do legislador, a proibição da adoção por pessoas que não sejam casadas ou vivam unidas estavelmente atenderia melhor ao interesse da criança ou do adolescente do que sua adoção por duas pessoas que não mantêm entre si conjugalidade – ainda que a proibição possa levar, em alguns casos, à não efetivação da adoção, privando a criança ou o adolescente de um lar.

Recolhe-se dessa constatação que haveria, à luz do Código Civil, uma concepção que estaria a reputar a simultaneidade familiar na perspectiva da filiação como, *a priori*, contrária ao melhor interesse da criança. Essa presunção pode, todavia, se revelar indevida no caso concreto, uma vez que a formação de vínculos familiares simultâneos não é, necessariamente, prejudicial à criança ou ao adolescente.

Com efeito, não raro, crianças que crescem em famílias nucleares em que estejam a prevalecer o desamor e a discórdia entre os pais, que se mantêm unidos por um casamento de mera aparência, podem sofrer graves prejuízos para o seu desenvolvimento. Assim como crianças que crescem no seio de duas famílias simultâneas, formadas em relação a ambos os pais, não serão necessariamente portadoras de problemas psicológicos ou sofrerão prejuízos à sua formação ética e ao seu desenvolvimento afetivo. Impende remarcar: somente em concreto é possível oferecer o conteúdo específico ao princípio do melhor interesse da criança, aferindo se a formação do vínculo parental será ou não benéfica para o adotando.³⁰⁷

³⁰⁷ Não resta dúvida, entretanto, que a princípio do melhor interesse se vincula, de modo inequívoco, ao princípio da dignidade a pessoa humana, como bem observam Gustavo TEPEDINO

A regra restritiva abstrata presente no Código Civil pode, nessa esteira, negar eficácia concreta ao princípio do melhor interesse da criança, que será privada de uma adoção biparental apenas por conta da ausência de vínculo de conjugalidade entre os interessados na adoção. Não é temerário supor que a rigidez da regra abstrata pode constituir violação de direitos fundamentais, que poderiam ser plenamente atendidos se o legislador houvesse renunciado à indevida pretensão de limitar *a priori* a incidência do princípio do melhor interesse da criança. Daí a conclusão de Luiz Edson FACHIN de que "não há, pois, justificativa hábil para, *a priori*, proibir a adoção por pessoas que não tenham vínculos de conjugalidade entre si".³⁰⁸

Sem embargo disso, a regra geral que se apresenta no Código Civil de 2002, nada obstante tratar-se de dispositivo criticável, é a que consagra a restrição à constituição de adoções no âmbito de famílias simultâneas. Observa-se que a própria lei, entretanto, nos termos do artigo 1.622, contempla possibilidade de chancela de situações de simultaneidade, desde que se configure, previamente à adoção, relação de conjugalidade entre os adotantes e desde que o período de convivência com o adotado tenha se iniciado em momento no qual ainda perdurava a união dos adotantes.

A exigência de que o período de convivência tenha se iniciado antes da separação é sintomática da valorização formal que o Código Civil atribui à família nuclear em detrimento de outros possíveis arranjos familiares: as relações de afeto que são chanceladas por meio do vínculo formal de filiação constituído pela adoção devem ter sua gênese em uma família formada por ambos os pais e o adotando. Admitiu o legislador, entretanto, como exceção, que o adotando já esteja em situação de simultaneidade familiar quando da constituição formal do vínculo parental.

É o que ocorre na hipótese em comento, acerca da adoção por casais

(Temas de direito ..., p. 395) e Heloísa Helena BARBOZA (O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2000, Belo Horizonte. **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2000. p. 205).

³⁰⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 18 (no prelo).

separados ou divorciados. Ainda que cercada de restrições, admite o Código Civil, portanto, a chancela jurídica dos efeitos que vêm à tona no âmbito de situações de simultaneidade familiar: supondo que o estágio de convivência tenha sido frutífero e que, desse modo, a relação afetiva do adotando com ambos os adotantes já tenha se consolidado, restaria ao direito chancelar por meio do vínculo formal de filiação a situação de fato pré-existente, que envolve o adotando com ambos os pais, ainda que estes já estejam separados entre si.

É possível, todavia, afirmar que não apenas os casais separados judicialmente ou divorciados podem adotar, mas, também, casais que, tendo vivido em união estável, venham a se separar antes da concretização da adoção. Não seria juridicamente aceitável exegese do artigo 1.622 do Código Civil negando aos ex-conviventes a possibilidade de adotar em conjunto. Note-se que o legislador silenciou, no parágrafo único do artigo em comento, sobre a situação daquele que figura na posição de adotando por dois conviventes que vêm a se separar.

Nada obstante o silêncio do dispositivo legal, uma interpretação sistemática impõe a conclusão pela possibilidade de adoção por aqueles que, tendo vivido em união estável, acabam por se separar após o início do período de convivência com o adotando. Seria injurídica solução hermenêutica que negasse a alguém a possibilidade de ser adotado por duas pessoas com quem já estabeleceu vínculo afetivo por conta do período de convivência referido no Estatuto da Criança e do Adolescente.³⁰⁹ Daí asseverar, com acerto, Luiz Edson FACHIN:

Impõe-se, por isso, uma interpretação sistemática, à luz da Constituição Federal, que autorize a adoção por duas pessoas que tenham vivido em união estável, ainda que à época da constituição do vínculo parental já estejam separadas, restando dissolvida a relação de conjugalidade.

Exigir-se-á, do mesmo modo – com todas as críticas que merece a imposição legal, já mencionadas anteriormente – que o período de convivência já tenha se iniciado antes da dissolução da união estável, e que não haja litígio entre os conviventes acerca da guarda do

³⁰⁹ "Caso o silêncio do legislador seja interpretado como uma vedação à adoção, estar-se-á diante de norma que não se coaduna com a ordem constitucional, em virtude de um indevido tratamento diferenciado entre casamento e união estável. Se é certo que há diferenças entre as duas modalidades de conjugalidade, o tratamento diverso perante a lei deve ser justificável. Não é o que ocorre no âmbito na adoção: diferença não há para o atendimento do interesse do adotando se os adotantes estão dissolvendo um vínculo matrimonial ou uma relação de fato não matrimonializada que, em dado momento, gozou de efetiva estabilidade". (*Id.*).

menor e do exercício do direito de visitas. Atendidos esses requisitos, não se pode deixar de admitir a adoção por ambos os ex-conviventes".³¹⁰

Decorre daí, também, chancela jurídica, por meio da adoção, da relação de afeto mantida entre o adotando e ambos os adotantes em situação de simultaneidade familiar, nada obstante o caráter claramente excepcional atribuído pelo Código Civil à adoção realizada nesse contexto.

2.4 GUARDA COMPARTILHADA: A PLENA CHANCELA DA SIMULTANEIDADE NA PERSPECTIVA DA FILIAÇÃO

Encerrando a análise exemplificativa proposta a respeito de hipóteses em que pode se apresentar a eficácia jurídica de situações de simultaneidade familiar, apresenta-se circunstância em que é possível verificar a atribuição de efeitos jurídicos às famílias simultâneas na perspectiva da filiação, por meio da figura jurídica da guarda dos filhos: trata-se da possibilidade de configuração da guarda compartilhada.

A guarda, tradicionalmente, é vinculada ao pátrio poder, ou autoridade parental³¹¹, sendo hoje, analisada, sobretudo, na perspectiva do princípio do melhor interesse da criança. O Estatuto da Criança e do Adolescente traz menção genérica acerca dos deveres inerentes à guarda:

Art. 33 – A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente (...).

³¹⁰ *Id.*

³¹¹ Ou, na expressão adotada pelo Código Civil de 2002, "poder familiar". Optou-se, neste trabalho, pela expressão autoridade parental, presente no direito francês, por excluir a noção de "poder", que não deixa de oferecer um sentido de reificação dos filhos a ele submetidos.

A guarda dos filhos, como um dos conteúdos da autoridade parental,³¹² - e, sobretudo, ainda quando dela desvinculada, como instrumento que se destina a atender ao melhor interesse da criança -, possui sem dúvida, uma feição de dever, dirigindo-se ao bem estar dos filhos. Trata-se, no dizer de Eduardo de Oliveira LEITE, "de um dever de assistência material e moral" que acarreta "obrigação dos pais relativamente à sobrevivência física e psíquica dos filhos".³¹³

Não se pode negar, todavia, que a guarda – bem assim o pátrio poder – pode ser reputada, também, direito subjetivo dos pais,³¹⁴ no sentido de atender ao desenvolvimento da sua personalidade por meio da criação dos filhos. É o que sustentam, com acerto, Francisco MUNIZ e Lamartine Correa de OLIVEIRA ao afirmarem: "(...) estar presente ao desenvolvimento da personalidade do filho, fiscalizá-la e protegê-la corresponde, também, a necessidades psicológicas dos pais, o que mostra que o pátrio poder lhes é concedido também em seu interesse, e não apenas no interesse dos filhos".³¹⁵

A guarda de filhos é situação que pode refletir a dimensão coexistencial que se instaura na relação paterno filial, em que o afeto recíproco funda os laços reais – e não apenas formais ou biológicos – entre pais e filhos. Evidencia-se, nessa ordem de idéias, a partir do conteúdo da figura jurídica da guarda, perspectiva que atende ao desenvolvimento da personalidade dos pais e, ao mesmo tempo, visa a satisfazer necessidades existenciais da prole, relativas à manutenção de sua vida e de sua dignidade.

No atendimento dessa via de mão dupla que constitui o direito subjetivo/dever da guarda foi construída na jurisprudência a possibilidade de se atribuir a ambos os pais a guarda compartilhada. De um lado, trata-se de atender plenamente ao que Denise Duarte BRITO designa como "direito da criança conviver

³¹² BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 676, p. 81, fev. 2002.

³¹³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: RT, 1994, p. 133.

³¹⁴ Em sentido contrário, assevera Silvio Neves BAPTISTA: "(...) a guarda – como de resto todos os elementos integrantes do conteúdo do pátrio poder – constitui um dever dos pais, e não um direito destes em relação aos seus filhos". (BAPTISTA, Silvio Neves. **Guarda e direito de visita**. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 5, p. 39, abr./jun. 2002).

³¹⁵ MUNIZ; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 31.

com ambos pais".³¹⁶

De fato, ainda que algumas vezes a separação dos pais – ou o fato de estes não nunca haverem mantido vínculo estável de conjugalidade – possa fazer com que enfraqueçam ou mesmo se rompam os vínculos de afeto entre os filhos e o genitor com o qual não convivem, evidencia-se com inegável frequência – quiçá, como regra - a manutenção a relação de afeto entre pais e filhos, que se reflete em uma convivência constante, a despeito da dissolução da família nuclear.

Quando se mantêm vivos os vínculos reais entre os pais e seus filhos, a despeito da separação do casal, afigura-se típica situação de simultaneidade familiar na perspectiva da filiação, em que a prole integra núcleos de coexistência afetiva tanto com o pai como com a mãe, embora estes últimos já na componham, em si, uma família.

O atendimento do melhor interesse dos filhos que compõem famílias simultâneas com ambos os pais demanda respostas do direito que, sem embargo, não existem como modelos *a priori*. Nessa esteira, a eficácia jurídica dessas situações de simultaneidade passa pela construção, a partir de exemplos colhidos experiências do direito estrangeiro,³¹⁷ da possibilidade de aproveitamento da figura jurídica da guarda de filhos para atribuir efeitos jurídicos a ambos os vínculos simultâneos. Trata-se da guarda compartilhada.

Na guarda compartilhada, conforme assevera Waldyr GRISARD FILHO, não se está a contemplar a guarda "dividida" ou "alternada" , que implicaria períodos em que a prole reside com o pai, alternados com períodos em que os filhos residem com a mãe. Trata-se, sim, de convivência da criança com ambos os pais, ainda que resida, com ânimo definitivo, com apenas um deles.

Todavia, a plenitude dos deveres inerentes à assistência psíquica e material para o desenvolvimento da criança é atribuída a ambos os genitores – que, a seu turno, ao levarem a efeito tal mister, atendem também a direito subjetivo referente ao

³¹⁶ BRITO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, n. 12, p. 29, jan./mar. 2002.

³¹⁷ A esse respeito, Waldyr GRISARD FILHO (*Guarda compartilhada*. São Paulo: RT); LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais ...*, *op. cit.*.

desenvolvimento de sua própria personalidade. Assim Waldyr GRISARD FILHO define a guarda compartilhada ou conjunta:

(A guarda conjunta) deve ser compreendida como aquela forma de custódia em que as crianças têm uma residência principal (proximidade com o colégio, vizinhos, amigos, clube pracinha) que define ambos os genitores do ponto de vista legal como detentores do dever de guardar seus filhos. Não se refere a uma caricata divisão pela metade, em que os parceiros são obrigados por lei a dividir o tempo passado com os filhos.³¹⁸

Note-se que a guarda legal compartilhada³¹⁹, quando viável, constitui a plena chancela da simultaneidade na perspectiva da filiação, uma vez que implica atribuir efeitos jurídicos plenos a ambas as relações de coexistência afetiva mantida pelos filhos: a autoridade parental é exercida por ambos os pais em todas as suas prerrogativas e deveres. Por conseguinte, se, como situação de fato, a simultaneidade implica relação familiar plena com ambos os genitores, o direito contempla os efeitos dessa relação por meio da guarda compartilhada.

Observe-se que - sem negar a dimensão dialética que pode alterar a relação de precedência aqui estabelecida – a guarda compartilhada se apresenta muito mais como chancela de efeitos de uma situação de simultaneidade preexistente do que como fonte de famílias simultâneas. Isso porque há certas condições prévias que devem ser atendidas para que a atribuição conjunta da guarda se apresente como viável.

A efetiva possibilidade de os filhos manterem uma estável coexistência afetiva com ambos os pais é um desses requisitos – pelo que a guarda compartilhada deve ser afastada e hipóteses em que se apresente como logisticamente impossível³²⁰ ou em que haja violência familiar comprovada ou

³¹⁸ GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. In: I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1999, Belo Horizonte. **Repensando o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999. p. 221.

³¹⁹ Fala-se em guarda legal em contraposição à guarda física compartilhada, que implica residência alternada, como observa Denise Duarte BRITO (Guarda compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, p. 30, jan./mar. 2002).

³²⁰ BRITO, *op. cit.*, p. 6.

presumida,³²¹ que inviabilizem, que permitam aferir que, de alguma, a convivência da prole com ambos os pais não se afigura viável – ou seja, a simultaneidade familiar como pluralidade sincrônica de núcleos fundados na coexistência centrada no amor familiar não é factível como situação de fato.

Não há dúvida, entretanto, que a guarda compartilhada não depende apenas da existência de vínculos concretos entre pais e filhos, constituindo famílias simultâneas. Nem sempre a relação entre o casal separado ou divorciado permite que se afigure uma coexistência saudável dos filhos no âmbito das famílias simultâneas.

Com efeito, se a simultaneidade familiar, como situação de fato, não pode ser reputada de antemão como prejudicial ao desenvolvimento da criança ou do adolescente, não se pode, também, afirmar que ela será necessariamente benéfica. É somente em concreto que se pode verificar se uma situação de simultaneidade familiar as relações entre seus componentes são saudáveis ou patológicas – assim como em qualquer modelo familiar.

Em hipóteses nas quais há permanente litígio entre os pais, inviabilizando o adequado exercício dos poderes/deveres inerentes à autoridade parental que se expressam por meio da guarda, restará inviabilizada a constituição da guarda compartilhada, devendo ser estabelecidos critérios mais rígidos para disciplinar a convivência entre os pais e os filhos, sempre no atendimento do melhor interesse destes últimos.

Isso não significa, porém, que a simultaneidade familiar será, nesses casos, juridicamente ineficaz: a definição de regras claras para o exercício do direito de visitas, com a guarda sendo atribuída a apenas um dos pais, pode ser instrumento útil para disciplinar uma situação de simultaneidade prejudicada por relações patológicas entre os genitores. São efeitos jurídicos diversos, portanto, atribuíveis a relações encetadas no seio de famílias simultâneas com caracteres também diversos, o que revela mais uma faceta da riqueza de situações que podem vir à tona como passíveis de eficácia jurídica no âmbito da simultaneidade familiar.

³²¹ *Ibidem*, p. 38.

CONCLUSÃO

A complexidade das relações sociais fez com que as pretensões de completude e estabilidade do sistema jurídico forjado pelo positivismo se mostrassem insuficientes – e irrealis - para o atendimento das demandas sociais pelo direito. A multiplicidade social e a força dos fatos impuseram ao direito que fossem extrapoladas as fronteiras e, mesmo, a racionalidade do sistema, visando à disciplina das inúmeras relações que demandavam apreensão jurídica.

Nesse contexto, a Constituição, com seus princípios e regras, ocupa a posição nuclear do ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e a coerência, sem prejuízo da necessária multiplicidade – que, vale remarcar, é propiciada pela porosidade decorrente daqueles mesmos princípios. Daí o contemplar, pelo direito de família contemporâneo, do plural que marca o fenômeno familiar

Os vetores sistemáticos que impõem a conclusão pelo abandono, pelo direito, da racionalidade fechada que contemplava apenas a família patriarcal, hierarquizada, transpessoal e exclusivamente matrimonializada presente no Código Civil de 1916, permitem a emergência de uma nova racionalidade a respeito do direito de família, mais adequada às inevitáveis transformações pelas quais se sujeita esse fenômeno histórico – que, nada obstante, em uma longa temporalidade, também se identifica como permanência.

Pode-se afirmar que a abertura sistemática implica renúncia à ingloria pretensão de aprisionar os arranjos familiares a modelos fechados, abstratos e excludentes.

Essa nova “família constitucionalizada” constituiu mudança paradigmática, na medida em que foi alterado o modo de se pensar o direito de família: a noção jurídica a respeito da família se abre para a apreensão dos fenômenos sociais, abandonando o estatuto da exclusão operada pelo modelo único para render-se à abertura da concepção plural. Nessa seara de pluralidade, revelou-se o espaço de investigação percorrido ao longo deste estudo.

As transformações operadas no direito de família no transcurso que conduziu ao tratamento jurídico das relações familiares presente na Constituição de 1988 revelam o contraponto entre a unicidade de modelo que marcava a codificação de 1916 e o sentido plural e eudemonista que vem à tona na expressão jurídica assumida pelas relações de afeto na contemporaneidade. Ainda que com inequívoco atraso, o direito passa a contemplar em seu “dever-ser” constitutivo outras formas de coexistência familiar que transcendem o modelo matrimonializado, centrando-se na proteção da pessoa em relação, que tem na família instrumento de desenvolvimento e concretização de sua dignidade.

A nova perspectiva que permite sustentar que o direito se exime de instituir uma definição exauriente acerca da família implica a abertura do sistema jurídico para recolher, de sua exterioridade, o objeto sobre o qual incidirá o dever-ser. Em outras palavras: aquilo que constituir família em uma perspectiva sociológica também assim será reputado perante o direito.

O dever-ser da família deixa de se apresentar como imposição de modelo, mas, sim, como incidência legal sobre o fenômeno social apreendido como tal pelo sistema jurídico, definindo as possibilidades e limites da eficácia jurídica da situação de fato apreendida. Trata-se de abrir o sistema a racionalidades que, como *a priori*, lhe são exteriores, e, por esse meio, permitir não apenas a sua legitimação perante a sociedade – pelo atendimento de suas demandas – mas, também, dialeticamente, realizar o comando contido nos seus princípios unificadores, em especial o da proteção da dignidade da pessoa humana.

O direito contemporâneo – e, em especial, levando em consideração o objeto deste estudo, o direito de família – reconhece a insuficiência dos mitos fundadores da concepção positivista e cientificista a respeito do sistema jurídico, a despeito de niilistas pretensões de legitimação por meio de uma auto-referência que, em última instância, prescinde do sujeito, revelando-se como bastião de um totalitarismo tecnocrático. Se o papel emancipatório do direito, tomado em sentido amplo, não se compraz com concepções enclausuradas no “mundo” abstrato construído – em evidente paradoxo – por um discurso positivista, mais grave ainda essa ordem de idéias se afigura no tratamento das relações coexistenciais de afeto.

Daí a inserção, pela porosidade do sistema, do sentido plural e concreto

inerente à família, que antes de ser conceito jurídico, é realidade sociológica mergulhada no “Mediterrâneo” da história, construída entre estrutura e conjuntura, permanência e transformação.

Do plural e concreto vêm a lume as mais diversas possibilidades de arranjos familiares, em que a coexistência afetiva pública e estável pode ensejar demandas por respostas do ordenamento jurídico. Estas, no direito de família aberto e plural, não podem mais ser reputadas como algo oferecido aprioristicamente, como inerente ao *donée* de uma norma abstrata.

A construção normativa se realiza à luz do caso concreto, por meio de um método que é, ao mesmo tempo, tópico e sistemático: tópico, por partir da problematização que se realiza sobre o fato, e sistemático, por dirigir a construção da norma ao atendimento dos vetores lingüísticos e axiológicos que constituem o sistema. A realidade familiar da qual emerge a demanda ingressa como tal no sistema jurídico, para que, em um segundo momento, seja possível perquirir sua eficácia.

Entre essas formações familiares, apresenta-se a simultaneidade como pluralidade sincrônica de dois ou mais núcleos familiares dotados de um componente comum. Tal situação, ainda que não venha a se subsumir a um modelo legal, não é alheia ao direito tomado como sistema aberto, que pode apreendê-la e atribuir a ela certos efeitos jurídicos.

Evidenciada a configuração da simultaneidade familiar, não é possível, de antemão, reputá-la como irrelevante para o direito. Se é certo que uma dada espécie de simultaneidade familiar se apresenta, desde logo, no interior do sistema – no caso, a bigamia, situada no lugar do ilícito, mas nem por isso totalmente ineficaz – a maior parte das hipóteses em que podem ser identificadas famílias simultâneas parte da exterioridade do sistema, do “não-direito”, como situações de fato.

Sendo, porém, de natureza familiar, essas situações ingressam pela abertura do sistema jurídico, encetando a ponderação acerca da possibilidade ou não de se lhe atribuir eficácia jurídica. Por conseguinte, sejam as famílias simultâneas constituídas sob a perspectiva da filiação ou da conjugalidade, serão passíveis de apreensão pelo direito: a questão fundamental passa a residir nos

limites de sua eficácia.

A chancela de efeitos se opera por meio da construção concreta da norma: vale dizer, é em concreto que será possível verificar se há óbice ou não à incidência de uma dada eficácia sobre uma situação específica, consoante suas peculiaridades.

Nada obstante isso, a referida construção, embora tópica, não é casuística! mostra-se viável identificar os princípios que podem ter relevância para conduzir à atribuição da eficácia. Não se trata de balizamento prévio, que constituiria a elaboração de um modelo negativo, mas perquirir como a possível incidência de dados princípios pode repercutir na chancela de efeitos a uma situação de fato.

Na seara da simultaneidade instituída na perspectiva da filiação, os princípios da inocência e da igualdade entre os filhos conduzem à possibilidade de se concluir que a chancela dos efeitos jurídicos referentes a esse vetor de análise é tendencialmente ilimitada: não há a possibilidade de negar a um filho direitos atribuídos a outro.

No que diz respeito à conjugalidade, entretanto, essa eficácia jurídica pode ser limitada. O sentido de longa permanência histórica da monogamia como regra das relações conjugais da família ocidental faz com que, na perspectiva dos cônjuges ou companheiros, seja regra aferível na convivência social a expectativa acerca da exclusividade do relacionamento. A coexistência familiar na seara da conjugalidade plural se afigura historicamente como exceção. Isso não significa porém, que alguém que constitua famílias simultâneas por meio de múltiplas conjugalidades esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica.

Atribuir efeitos à simultaneidade na perspectiva da conjugalidade implica porém, trazer à tona regras de sentido ético que impliquem, em última instância, o atendimento do objetivo de proteção da dignidade da pessoa humana que constitui relação de coexistencialidade afetiva. Vale dizer: a simultaneidade atentatória à dignidade da pessoa não terá efeitos chancelados.

A expressão jurídica desse sentido ético pode se dar por meio da incidência do princípio da boa-fé objetiva, que pode implicar, tanto nas relações internas a cada um dos núcleos familiares, como na relação extrínseca entre os componentes das

entidades familiares simultâneas, a imposição de deveres de lealdade, transparência – que implica ostensibilidade mútua entre os núcleos - e proteção da dignidade da pessoa do outro.

Enfatize-se, por derradeiro, que a possibilidade de se refletir a respeito da eficácia da simultaneidade familiar é sintomática da consolidação de um novo olhar do direito sobre o fenômeno familiar, e, mesmo, de uma gradual superação dialética das concepções enclausuradas no dogmatismo positivista.

Se pretender apontar uma *vera e propria* mudança paradigmática que institua um *novum* em substituição ao modelo de direito forjado na Modernidade seria temerário, a análise das transformações ocorridas na seara específica do direito de família revela movimento de negação dialética que, apesar de, na síntese, conter parcela de algo que se conserva, já aponta para mudança qualitativa que, nos paradoxos do transcurso histórico, parece conduzir ao atendimento da emancipação da pessoa humana, objetivo maior daquela mesma Modernidade, cujo modelo de direito se apresenta como parcialmente negado. Quiçá a negação do modelo constitua, nessa esteira, a reafirmação das melhores pretensões dessa Modernidade irrealizada.

REFERÊNCIAS

- 1 ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adúltero. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 143-161.
- 2 ALGRANTI, Leila Mezan. Famílias e vida doméstica. In: NOVAIS, Fernando (coord.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 1: cotidiano e vida privada na América portuguesa.
- 3 ALMEIDA, Ângela Mendes de. Notas sobre a família no Brasil. In: _____ (coord.) **Pensando a família no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UERJ, 1987. p. 53-66.
- 4 AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 5 ANTONIUK, Elisete; UTIME, Marly Célia. **A proteção do bem de família**. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- 6 ARGÜELLO, Katie. **O Ícaro da modernidade: direito e política em Max Weber**. São Paulo: Acadêmica, 1997.
- 7 ARIÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC, 1981.
- 8 ARNAUD, André Jean. **O direito traído pela filosofia**. Trad. Wanda de Lemos Capeller, Luciano Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- 9 AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.
- 10 _____. **Comentários ao Código civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 19.
- 11 _____. **Do concubinato ao casamento de fato**. Belém: CEJUP, 1986.
- 12 AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- 13 BACHELARD, Gaston. **O novo espírito científico**. Trad. Roberto Francisco Kuhnen. São Paulo: Nova Cultural, 1998. (Col. Os Pensadores)
- 14 BAPTISTA, Silvio Neves. Guarda e direito de visita. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 5, p. 36-50, abr./jun. 2002.
- 15 BARBOZA, Heloisa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: II CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2000, Belo Horizonte. **A família na travessia do milênio**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2000. p. 201-213.
- 16 BARCELLONA, Pietro. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovene, 1995.
- 17 BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou mudança? O discurso legal sobre a família. IN: ALMEIDA, Ângela Mendes de. **Pensando a família no Brasil: da colônia**

à modernidade. Rio de Janeiro: Tempo e Espaço/UFRRJ, 1987. p. 103-114.

18 BATTEUR, Annick. L'Interdit de l'inceste: principe fondateur du droit de la famille. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, n. 4, p. 759-780, oct./déc. 2000.

19 BELTRÃO, P. C. **Sociologia da família contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 1970.

20 BÉNABENT, Alain. **Droit civil: la famille**. 8. ed. Paris: LITEC, 1997.

21 BENCKE, Carlos Alberto. Partilha de bens na união estável, na união homossexual e no concubinato impuro. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 14, p. 20-42, jul./set. 2002.

22 BEVILACQUA, Clóvis. **Direito de família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976.

23 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Pátrio poder: regime jurídico atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 676, p. 79-83, fev. 2002.

24 BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

25 BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Família**. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1983.

26 BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

27 _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1995.

28 BOSI, Alfredo. **Dialética da colonização**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, [s.d.].

29 BRASÍLIA. Superior Tribunal de Justiça. Homem casado. Situação peculiar, de coexistência duradoura do 'de cujus' com duas famílias e prole concomitante advinda de ambas as relações. Indicação da concubina como beneficiária do benefício. Resp n. 100.888-BA. Rel. Aldir Passarinho Junior. **DJ**. 12.03.2001

30 _____. Superior Tribunal de Justiça. Processual – execução – impenhorabilidade – imóvel – residência – devedor solteiro e solitário – lei 8.009/90. ERESP 182223-SP. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. **DJ**. 07/04/2003

31 BRAUDEL Fernand. **Civilização material e capitalismo**. Trad. Maria Antonieta Magalhães Godinho. Lisboa: Cosmos, 1970. t. 1.

32 _____. **A dinâmica do capitalismo**. Rio de Janeiro: Rocco, 1987.

33 _____. História e ciências sociais: A longa duração. In: _____. **História e ciências sociais**. 2. ed. Trad. Carlos Braga e Inácia Canelas. Lisboa: Presença, 1976.

34 _____. História e Sociologia. In: _____. **História e ciências sociais**. Lisboa: Presença, 1976.

35 _____. **O mediterrâneo e o mundo mediterrânico na época de Filipe II**. Lisboa: Don Quixote, 1995. v. 2.

36 _____. _____. São Paulo: Martins Fontes, 1983. v. 1.

37 _____. **Reflexões sobre a história**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

- 38 BRITO, Denise Duarte. Guarda compartilhada. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 12, p. 27-39, jan./mar. 2002.
- 39 BURKE, Peter. **A Escola dos Annales (1929-1989): a Revolução Francesa da historiografia (1929 – 1989)**. 3. ed. Trad. Nilo Odalia. São Paulo: UNESP, 1995.
- 40 BUSNELLI, Francesco Donato. La famiglia e l'arcipelago familiare. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, a. 48, n. 4, p. 509-529, luglio/agosto 2002.
- 41 CAHALI, Youssef Said. Do direito de alimentos no concubinato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- 42 CAMPOS, Diogo Leite de. A nova família. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- 43 CANNARIS, Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1982.
- 44 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- 45 CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda de filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.
- 46 _____. O papel jurídico do afeto nas relações de família. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 273 – 316.
- 47 CARBONNIER, Jean. **Droit civil**. 16. ed. Paris: PUF, 1993. t. 2: la famille.
- 48 _____. **Flexible droit: pour une sociologie du droit sans rigueur**. 7. ed. Paris: LGDJ, 1992.
- 49 CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981.
- 50 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme. **Curso de direito da família**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. v. 1.
- 51 COMTE, Augusto. **Curso de filosofia positiva**. Trad. José Arthur Gianotti. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Col. Os Pensadores)
- 52 _____. Opuscules sur la philosophie sociale (excertos). In: MORAES FILHO, Evaristo de (org.). **Comte: sociologia**. São Paulo: Ática, [s.d.].
- 53 CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1997.
- 54 COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.
- 55 COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: J. Bushatsky, 1976.
- 56 CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 1998.
- 57 _____. **União livre**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.
- 58 D'AGOSTINO, Francesco. **Filosofia della famiglia**. Milano: Giuffré, 1999.

- 59 DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Françoise. Réflexion sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille. **Revue Trimestrielle de Droit Civil**, Paris, a. 94, n. 2, p. 249-270, avr./juin 1995.
- 60 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. União estável como entidade familiar. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a, 80, v. 667, p. 17-23, maio 1991.
- 61 DUARTE, Nestor. **A ordem privada e a organização política nacional: contribuição à sociologia brasileira**. São Paulo: Nacional, 1939.
- 62 ENNECCERUS, Ludwig. **Tratado de derecho civil**. Trad. Blas Peres Gonzáles, José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. t. 1: parte general 1.
- 63 ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Vitória, 1960.
- 64 FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao Código civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 18 (no prelo).
- 65 _____. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 66 _____. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.
- 67 _____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 68 _____. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 69 _____.; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um Código civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 243-263, out./dez. 2000.
- 70 FACHIN, Rosana. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- 71 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**. 7. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1987. v. 2: formação do patronato político brasileiro.
- 72 FARIA, Sheila de Castro. **A colônia em movimento: fortuna e família no cotidiano colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- 73 FONSECA, Ricardo Marcelo. **Direito e história: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de Antônio Manuel Hespanha**. Curitiba, 1997. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- 74 FRANCESCHELLI, Vincenzo. **I rapporti di fatto: ricostruzione della fattispecie e teoria generale**. Milano: Giuffrè, 1984.
- 75 FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- 76 FREYRE, Gilberto. **Casa grande & senzala**. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1946. v. 1-2: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal.
- 77 _____. **Sobrados e mucambos**. 4. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1968. t. 1.
- 78 FRIGINI, Ronaldo. O concubinato e a nova ordem constitucional. **Revista dos**

Tribunais, São Paulo, a. 81, n. 686, p. 55-64, dez. 1992.

79 GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 2. ed. Trad. Maria Alexandra Figueiredo, Catarina Lorga da Silva e Vasco Gil. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000.

80 GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958.

81 GRISARD FILHO, Waldyr. Guarda compartilhada. In: I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1999, Belo Horizonte. **Repensando o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999. p. 213-224.

82 _____. **Guarda compartilhada**. São Paulo: RT.

83 HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

84 HESPANHA, Antônio Manuel. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

85 HINOJAL, Isidoro Alonso. **Sociología de la familia**. Madrid: Guadiana de Publicaciones, 1973.

86 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Dos filhos havidos fora do casamento**. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=528> Acesso em: 05/03/2003, às 14h e 11 min.

87 INTERNET. Disponível em: <www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/20122002censo.shtm?PHPSESSID=f903763778ae9f0c3169df1c572c1602-101k> Acesso em: 12/03/2003.

88 KEEN, José Antonio Amuchastegui. **Bien de familia**. Buenos Aires: Valerio Abeledo, 1945.

89 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

90 KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

91 LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

92 LEITE, Eduardo de Oliveira. Exame de DNA, ou, o limite entre o genitor e o pai. In: _____. (coord.). **Grandes temas da atualidade**: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 61 – 86.

93 _____. **Famílias monoparentais**. São Paulo: RT, 1997.

94 _____. **Temas de direito de família**. São Paulo: RT, 1994.

95 LÉVI-STRAUSS, Claude. **A família**: origem e evolução. Porto Alegre: Vila Martha, 1980.

96 _____. **As estruturas elementares do parentesco**. Petrópolis: Vozes, 1982.

97 LIRA, Ricardo César Pereira. Breve estudo sobre as entidades familiares. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Repensando o direito de família**: Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 1999. p. 81-96.

- 98 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do "numerus clausus". In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a "vacatio legis"**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89-107.
- 99 _____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.
- 100LOS MOZOS, José Luis de. **El principio de la buena fe: sus aplicaciones prácticas en el derecho civil español**. Barcelona: Bosch, 1965.
- 101LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- 102_____. **Sociologia do direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- 103MARMITT, Arnaldo. **Bem de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- 104MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **Introdução ao estudo do direito: conceito, objeto, método**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- 105MAXIMILANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- 106MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 87-115.
- 107MELLO, Evaldo Cabral de. O fim das casas-grandes. In: NOVAIS, Fernando. **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 2: cotidiano e vida privada na América portuguesa.
- 108MICHEL, Andrée. Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines. In: **Archives de Philosophie du Droit: réformes du droit de la famille**. Paris: Sirey, 1975. t. 20.
- 109MÜLLER, Friedrich. **Discours de la méthode juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996.
- 110MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 69-81.
- 111NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Do contrato: conceito pós-moderno: em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001.
- 112NEVARES, Ana Luiza Maria. Entidades familiares na Constituição: críticas à concepção hierarquizada. In: BARBOZA, Heloisa Helena *et al.* (org.). **Diálogos sobre direito civil: construindo a racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 291-316.
- 113NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- 114OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Impedimentos matrimoniais na união estável. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Família e cidadania: o novo CCB e a**

"vacatio legis". Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002. p. 173-192.

115_____. Separação de fato e cessação do regime de bens no casamento. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, a. 2, n. 5, p. 142-154, abr./jun. 2000.

116OLIVEIRA, Lamartine Correa de; MUNIZ, José Francisco Ferreira. **Direito de família**: direito matrimonial. Porto Alegre: Fabris, 1990.

117OST, François ; KERCHOVE, Michel van de. **Le systeme juridique entre ordre et desordre**. Paris: PUF, 1988.

118PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico**: uma introdução à interpretação sistemática do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

119PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

120PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

121_____. O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A família na travessia do milênio**: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 215-234.

122PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

123PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25 Anos**: reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993.

124PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Curitiba, 2000. 339 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito – Universidade Federal do Paraná.

125POPPER, Karl. **Conjecturas e refutações**: o progresso o conhecimento científico. Brasília: UnB, 1982.

126_____. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

127POSTER, Mark. **Teoria crítica da família**. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

128PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**: colônia. São Paulo: Brasiliense, 1996.

129PROST, Antoine. Fronteiras e espaços do privado. In: Antoine Prost e Gérard Vincent (org.). **História da vida privada**. Trad. Denise Bottmann. São Paulo: Cia das Letras, 1992. v. 5. p. 13 – 144.

130PUCHTA, G. F. **Corso delle istituzioni**. 2. ed. Trad. A. Turchiarelo. Napoli: All'insegna del Diogene, 1854. v. 1.

131RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 3-29.

132_____. **Família sem casamento**: de relação existencial de fato a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- 133RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1.
- 134RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. União estável: entre o formalismo e o reconhecimento jurídico das relações familiares de fato. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 7, out./dez. 2002.
- 135SAMARA, Eni de Mesquita. Tendências atuais da história da família no Brasil. In: ALMEIDA, Ângela Mendes de (coord.). **Pensando a família no Brasil**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo/UERJ, 1987.
- 136SANTOS, Milton. **A natureza do espaço: técnica e tempo, razão e emoção**. São Paulo: Hucitec, 1996.
- 137SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- 138SARRACENO, Chiara. **Sociologia della famiglia**. Bologna: Il Mulino, 1988.
- 139SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Sistema del diritto romano attuale**. Trad. Vittorio Scialoja. Torino: Unione Tipografico, 1886. v. 1.
- 140SCHREIBER, Anderson. Direito à moradia como fundamento para impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor solteiro. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira Ramos; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena *et al.* (coord.). **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77-98.
- 141SESSAREGO, Carlos Fernandez. **Derecho y persona**. 2. ed. Trujillo-Peru: Normas Legales, 1995.
- 142SHORTER, Edward. **A formação da família moderna**. Lisboa: Terramar, [s.d.].
- 143SILVA, Marcos Alves da. **Do pátrio poder à autoridade parental**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- 144SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **A história da família no Brasil colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- 145SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos dogmáticos e eficácia da boa-fé objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.
- 146SURGIK, Aloísio. **Gens Gothorum: as raízes bárbaras do legalismo dogmático**. Curitiba: Livro é Cultura, 2002.
- 147TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 225-241.
- 148_____. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 149TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-33, 1993.
- 150TRABUCCHI, Alberto. **Instituzioni di diritto civile**. 12. ed. Padova: CEDAM, 1960.
- 151VAINFAS, Ronaldo. Moralidades brasileiras. In: NOVAIS, Fernando (coord.). **História da vida privada no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. v. 1:

cotidiano e vida privada na América portuguesa.

152_____. **Trópico dos pecados**: moral, sexualidade e inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

153VARELLA, Antunes. **Direito de família**. Lisboa: Petrony, 1993.

154VERCELLONE, Paolo. Recomendações do Congresso de Turim. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Direitos de família e do menor**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

155WAGNER, Heinz. La teoría pura del derecho y la teoría marxista del derecho. **Instituto Hans Kelsen**. Teoría Pura Del Derecho y Teoría Marxista Del Derecho. Bogotá: Temis, 1984.

156WIEACKER, Franz. **El principio general de la buena fe**. Trad. Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1982. (Prólogo de Luiz DIEZ-PICAZO).

157_____. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Trad. Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

158WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. Trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico/Torinese, 1902. v. 1.

159WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa-Ômega, 1997.