

HÁ LIMITES NA APREENSÃO DE NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA?

Flávia Leitold Araújo

Sumário: Introito Necessário. 1. Considerações iniciais; 2. Do conceito de família e sua percepção pelo ordenamento jurídico; 3. O afeto; 4. Anseios sociais no que diz respeito à liberdade de arranjos familiares; 5. Standards e valores socialmente considerados; 6. A lei; 7. Questionamentos finais; 8. Conclusões – Mas afinal, o vai limitar a apreensão das novas formas de família?; 9. Bibliografia; 10. Anexos.

INTROITO NECESSÁRIO



O conteúdo desse trabalho já foi apresentado em grande parte no roteiro de apresentação de seu correspondente seminário, realizado à data de 22.04.2015. Esse artigo representa a versão final completa da pesquisa, com aprimoramentos e novas consultas bibliográficas sutis decorrentes do transcurso da disciplina Direito de Família – Diálogos e as suas valorosas contribuições subsequentes.

Conforme a proposta solicitada, buscamos manter a concisão no desenvolvimento do tema proposto, estabelecendo recortes metodológicos para o tratamento do assunto.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho busca tentar determinar, dentro das

novas conformações da família brasileira, se haveria uma limitação na apreensão das novas formas de família, sob o manto do afeto como elemento delimitador principal do tratamento jurídico atual desta. Sendo o afeto originariamente e sociologicamente um sentimento e portanto algo subjetivo, - ainda que ao adentrar no Direito o afeto não seja visto somente como um sentimento mas antes de tudo como um *valor jurídico*¹ - nos sentimos em uma situação de aporia para responder a tal indagação; desta forma, procuramos desenvolver um raciocínio tópico, baseado em algumas premissas e no eixo do afeto e seus desdobramentos. Fizemos tal opção por necessidade de concisão e de um posicionamento científico, posicionamento este necessário para um distanciamento prudente da má interpretação que recebe o afeto hodiernamente, como repisaremos à frente.

Muitos argumentos podem nos induzir, num primeiro momento, a pensar que sob a lógica do afeto não haveria nenhuma limitação a se discutir, ainda mais quando tanto se banalizam princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana e o próprio citado afeto, tão celebrado pelos civilistas mais ainda faticamente pouco modulado no que diz respeito às consequências futuras de sua valoração exacerbada sem, no entanto, um devido temperamento face a outros aspectos importantes tais como: i) os *verdadeiros* anseios sociais no que diz respeito a liberdade de arranjos familiares, e como o afeto vem sendo tratado; os ii) standards e valores socialmente considerados, inseridos nos chamados limites antropológicos da ideia de família iii) a própria lei² (a qual vem sendo reiterada-

¹ Falar-se em afeto como valor jurídico significa dizer que este constitui relações jurídicas (ex. constituição das mais diversas formas de família, como as monoparentais, homoafetivas); as modifica (ex. evolução de uma união estável para um casamento) e as extingue (ex. destituição do poder familiar, instituição da filiação socioafetiva até mesmo em detrimento do aspecto biológico).

² Como muito bem mencionou o eminente professor Luiz Edson Fachin em aula ministrada na disciplina Direito de Família: Diálogos, no programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “Legem Habe-

mente ignorada diante da empolgação trazida pelo novo modo de se perceber a família, e o consequente respeito a categorias jurídicas³; iv) a problemática da consequente deturpação de institutos no Direito, como a multiparentalidade e o chamado “melhor interesse da criança”. É por meio destes aspectos importantes que traçaremos o recorte do desenvolvimento de nossos estudos, que assim se organizarão:

Começaremos nossa explanação acerca do conceito de família, de cunho pré-jurídico e multidisciplinar (dentro dos diálogos propostos nesta disciplina) e sua percepção pelo ordenamento jurídico (já que estamos nos perguntando sobre os limites de apreensão das novas formas de família precisamos, ainda que sucintamente, tentar definí-la como início do nosso estudo); em seguida faremos uma rápida explanação sobre o moderno tratamento do Direito Civil dado ao tema em seus novos princípios, culminando com a ótica atual da importância do afeto. Analisados os conceitos de família e o afeto, teremos o substrato para responder a pergunta acima proposta; inevitavelmente a discussão sobre a poligamia e o “poliamor”⁴ elevar-se-á e, por meio destes conceitos (talvez os mais polêmicos e portanto, extremamente ilustrativos na resposta à indagação objeto deste trabalho), desenvolveremos as quatro premissas apresentadas no parágrafo anterior, numa tentativa de oferecer uma resposta ponderada ao questionamento, sem nos esquecermos das contribuições doutrinárias e jurisprudenciais.

De tal maneira, visando apartar-se da banalização que ainda permeia o afeto no âmbito do direito, direcionaremos nossos esforços elucidativos, como já mencionamos, de maneira tópica, problematizada, uma vez que é extremamente insatisfatório afirmar que, diante do paradigma do afeto, tudo vale-

mus”.

³ Quando se deturpa a interpretação legal incorre-se no desrespeito a categorias jurídicas, bem em confusão entre elementos de existência (e sua noção jurídica para um dado momento histórico) e requisitos de validade do negócio jurídico.

⁴ Haja vista a polêmica do “Trio de Tupã”.

ria....Como estudiosos do direito devemos ir além da empolgação inicial que um tema novo provoca na seara jurídica, dada a sua novidade. Devemos estabelecer premissas consistentes para bem delimitar a questão, oferecendo contribuições ponderadas para o desenvolvimento futuro do tema: Assim, a resposta típica a nossa questão será feita dentro de dois eixos escolhidos: Primeiramente o próprio afeto, como não poderia deixar de ser; o segundo eixo um tema extremamente polêmico e, portanto muito ilustrativo para tal contraposição: a questão da poligamia/monogamia, dado este ser um dos maiores tabus, uma das últimas fronteiras a ser exploradas pelo direito de família. Tra-tá-lo ao lado do afeto, como vislumbre de limitação, clareia nossos horizontes trazendo-nos de volta à necessária parcimônia, que tanto se esvai diante de institutos jurídicos inéditos e empolgantes.

Note-se que a resposta proposta e a conclusão deste trabalho coadunam-se (ou pelo menos tentam), ao contexto histórico presente; sendo o Direito de Família tão fortemente influenciado pelas características de um dado momento histórico e próprio direito como um todo evoluir no compasso das transformações sociais, nossas formulações aqui expostas podem não mais valer em uma década, por exemplo.

Esclarecimento terminológico importante: Quando nos valermos dos termos “entidades familiares”, “tipos familiares”, “famílias” dentre outros afins, fazemos sem nenhum sentido de discriminação ou juízo de superioridade de um arranjo sobre outro. De outra banda, este trabalho não versa sobre a poligamia; apenas o toma como parâmetro confrontante à questão da modulação e temperamento do afeto.

2. DO CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA PERCEPÇÃO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO

Antes de adentrarmos ao desenvolvimento das premis-

sas escolhidas para resolução da indagação proposta, cumprenos sucintamente conceituar a família paralelamente à seu tratamento moderno oferecido pelo ordenamento jurídico, pois é dentro desse cerne que se desenvolve a questão do afeto e seus limites face às questões problemáticas que se avistam, como a própria questão da monogamia.

Certamente a família é daqueles conceitos que nos é intrínseco, todos sabemos o que é, embora poucos arrisquem-se a defini-la; talvez a única forma de se fazer uma definição satisfatória se dá por meio ao recurso do diálogo com outros ramos do saber (a exemplo do que fizemos ao longo desse semestre em nossa disciplina) e da perspectiva da funcionalização. Dentro da dinâmica atual do afeto e dos diálogos experimentados neste curso, é interessante iniciar esse esforço recorrendo à psicologia. Nesta, a família além de ser a célula básica da sociedade, é um modelo representativo para outras instituições. Nas palavras de Giselle Câmara Groeninga (2003, p. 97-98), esta célula comporta uma esfera psíquica: “dos afetos, dos desejos, dos sentimentos, dos pensamentos”; bem como a esfera de exercício de papéis de pai, mãe, filho, dentre outras; uma esfera econômica e finalmente “a esfera sociojurídica, da repartição de direitos e deveres”, numa clara dinâmica da apreensão pelo Direito da família que lhe é prévia, sob a perspectiva de “relações entre norma jurídica e fato social” (DE CICCIO, 1994, p.11). Dialogando com a História, a família antiga funda-se em uma associação religiosa, muito mais em que algum laço natural (COULANGES, 2004, p. 35-37), destinada ao culto dos antepassados. O povo romano bem representa este modelo, com o grande núcleo familiar funcionalizado e instrumentalizado para o culto aos antepassados, os chamados “deuses-lares”. O direito, por sua vez, “renuncia a formular hipóteses sobre as formas mais arcaicas de vida em comunidade”, buscando a analisar os “os diferentes tipos de estrutura familiar e social, que podem se reconstituir” (GILISSEN, 1979, p. 39),

demonstrando a contínua evolução do ordenamento jurídico face às transformações sociais, o que hodiernamente se traduz nas transformações sofridas pelo Direito de Família brasileiro após o advento da Constituição Federal de 1988.

Quanto a tais transformações do direito em relação às mudanças sociais, estas devem ser naturais, e não frutos de concepções jurídicas precipitadas que podem se revelar até mesmo egoístas. Como bem asseverava Georges Ripert: "Quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito". É essa tônica natural que deve prevalecer, tônica essa pautada pelos valores éticos, sociais e até mesmo antropológicos, de desenvolvimento natural de um dado povo, numa dinâmica de comunicação natural com o seu correspondente ordenamento jurídico.

No âmbito do Direito também há dificuldade em se conceituar a família: José Fernando Simão (2009, p. 127) assevera, como bem podemos ver nas variações dos conceitos acima mencionadas, que não há unanimidade conceitual, o que é positivo. As diversidades tão atualmente observadas apontam para a família como sendo um fato social; fato social este acrescente-se, que funciona como elemento de proteção e assistência mútuos dentre seus membros, que não mais se ligam apenas pelo sangue, mas também pelo afeto; o objetivo desse arranjo fático não é mais de cunho patrimonial, mas de busca última da felicidade de seus membros. Clóvis Beviláqua (1933, p. 17)⁵ ainda sob o contexto da família patriarcal já dizia:

"Os factores da constituição da família são: em primeiro lugar, o instinto genesiaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a philoprogenie e o amor filial, entre procradores e procreados,

5 BEVILÁQUA. *Direito de Família*. 5. ed. Quinta edição correcta e augmentada de accordo com o Codigo Civil e a legislação posterior. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1933.

emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar."

Transpondo a presente análise para o contexto atual, não cuidaremos aqui de explicitar toda a história da evolução do Direito de Família no Brasil, já tão repisada; para fins deste estudo interessa saber sua atual faceta, plural e multifacetada, que se contrapõe à visão que tínhamos de família até às vésperas da Constituição de 1988, para dentro desta moldura moderna problematizarmos acerca de limitações que se avistam, ainda que o afeto tão fortemente acene como um elemento de facetas ilimitadas.

Caio Mário da Silva Pereira (2007, p.21), reconhece já no âmbito jurídico, a posição de Rodrigo da Cunha Pereira que reporta-se a Lacan, defendendo ser a família com "uma base cultural, uma estruturação psíquica, onde cada um dos seus membros ocupa um lugar, uma função (...) sem estarem necessariamente ligados biologicamente".

Muito bem sintetizando a apreensão da família pelo Direito Civil atual, Giselda Hironaka (2014, p. 891-901)⁶:

"Nos dias de hoje, outra é a família, outros são os valores, outra é a finalidade de se estar junto, num mesmo núcleo familiar. Não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca da aspiração à felicidade(...). E essa busca se dá, na rigorosa maioria das vezes, durante os períodos de convivência familiar, quer pertencendo à sua família original, quer pertencendo à família constituída pelos relacionamentos afetivos mais adultos. Vale dizer, a busca pelo eudemonismo decorre daquela convivência interpessoal marcada pela *afetividade*⁷ e pela solidariedade mútua, e que se estabelece, normalmente, dentro de ambientes consi-

6 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A família brasileira contemporânea e o ensino do Direito de Família nos cursos jurídicos. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 109, p. 891-901, dez. 2014. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89267>>. Acesso em: 10 Abr. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v109i0p891-901>.

7 Grifo nosso.

derados familiares, pelas novas visões do que sejam entidades familiares.

A perspectiva institucionalizada da família cede espaço e vez para esta realização pessoal de seus membros, fenômeno esse que se convencionou chamar de repersonalização das relações de família".

Em obra bastante elucidativa sobre o afeto como valor jurídico Jacqueline Filgueiras Nogueira (2001, p. 53) bem sintetiza a questão do afeto em paralelo às mudanças do direito de família, mencionando os dizeres de Sérgio Gischkow Pereira:

"O direito de família evoluiu para um estágio em que as relações familiares se impregnam de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade e realidade. Trata-se de afastar a hipocrisia, a falsidade institucionalizada, o fingimento, o obscurecer dos fatos sociais, fazendo emergir as verdadeiras valorações que orientam as convivências grupais"⁸

Tal mudança não ocorreu sem resistências⁹, como bem já sabemos. Para os fins deste sucinto esboço, importa salientar que a sociedade evolui constantemente¹⁰, com inquietações relacionadas à família que também vão variar, de modo cada vez mais acelerado (o famoso "Trio de Tupã" e sua escritura de união estável poliafetiv¹¹, certamente demonstram o que acima asseveramos).

3. O AFETO

Acelerando o desenvolvimento de nosso raciocínio destacamos agora a importância do afeto no Direito Civil atual, enquanto valor jurídico, que se traduz em um dever de cuidado calcado em uma situação fática do desempenho de papéis fami-

8 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. *A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

9 SIMÃO, op. cit., p. 128.

10 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

11 Por ser um exemplo extremo, é de grande valia na ponderação da resposta a ser dada para a pergunta objeto deste trabalho.

liares, como a questão da parentalidade, por exemplo. Mais uma vez aqui nos valeremos de recursos interdisciplinares na elucidação do tópico.

Assim como não devemos encarar o afeto na órbita jurídica exclusivamente como um sentimento, ainda que sua natureza precípua seja esta e portanto, eivada de uma subjetividade inerente, não devemos confundir afeto com amor¹²; afeto é interação entre pessoas, com carga negativa ou positiva. O afeto positivo é o amor, e o negativo, o ódio. O direito e, sobretudo o Direito de Família, deve trabalhar com este ente, mas será que este conceito está bem trabalhado pela doutrina e jurisprudência? Como bem pondera o professor José Fernando Simão nas aulas de nossa disciplina, não temos certeza se tal sentimento, a despeito de inegavelmente ser o principal paradigma do atual Direito de Família, está bem assentado e trabalhado no ordenamento jurídico ("avalanche do afeto"). E aqui começam as indagações:

O afeto estaria sendo instrumento para confusão de categorias jurídicas? Haveria um egoísmo no uso desse princípio? O que nos diz a lei? Que tipo de tutela jurídica espera a sociedade brasileira para o âmbito da família? Quais os parâmetros sociológicos e culturais presentes na sociedade brasileira, que conformam inevitavelmente o direito, numa dinâmica estritamente natural? Diante de tais questionamentos, tomaremos de exemplo a questão da poligamia (talvez a última fronteira a ser encarada no direito familista face o famoso "Trio de Tupã") para problematizarmos os questionamentos que selecionamos como ponto de partida desse estudo.

4. ANSEIOS SOCIAIS NO QUE DIZ RESPEITO À LIBERDADE DE ARRANJOS FAMILIARES

A professora Regina Beatriz Tavares da Silva, dentro da

problematização que propomos e analisando o projeto do "Estatuto das Famílias", cuja gênese se dá no IBDFAM, faz algumas considerações importantes, ainda que discordemos de suas concepções doutrinárias: Discordando de algumas passagens do referido projeto, assevera que o afeto está sendo usado como um "engodo linguístico"¹³, fazendo passar por "anseios sociais", anseios que na verdade corresponderiam a vontades egoístas em descompasso com o desenvolvimento atual da sociedade brasileira e de seus verdadeiros desejos. Não haveria, ou não há, em nenhum momento, consideração à alteridade. O direito deve adaptar-se às novas conformações sociais, de fato, não as ignorando; nas palavras de Georges Ripert "quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga ignorando o Direito", como já mencionamos no início deste artigo. Mas será que neste caso, o Direito estaria atendendo à uma vontade social? Esse tratamento claudicante e irresponsável do afeto por grande parte da doutrina civilista é elemento crucial na discussão acerca dos limites das formas de família. Essa questão encontra respostas nos padrões sociais em última análise, da própria sociedade ocidental, na qual nos inserimos, bem como nos parâmetros legais positivados e de cunho histórico.

Confrontando esse primeiro tópico com o eixo que selecionamos, qual seja a poligamia, observamos uns primeiros contornos que nos permitem afirmar que podemos descortinar limites na apreensão das formas de família; a sociedade evolui, de fato, e com esta evolução mudam-se também os anseios sociais com relação ao tratamento que deve ser dado à família pelo direito. Por exemplo, a lei do divórcio abre espaço para reconstrução da vida afetiva, possibilitando novos arranjos familiares, a execrável distinção entre filhos é definitivamente abolida pela Constituição de 1988, revelando modelos familia-

13 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Destruição da família projetada em lei*. In: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=387>>. Acesso em: 01 Abr. 2015.

res que comportam, simultâneamente a convivência afetiva de pessoas com diversas origens dentro de um mesmo seio familiar. A união homoafetiva ganha sua proteção merecida, mas será que nosso atual patamar evolutivo comporta uma liberdade ilimitada na formação das famílias, liberdade essa que permitiria até mesmo as uniões plúrimas, poliafetivas e afins? A resposta parece apontar, para uma indicação negativa quando recorreremos ao assunto da poligamia, conforme veremos no item a seguir.

Antes de tudo, será que ao invés de defendermos uma liberdade irresponsável e desconectada tanto do aspecto fático, quanto do legal, não seria mais produtivo efetivarmos medidas que realmente garantam igualdade entre os arranjos familiares que já são reconhecidos juridicamente mas que ainda carecem de efetivação no texto do Código Civil, por exemplo. Tomemos como amostras os artigos 1831 do Código Civil que "esquece" de estender o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, mencionando somente o cônjuge, em descompasso com os mandamentos constitucionais de igualdade. As desvantagens nos bens que o companheiro herda (art. 1970), a ausência de disposição no Código Civil quanto ao companheiro ser herdeiro necessário. Não seria mais benéfico às famílias brasileiras estabelecermos maior igualdade entre cônjuges e companheiros, por exemplo – até mesmo como recurso ético – do que nos debatermos com questões que, embora aparentemente decorrentes do afeto, na verdade não trazem uma representatividade verdadeira? Valendo-se novamente do eixo escolhido da poligamia, não há ainda interesse em nossa sociedade quanto à sua absorção pelo ordenamento jurídico, logo, descortinam-se limites já neste primeiro tópico em comentário.

5. *STANDARDS* E VALORES SOCIALMENTE CONSIDERADOS

José Fernando Simão, trazendo uma perspectiva histórica assevera que nos primórdios da civilização as sociedades se organizavam em forma poligâmica, com um homem convivendo com mais de uma mulher ao mesmo tempo, dadas as próprias características da época, da necessidade de perpetuação do grupo social¹⁴; o traço antropológico permitia tal conformação, já que podemos ver nessa "espécie" de família a questão da premente necessidade de perpetuação da espécie (o que obviamente não é a principal função familiar nos dias de hoje).

Em sociedades com estágios diferentes de desenvolvimento a poligamia é aceita, como nas sociedades africanas, e em algumas grupos religiosos, como os mórmons e muçulmanos; neste último caso, alguns países como o Marrocos e Líbia vêm restringindo suas legislações, seja limitando o número de esposas, ou possibilitando até mesmo o divórcio¹⁵ em caso de discordância da primeira esposa. Feitas tais considerações, indaga-se: E na sociedade Brasileira, em seu aspecto fático e jurídico?

Recorrendo-se ao Direito Romano, do qual nosso sistema jurídico deriva, tem-se que o matrimônio romano era monogâmico; Justiniano estabelece o dever de fidelidade entre os esposos¹⁶. Posteriormente, com o monopólio da Igreja Católica sobre o matrimônio, tornando-o um sacramento, afasta-se a poligamia definitivamente, pelo menos sob o recorte da sociedade ocidental¹⁷. Em decorrência da proximidade entre o Estado

14 SIMÃO, José Fernando. Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: Uma reflexão necessária? Partes 1 a 4. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamiacasamento-homoafetivo-escritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria—parte-1/9976>>. Acesso em 15 Abr. 2015.

15 SIMÃO, op. cit.

16 ROLIM, Luiz Antônio. Instituições de Direito Romano. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

17 SARMIENTO, Augusto. El Matrimonio Cristiano. 3. ed. Tercera edición aumentada: Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2007.

Português e a Igreja Católica, punia-se a bigamia, conforme excertos das Ordenações.

Na sociedade brasileira em seus primórdios pré coloniais, nem mesmo dentre todas as tribos indígenas a poligamia era uma unanimidade, sendo ausente em diversas tribos. Nas trocas entre colonizador e colonizado (ainda que o comportamento do colonizador português se diferenciasse do espanhol, no que diz respeito a relacionamentos e miscigenação), preferi-se seguir o modelo social de monogamia. Nesse sentido pode-se afirmar que o Brasil e sua sociedade optaram por esta, mesmo com "o influxo cultural poligâmico"¹⁸ dos primórdios de sua colonização, o que vemos até hoje em maioria esmagadora. Claramente, portanto, se descortinam limites antropológicos às formas de família já no início de nossa história enquanto povo colonizado, o que por sua vez se comunica com os traços antropológicos da própria sociedade ocidental em sua gênese, na qual nos inserimos.

Ainda sob os argumentos do professor José Fernando Simão, pode-se levantar a questão: "A família brasileira vem se transformando, até pouco tempo atrás não aceita-se nem a união estável, e hoje tutela-se, muito acertadamente, mesmo as uniões homoafetivas"; todavia, essas novas entidades familiares já são um pouco são aceitas¹⁹ pela sociedade brasileira (aqueles que caminham em sentido oposto geralmente o fazem exclusivamente em decorrência de preconceitos ou concepções religiosas, o que não pode, em um Estado laico e de direito, servir de influência ao ordenamento jurídico), com a percepção de que o afeto iguala a união estável ao casamento e este vem deixando de ser visto como a união entre um homem e uma mulher, mas sim como uma união de pessoas; os próprios tex-

18 SIMÃO, op. cit. Parte 3.

19 Obviamente há setores da sociedade que recriminam a união homoafetiva, contudo estas o fazem baseadas precipuamente em argumentos religiosos, que não podem subsistir em um Estado laico; no caso da poligamia não observamos ainda, uma aceitação social, embora com o decorrer dos anos esta possa vir a ser aceita.

tos legais interpretados de maneira conforme à Constituição parecem nos apontar no mesmo sentido. De outra banda, aqui cabe uma nova questão: Dentro de nossos standards sociais certamente algumas "formas de família" são extremamente recriminadas, em decorrência dos próprios limites antropológicos da família, dentro do contexto de sociedade ocidental ao qual nos filiamos: o incesto (esse de muito longe execrado, nos mais diversos modelos de sociedade) e a poligamia, nos apontam para a existência de limitações às formas de família, limitações essas que não são aprioristicamente negativas, uma vez que elas decorrem de nosso modelo cultural de atitude, em nada relacionando-se a preconceitos, mas tão somente ao estágio evolutivo em que nos situamos.

6. A LEI

Dentro da problematização que estamos desenvolvendo, valendo-se do exemplo extremo da poligamia, resta-nos ainda confrontar a tendência expansionista do afeto com a lei e a sua interpretação consentânea à nossa realidade, que por vezes parece esquecida nesta "avalanche do afeto".

Em uma interpretação precipitada do afeto, há uma tendência em se ignorar textos legais que se fazem hígidos mesmo com o advento posterior da Constituição de 1988, e a tramitação longa do atual Código Civil. O Código Penal tipifica em seu artigo 235 a bigamia, acenando pela valorização da fidelidade²⁰; os artigos 1521 e 1723 também apontam para a necessária exclusividade, embora não expressamente consignada, "constituindo para uma boa parte da doutrina, entretanto, um elemento necessário à formação familiar. (...) entendemos que sem a exclusividade não se formaria a família sobre sólido ali-

20 Se a conduta tipificada é realmente digna de tutela penal, se corresponde a um bem jurídico relevante, esta é uma questão a ser trabalhada e desenvolvida no tempo necessário de mudança social correspondente a sua despenalização.

cerce passível de suportar as intérperies inerentes à própria vida" (MALUF, 2013, p. 367)²¹. O Código Civil também traz alguns parâmetros objetivos que devem ser mencionados: Tomando por exemplo o artigo 1.521, o qual elenca aqueles que não podem se casar, nos demonstra limites objetivos à formação da família, sem nenhuma carga de preconceito: A proibição de casamento entre ascendentes e descendentes, dentre irmãos unilaterais ou bilaterais e colaterais coaduna-se à repugnância que nos causa antropologicamente o incesto, bem como a razões eugênicas e a questão de alteridade, diante da possibilidade de geração de prole detentora de doenças relacionadas à consaguinidade; as proibições relacionadas nos incisos II, III, V, VI e VII por sua vez representam limitações que encontram guarida nos nossos valores morais e éticos. Logo, falar em limitações na conformação de novas formas de família nem sempre é repisar preconceitos, como creem alguns juristas que ainda não bem ponderaram sobre as repercussões fáticas que um mau tratamento da questão do afeto pode causar.

Por fim, nossa lei maior, em seu artigo 226, §3º ao reconhecer a união estável limita-a a duas pessoas (embora mencione homem e mulher, a despeito do reconhecimento das uniões e casamentos homoafetivos, parece existir uma limitação ao numérica).

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias (2007, p. 58-59) aponta que a monogamia não é um princípio constitucional, ainda que a lei recrimine o descumprimento do dever de fidelidade, sendo a uniconjugalidade afeta ao sistema moral²². Não negamos que o sistema moral abarca tal questão, todavia também não podemos dizer categoricamente que o ordenamento jurídico já afastou-se definitivamente dela: Até pouco tempo a questão da culpa se fazia presente na separação e no divórcio,

21 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

22 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

sendo a infidelidade uma das formas de se aferí-la.

De qualquer maneira a lei também nos dá parâmetros no tratamento do tema, parâmetros esses plenamente justificáveis; o fato é que diante da empolgação que nos traz um novo instituto jurídico, a lei parece ocupar indevidamente uma posição de segundo plano.

7. QUESTIONAMENTOS FINAIS

Não estamos deturpando, sem um necessário temperamento da questão do afeto, os seguintes temas? Estes estão devidamente balizados pela doutrina e jurisprudência?

- Dignidade da pessoa humana: Um instituto calcado na percepção de impossibilidade de instrumentalização do Homem, atualmente servindo de apoio para qualquer ce-leuma banal;
- Pluriparentalidade x melhor interesse da criança: Na mesma esteira da banalização do afeto, aponta-se para a pluri-parentalidade de modo indiscriminado, sem nenhum questionamento quanto aos efeitos futuros que podem ser carreados às crianças em tal situação, haja vista a pouca observação à alteridade;
- Socioafetividade (e decorrências tais como pagamento de pensão por parte de padrastos e madrastas, inviabilizando casamentos de pessoas com filhos de uniões precedentes, vide Estatuto das Famílias): Definitivamente este não é um anseio da maior parcela de nossa sociedade, será que devemos seguir a debater um tema que está de costas à nossa realidade presente?

8. CONCLUSÕES – MAS AFINAL, O QUE VAI LIMITAR A APREENSÃO DAS NOVAS FORMAS DE FAMÍLIA?

Como mencionamos no início deste esquema relaciona-

do ao trabalho da disciplina Direito de Família – Diálogos, temos o Direito de Família atual baseado no paradigma do afeto, um sentimento, portanto, algo extremamente subjetivo. Some-se a isso o fato de que este ainda não está bem sedimentado pelos operadores do direito. Dentro dessa situação claudicante, haveria limitação na apreensão das novas formas de família?

Num primeiro momento, sentimo-nos em uma situação de aporia, tentados a acreditar que não há nenhuma limitação, visto que cada indivíduo externa seu afeto de modo díspare. Visto que este tema comporta uma infinidade de questões, utilizamos um raciocínio tópico, selecionado algumas premissas para nos ajudar na formulação de uma resposta a esta questão; essas premissas foram analisadas majoritariamente dentro de dois eixos. Para tanto, usamos como eixo o próprio afeto, e escolhemos um outro eixo um tema extremo, que, por esse mesmo motivo, é elucidativo: a poligamia/bigamia. Assim, confrontamos tais eixos com nossos padrões sociais e a própria lei, concluindo, sem nenhum juízo eivado de preconceito, que ainda existem limitações na apreensão das novas de família, limitações oriundas de nosso próprio padrão social; o qual pode mudar futuramente, transformando o direito. Essas limitações não podem, obviamente, ser infundadas, ou apriorísticas, mas sim relacionadas ao que realmente esperamos do âmbito do Direito de Família, indo de encontro ao que avançamos no plano fático.

Mas afinal, se nosso próprio padrão social é que vai estabelecer os freios e contrapesos no avanço das novas formas de família, qual o elemento justificador para tal, uma vez que a limitação social, per si, pode transformar-se em ditaduras de maioria? Cremos que esses limitadores sociais devem se basear na alteridade, na consideração pelo outro que não pôde escolher dentro de decisões de terceiros, mas que pode ser injustamente afetado por aquelas.



9. BIBLIOGRAFIA

- BEVILÁQUA. Direito de Família. 5. ed. Quinta edição correta e aumentada de acordo com o Código Civil e a legislação posterior. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1933.
- BUNAZAR, Maurício. Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica. In: Revista IOB de Direito de Família, p. 63-73.
- CASSETARI, Christiano. Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva. Efeitos Jurídicos. 2. ed. Atualizada até dezembro de 2014. São Paulo: Atlas, 2015.
- COSTA, Judith Martins (org.). A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- DE CICCIO, Cláudio. Direito: Tradição e Modernidade. Poder e autoridade na família e no Estado. Das origens romanas ao direito brasileiro moderno. São Paulo: Ícone Editora, 1995.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.
- FREYRE, Gilberto. Casa Grande e Senzala. Introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil. 48. ed. São Paulo: Global Editora e Distribuidora Ltda, 2000.
- GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GRISARD FILHO, Waldir. Famílias Reconstituídas. Novas

- uniões depois da separação. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (orgs.). Direito de Família e Psicanálise: Rumo a uma Nova Epistemologia. São Paulo: Imago, 2003.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A família brasileira contemporânea e o ensino do Direito de Família nos cursos jurídicos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 109, p. 891-901, dez. 2014. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89267>> Acesso em: 10 Abr. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v109i0p891-901>.
- LAGRASTA Neto. Direito de Família. A Família Brasileira no Final do Século XX. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. 5. ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Direito das Famílias. Amor e Bioética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Curso de Direito Civil. Direito de Família. 42. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras. A filiação que se constrói: O reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Direito de Família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense,

2007. v. 5.

PEREIRA: Rodrigo da Cunha (coord.). A família na travessia do milênio. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora, 2000.

PLS-PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 470 de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115242>. Acesso em 20 Abr. 2015.

REALE, Miguel. Estudos preliminares do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

RODRIGUES, Silvio. Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S.l.], v. 88, p. 239-254, jan. 1993. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67221>>. Acesso em: 10 Abr. 2015. doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p239-254>.

ROLIM, Luiz Antônio. Instituições de Direito Romano. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil. 2. ed. Tradução da 6ª edição italiana e atualização da obra em conformidade com o novo Código Civil, por Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller Editora, 2005.

SARMIENTO, Augusto. El Matrimonio Cristiano. 3. ed. Tercera edición aumentada: Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 2007.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. União Poliafetiva é um estelionato jurídico. Disponível em: <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=387>>. Acesso em 02 Abr. 2015.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Destruição da família projetada em lei. In:

- <<http://www.reginabeatriz.com.br/academico/artigos/artigo.aspx?id=387>>. Acesso em: 01 Abr. 2015.
- SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio. Direito Civil. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. v. 5.
- SIMÃO, José Fernando; PASCHOAL, Frederico A. (orgs.). Contribuições ao estudo do Novo Direito Civil. Campinas: Millennium Editora, 2004.
- SIMÃO, José Fernando. Questão polêmica: qual o conceito jurídico de família? Revista Juris da Faculdade de Direito, Fundação Armando Álvares Penteado. São Paulo, v. 1 – janeiro a junho/2009, p. 126-129. Disponível em: <<http://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnabr6023.pdf>>. Acesso em: 05 abr. 2015.
- SIMÃO, José Fernando. Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: Uma reflexão necessária? Partes 1 a 4. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/poligamia-casamento-homoafetivoescritura-publica-e-dano-social-uma-reflexao-necessaria—parte-1/9976>>. Acesso em 15 Abr. 2015.
- SIMÃO, José Fernando. O valor jurídico do AFETO: A arte que imita a vida. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=O%20valor%20jur%C3%ADdico%20do%20AFETO:%20a%20arte%20que%20imita%20a%20vida.&id=285>>. Acesso em 15 Abr. 2015.
- SIMÃO, José Fernando. Novamente o Afeto. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Novamente%20o%20Afeto%20&id=281>>. Acesso em 02 Abr. 2015.
- SIMÃO, José Fernando. Se Estatuto da Família for aprovado, STF o declarará inconstitucional. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx>

?ti=Se%20Estatuto%20da%20Fam%C3%ADlia%20for%20aprovado,%20STF%20o%20declarar%C3%A1%20inconstitucional&id=320>.
Acesso em 02. Abr. 2015.

10. ANEXOS

A. CÓDIGO PENAL

Bigamia

Art. 235 - Contrair alguém, sendo casado, novo casamento:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

§ 1º - Aquele que, não sendo casado, contrai casamento com pessoa casada, conhecendo

essa circunstância, é punido com reclusão ou detenção, de um a três anos.

§ 2º - Anulado por qualquer motivo o primeiro casamento, ou o outro por motivo que não a bigamia, considera-se inexistente o crime.

B. CÓDIGO CIVIL

Art. 1.723. 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 inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

C. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da 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.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

D. JURISPRUDÊNCIA

Cinge-se a lide a definir, sob a perspectiva do Direito de Família, a respeito da viabilidade jurídica de reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. (...) uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade — que integra o conceito de lealdade — para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. (...) Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável implicaria julgar contra o que dispõe a lei. Isso porque o artigo 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. (...)” (STJ, REsp 1.157.273/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18 de maio de 2010.

Ser casado constitui fato impeditivo para o reconhecimento de uma união estável. Tal óbice só pode ser afastado caso haja separação de fato ou de direito. Ainda que seja provada a existência de relação não eventual, com vínculo afetivo e duradouro, e com o intuito de constituir laços familiares, essa situação não é protegida pelo ordenamento jurídico se concomitante a ela existir um casamento não desfeito (...) Diante disso, decidiu-se que havendo uma relação concubinária, não eventual, simultânea ao casamento, presume-se que o matrimônio não foi dissolvido e prevalecem os interesses da mulher casada, não reconhecendo a união estável.” (STJ, REsp 1.096.539/RS, 4 Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27 de março de 2012).

No tocante ao mérito da controvérsia, este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (...)” (STJ. AgRg no Ag 1130816, 3ª T., Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 27 de agosto de 2010).

A relação extraconjugal, quando o casamento persiste e o homem se mantém com a esposa e filhos, não constrói união estatuída pela Constituição, pois o sistema brasileiro é monogâmico e não admite concurso entre entidades familiares. Não se trata de punição à infidelidade, mas no perecimento do objeto de constituir família pelo desvio do preceito legal, apenas acontecendo o implemento da condição com a separação de fato ou outro fator objetivo de ruptura afetiva (Apelação cível n.º 70004832176, julgado em 05/11/2002).

E. ESTATUTO DAS FAMÍLIAS

Art. 14. As pessoas integrantes da entidade familiar têm o dever recíproco de assistência, amparo material e moral, sendo obrigadas a concorrer, na proporção de suas condições financeiras e econômicas, para a manutenção da família.

Parágrafo único. A pessoa casada, ou que viva em união estável, e que constitua relacionamento familiar paralelo com outra pessoa, é responsável pelos mesmos deveres referidos neste artigo, e, se for o caso, por danos materiais e morais. Art. 70. O cônjuge ou companheiro pode compartilhar da autoridade parental em relação aos enteados, sem prejuízo do exercício da autoridade parental dos pais.

Art. 74. Pode o enteado pleitear do padrasto ou madrastra alimentos em caráter complementar aos devidos por seus pais.

Art. 90. Aos pais incumbe o dever de assistência moral e material, cuidado, educação e formação dos filhos menores.

§ 1º Autoridade parental é exercida por ambos os pais.

§ 2º Na falta ou impedimento de um dos pais, o outro a exerce com exclusividade.

§ 3º O cônjuge ou companheiro de um dos pais pode compartilhar da autoridade parental em relação aos enteados, sem prejuízo do exercício da autoridade parental do outro.

§ 4º Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos, exigir que lhes prestem obediência e respeito.