

Paulo Vecchiatti: Famílias paralelas possuem proteção constitucional

05/07/2015

Em coluna no último dia 25, Lenio Streck novamente ataca o reconhecimento judicial de famílias paralelas. Já [respondi outro artigo](#) dele sobre o tema; volto a fazê-lo, reiterando que não basta dizer que se deve reconhecê-las juridicamente quando constatados os pressupostos legais da união estável (publicidade, continuidade, durabilidade e intuito de constituir família – que significa manutenção de comunhão plena de vida), pois o Código Civil de 2002 é expresso ao não reconhecer a união estável quando existentes impedimentos matrimoniais, ressalvado o caso de pessoas casadas, mas já separadas de fato (artigo 1.723, parágrafo 1º). Logo, só a defesa da inconstitucionalidade desta norma torna possível a proteção jurídica das famílias paralelas sem mudança legislativa.

Foi o que fiz naquele artigo: com base em (genuínos) princípios constitucionais, aponte que é inconstitucional não se reconhecer judicialmente as famílias paralelas. Junto à doutrina familiarista contemporânea, afirmei que a *Constituição federal de 1988* consagra (implicitamente) no *caput* do artigo 226 o *princípio da pluralidade de entidades familiares*, donde não pode a *lei* reconhecer apenas determinado(s) arranjo(s) familiar(es) e negar proteção jurídica a outro(s). Assim, só fundamentação válida ante o *princípio da igualdade* torna possível defender a discriminação de uma família relativamente a outra, ou seja, somente uma fundamentação lógico-racional que justifique a discriminação pretendida com base no critério diferenciador erigido e que seja compatível com as demais normas constitucionais pode justificar a discriminação tão ardorosamente defendida por Streck (ainda que eventualmente não a defenda “politicamente”, ele o faz em sua, a meu ver, equivocada posição jurídica).

Afirmar isto com base na hermenêutica filosófica tão cara a Streck, pois, para Gadamer, seguir a tradição é um ato de razão [logo, compatível com a racionalidade da isonomia], donde se (para tal hermenêutica) a tradição define a interpretação de textos normativos, isso só ocorre se a tradição for *legítima*, o que em um Estado Constitucional só acontecerá se a tradição for compatível com as normas constitucionais. O próprio Streck fala que a *história institucional* deve ser respeitada apenas quando os precedentes que a formam tenham “DNA constitucional”. Assim, aplica-se aqui a máxima da igualdade de Alexy: quem defende um tratamento desigual possui um *ônus de argumentação* justificador da constitucionalidade da discriminação pretendida, sob pena de impor-se a extensão do regime jurídico em questão ao grupo que se pretende discriminar – no caso, extensão do Direito das Famílias às famílias paralelas.

Pois bem, é aqui que (novamente) falha Streck: insiste em não trazer uma tal fundamentação válida ante a isonomia, afirmando como *dado* aquilo que evidentemente é um *construído*, uma *conclusão*: o fato de a Constituição (para ele) “não proteger” as famílias paralelas. Indago: onde isso está a defesa da racionalidade da tradição restritiva para justificar, perante Gadamer, a legitimidade desta tradição? Onde está escrito na Constituição que não se protegem as famílias paralelas? O CC/02 a proíbe textualmente, mas não a CF/88. Assim, aplica-se a *história*

institucional (pacífica e constitucional) do STJ: *impossibilidade jurídica* só existe quando texto normativo expresso proíbe a tutela jurídica em questão[1]. É juridicamente possível o pedido de reconhecimento *constitucional* das famílias paralelas porque não há proibição *constitucional* a elas, razão pela qual apenas uma fundamentação válida ante a isonomia justificaria a discriminação pretendida – fundamentação esta não trazida por Streck. Em dado momento ele invocou o “sentimento” da esposa traída, para ironizar defensores(as) do princípio da afetividade, no sentido de supostamente desconsiderarem o sentimento dela e favorecerem o da amante. Nada mais equivocado, nova prova de que Streck nada entende sobre o conteúdo do princípio da afetividade (que ele despreza, embora sem nunca criticar lições concretas de qualquer obra que trabalhem o tema[2]). Não se coloca o sentimento ou a família do(a) amante sobre o do(a) prévio(a) companheiro(a)/cônjuge, mas se protege *também* o daquele(a).

Quando se fala na afetividade como princípio jurídico, destaca-se o fato segundo o qual a família contemporânea forma-se primordialmente com base nos vínculos afetivos de seus integrantes e não por alguma formalidade (o CC/1916 condicionava a existência jurídica da família à formalidade do casamento civil e, segundo se interpretava, também o fazia o artigo 175 da CF/1967 e da Emenda 1 de 1969). Em seu voto no julgamento do STF que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar (ADPF 132/ADI 4277), o ministro Celso de Mello citou lição de minha autoria nesse sentido: o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar demonstra [*desvela*] essa circunstância, reconhecendo o afeto como princípio jurídico no reconhecimento da família conjugal em razão da mudança do paradigma da família contemporânea, que, de uma entidade fechada e válida por si mesma, passou a existir em razão do amor do casal, ante a sociedade ter dado mais relevância à felicidade e, assim, à afetividade conjugal do que à mera formalidade do casamento civil ou qualquer outra forma pré-concebida de família; logo, o reconhecimento do *status* jurídico-familiar da *união estável* alçou o afeto à condição de princípio jurídico implícito à dignidade humana no que tange às relações familiares (cf. artigo 5º, parágrafo 2º, da CF/88), porque estas, para garantirem o direito à felicidade e, assim, a uma vida digna, precisam ser pautadas pelo afeto e não por meros formalismos como a do casamento civil, na medida em que é o afeto romântico/conjugal o motivo que faz duas pessoas decidirem formar uma união estável, a saber, uma união em comunhão plena de vida e interesses, de forma pública, contínua e duradoura (cf. meu Manual da Homoafetividade..., 2ª Ed., 2013, item 2.5.3).

Logo, existindo uma união afetiva que atenda aos citados requisitos legais caracterizadores da união estável, o princípio da afetividade demanda pelo seu reconhecimento enquanto família conjugal. É a isso que se faz referência quando se fala do princípio da afetividade (neste âmbito). Há na doutrina quem diferencie *afeto*, enquanto sentimento (situação subjetiva), e *afetividade* enquanto conduta objetivamente aferível que denota afeto; *afetividade* significando, portanto, condutas pelas quais é legítimo presumir, inclusive de forma absoluta, a existência de afeto para fins de garantir proteção jurídica à pessoa. Pense-se na antiga *posse do estado de filho* (ou de casados): nome, trato e fama; quem trata outrem como filho, o faz socialmente conhecido como seu filho e lhe atribui seu nome assume obrigações parentais para com ele. A boa-fé objetiva, enquanto padrão de conduta impositivo imperativamente, demanda o reconhecimento de tal pessoa como filho mesmo que o pai em questão alegue que, subjetivamente, não tinha *afeto parental* (*animus*) para tanto. Logo, a diferença entre boa-fé

subjetiva e objetiva contribui na compreensão do princípio da afetividade.

Aproveito aqui para fazer uma réplica a Streck relativamente àquele outro “debate”. Após meu citado artigo, em sua [coluna seguinte ele](#) dedicou uma nota de rodapé para criticar minha posição:

[...] Pindorama continua produzindo um imaginário jurídico errático e fragmentado. Posições ideológicas e de grupos são confundidas com possibilidades de se fazer qualquer interpretação sobre a Constituição e as leis. Tudo pode. Diz-se qualquer coisa sobre qualquer coisa. Um dos sintomas disso é o pamprinciologismo, pelo qual qualquer “valor” (sic) é transformado em normatividade. Para que serve a lei? Para que serve a Constituição? Para os pamprinciologistas, nada! Sincreticamente (para dizer o menos), invoca-se autores sem qualquer compromisso teórico, além dos sacrilégios com autores sofisticados. Como é possível sustentar, de forma impune, que Dworkin avalizaria a esdrúxula decisão do TJ-MA que, contra a Constituição, contra a legislação, contra a legítima esposa e contra os filhos, deu metade da herança para a concubina adúltera? Direito é brincadeira? Direito é um joguinho retórico? Direito é militância? A propósito da invocação de Dworkin, lembro apenas uma de suas máximas: Juiz não cria direito! E não julga por políticas ou outros quetais. Parece que, em *terraebrasilis*, milita-se, em vez de fazer doutrina, como é o caso do artigo *Famílias paralelas e poliafetivas devem ser reconhecidas pelo Judiciário* ([ler aqui](#)), no qual fui duramente criticado. Não tenho mais paciência para esse tipo de debate que quer pessoalizar as coisas. Minha LEER (Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo) não permite discutir com o senso comum teórico (ou suas vulgatas). Aliás, os comentários dos leitores ao referido artigo já “mataram” a questão. Por todos, basta ler o que escreveu Sérgio Niemeyer. Bingo, Sérgio!

Algumas coisas saltam aos olhos de imediato (além de comentário nenhum ter infirmado os fundamentos jurídicos que apresentei, o mesmo valendo para essa fala agressiva e desrespeitosa de Streck; Niemeyer falou em necessidade de alteração legislativa, quando demonstrei que a concretização da CF/88 torna isso desnecessário):

(i) por acaso Streck se considera isento de *militância* por suas *ideologias*?! Sua luta contra as interpretações que critica seria o que, atuação de ofício de um oráculo neutro?! Quer dizer que ser puramente “ideológico” é ter uma posição jurídica distinta daquela de Lenio Streck?! Gadamer certamente revirou-se no túmulo por alguém que tanto invoca suas lições atribuir-se “neutralidade”...

(ii) após a reviravolta copernicana da CF/88 no Direito das Famílias, como se pode seriamente querer ressuscitar a anacrônica distinção entre família *legítima* e *ilegítima* entre uniões consensuais e não opressoras entre pessoas maiores e capazes? Essa reprimatura é a consequência lógica da expressão “legítima esposa”, expressão que parece revelar muito das pré-compreensões de Streck sobre o tema... Ao passo que pautei minha tese em princípios, em normas jurídicas, não em “políticas” ou “quetais”; passei longe de “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa” – lembrando que Streck não se dignou a enfrentar os fundamentos jurídicos que invoquei (tenho *LEER* de pessoas que assumem uma tal postura...);

(ii.1) sobre pré-compreensões, note-se que Streck dificilmente problematiza as suas, algo curioso partindo de alguém que tanto invoca Heidegger e Gadamer. Onde está o *desvelamento* das suas compreensões e pré-compreensões nesta sua crítica? Onde está a explicitação da *fusão de horizontes*? Em lugar nenhum... Muitas de suas posições configuram puro solipsismo justamente por ele não se dignar a fazer as explicitações aqui apontadas...

Que fique claro, não estou dizendo que não seria possível defender *juridicamente* uma tese distinta da minha. Estou defendendo que a resposta correta, no sentido de Dworkin (aquela que melhor se compatibiliza com as regras e princípios do ordenamento constitucional), é a que defendo. Streck pode legitimamente defender que a dele o seria. Ele “só” se esqueceu de apresentar uma fundamentação minimamente adequada para tanto... como, aliás, também esqueceu em outras oportunidades: *v.g.*, quando ele fala criticamente que “judicializaram o amor” (sic), onde está a análise crítica dele aos acórdãos do STJ que reconheceram o cabimento de indenização por dano moral por abandono afetivo em razão do *dever de cuidado*, imanente à parentalidade? É fácil criticar uma tese sem refutar os fundamentos jurídicos que a embasam...

(iii) não afirmei que Dworkin concordaria com minha tese. Eu disse foi que o *romance em cadeia* dworkiano admite inovações na *história institucional* no *novo capítulo* escrito pelo Judiciário no julgamento do caso concreto. O fiz para responder à crítica de Streck no sentido de necessidade de respeito à história institucional. Como é basilar, a vinculação a precedentes não é absoluta, ela admite o *overruling* (a superação) do entendimento anterior quando haja razões jurídicas que o justifiquem e eu trouxe fundamentos que acredito justificarem a superação da tradição jurídica aparentemente ainda majoritária de não reconhecimento das famílias paralelas. Especialmente quando falamos de *pensão* (verba alimentar): se para Streck nossa *Constituição Cidadã* admite uma “teoria do cada um com o seu problema” (!) para, como critica Maria Berenice Dias, falar-se à amante que sabia do relacionamento anterior de seu amásio um sonoro “bem feito!” e (acrescento) permitir-se que ela *morra de fome* (reitero: verba alimentar), não considero isso compatível com o espírito emancipatório, inclusivo e plural de nossa Constituição Federal.

(iv) não concordar com Lenio Streck não significa não levar o Direito a sério... A *lei* (constitucional ou infraconstitucional) existe para ser cumprida, mas desde a superação do *in claris cessat interpretatio* deveria estar *claro* que norma é fruto da interpretação de textos normativos, respeitados os limites semânticos do texto (e não os há aqui, cf. supra), donde o fato de eu ter uma interpretação constitucional distinta da de Streck não me faz deixar de levar o Direito a sério. Então, falta um mínimo de respeito a este em suas críticas a pensamentos distintos...

Acredito no debate doutrinário (e debato no mesmo tom daqueles com quem dialogo). Juristas *devem* dialogar entre si e, quando discordam, *devem* explicitar os motivos da discordância, para que o(a) leitor(a) possa ter melhores condições de ter uma conclusão oriunda de uma análise o mais completa possível dos pontos envolvidos. Dworkin agradeceu mais de uma vez aos seus críticos, embora continuasse deles discordando. Parece que Streck precisa de um pouco dessa humildade quando critica entendimentos distintos dos seus – e não há “pessoalização” em citar um artigo, explicar seus fundamentos e criticá-lo. Logo, Streck precisa parar de se sentir perseguido por leitores que o criticam...



Em suma, não há fundamento lógico-racional que justifique a discriminação da família paralela relativamente à família prévia. Isso não implica privilegiar o sentimento daquela relativamente ao desta, mas reconhecer que, existente faticamente uma família consensual e não opressora entre maiores e capazes, não cabe ao Estado discriminá-la, devendo este tratá-las isonomicamente ou, no mínimo, garantir que o(a) companheiro(a) que dependia do(a) adúltero(a) não *morra de fome*, garantindo-lhe verba alimentar previdenciária (se o caso).

[1] V.g., REsp 827.962/RS, MS 14.050/DF, AR 3.387/RS, REsp 820.475/RJ, RMS 13.684/DF e REsp 220.983/SP.

[2] Recomendo: “Princípio da Afetividade no Direito de Família” (Ricardo Lucas Calderon, Ed. Renovar) e “A Tutela Jurídica da Afetividade” (Romualdo Baptista dos Santos, Ed. Juruá).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2015-jul-05/paulo-vecchiatti-familias-paralelas-possuem-protecao-constitucional/>