

Paulo Iotti: Famílias paralelas e poliafetivas devem ser reconhecidas

Aqui na revista **Consultor Jurídico**, [o colunista de Lenio Streck](#) (em 31/7) criticou acórdão do Tribunal de Justiça do Maranhão (TJ-MA) que reconheceu uma união estável paralela a prévio casamento como entidade familiar. Ao contrário do articulista, entendo que devem ser reconhecidas pela jurisdição constitucional as uniões estáveis paralelas e principalmente (ou pelo menos) as uniões poliafetivas (uniões paralelas são as que formam dois ou mais núcleos familiares conjugais distintos; uniões poliafetivas formam um único núcleo familiar conjugal, com mais de duas pessoas). Como destaquei em outra oportunidade[1], embora a lei efetivamente proíba a bigamia e condicione o reconhecimento da união estável à ausência de impedimentos matrimoniais, tais proibição e condicionamento são inconstitucionais, por violarem o princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares, implícito ao *caput* do art. 226 da Constituição Federal de 88, consoante lição de Paulo Lôbo e da doutrina familiarista contemporânea.

Primeiramente, ao contrário do que diz o articulista, não há nada "claro" na Constituição no sentido de que o casamento teria prevalência sobre a união estável. Embora essa possa ser a interpretação mais intuitiva à parte final do parágrafo 3º do artigo 226, que diz que "dev[e] a lei facilitar a sua conversão em casamento", melhor exegese é a que entende, parafraseando o ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, que a afirmação constitucional de conversão da união estável em casamento não significa possibilidade de se garantirem maiores direitos a ele[2] ou "maior hierarquia" dele sobre a união estável, mas um simples desejo [não impositivo] de garantia de maior segurança jurídica às partes, ante o estado civil de casados e a desnecessidade de, finda a união de forma litigiosa, ser feita prova de que a união constituiu uma "família conjugal", já que a certidão de casamento isto já prova (*obter dictum* de seu voto no REsp 1.183.378/RS e *ratio decidendi* do seu voto no incidente de inconstitucionalidade do REsp 1.135.354/PB, o qual não foi conhecido — assunto para outra oportunidade).

Ademais, dito dispositivo também não significa que "só será" união estável aquela que puder ser convertida em casamento. Do contrário, ter-se-á que declarar a inconstitucionalidade da parte final do parágrafo 1º do artigo 1.723 do Código Civil (CC), que diz que pessoas casadas, mas separadas de fato, podem ter reconhecida a sua união estável (logo, mesmo não podendo se casar ante a proibição atual à bigamia), ao passo que se defende aqui uma melhor exegese do citado dispositivo constitucional[3].

Como não há *limite semântico* no texto *constitucional* (uma proibição) que impeça[4] o reconhecimento da família conjugal paralela a prévio casamento ou prévia união estável (o limite está na lei, não na Constituição), surge a necessidade de se entender qual a proteção *constitucional* da família para se ver se as restrições legais seriam constitucionalmente válidas.

Na doutrina familiarista já se fala há considerável tempo sobre o conceito (ontológico/material) de família. Segundo a já clássica lição de Paulo Lôbo, o artigo 226, *caput*, da CF/88, ao não repetir a redação do artigo 175 da CF/67-69 (que se entendia que condicionava a proteção da família à sua consagração ao casamento — dito dispositivo aduzia que "a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção...") para falar agora que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do

Estado", gera como consequência que "a cláusula de exclusão" desapareceu, deixando a CF de proteger apenas um tipo de família para se proteger toda e qualquer família[5]. Entendimento em sentido contrário ou que interprete a CF vendo como "taxativos" os modelos de família ali consagrados configuraria o que o ministro Roberto Barroso, do STF, chama de *interpretação retrospectiva*, a interpretação de um novo texto normativo da forma o mais próxima possível com o antigo, contrariando a lógica segundo a qual a mudança do texto denotaria um desejo [objetivamente aferível] de mudança da norma jurídica dele decorrente[6]. Daí a necessidade de se entender qual o conceito material de família para se saber que agrupamentos humanos merecem tal proteção. Assim, a também já clássica lição de Paulo Lôbo no sentido de que a família (conjugal) se forma onde houver uma união pautada pela afetividade, ostensibilidade, publicidade e estabilidade da união[7], ou seja, os requisitos legais da união estável (art. 1.723 do CC) — e isso não por "solipsismo" ou algo equivalente, ele isto compreende ante pesquisa de âmbito nacional sobre o formato da família brasileira (PNAD/IBGE), que apurou que, no mundo dos fatos, a família só se forma e se mantém unida se presentes tais circunstâncias. A tais requisitos Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, também há tempos diz que há outro, que na verdade (diz ele) congrega todos os de Paulo Lôbo: estruturação psíquica, a saber, os integrantes se identificarem reciprocamente como uma família[8]. Eis assim o conceito material (logo, constitucional) de família conjugal: união pautada pela afetividade, publicidade, continuidade, durabilidade e identificação recíproca como integrantes de uma família.

Aliás, o articulista não considerou dispositivo legal relevante. O artigo 5º, II, da Lei Maria da Penha (LMP) afirma que se considera como entidade familiar a união de pessoas que se consideram aparentadas por ato de vontade. Logo, a LMP positivou um conceito de família no sentido da estruturação psíquica apontada por Rodrigo da Cunha Pereira (cuja 1ª edição de seus *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, onde o diz com base em Lacan, é de 2005, logo, anterior à LMP), conceito este aplicável a qualquer ramo do Direito e não apenas ao Direito Penal (entender de tal forma limitativa não faria sentido já que não se trata de norma punitiva).

Como se vê, não é uma decorrência *peremptória*, silogística, do texto *constitucional* a proibição de reconhecimento de famílias paralelas a prévia entidade familiar e de famílias poliafetivas. A CF/88 não repetiu a *tradição* restritiva dos textos constitucionais anteriores, que doutrina e jurisprudência entendiam que protegiam apenas uma espécie de família, nem disse que "apenas" as entidades familiares nela descritas mereceriam especial proteção do Estado. Toda e qualquer *família* merece, sendo exemplificativo o rol de entidades familiares do artigo 226 da CF/88. De qualquer forma, cabe lembrar que Gadamer diz que *seguir a tradição deve ser um ato de razão*. Logo, a tradição não petrifica a interpretação jurídica[9]. A se seguir a hermenêutica gadameriana, a tradição deve ser levada em consideração na interpretação de textos normativos, mas ela só será determinante mesmo em Gadamer *se* (e somente se) ela for uma tradição *legítima*. O próprio Streck fala em tradições *ilegítimas* em suas obras. Daí defendermos que, se seguir a tradição deve ser um ato de razão, então uma tradição que não se sustente frente a razão crítica da contemporaneidade deixa de merecer seguimento e deixa, assim, de condicionar a interpretação de textos normativos[10].

Dessa forma, considerando que não faz sentido lógico-racional discriminar a família conjugal paralela relativamente à família conjugal pretérita (ambas são, afinal, famílias) e especialmente que não faz sentido discriminar a família conjugal poliafetiva relativamente à monoafetiva (monogâmica), então essa

tradição discriminatória positivada no Código Civil (arts. 1.521, VI, e 1.723, §1º) e no Código Penal (art. 215) afigura-se ilegítima (e inconstitucional). Até porque o princípio da igualdade veda a arbitrariedade, donde, na feliz síntese de Alexy, “Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”, o que significa que “o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual”

Logo, caso se fale em termos gadamerianos, tão caros a Streck, caberia a ele dizer por qual motivo consideraria como “legítima” a tradição de não-reconhecimento das famílias paralelas, por ele invocada. Por certo Streck falou em “tradição” para dizer que o reconhecimento de uniões estáveis paralelas a violaria, mas nada disse para defender tal tradição como “legítima”. Sobre o tema, se eventualmente fazia sentido dito não-reconhecimento na época em que o Código Civil (de 1916) e as Constituições pretéritas proibiam o divórcio, impedindo assim o cônjuge traído formar nova família “legítima” (sic) ao descobrir a união paralela, tal não faz mais sentido com a possibilidade de divórcio como direito potestativo da pessoa. Menos sentido ainda no caso de uma união poliafetiva ou em uma união paralela na qual o cônjuge/companheiro da união pretérita concorde com a situação, já que aí não há que se falar em *deslealdade* e em *infidelidade* já que todos estão concordes com a situação (sendo anacrônico a doutrina tradicional ver a imposição da monogamia no dever de fidelidade/lealdade, sem falar na inconstitucionalidade, por ingerência na intimidade da família conjugal, de se impor deveres a cônjuges/companheiros que não estejam estritamente relacionados com a proteção de situações de vulnerabilidade). De qualquer forma, no mesmo sentido de afirmação do ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, entendemos que *o fato de a Constituição proteger a união estável entre duas pessoas não significa negativa de proteção à união civil ou estável entre três ou mais pessoas (união poliafetiva) ou mesmo a uniões paralelas* — e o ônus argumentativo está com Streck e com quem defende a discriminação das uniões paralelas e/ou poliafetivas.

Em suma, a proibição está na lei, não na Constituição, razão pela qual ante o princípio constitucional da pluralidade de entidades familiares, restrições de direitos feitas por leis que não respeitem a vedação de arbitrariedade inerente ao princípio da isonomia serão inconstitucionais. As razões acima justificam a inovação jurisprudencial na lógica do romance em cadeia dworkiano — embora a vinculação a precedentes seja outro lamentável mal entendido em nosso país, o próprio Dworkin (evidentemente) admite que se inove na história institucional quando haja razões jurídico-sociais que o justifiquem. Logo, é inconstitucional o não reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar e mesmo das uniões estáveis paralelas quando estas atendam os requisitos legais da publicidade, continuidade, durabilidade e comunhão plena de vida (“intuito de constituir família”), ante a inexistência de motivação lógico-racional que justifique a discriminação das uniões poliafetivas e mesmo das paralelas relativamente às monoafetivas (monogâmicas). Ao contrário de causar a “LEER” (Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo) que Streck disse sofrer quando lê algumas críticas, que claramente julga como incompreensões, a posição aqui defendida compatibiliza-se melhor com o espírito não discriminatório notoriamente imanente à nossa Constituição, que veda preconceitos de quaisquer espécies (art. 3º, IV) e que positivou a união estável como forma de superação da discriminação das famílias não-matrimonializadas, sendo descabido interpretar normas que tiveram intuito inclusivo de forma discriminatória (cf. o agora Min. Roberto Barroso, na época advogado da ADPF 132).

[1] VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *União estável poliafetiva: breves considerações acerca de sua constitucionalidade*

. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3395, 17 out. 2012. Disponível em:
<<http://jus.com.br/artigos/22830>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

[2] Ele defende, corretamente, a inconstitucionalidade da discriminação do companheiro relativamente ao cônjuge na sucessão perpetrada pelo art. 1.790 do CC/02.

[3] Não desconheço que o STF, em dois julgados (nenhum do Pleno), afirmou que, pela literalidade da parte final do §3º do art. 226, só seria união estável aquela que pudesse ser convertida em casamento (RE 397.762/BA e RE 590.779/ES), vencido o Min. Ayres Britto, para quem “para a Constituição não existe o concubinato, existe o companheirismo”, com o que concordamos. Além da interpretação majoritária ser incorreta ante o que se expõe no corpo do texto, ela aparentemente não percebeu que tal entendimento gera a inconstitucionalidade da parte final do §1º do art. 1.723 do CC. Claro que não se defende a interpretação da Constituição pelo Código Civil, mas este reforça o ponto de que uma união estável não depende de sua conversibilidade em casamento para ser caracterizada como tal.

[4] Como se sabe, ainda que a norma jurídica seja decorrente da interpretação do texto normativo, este constitui-se como o ponto de partida e o limite do labor interpretativo, respeitados os limites semânticos do texto, de sorte que, ao menos em princípio, a mudança da redação justifica uma compreensão normativa distinta.

[5] LÔBO, Paulo. *Famílias*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 60-61.

[6] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 71.

[7] LÔBO, *Op. Cit.*, p. 56-58

[8] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família*, 2ª Ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 192-195.

[9] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*, Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini, 7ª Ed., Petrópolis: Editora Vozes e Bragança Paulista, 2005, p. 373-375: “a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. [...] Em outras palavras, o que importa é reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica” (g.n).



[10] BAHIA, Alexandre Mello Franco. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família*, Rev. Direito GV, vol.9, nº1, São Paulo, Jan./Jun 2013. In: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000100004> (acesso: 31.07.14), nota 59.

[11] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: de Virgílio Afonso da Silva, 5.^a Ed. Alemã, 1.^a Ed. Brasileira, São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 407-409.