

## Paulo Vecchiatti: Famílias paralelas possuem proteção constitucional

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, apontei que é inconstitucional não se reconhecer judicialmente as famílias paralelas. Junto à doutrina familiarista contemporânea, afirmo 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).

Afirmo 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<sup>[1]</sup>. 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<sup>[2]</sup>). 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 pamprincipiologismo, pelo qual qualquer “valor” (sic) é

transformado em normatividade. Para que serve a lei? Para que serve a Constituição? Para os pamprincipiologistas, 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 repriminção 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).

**Date Created**

05/07/2015