

Autos: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001459-08.2016.2.00.0000

Requerente: ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES – ADFAS

Advogado: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Requerido: TERCEIRO TABELIAO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TITULOS

DE SAO VICENTE-SP

TABELIAO DE NOTAS E DE PROTESTO DE LETRAS E TITULOS DA

COMARCA DE TUPA

EMENTA

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO.

1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las.

2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevividas dos costumes.

4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.

5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.

6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”.

7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema;

consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico.

8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial.

11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”.

12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos.

13. Pedido de providências julgado procedente

ACÓRDÃO

Após o voto do Conselheiro Valdetário Andrade Monteiro (vistor), o Conselho, por maioria, julgou procedente o pedido, nos termos do voto do Relator. Vencidos, parcialmente, os Conselheiros Aloysio Corrêa da Veiga, Daldice Santana, Arnaldo Hossepian, Henrique Ávila e a Presidente e o Conselheiro Luciano Frota que julgava improcedente. Ausentes, justificadamente, os Conselheiros Daldice Santana e André Godinho e, em razão da vacância do cargo, o representante do Ministério Público da União. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26 de junho de 2018. Presentes à sessão os Excelentíssimos Senhores Conselheiros Cármen Lúcia, João Otávio de Noronha, Aloysio Corrêa da Veiga, Iracema do Vale, Valtércio de Oliveira, Márcio Schiefler Fontes, Fernando Mattos, Luciano Frota, Arnaldo Hossepian, Valdetário Andrade Monteiro, Maria Tereza Uille Gomes e Henrique Ávila. Autos:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001459-08.2016.2.00.0000

Requerente: ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES – ADFAS

Advogado: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Requerido: TERCEIRO TABELIAO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TITULOS DE SAO VICENTE-SP TABELIAO DE NOTAS E DE PROTESTO DE LETRAS E TITULOS DA COMARCA DE TUPA

RELATÓRIO

Em síntese, sustenta a inconstitucionalidade na lavratura de escritura pública de “união poliafetiva”, tendo em vista a falta de eficácia jurídica e violação a) dos princípios familiares básicos; b) das regras constitucionais sobre família; c) da dignidade da pessoa humana; d) das leis civis; e e) da moral e dos costumes brasileiros.

Defende que a expressão “união poliafetiva” é um engodo na medida em que se procura validar relacionamentos com formação poligâmica e que todas as tentativas de ampliação das entidades familiares para acolhimento da poligamia são contrárias ao § 3º do art. 226 da CF/88.

Aponta equívoco nas referências à “lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea” constante das escrituras públicas, uma vez que a Constituição Federal é expressa ao limitar a duas pessoas a constituição de união estável.

Adverte que o 3º Cartório de Notas de São Vicente, o Tabelionato de Notas e de Protesto de Letras e Títulos de Tupã e o 15º Tabelionato de Notas do Rio de Janeiro vêm lavrando escrituras públicas de “uniões poliafetivas”. A atual tabeliã do 3º Tabelião de Notas de São Vicente, que também foi tabeliã do Cartório de Notas de Tupã, afirmou ter celebrado pelo menos oito escrituras dessa modalidade de “união estável”.

Requer, cautelarmente, a proibição da lavratura de escrituras públicas de “uniões poliafetivas” pelas serventias extrajudiciais do Brasil e, no mérito, a regulamentação da questão pela Corregedoria Nacional de Justiça.

As corregedorias-gerais de justiça dos Estados foram intimadas para informar às serventias extrajudiciais de notas a existência desse procedimento e recomendar aos titulares a conveniência de aguardar a conclusão para lavrar novas escrituras declaratórias de “uniões poliafetivas”. Além disso, a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CGJ-RJ) e a do Estado de São Paulo (CGJ-SP) foram chamadas a manifestar-se sobre os fatos e argumentos narrados na inicial (Id 1922769).

A CGJ-RJ informou que, ao circular notícia jornalística da lavratura de escritura declaratória de “união poliafetiva” pelo Serviço do 15º Ofício de Notas da comarca da capital, analisou cópia do ato lavrado e veiculou nota de esclarecimento, alertando para a natureza do ato praticado, a limitação de efeitos e cuidados que precisam ser conhecidos pelos envolvidos, notadamente a natureza estritamente declaratória, não constitutiva de direitos, além do não reconhecimento por parte do ordenamento jurídico e sua não equiparação aos efeitos do casamento civil (Id 1938178).

A CGJ-SP trouxe cópias das escrituras públicas versadas na inicial (Id 1944982).

A Anoreg/BR, o Colégio Notarial do Brasil/CF e o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) foram instados a pronunciar-se acerca do tema (Id 1940316).

O IBDFAM (Id 2073492) defende a improcedência do pedido. Alega que a Constituição Federal não apresenta rol taxativo de formas de constituição de família e estende sua tutela a qualquer família, sem cláusula de exclusão nem de hierarquia. Afirmou que o estado laico, conditio sine qua non da autêntica democracia, assegura a pluralidade de ideias, a diversidade das conformações sociais e, portanto, das múltiplas formas de constituição de família, incluindo as “uniões poliafetivas”. Ainda que significativa parte da população tenha a monogamia como regra ou princípio em decorrência de sua formação religiosa ou moral, não é possível impor tal

princípio ou regra como norma estatal. O que faz a família não é a adequação desta à estrutura legal predefinida, mas a realização de uma função constitucional.

Requer que o pedido seja julgado improcedente porque “obstar o reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas afrontaria os princípios da liberdade, igualdade, não intervenção estatal na vida privada, não hierarquização das formas constituídas de família e pluralidade das formas constituídas de família” (Id 2073492).

O CNB/CF discorre acerca da proteção constitucional à família e da alteração histórica do instituto. Argumenta que a atividade notarial no Brasil é autônoma e independente para prática de atos e assessoramento jurídico imparcial às partes, características peculiares do notariado do tipo latino. É tarefa do notário qualificar as partes que perante ele comparecem, atestando sua capacidade e identidade para, depois, dar os contornos jurídicos à manifestação da vontade. Assim, o fato ingressa no mundo jurídico e torna-se apto a produzir efeitos.

Para a situação específica da “poliafetividade”, no âmbito do assessoramento jurídico, o notário deverá expor às partes interessadas a ausência de legislação e possível apreciação judicial da questão no futuro, mas não pode impedir o exercício da autonomia privada. A escritura pública declaratória de vínculo “poliafetivo” forma uma prova qualificada e não há justificativa plausível para o pedido de proibição da lavratura do ato (Id 2093034).

A Anoreg/BR, apesar de provocada por duas vezes, manteve-se silente.

É o relatório.

Autos: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001459-08.2016.2.00.0000

Requerente: ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES – ADFAS

Advogado: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Requerido: TERCEIRO TABELIAO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TITULOS DE SAO VICENTE-SP TABELIAO DE NOTAS E DE PROTESTO DE LETRAS E TITULOS DA COMARCA DE TUPA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORREGEDOR NACIONAL DE JUSTIÇA (Relator):

Os autos trazem pedido formulado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões para que seja proibida a lavratura de escrituras sobre “uniões poliafetivas” e se expeçam providimentos, instruções ou recomendações aos serviços notariais do Brasil acerca da questão.

A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares. Conforme argumenta o IBDFAM, não há hierarquia entre as formas elencadas na Constituição Federal e o rol trazido no art. 226 – casamento, união estável e família monoparental – não é taxativo, e sim exemplificativo das múltiplas formas de se constituir família.

A proteção encontra previsão na lei, que estabelece ser defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família (art. 1.513 do Código Civil).

Historicamente, ocorreram mudanças no Direito de Família pátrio. A princípio, os grupos familiares originavam-se do casamento religioso e, posteriormente, do casamento civil. Avançando no tempo, passou-se a reconhecer direitos ao concubinato puro, que evoluíram até que, sob a denominação de união estável, passou a ser compreendido como forma de união familiar. Adiante, houve o reconhecimento da entidade familiar fundada na relação homoafetiva.

Aludidas alterações provocaram desconforto em parte da sociedade e, apesar das reações contrárias que ecoam inicialmente, a consolidação dos avanços e a tutela das uniões não sofreram empecilhos.

A pluralidade de formas de constituição familiar foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar do reconhecimento da união estável formada por pessoas do mesmo sexo. A Corte Suprema reconhece a família como instituição privada, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, que mantém com o Estado e a sociedade uma relação tricotômica.

Transcrevo trecho da ementa da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132, que esclarece bem a questão:

[...]

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. (Sem destaques no original.)

Com base em uma interpretação dinâmica e atenta às transformações sociais, o raciocínio trazido nesse julgado retira eventuais amarras textuais para a não admissão de formas plurais de família.

Sabe-se que a família não é um fenômeno da natureza, mas da cultura, que se transforma historicamente; possui conformações diferentes a depender da área geográfica em que seja formada; também possui aspectos antropológico, social e jurídico. Suas características refletem a sociedade de seu tempo e lugar, o que a faz um fenômeno social e cultural.

As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – também são produto social e cultural, uma vez que são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas.

Massivamente, a forma de relacionamento conjugal estabelecida nos relacionamentos humanos por todo o mundo é a monogamia, que prevê que o indivíduo tenha apenas um parceiro durante a vida ou um parceiro de cada vez, durante períodos dela.

Em menor quantidade, existem sociedades que admitem a poligamia, compreendida como o relacionamento conjugal estabelecido por uma pessoa com dois ou mais parceiros, de maneira concomitante. Tem-se, assim, uma pessoa formando duas ou mais uniões paralelas: o afeto é direcionado para dois ou mais sujeitos, formando núcleos distintos e simultâneos, muitas vezes conflitantes.

Cultural e juridicamente, temos no Brasil uniões formadas por duas pessoas de forma monogâmica. O relacionamento poligâmico não é socialmente aceito no país. Aliás, a bigamia é, inclusive, conduta tipificada no Código Penal. Não se nega a existência de famílias poligâmicas de fato, mas o sistema jurídico pátrio não as admite.

As relações “poliamorosas” diferem-se da poligamia e configuram-se pela união múltipla e simultânea de três ou mais pessoas. Apesar de não se apresentar bem sistematizada, é possível encontrar, em páginas da internet voltadas para os interessados em “poliamorismo”, algumas formas desse tipo de relacionamento. Existe a “relação em grupo”, quando todos os membros relacionam-se entre si; há uma “rede de relacionamentos interconectados”, quando cada um dos membros tem relacionamentos “poliamorosos” distintos dos parceiros; existem “relações em ‘T’”, quando três pessoas namoram, mas duas têm relação mais sólida, por exemplo, um casal que namora uma terceira pessoa; e há relações em que um dos parceiros é adepto do “poliamor” e o outro opta pela monogamia.

Apesar de não ter encontrado sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”.

Essa forma de relacionamento é muito recente e pode indicar uma revolução de costumes em curso. No mundo, há notícias do surgimento do “poliamor” na década de 90; no Brasil, o primeiro registro de união “plúrima” foi feito na cidade de Tupã, em 13/2/2012, por três pessoas que se relacionavam havia três anos. Assim, se a prática de “poliamor” é recente, a pretensa constituição de “união poliafetiva” no Brasil é recentíssima.

Além de recente, o tema é praticamente ausente da vida social dos cidadãos e é pouco debatido até mesmo na comunidade jurídica. O instituto encontra dificuldades de conceituação clara,

com especificação dos elementos e requisitos da relação “poliafetiva”, uma vez que existe um grande número de experiências possíveis para os relacionamentos.

A propósito da diversidade de experiências, menciono que a requerente instruiu os autos com duas escrituras públicas declaratórias de união estável e duas matérias jornalísticas tratando do tema, cada uma com depoimento de um grupo “poliafetivo”. Em um dos grupos entrevistados, o relacionamento parece enquadrar-se na definição de “relação em grupo”, em que todos os membros relacionam-se entre si (Id 1914528); no outro grupo entrevistado, o relacionamento assemelha-se a uma poligamia consentida: um homem constituiu dois relacionamentos paralelos, nos quais as mulheres tornaram-se amigas e passaram a viver em apartamentos contíguos (Id 1914527).

Destaco esses exemplos para explicitar que a diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate é uma das dificuldades no tratamento do poliafeto como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial: a pretexto de se criar um grupo único, poder-se-ia reconhecer como família a existência de uniões estáveis simultâneas, tese que hoje é rechaçada pelos tribunais.

Retomando a percepção de família como fenômeno sociocultural e a noção de que as formas familiares reconhecidas no Brasil são aquelas que estão incorporadas aos costumes ou à vivência do brasileiro, torna-se importante analisar a aceitação social do “poliafeto”. Apesar da inexistência de dados estatísticos, observa-se que a ausência de provocação judicial, os raríssimos casos de lavratura de escritura pública, os incipientes debates e o fato de o comportamento ser bastante recente indicam que a questão ainda é embrionária e possui pouquíssimos adeptos. Acrescente-se a isso a falta de amadurecimento acerca das implicações e consequências advindas da relação “poliamorosa”, para que então se conclua que os pouquíssimos casos existentes no país não são aptos a demonstrar mudança do pensamento social e levar ao reconhecimento de entidade familiar.

A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família. Há real dificuldade de, hoje, conceder status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação.

É a sociedade que dá o primeiro passo quando surgem novas formas de constituição de núcleos familiares. A partir da mudança de costumes é que o Poder Judiciário passa a resolver os conflitos oriundos da questão para, ao fim, surgirem normas, regulamentos, leis, expressões do direito que passam a tratar da matéria.

A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual. Por isso, há uma diferença crônica do direito em relação às ciências sociais no que se refere aos novos desafios da família e da sociedade. A mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevindas dos costumes. Foi ao longo de muitos anos que chegamos ao reconhecimento das formas familiares admitidas na sociedade atual. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes não refletem a posição da sociedade acerca do tema; consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a alterar o mundo jurídico.

Registre-se ainda que foi possível o reconhecimento jurídico da união estável e da união homoafetiva – apesar da inicial insurgência de vozes conservadoras – uma vez que são relacionamentos presentes na vida social. São situações mais próximas dos membros da

sociedade e sobre as quais houve maior reflexão. Foi possível que a sociedade e a comunidade jurídica amadurecessem o olhar sobre essas formas de relacionamento antes do reconhecimento jurídico como instituições familiares.

Além disso, como já havia regras legais regulamentando o casamento monogâmico, foi possível equalizar os direitos decorrentes da união estável e da união homoafetiva monogâmicas. Assim, à míngua de lei para regulá-los, foi possível a aplicação analógica de regras, bem como a adoção de parâmetros para balizar o tratamento jurídico dos institutos.

Nas situações em que duas pessoas unem-se com a intenção de comungar a vida e formar família, torna-se mais fácil anteciper as consequências jurídicas advindas dessas uniões.

Sob o enfoque do tratamento jurídico, existe certa dificuldade para aplicação analógica das regras que regulam relações monogâmicas às “uniões poliafetivas”. A regulação da vida amorosa plural não pode ser comparada à da vida amorosa em dupla por ser aquela mais complexa e sujeita a mais conflitos, dada a maior quantidade de vínculos. Além disso, existem consequências jurídicas que podem envolver terceiros alheios à convivência e criar novas obrigações ou proibições. Normas referentes à filiação, à inclusão em plano de saúde e ao estabelecimento de parentesco por afinidade, por exemplo, são questões que envolvem terceiros que não devem suportar ônus advindos da simples declaração de vontade dos envolvidos na relação “poliamorosa”. Há questões que transcendem o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

Entendo que, futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades.

Por ser uma estrutura de convivência completamente nova, o tema é demasiadamente complexo e demanda profundos estudos acerca do impacto e das consequências jurídicas que pode gerar, já que não existem regras para a convivência com maior número de pessoas.

Se os adeptos desejam viver uma relação “poliafetiva”, eles a viverão, ainda que não sejam atribuídos os efeitos jurídicos de direito de família ao relacionamento. Nada impede que, por liberalidade, os membros do grupo prestem alimentos entre si em caso de ruptura; que deixem testamento direcionando herança para os demais; ou institua os parceiros como beneficiários em seguro, entre outras providências.

Passa ao longe a pretensão de condenar a forma de convivência alheia se desejada e consentida pelo grupo, bem como a ideia de marginalizar relacionamentos ou tentativa de impor visão conservadora sobre os fatos. Apesar de compreender a revolução de costumes, entendo que situações pontuais, casuísticas e, sobretudo, ainda não submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.

No que toca à conduta das serventias extrajudiciais com relação à lavratura de “Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva”, é preciso considerar que a escritura pública é o instrumento pelo qual a parte narra ao tabelião de notas o acontecimento de determinados fatos para sua futura comprovação. O tabelião, após, dá o contorno jurídico à manifestação da vontade.

De acordo com o art. 6º da Lei n. 8.935/1994, “compete ao notário formalizar juridicamente a vontade das partes e intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram

dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo”.

Além de observar os elementos formais, essenciais para a validade da escritura pública, o notário formaliza juridicamente a manifestação de vontade do declarante. Para ser lavrado em escritura pública declaratória, o conteúdo declarado deve ser lícito. Situações contrárias à lei não podem ser objeto de escritura pública.

Hoje, a união “poliafetiva” viola o direito em vigência no país, que veda expressamente a possibilidade de mais de um vínculo matrimonial simultâneo e proíbe, por analogia, uniões estáveis múltiplas. O entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios também repele a existência de uniões estáveis simultâneas ao casamento.

Menciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça que tratam da questão:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO CONCOMITANTE. DEVER DE FIDELIDADE. INTENÇÃO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. AUSÊNCIA. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 1º e 2º da Lei 9.278/96. [...] 2. Discussão relativa ao reconhecimento de união estável quando não observado o dever de fidelidade pelo de cujus, que mantinha outro relacionamento estável com terceira. 3. Embora não seja expressamente referida na legislação pertinente, como requisito para configuração da união estável, a fidelidade está ínsita ao próprio dever de respeito e lealdade entre os companheiros. 4. A análise dos requisitos para configuração da união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a affectiosocietatis familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, e também a fidelidade. 5. Uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade - que integra o conceito de lealdade e respeito mútuo - para o fim de inserir no âmbito do Direito de Família relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descurar que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. 6. 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. 7. Na hipótese, a recorrente não logrou êxito em demonstrar, nos termos da legislação vigente, a existência da união estável com o recorrido, podendo, no entanto, pleitear, em processo próprio, o reconhecimento de uma eventual uma sociedade de fato entre eles. 8. Recurso especial desprovido. (REsp n. 1.348.458/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 25/6/2014.) AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS PREVISTOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL PARALELA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. [...] 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que não é possível o reconhecimento de uniões simultâneas, de modo que a caracterização da união estável pressupõe a ausência de impedimento para o casamento ou, pelo menos, a necessidade de haver separação de fato ou judicial entre os casados. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.363.270/MG, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 23/11/2015.)

Reconhecido que a sociedade brasileira apresenta a monogamia como elemento estrutural e que os tribunais repelem relacionamentos que apresentem paralelismo afetivo, é de se compreender que a autonomia da vontade das partes não é ilimitada e que a declaração de vontade contida na escritura pública não pode ser considerada.

Não podem advir direitos da escritura declaratória de “união poliafetiva”, pois seus efeitos não se equiparam aos efeitos de escritura pública declaratória de união estável.

Os declarantes podem afirmar seu comprometimento uns com os outros, mas o fato de declará-lo perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar. A posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos. Eventual pagamento de alimentos ou partilha de bens, por exemplo, estariam na esfera de liberalidade das partes: o direito não decorre da lei, como acontece para as formas familiares social e juridicamente reconhecidas.

Não se nega o papel jurídico do afeto como substrato da formação familiar, mas nem toda relação afetiva representa família. A escritura pública não tem o condão de criar direitos e uma nova estrutura familiar não se cria por mera declaração de vontade.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido de providências para determinar às corregedorias estaduais que proibam a lavratura de escrituras públicas declaratórias de “união poliafetiva” e comuniquem esta decisão aos serviços notariais sob sua jurisdição.

É o voto.

Pedido de Providências nº 0001459-08.2016.2.00.0000

Senhora Presidente, Senhores Conselheiros.

Primeiramente, considerando o que foi efetivamente o objeto do pedido, qual seja, a proibição de lavraturas de uniões poliafetivas, é preciso reconhecer a procedência do pedido. Vejamos o que requer a autora (ID1914531):

Nestes termos, a ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões - fundada no disposto no inciso XI do art. 43 e no inciso X do art. 8º do Regimento Interno deste E. Conselho Nacional de Justiça, formula o presente PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS, para requerer, ad cautelam, a esta Colenda Corregedoria Nacional de Justiça que proíba, desde já, a lavratura de escrituras sobre “uniões poliafetivas”, e que, ao final, confirme esta r. decisão, expedindo os respectivos Provimentos, Instruções e Recomendações a todos os Serviços Notariais do Brasil.

Observa-se, portanto, que o pedido objetiva a proibição, pelo Conselho Nacional de Justiça, de que Cartórios lavrem escritura de união poliafetiva com os efeitos de união estável.

Inicialmente, cumpre admitir que o conceito de família foi substancialmente ampliado pelo §3º do art. 226 da Constituição Federal, somando à instituição tradicional materializada pelo casamento também a união estável, que passou, assim a receber proteção jurídica.

Nesse cenário, como destacado pelo E. Ministro Aloysio Corrêa, em voto acostado a este feito, o próprio Superior Tribunal de Justiça, pelo princípio da igualdade, reconheceu a possibilidade do casamento nas uniões homoafetivas, como decorrência desse novo sistema de proteção jurídica familiar.

Entretanto, essa ampliação não me parece recepcionar, por hora, uniões poliafetivas.

A Constituição Federal, no mencionado art. 226, § 3º, se refere à união entre homem e mulher, indicando a existência de um casal, formado por duas pessoas, ainda que em uniões homoafetivas, como decidido pelo C. STF nas ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF. O Código Civil, todas as vezes em que se refere à união estável, utiliza termos que indicam duas pessoas¹. Da mesma forma se observa no tratamento civil do casamento².

A interpretação da norma jurídica tem limites, e aqui observamos um limite claro a impedir a extensão pretendida: o texto. É preciso admitir, mesmo os menos positivistas, que o intérprete “constrói” a norma a partir do enunciado, da palavra, do texto. A letra da lei é o ponto de referência obrigatório do intérprete³. “In claris⁴”, não há como abandonarmos as derivas interpretativas. O Direito é um sistema operacionalmente fechado⁵, o que imuniza as normas de elementos estranhos a esse sistema, como julgamentos morais, bem como de interpretações que dele se desconectem.

A questão do limite, a propósito, é o segundo fundamento para que o CNJ defira o pedido conforme formulado. O Conselho Nacional de Justiça possui competência administrativa, do que decorre a exigência absoluta de observância ao princípio da juridicidade. Necessário registrar que a Resolução nº 175, de 14/05/2013 - que permitia a habilitação, celebração e casamento ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo - somente foi editada depois que o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF 132 e a ADI 4277 e que o Superior Tribunal de Justiça julgou o RESP 1.183.348, com caráter vinculante e obrigatório para o Poder Judiciário e os órgãos da administração, como aliás constou dos considerandos do referido ato normativo.

O que se verifica, portanto, é que até mesmo as aparentes divergências apresentadas na ocasião do início do julgamento deste feito, na verdade, afirmam o mesmo: a impossibilidade de lavratura de escritura de união estável.

¹ Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

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.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

² Art. 1.514. O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados.

Art. 1.535. Presentes os contraentes, em pessoa ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida aos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos: "De acordo com a vontade que ambos acabam de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais. § 1º A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Intepretação Constitucional*. São Paulo: IBDC, 1999. P. 110.

⁴ “In clariscessatinterpretatio”

⁵ LUHMANN, Niklas. *SozialeSysteme: GrundrisseinerallgemeinerTheorie*, Frankfurt, 1984 apud ARNAUD, Andre-Jean; DULCE, María José Fariñas. *Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 326.

O tratamento das uniões poliafetivas como entidade familiar necessita de disciplina normativa a cargo do Congresso Nacional, sendo vedado a este Conselho Nacional de Justiça inovar, sem decisão do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, fixando a interpretação constitucional ou do código civil, ainda mais diante do limite da ordem jurídica que consagra a entidade familiar como integrada por duas pessoas.

Por outro lado, pode-se afirmar em obter dictum, que o Código Civil Brasileiro de 1916 adotava o modelo familiar unitário, baseado somente no casamento. Havia o instituto do concubinato como mera sociedade de fato, sem proteção do Direito de Família. Em razão desse desamparo jurídico, dessa “clandestinidade”, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos patrimoniais a esse tipo de aliança, tornando-se Enunciado de Súmula nº 380 do C. STF, em 1964. A mesma lógica poderia ser aplicada às situações de fato relatadas em relacionamentos poliafetivos, a depender, no entanto, da construção hermenêutica dos tribunais, o que não é objeto deste procedimento.

Pelo exposto, acompanho o voto do E. Ministro Corregedor, com as presentes considerações, para julgar procedente o pedido, reconhecendo a impossibilidade de lavratura de escrituras de união poliafetiva como entidade familiar.

VOTO CONVERGENTE

Adoto o bem lançado relatório do Eminentíssimo Corregedor Nacional.

A Constituição Federal de 1988 rejeitou práticas fiscalizatórias que agridam a liberdade e a dignidade das pessoas, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade.

Como afirma o Ministro Luiz Fux no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277:

“O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional”.

Ao meu sentir, necessário o registro de que, no presente feito, não se discute legitimidade familiar das uniões poliafetivas.

Oportuno trazer um resumo das considerações aos autos acostadas por entidades diversas da requerente, em elogio ao relevante debate:

a) O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM (2073492) manifesta-se pela improcedência do procedimento, por considerar que o deferimento do pleito afronta os princípios da liberdade, igualdade, não intervenção estatal na vida privada, não hierarquização das formas constituídas de família e pluralidade das formas constituídas de família.

b) O Colégio Notarial do Brasil (ID 2093034) entende que o procedimento merece ser julgado improcedente. Para tanto, aduz que o direito não é hermético e que, “fechar os olhos para a realidade social e torná-la apenas como um ideal inalcançável, no caso da família, implica

violação do dever constitucional de proteção”. Acresce o Colégio que notários, assim como os registradores, são profissionais privados, ademais, as escrituras públicas declaratórias de vínculos poliafetivos formam uma prova qualificada pela presunção relativa de autenticidade e veracidade. Portanto, tendo em conta a função de estabilização do meio de prova, não há que se cogitar em ilicitude ou ilegalidade na lavratura de tais escrituras declaratórias.

c) O Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual e de Gênero – GADvS (ID 2539155), assim como as outras entidades, considera que deve ser julgado improcedente por razões constitucionais, notadamente, para que sejam asseguradas a pluralidade de dos modelos de família e a proibição de discriminações arbitrárias.

Advoga o Grupo que deve haver respeito à liberdade enquanto direito de se fazer o que se quiser desde que inexista prejuízos a outrem. Ressalta que o reconhecimento como família de uniões interpessoais consensuais e não opressoras de seus integrantes seria o correto, já que o moralismo majoritário não estaria apto a constituição de bem jurídico a ser tutelado ou razão suficiente a justificar discriminações jurídicas, “sendo pré-iluminista qualquer consideração em sentido contrário”.

A temática, realmente, não é de fácil trato. Inclusive, entre nós, membros deste colendo CNJ, as divergências e convergências com o entendimento inicialmente trazido pelo eminente Corregedor (pela procedência) podem ser sintetizadas no quadro elaborado a partir da oitava dos votos oralmente proferidos e da leitura dos votos escritos que constaram da 272ª Sessão Ordinária:

| CONSELHEIRO | DISPOSITIVO | ARGUMENTOS/CONCLUSÃO |
|--------------------------------------|-------------------------------|--|
| JOÃO OTÁVIO DE NORONHA | JULGA PROCEDENTE | <ul style="list-style-type: none"> - União poliafetiva existe como fato, mas é reprimida pelo direito; - Assim, quem está fora da regulamentação vive, em tese, ato ilícito; - Este tipo de união, eventualmente, pode virar bigamia ou poligamia, logo, crime; - O objetivo da CF/88 seria proteger a família legalmente constituída; - Uniões poliafetivas não seriam socialmente aceitas; - “Todos quadrantes da vida nacional foram regulamentados rigidamente no sentido de se preservar a monogamia. É a cultura de um povo predominantemente cristão”; - Por que permitir aos solteiros e não aos casados? |
| ANDRÉ GODINHO | JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE | Porém, VOTA no sentido da expedição de recomendação de que os Cartórios se abstenham de lavrar escrituras públicas de reconhecimento de uniões poliafetivas que tenham caráter constitutivo. |
| ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA JULGA | JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE | Permite a lavratura de escritura pública, limitando-a ao reconhecimento da sociedade de fato, para efeitos |

| | | |
|------------------------------|-------------------------------|--|
| | | patrimoniais, impedindo equiparação a união estável, por inexistência de amparo legal. |
| LUCIANO FROTA | JULGA IMPROCEDENTE | <ul style="list-style-type: none"> - Art. 226 da CF não aponta um rol taxativo para as entidades familiares; - Direito deve acompanhar a dinâmica das transformações sociais; - Proteção da família, direcionando o amparo para as pessoas que a integram, e não para as formas e estruturas tradicionais; - Dignidade do ser humano, autonomia da vontade, liberdade sexual, ao direito à intimidade, pluralidade das entidades familiares. |
| ARNALDO HOSSEPIAN | JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE | Acompanha a divergência iniciada pelo Ministro Aloysio. |
| DALDICE SANTANA | JULGA PARCIALMENTE PROCEDENTE | <ul style="list-style-type: none"> - Acompanha a divergência iniciada pelo Ministro Aloysio. - Não se pode de maneira alguma reconhecer o poliamor como entidade familiar, “mas sim como ato negocial” que pode ser declarado em cartório. |
| IRACEMA DO VALE | JULGA PROCEDENTE | <p>Acompanha o Corregedor;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Ressalta a ausência de previsão no ordenamento jurídico. |
| VALTÉRCIO DE OLIVEIRA | JULGA PROCEDENTE | <ul style="list-style-type: none"> - Acompanha o Corregedor; - Entende que, no ordenamento jurídico, não há possibilidade de registro dessas uniões |
| MÁRCIO SCHIEFLER | JULGA PROCEDENTE | <ul style="list-style-type: none"> - Acompanha apenas a conclusão do relator; - Diverge do Corregedor no que toca aos argumentos para a procedência. Afirma que a matéria estaria reservada à atuação legislativa, não podendo o CNJ regulamentar. |
| FERNANDO MATTOS | JULGA PROCEDENTE | <ul style="list-style-type: none"> - Acompanha apenas a conclusão do relator; - Diverge no motivo da procedência, afirma que essa matéria é legislativa, não cabendo ao CNJ regulamentar. <p>Cita que todo o ordenamento jurídico se refere a duas pessoas.</p> |

Comungo do entendimento do preclaro Ministro Fux, já citado, no sentido de que a família existe quando se verifica “a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade”.

É dizer: independente do registro de união poliafetiva, os laços ali formados não podem ser objeto de desrespeito ou discriminação social, apenas por evidenciar algo diverso do costume brasileiro. É muito cedo para tal conclusão.

Dito isso, adentro à atribuição constitucional conferida ao CNJ na regulamentação de matérias como esta. A ver o que nos foi atribuído pelo legislador e que está consagrado na CF/88:

“Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: (...) §4º. Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa”.

Como se observa das disposições acima, não parece ter sido atribuída, ao Conselho Nacional de Justiça, a possibilidade de se imiscuir na seara que, indubitavelmente, toca no direito civil das pessoas, inclusive no direito de família, estando a competência para regular a matéria adstrita ao Poder Legislativo, representante do povo e que, em tese, poderá num amplo debate em suas várias Comissões Temáticas, atender ou não os anseios sociais.

Como explicitado, tenho, data máxima venia, que o procedimento em análise tenta alcançar matéria que não poderia ser objeto de regulamentação pelo CNJ.

Pelo exposto, pedindo máxima venia aos meus eminentes pares que divergiram parcial ou totalmente do Relator, senhor Corregedor Nacional de Justiça, mas o acompanho em seu voto.

Antes de finalizar, relembro que, o colendo Supremo Tribunal Federal em 2011, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277⁶ e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

⁶ EMENTA DO JUGAMENTO DA ADI 4277 (...) Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM

nº 132-RJ, reconheceu a união homoafetiva, no pleno exercício de sua função contramajoritária, mas em sede própria e escoreita via eleita. Debatendo em ADPF e ADI para decidir erga omnes.

Aí sim, caso haja deliberação do Supremo pelo seu reconhecimento, poderia este preclaro CNJ, em tese e como feito⁷ no caso da união homoafetiva em 2013, vir a regulamentar ou não certos aspectos na temática, nos termos eventualmente delineadas pelo STF e nos limites de suas atribuições constitucionais.

Com as considerações postas, apresento este voto convergente ao Eminente Relator.

Conselheiro **Valdetário Andrade Monteiro**

VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

Adoto o bem lançado relatório firmado pelo Eminente Conselheiro Relator, que bem retrata a discussão do presente feito.

No mérito, data venia, penso que a simples lavratura de escritura pública de “união poliafetiva” não viola as normas jurídicas vigentes, eis que, nesta hipótese, estar-se-á apenas declarando a existência de situação de fato, que não é, diga-se de passagem, vedada por lei. As eventuais consequências jurídicas deste fato social haverão que ser verificadas à posteriori no foro próprio.

Portanto, é cabível no caso a utilização de escritura declaratória, na qual o(s) comparecente(s) manifesta(m) a sua vontade perante o Notário, que a materializa nos termos em que foram declarados. Observe-se que não se pode confundir tal instrumento com a ata notarial, a qual não se mostra apropriada para o caso, já que, nela, o comparecente é o próprio Notário que, a pedido, narra um acontecimento que pessoalmente presenciou. Não é o que se tem na hipótese.

Observe-se ainda que a hipótese concreta ora analisada não se adequa à possibilidade de utilização do instrumento da ata notarial,

À luz da competência constitucional que lhe é atribuída, não cabe a este Conselho Nacional de Justiça emitir juízo de valor acerca do tema, senão apenas controlar eventual ato ilegal praticado pelo Poder Judiciário e pelas serventias cartoriais por eles delegadas.

No caso concreto que ora se analisa, consta que o conteúdo das escrituras públicas trazidas à colação pela Requerente extrapolou os limites da mera declaração de um fato social e pretendeu ter verdadeiro caráter constitutivo de direitos e deveres, o que, aí sim, parece ser desprovido de base jurídica.

CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219-01 PP-00212)

⁷ Após o reconhecimento do STF, o CNJ instaurou procedimento próprio (ATO 0002626-65.2013.2.00.0000) para viabilizar a edição de regulamento sobre a habilita.

Vejam-se, por exemplo, os seguintes trechos:

“Escritura Pública lavrada no Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã/SP Tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues 11. Na conformidade da certidão de escritura pública declaratória de união poliafetiva lavrada em 13/02/2012, na Comarca de Tupã/SP, pela Tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues (documento anexo 03), um homem e duas mulheres declararam essa relação em forma de união estável. 12. Destacam-se as seguintes declarações constantes da supra referida escritura: (...) 3) DAS RELAÇÕES PATRIMONIAIS: Os DECLARANTES estabeleceram, para esta união estável, um regime patrimonial de comunhão parcial, análogo ao regime da comunhão parcial de bens estabelecidos nos arts. 1.658 a 1.666 do Código Civil Brasileiro, instituindo entre si o que segue: [...] 4) DOS DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES: Os DECLARANTES, para todos os efeitos de direito, convencionaram entre si: 4.1) o dever de manter, reciprocamente, durante o tempo que durar essa convivência, toda a assistência material e emocional eventualmente necessária, para o bem estar individual e comum; 4.2) o dever de lealdade, consubstanciada não apenas no aspecto afetivo, mas econômico e social, para a harmonia na convivência comum; 4.3) declaram-se mutuamente dependentes para os efeitos de benefícios de convênios médicos, recebimento de pensões, auxílios e demais assistências sociais, existentes ou futuros, especialmente junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, compartilhando tais benefícios de forma igualitária, quando o caso, ou entre os sobreviventes, no caso de falecimento de quaisquer deles. [...] 6) DOS EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO POLIAFETIVA: Os DECLARANTES tem ciência da inexistência de regramento protetivo específico para o modelo de união que pactuam, pretendendo, assim, verem protegidos seus direitos nos limites previstos para as uniões estáveis constitucionalmente reconhecidas, com base em sua convivência pública, contínua e duradoura e na unidade familiar que constituem, especialmente para os efeitos sucessórios que almejam, nos termos das disposições do art. 1.790 do Código Civil Brasileiros, observados os direitos de eventual prole futura de quaisquer dos conviventes. [...]” (negritos nossos).[5]

*Escritura Pública lavrada no 3º Tabelião de Notas e Protestos da Comarca de São Vicente/SP Tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues 13. Na conformidade da certidão de escritura pública declaratória de união poliafetiva lavrada em 28/03/2016, na Comarca de São Vicente/SP, pela mesma Tabeliã Cláudia do Nascimento Domingues’ (documento anexo 04), um homem e duas mulheres declararam essa relação em forma de união estável. 14. Destacam-se as seguintes declarações constantes da supra referida escritura: **“A CONVIVÊNCIA CONJUNTA** 1) Os CONVIVENTES, residentes no endereço constante acima, decidiram conviver juntos, de forma pública, contínua e estável, desde 19/03/2008 (dezenove de março do ano de dois mil e oito), formando uma entidade familiar, na forma de **UNIÃO POLIAFETIVA**, igualitária e constituída livremente, sendo de todos a mesma vontade, de forma absolutamente paritária; 2) Confirmam que dividem os deveres, direitos e expensas de tal convivência, equivalentemente a seus rendimentos, e colaboram em todos os seus aspectos, de forma voluntária, prestando todo o suporte para a manutenção da unidade familiar que constituíram. A **UNIÃO POLIAFETIVA** Os CONVIVENTES, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea, intentam estabelecer as regras para a garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade. Na constância da referida união poliafetiva, os conviventes observam entre si todo o respeito, lealdade e auxílio mútuo, com caráter afetivo amplo e convivência em todos os aspectos de suas vidas, **nos termos das uniões reconhecidas pelo texto constitucional e nas regras estabelecidas no Código Civil Brasileiro***

para as uniões estáveis. AS RELAÇÕES PATRIMONIAIS ESTABELECIDAS PARA ESTA UNIÃO Os DECLARANTES constituem, para esta UNIÃO POLIAFETIVA, **um regime patrimonial de COMUNHÃO PARCIAL, análogo ao regime da comunhão parcial de bens estabelecido nos arts. 1.658 a 1.666 do Código Civil Brasileiro**, instituindo entre si o que segue: [...]. **DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES DESTA UNIÃO** Os DECLARANTES, para todos os efeitos de direito, convencionam entre si: 1) Assistência: o dever de manter, reciprocamente, durante todo o tempo que durar essa convivência, toda a assistência material e emocional eventualmente necessária, para o bem estar individual e comum, especialmente nos casos de desemprego ou necessidade específica de quaisquer dos conviventes; 2) Lealdade: o dever de lealdade, consubstanciada não apenas no aspecto afetivo, mas econômico e social, para a harmonia na convivência comum, conhecendo e aceitando o caráter único desta UNIÃO, cujo estabelecimento das regras aqui expressas comprometem seus componentes, não podendo ser substituídos por outros, sem as devidas providências de DISSOLUÇÃO ou MODIFICAÇÃO desses laços familiares declarados aqui; 3) Dependência recíproca: declaram-se mutuamente dependentes para os efeitos de benefícios de convênios médicos, recebimento de pensões, auxílios e demais assistências sociais, existentes ou futuros, especialmente junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, Companhias Públicas, Privadas e de Economia Mista, Companhias seguradoras, Convênios Médicos e Hospitalares, e Empresas de Previdência Privada, entre outros, compartilhando tais benefícios de forma igualitária, quando o caso, ou entre os sobreviventes, na hipótese de falecimento de quaisquer deles, declarando, ainda, o conhecimento de que poderão ser contestados nessa sua vontade, pelos respectivos entes responsáveis por conferir-lhes tais reconhecimentos e pagamentos, situação em que a lei lhes confere o direito de demandar em juízo para a garantia de seus direitos. [...] **EFEITOS JURÍDICOS DA UNIÃO POLIAFETIVA** Os DECLARANTES tem ciência da inexistência de regramento protetivo específico para o modelo de UNIÃO que adotaram e ora pactuam, pretendendo, assim, verem protegidos seus direitos nos limites previstos para as uniões estáveis constitucionalmente reconhecidas, com base em sua convivência pública, contínua e duradoura e na unidade familiar que constituem, especialmente para os efeitos sucessórios que almejam, nos termos das disposições do art. 1.790 do Código Civil Brasileiro [...]”(negritos nossos).[6]”

Parece claro, portanto, que as escrituras, da forma como redigidas, objetivaram estabelecer direitos familiares, sucessórios e previdenciários entre os membros das uniões em tela, extrapolando assim o caráter meramente declaratório.

Nessas partes, parece clara a ausência de respaldo legal, o que penso contaminar a validade das mesmas. Ante o exposto, ACOMPANHO PARCIALMENTE O RELATOR e VOTO no sentido da expedição de recomendação de que os Cartórios se abstenham de lavrar escrituras públicas de reconhecimento de uniões poliafetivas que tenham caráter constitutivo.

Ressalvo, todavia, a possibilidade de lavratura de escrituras públicas que apenas declarem a existência de tais uniões, sem a oposição de eventuais direitos e deveres delas decorrentes.

Brasília, data registrada no sistema.

Conselheiro André Godinho

VOTO DIVERGENTE

PP 001459-08.2016.2.00.0000

Adoto o bem lançado relatório apresentado pelo eminente Relator, porém, no mérito, ousou divergir de S. Exa., com todas as vênias, e assim o faço pelas razões que passo a expor.

A Associação requerente formulou o presente Pedido de Providências junto à Corregedoria Nacional, objetivando um comando proibitivo dirigido aos cartórios extrajudiciais, para que se abstenham de lavrar escrituras públicas sobre uniões poliafetivas.

A nossa Constituição trouxe à ordem jurídica uma plêiade de valores constitucionais, que impõe uma releitura sempre renovada das normas de Direito Civil, abrindo-se “espaço para a construção de uma hermenêutica emancipatória”, na feliz expressão do civilista Paulo Lôbo.

Dispõe o art. 226 da 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) § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

O art. 1723 do CCB apenas reproduziu o texto do §3º do art. 226 da CF, reconhecendo 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.

Entretanto, levando em conta exatamente a impossibilidade do nosso sistema jurídico de abrigar todas as situações fáticas possíveis construídas no mundo real, o egrégio STF, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os sexos, da liberdade individual e da segurança jurídica, reconheceu, no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF, como entidade familiar a união de pessoas do mesmo sexo, vedando condutas discriminatórias de gênero e de orientação sexual.

Vale a transcrição da ementa:

“EMENTA: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE,

INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualdade jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reduccionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou

diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (Relator Ministro Carlos Ayres Brito)

Algumas conclusões podem ser extraídas do r. Acórdão da Corte Constitucional.

Restou assentado o entendimento de que a orientação sexual não pode ser fator de discriminação no que tange à proteção jurídica do Estado. Também ficou estabelecido que o art. 226 da CF não aponta um rol taxativo para as entidades familiares, eis que também possível o enquadramento como união estável aquela formada por pessoas do mesmo sexo.

É certo que a colenda Corte não tratou especificamente da união poliafetiva, até porque não era esse o objeto das ações analisadas, mas deixou aberta a possibilidade hermenêutica de reconhecimento jurídico desse modelo de relação, sobretudo considerando, como consta dos fundamentos da decisão paradigmática aludida, o entendimento firmado de que os vínculos jurídicos constituidores de entidades familiares se estabelecem pela afetividade, estabilidade e continuidade.

Não se pode perder de vista que o Direito deve acompanhar a dinâmica das transformações sociais, sob pena de não cumprir o seu papel de regulador e pacificador das relações sociais.

O nosso sistema jurídico, calcado em base principiológica de índole constitucional, possibilita a atualização de seu conteúdo pela releitura dos institutos, a partir dos valores da Constituição, ajustando-o às necessidades da sociedade e não lhe permitindo distanciar-se da realidade objetiva.

Como bem pontua o Ministro Edson Fachin, ao tratar, em sua festejada obra “Direito de Família: elementos críticos à luz do novo Código Civil brasileiro”, do pluralismo de constituição de famílias e das vãs tentativas de apreensão pelos códigos:

“os fatos acabam se impondo perante o Direito e a realidade acaba desmentindo esses mesmos códigos, mudanças e circunstâncias mais recentes têm contribuído para dissolver a “névoa da hipocrisia” que encobre a negação de efeitos jurídicos. Tais transformações decorrem, dentre outras razões, da alteração da razão de ser das relações familiares, que passam agora a dar origem a um berço de afeto, solidariedade e mútua constituição de uma história em comum.”

Nas palavras da professora de Direito Civil do curso de mestrado da Unibrasil e das UFPR, Ana Carla Harmatiuk Matos:

“O dilema da velocidade das transformações sociais está a instigar os posicionamentos de revisão do modelo jurídico presente, bem como a criação de soluções de construção.” (artigo intitulado “Perspectiva Civil-Constitucional, publicado na obra “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”)

Pois bem.

É assente na jurisprudência da Suprema Corte que a dignidade da pessoa humana, trazida como valor fundante da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF), encerra um conteúdo normativo, constituindo o núcleo fundamental e elemento de convergência do nosso sistema jurídico.

Dentro desse contexto de centralidade do ser humano em sua dimensão de dignidade é que deve se pautar o Estado na proteção da família, direcionando o amparo para as pessoas que a integram, e não para as formas e estruturas tradicionais, que não mais atendem ao conceito atualizado de entidade familiar.

Como escreveu o Professor José Lamartine de Oliveira (citado pela professora Ana Carla Harmatiuk Matos no já mencionado artigo), “Só uma concepção personalista do direito, centrada em torno da dignidade ontológica-axiológica da pessoa humana, pode oferecer base segura à construção de um verdadeiro Estado de Direito” .

Daí porque esse novo Direito de Família, que se reconstruiu a partir de uma releitura constitucional, baseada no respeito à dignidade do ser humano, à autonomia da vontade, à liberdade sexual e ao direito à intimidade, não mais concebe uma única forma de vínculo familiar, pautando-se pela pluralidade das entidades familiares, tomando por base a prática social das relações afetivas construídas entre pessoas.

sua obra “Conversando sobre ... O Direito das Famílias”, verbis:

“Família no plural porque a família passou a ser um conceito plural. Não é mais constituída exclusivamente pelo casamento. Não mais serve para manter a mulher presa ao recinto doméstico, para que o homem tenha certeza que seus filhos são sangue do seu sangue.

Hoje, o que identifica uma família é o afeto, esse sentimento que enlaça corações e une vidas. A família é onde se encontra o sonho de felicidade. A justiça precisa atentar nessas realidades.” Da mesma forma, bem traduz essa nova concepção jurídica de família a professora Edna Raquel Hogemann, em artigo intitulado “O Direito Personalíssimo à Relação Familiar à Luz do Princípio da Afetividade:

“Conforme discorre Dias (2011a, p. 21), “[...] o pluralismo das relações familiares – outro vértice da ordem jurídica – ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família.”

Hoje, essa família pode ser concebida por meio de um leque de variáveis intersubjetivas que não se esgotam no mero modelo matrimonial, podendo ser informal, homoafetiva, monoparental, parental, pluriparental, paralela ou eudemonista.

Entre tantas modificações e tantas novas espécies de famílias, podemos ventilar, inicialmente, um dos principais alicerces dessas famílias contemporâneas: o afeto.

Ainda que não referido explicitamente no Texto Constitucional, o afeto é o amálgama essencial das relações intersubjetivas familiares, desde sempre, quaisquer que sejam as formações culturais humanas, servindo como elemento coerentizador primordial do princípio da dignidade da pessoa humana.”

A união poliafetiva deve ser entendida como aquela entre mais de duas pessoas, mediante a troca recíproca de afeto, em que se observam presentes todos os requisitos essenciais da união estável, tais como a publicidade, a continuidade e a estabilidade.

Não há como desconhecer que o nosso sistema jurídico infraconstitucional ainda adota a monogamia como base do conceito de família, e isso fica evidente em diversos artigos do Código Civil.

Ocorre que “a escolha do constituinte em trazer um rol exemplificativo de famílias à apreciação da sociedade foi no sentido de consagrar o reconhecimento da existência de outras famílias que não aquela tradicionalmente protegida pelo direito. [...]” (artigo intitulado “Perspectiva Civil-Constitucional, publicado na obra “Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo”, da professora Ana Carla Harmatiuk Matos).

É o princípio constitucional da pluralidade das entidades familiares, consagrado no art. 226 da Constituição Federal, que ficou explicitado na própria decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 4277 e ADPF 132, quando emprestou interpretação conforme ao art. 1.723 do CCB.

Há no mundo dos fatos uma realidade concreta de uniões poliafetivas, realizadas sob o alicerce da afetividade, em que são assumidas obrigações multilaterais recíprocas, construídos patrimônios comuns e que não podem prescindir da proteção do Estado para fins de assegurar o exercício dos seus direitos.

São relações que integram o conceito plural de família, abrigadas pelo art. 226 da Constituição Federal, e que não padecem, por isso, do vício da ilicitude.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar a questão posta para exame deste Conselho, dentro de seus reais contornos, levando em conta o viés eminentemente administrativo que deve revestir a decisão.

Não cabe ao CNJ definir quais efeitos jurídicos serão atribuídos a essas relações, devendo se limitar à questão que envolve a atuação das serventias extrajudiciais.

O que aqui deve ser discutido é, apenas e tão somente, se podem os cartórios extrajudiciais lavrarem escrituras públicas contendo pactos de convivência poliafetiva, à luz do ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição Federal de 1988, constituída sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, traz em seu conteúdo axiológico premissas essenciais para a democracia, tais como a laicidade do Estado, a vedação da discriminação e o respeito à liberdade individual e à diversidade sexual.

É nesse contexto, despido de qualquer carga de preconceito e de convicção religiosa, que a questão deve ser examinada, centrando o foco no respeito à dignidade da pessoa humana e na obrigação do Estado de se abster de ingerências na esfera privada dos indivíduos que sejam contrárias à construção dessa esfera de dignidade pessoal.

A autonomia privada, no conceito que decorre do próprio Estado Democrático de Direito, como expressão do poder de autodeterminação individual, possibilita que o particular possa fazer escolhas pessoais e estabelecer regras jurídicas de seu próprio comportamento, desde que não sejam contrárias ao direito.

Na lição de Daniel Sarmiento, “O respeito à autonomia privada se baseia na ideia de que as pessoas têm o direito de formular os seus próprios planos de vida, os seus projetos existenciais, a partir de suas próprias compreensões do que seja uma “vida boa.”

Jorge Cesa Ferreira da Silva, em artigo publicado na obra “O novo Código Civil e a Constituição”, intitulado “Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil”, aponta que

“Muito embora o direito obrigacional seja o espaço por excelência da autonomia privada, sobretudo na órbita negocial, é também inegável que o direito de família vem dando excelentes exemplos da noção desse princípio. De há muito, homens e mulheres convivem familiarmente sem o casamento, pelos mais diversos fatores, sejam lícitos ou não. Contudo, por longa data, aos relacionamentos não provenientes de casamento não era dada chancela civil, a força normativa, portanto. Hoje, trata-se de livre escolha dos parceiros manterem vínculos nascidos do casamento ou da mera convivência. Em qualquer escolha, a força normativa, correspondente à eficácia reconhecida, é garantida”.

É certo que o exercício da autonomia privada, inclusive nas questões de natureza existencial, encontra seus limites na licitude dos atos ou das manifestações de vontade constituídas.

Entretanto, consoante já analisado, não há barreira jurídica para a declaração de união poliafetiva, eis que amparada tanto pelo sistema de liberdades que pauta o nosso Estado Democrático de Direito, quanto pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, valores que possibilitaram a releitura do contido no art. 226 da Constituição Federal, admitindo o conceito plural de entidade familiar.

A escritura pública nada mais é do que o instrumento jurídico de formalização de uma declaração de vontade, celebrado perante um Tabelião, a quem compete a lavratura, cujo escopo é o de conferir validade formal ao negócio jurídico e maior segurança jurídica aos interessados.

Proibir que se formalizem perante o Estado uniões poliafetivas com base em um conceito vetusto de entidade familiar, não abrigado pela Constituição, significa perpetuar uma situação de exclusão e de negação de cidadania que não se coaduna com os valores da democracia.

Nas palavras de Maria Berenice Dias, “*A intervenção do estado no âmbito da família, porém, deve se dar apenas no sentido de proteção, nos precisos termos da Constituição Federal, não em uma perspectiva de exclusão. Conforme Carlos Cavalcanti de Albuquerque Neto,1[5] não cabe*

ao Estado predeterminar qual a entidade familiar que se pode constituir, mas apenas, declarar a sua formação, outorgando-lhe a proteção social, por considerá-la base da sociedade.”

Por todas as razões expostas, julgo improcedente o presente Pedido de Providências.

É como voto.

Autos: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001459-08.2016.2.00.0000

Requerente: ASSOCIACAO DE DIREITO DE FAMILIA E DAS SUCESSOES – ADFAS

Advogado: REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

Requerido: TERCEIRO TABELIAO DE NOTAS E PROTESTO DE LETRAS E TITULOS DE SAO VICENTE-SP, TABELIAO DE NOTAS E DE PROTESTO DE LETRAS E TITULOS DA COMARCA DE TUPA

Adoto o bem elaborado relatório do Corregedor Nacional de Justiça.

Os fundamentos do voto de S. Exa. estão sintetizados na ementa:

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. UNIÃO ESTÁVEL POLIAFETIVA. ENTIDADE FAMILIAR. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. FAMÍLIA. CATEGORIA SOCIOCULTURAL. IMATURIDADE SOCIAL DA UNIÃO POLIAFETIVA COMO FAMÍLIA. DECLARAÇÃO DE VONTADE. INAPTIDÃO PARA CRIAR ENTE SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUTURAL DA SOCIEDADE. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA. LAVRATURA. VEDAÇÃO. 1. A Constituição Federal de 1988 assegura à família a especial proteção do Estado, abarcando suas diferentes formas e arranjos e respeitando a diversidade das constituições familiares, sem hierarquizá-las. 2. A família é um fenômeno social e cultural com aspectos antropológico, social e jurídico que refletem a sociedade de seu tempo e lugar. As formas de união afetiva conjugal – tanto as “matrimonializadas” quanto as “não matrimonializadas” – são produto social e cultural, pois são reconhecidas como instituição familiar de acordo com as regras e costumes da sociedade em que estiverem inseridas. 3. A alteração jurídico-social começa no mundo dos fatos e é incorporada pelo direito de forma gradual, uma vez que a mudança cultural surge primeiro e a alteração legislativa vem depois, regulando os direitos advindos das novas conformações sociais sobrevividas dos costumes. 4. A relação “poliamorosa” configura-se pelo relacionamento múltiplo e simultâneo de três ou mais pessoas e é tema praticamente ausente da vida social, pouco debatido na comunidade jurídica e com dificuldades de definição clara em razão do grande número de experiências possíveis para os relacionamentos. 5. Apesar da ausência de sistematização dos conceitos, a “união poliafetiva” – descrita nas escrituras públicas como “modelo de união afetiva múltipla, conjunta e simultânea” – parece ser uma espécie do gênero “poliamor”. 6. Os grupos familiares reconhecidos no Brasil são aqueles incorporados aos costumes e à vivência do brasileiro e a aceitação social do “poliafeto” importa para o tratamento jurídico da pretensa família “poliafetiva”. 7. A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o “poliafeto” como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; conseqüentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico. importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao

necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar. 9. Futuramente, caso haja o amadurecimento da “união poliafetiva” como entidade familiar na sociedade brasileira, a matéria pode ser disciplinada por lei destinada a tratar das suas especificidades, pois a) as regras que regulam relacionamentos monogâmicos não são hábeis a regular a vida amorosa “poliafetiva”, que é mais complexa e sujeita a conflitos em razão da maior quantidade de vínculos; e b) existem consequências jurídicas que envolvem terceiros alheios à convivência, transcendendo o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos. 10. A escritura pública declaratória é o instrumento pelo qual o tabelião dá contorno jurídico à manifestação da vontade do declarante, cujo conteúdo deve ser lícito, uma vez que situações contrárias à lei não podem ser objeto desse ato notarial. 11. A sociedade brasileira tem a monogamia como elemento estrutural e os tribunais repelem relacionamentos que apresentam paralelismo afetivo, o que limita a autonomia da vontade das partes e veda a lavratura de escritura pública que tenha por objeto a união “poliafetiva”. 12. O fato de os declarantes afirmarem seu comprometimento uns com os outros perante o tabelião não faz surgir nova modalidade familiar e a posse da escritura pública não gera efeitos de Direito de Família para os envolvidos. 13. Pedido de providências julgado procedente.

A procedência do Pedido de Providências é traduzida na conclusão do voto do Exmo. Relator:

(...) julgo procedente o pedido de providências para determinar às corregedorias estaduais que proibam a lavratura de escrituras públicas declaratórias de “união poliafetiva” e comuniquem esta decisão aos serviços notariais sob sua jurisdição.

O TEMA EM QUESTÃO:

UNIÕES POLIAFETIVAS, O ACESSO À JUSTIÇA E O DIREITO DE FAMÍLIA

A família é a base da sociedade e por isso tem especial proteção. O art. 226 da Constituição Federal assim define: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

O Direito de Família é o conjunto de regras que se aplicam às relações pessoais cujo liame é o casamento ou o parentesco. Nele se compreendem as normas sobre o casamento, as relações pessoais e patrimoniais.

Historicamente a única fonte legítima de constituição da família era o casamento. Não vai longe a história ao declarar que apenas pelo casamento se constituía a família legítima. Os filhos que não eram oriundos do casamento tinham um tratamento diferenciado, a ponto de existir denominações altamente preconceituosas como, por exemplo, a designação de “prole ilegítima”, em relação àqueles não nascidos do reconhecimento da família constituída pelos laços matrimoniais.

O princípio da igualdade civil trouxe mudanças sensíveis ao longo do tempo. Até bem pouco o poder marital, hoje em desuso, transmitia direitos ao marido, de modo a exigir obediência da mulher: com o direito de fixar o domicílio conjugal, com o dever da mulher de acompanhá-lo; com o direito de defender a mulher nos atos judiciais e extrajudiciais, administrando os bens do casal e dispondo dos bens móveis como bem entendesse. Apenas em 1962 do século passado, com a lei 4.121, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, houve a grande libertação, deixando a mulher de ser relativamente incapaz. Há história, por exemplo, de uma Juíza que ingressou na magistratura por concurso público, antes de 1962 e que era, para a lei, por ser casada, relativamente incapaz.

A chefia da sociedade conjugal perdurou por anos a fio. A lei exigia a outorga uxória apenas e tão-somente para a prática de atos específicos na administração dos bens do casal. A sociedade moderna promoveu a decadência do poder marital de modo a alterar substancialmente esse conceito, dividindo entre os cônjuges a constituição da família, de modo a que as prerrogativas atribuídas ao marido foram todas eliminadas, passando a ser exercida de comum acordo.

Hoje o §5º do art. 226 da Constituição Federal consagra os direitos e deveres referente à sociedade conjugal, que são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. O conceito de família e a formação da família que se dá pelo amor e pelo afeto trouxe dimensões novas numa verdadeira ampliação desse conceito.

A família, instituição das mais antigas da sociedade, sofre mudanças diante de transformações sociais. O fato ou a realidade se mostra, a exigir a atenção do Estado na regulação dessas relações novas que assim estão a exigir.

O conceito da família legítima constituída pelo casamento ampliou-se no conceito estabelecido no §3º do art. 223 da Constituição Federal, somando à instituição familiar outras uniões, que não o casamento, como igualmente legítimas – “para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

A união estável entre o homem e a mulher não foi capaz, per se, de abranger todas as relações afetivas de modo a excluir relações até então desaprovadas pela sociedade. É o caso da pretensão de casais homossexuais de se unirem numa ampliação do conceito de família. Foi preciso, diante da existência de uma realidade de fato, reconhecer essas uniões homoafetivas, o que se deu no célebre julgamento da ADI 4.277, em acórdão paradigmático da lavra do Exmo. Ministro Carlos Ayres Brito.

AS UNIÕES POLIAFETIVAS

Não se pode desconhecer e nem negar a existência das uniões poliafetivas. Esse tipo de união, porque fogem de um padrão monogâmico, a provocar entre segmentos da sociedade, em determinado padrões religiosos e morais, uma reprovação, nem por isso é negada a sua existência. Logo, necessário se torna enfrentar essas relações, mesmo que não sejam visualizadas sob o aspecto moral. Há que abstrair-se do conceito moral e da repulsa de segmentos sociais diante da trajetória histórica das uniões monogâmicas, notadamente no ocidente.

É preciso que haja a construção com respeito às opções, para prestigiar o fundamento do direito no princípio da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição Federal).

A união poliafetiva não pode ser confundida com bigamia. Bigamia é crime. O Código Penal no art. 235 tipifica com pena de reclusão a àquele que contrair, sendo casado, novo casamento.

A união poliafetiva não significa dizer que exista celebração de dois ou mais casamento, o que existe é uma união, por opção, das pessoas que nela se inserem. A união poliafetiva também não se confunde com a poligamia. Poligamia, diz De Plácido e Silva⁸: “Literalmente quer exprimir o consórcio de uma pessoa com muitos cônjuges ao mesmo tempo e assim tanto se refere à mulher quanto ao homem, tanto basta que se casem sucessivamente sem que tenham falecido os outros cônjuges”.

⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico, volume III, forense, São Paulo

A poligamia pressupõe, portanto, o estado de casado, ao mesmo tempo, com diversos cônjuges, o que não é, definitivamente, o fundamento da união poliafetiva. Tal distinção se impõe porque não há nessas uniões qualquer proibição legal.

AUSÊNCIA DE ILICITUDE

Para validade do negócio jurídico o Código Civil, no art. 104, requer: “agente capaz; objeto lícito possível determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei”. Tal dispositivo repete o art. 82 do primitivo Código Civil de 1916.

Se a lei não define como ilícito o objeto, embora fuja dos padrões monogâmicos tradicionais, a provocar sentimentos de reprovação, não há como enquadrá-lo como ato ilícito.

A IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL POR AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA COMO SE DEU COM A UNIÃO HOMOAFETIVA

Não há no ordenamento jurídico pátrio qualquer permissão para que este modelo de união tenha foros na constituição da família, embora esta não possua mais aquele conceito clássico de matrimônio. A união estável foi ampliada no conceito de família no §3º do art. 226 da Constituição Federal, reconhecido o núcleo familiar nas relações de amor e de afeto entre o homem e a mulher, numa relação estável, que tinham efeitos no mundo jurídico, de modo a regular a vida comum, embora não consubstanciada no casamento.

O E. Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, a quem cabe interpretá-la, em definitivo, foi capaz de ampliar o conceito de união estável entre homem e mulher para as uniões homoafetivas. Nem por isso enfrentou a transformação dessas uniões em casamento.

No entanto, o c. STJ, em acórdão da lavra do Exmo. Ministro Luis Felipe Salomão, no julgamento do RESP 1.183.348⁹ definiu:

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não

⁹ REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012

houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à auto-afirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea com um ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contramajoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido.

Enquanto na ADPF retrocitada o E. STF não enfrentou o tema da possibilidade de transformação da união estável homoafetiva em casamento, o Superior Tribunal de Justiça, pelo princípio da igualdade, assim entendeu por consagrar a possibilidade do casamento nas uniões homoafetivas.

Nas uniões poliafetivas tal propósito de equiparação à união estável não encontra amparo legal e nem as partes podem pretender, por ampliação do conceito de família, estendê-las.

O LIMITE DA OUTORGA LEGAL PARA QUE OFICIAIS DE REGISTRO LAVREM ESCRITURA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA

O tema em questão cinge-se, portanto, em reconhecer autoridade aos serviços notariais para que venham a lavrar escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva, como instituição familiar, de modo a equiparar seus efeitos aos da escritura pública declaratória de união estável.

A proibição de lavratura de escrituras públicas de união poliafetiva, da forma como definido, impõe uma reflexão maior.

O art. 215 do Código Civil identifica a escritura pública, lavrada em notas de tabelião, como “documento dotado de fé pública, fazendo prova plena”.

O direito à prestação estatal, em seus diversos formatos, inclusive administrativo, decorre dessa forma de tutela, em que se insere o princípio inerente à democracia, como salienta José Roberto dos Santos Bedaque:

Acesso a Justiça ou mais propriamente acesso à ordem jurídica justa significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e de ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar a esse resultado. [...] é o processo modelado em conformidade com as garantias fundamentais [...].¹⁰

Muito preocupa que se confunda conduta ilícita com aquelas condutas que não são recepcionadas como admissíveis por determinada parcela da sociedade, consagrando conceito impregnado de estigmas, em razão do comportamento da maioria, notadamente nas sociedades ocidentais, repita-se, historicamente monogâmicas.

As relações jurídicas que não são consideradas como “adequadas” pela sociedade correm o risco de ser relegadas à proibição de regulamentação, retirando de parte dos sujeitos o direito a ver sua declaração documentada, para os fins propostos, desde que não ilícitos.

Embora não seja possível o reconhecimento da união poliafetiva como união estável, verifica-se não haver objeto ilícito, de modo que não há restrição, senão para esse fim, qual seja, a de não recepção como união estável.

Sendo fato a existência da relação poliafetiva, não se pode negá-la, ainda mais quando já se tem notícia da confecção de escrituras públicas por alguns cartórios de registro civil.

Princípio fundamental do direito, a dignidade humana assume papel relevante diante de novas tendências de valorização do ser e de sua realização existencial, pela mínima intervenção do Estado na intimidade das relações privadas, cujo papel é apenas o de consagrar a proteção aos direitos e garantias da família.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência. São Paulo: Malheiros, 2009, p.71

Incensurável o entendimento de S. Exa, o Ministro Relator, que não é o caso de adentrar no conceito de família ou de entidade familiar. Não se aplica, também, ao caso o *leading case* do e. STF no julgamento da ADI 4.277/DF, pois ali tratava-se especificamente da equiparação da relação homoafetiva à união estável heteroafetiva.

Por isso, não há outorga legislativa para que os tabeliães reconheçam, por escritura pública, união estável nas relações poliafetivas.

CONCLUSÃO

A decisão de convivência dos sujeitos é uma opção, ainda que reprovável por parcela da sociedade. Ela é própria da democracia e dos princípios constitucionais que fundamentam todo o arsenal de direitos, em especial, o direito à dignidade, à liberdade e à intimidade.

Nesse sentido, ensina Maria Berenice Dias: “instaurar o regime democrático, revelou enorme preocupação em banir discriminações de qualquer ordem, deferindo à igualdade e à liberdade especial atenção. Esses princípios, no âmbito familiar, são consagrados em sede constitucional. Todos têm a liberdade de escolher o seu par, seja do sexo que for, bem como o tipo de entidade que quiser para constituir sua família.”¹¹

A atual ausência de normatização legal sobre a conduta não tem o condão de afastar o fato de que ela existe, nem há como inibir o intuito de documentação, para preservação de direitos, por aqueles que exercem tal opção.

A relação em debate, assim como ocorreu com a união estável e a relação homoafetiva, é construção que demanda tempo, pois se desenvolvem primeiramente na intimidade dos relacionamentos, antes de haver abertura e diálogo e recepção pela sociedade.

Contudo, mais cedo ou mais tarde, o Poder Judiciário será chamado a enfrentar as consequências jurídicas das relações poliafetivas, como o fez o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia no julgamento do Processo nº 001.2008.005553-1, cujo trecho transcrevo a seguir¹²:

(...) de tudo que foi exposto, é possível o reconhecimento da união dúplice, quando a autora, o extinto e sua falecida esposa mantiveram uma relação de poliamor, consentida e tolerada, advindo daí efeitos legais como a divisão dos bens adquiridos neste período [...] devendo o patrimônio adquirido pelo de cujus, por sua falecida esposa e pela autora neste período ser dividido em três partes iguais, mediante comprovação nos autos do inventário.

Ainda que não seja possível o reconhecimento das uniões poliafetivas como uniões estáveis, nem equipará-la a família, não se pode impedir que essas relações possam ser definidas em escritura pública para prevenir direitos e gerar obrigações. Pelo princípio constitucional que proíbe a discriminação é de se reconhecer tais relações como “sociedade de fato”, para a preservação de direitos e deveres apenas e tão somente entre os partícipes dessas relações poliafetivas.

A teoria da sociedade de fato foi construída historicamente pela doutrina e jurisprudência de modo a regular os efeitos das uniões então inadmitidas pelo direito. O instituto negocial tem por pressuposto a conjugação de esforços para a manutenção, formação ou aumento de um

¹¹ DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

¹² Sentença nos autos da Ação declaratória nº 001.2008.005553-1. 4ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Velho/RO da lavra do Exmo. Juiz de Direito Adolfo Theodoro Naujorks Neto. DJ 13/11/2008

patrimônio único, além da vedação do enriquecimento ilícito unilateral de um dos companheiros. Não há como estender essa pretensão a que terceiros sejam a ela obrigados, por absoluta falta de amparo legal.

A denominada sociedade de fato não estava prevista no antigo Código Civil de 1916, nem foi tampouco disciplinada no atual Código Civil de 2002. Segundo alguns autores, seu fundamento legal encontra amparo no artigo 981 do Código Civil, que descreve as disposições genéricas das sociedades tipificadas nos subtítulos que sucedem¹³:

Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividades econômicas e a partilha, entre si, dos resultados.

A figura da sociedade de fato, portanto, visa à regulação dos efeitos patrimoniais de pessoas que possuem objetivos comuns. Todavia, a sociedade de fato não se presume, por ser necessária a prova do efetivo esforço na construção do patrimônio comum.

Desse modo, a necessidade de documentação, por escritura pública, é justificada pela relação atípica, complexa, cujas dificuldades decorrem do elo único por diversos contraentes, com interesse comum.

Após vários anos de relacionamento sob tal modalidade, existindo um compromisso entre pessoas de coabitação, como numa espécie de condomínio amoroso e patrimonial entre seres, há que se permitir o registro do que foi pactuado, para dirimir eventuais disputas judiciais futuras.

Em assim sendo, os partícipes desta união têm direito a dispor direitos e deveres quanto à relação, com fins exclusivamente patrimoniais, mantida a proibição de que se reconheça, por escritura pública, união estável, enquanto não houver previsão legal específica sobre o tipo de coabitação em debate.

Há, no entanto, dois impedimentos que não podem ser tratados na escritura pública.

Primeiramente, a pretensão à escritura pública não tem o alcance de admitir direitos sucessórios, como ocorre com a união estável homoafetiva, não havendo que se dar interpretação ampliada na análise de ação direta de inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, não se verifica possibilidade de o ato atingir direitos de terceiros; eventuais empecilhos administrativos para convalidar o contrato em relação a terceiros afetados pelos direitos pactuados pelas partes, é questão a ser dirimida no foro judicial próprio.

Assim, as partes podem se valer de escritura pública de declaração de sociedade de fato para efeitos patrimoniais, com referência à destinação dos bens, em caso de eventual dissolução da sociedade, em vida, sendo que as demais avenças decorrentes da contratação se subordinam aos limites legais e a preservação de direitos de terceiros.

Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o presente Pedido de Providências, para o fim de afastar a proibição da lavratura de escritura pública, como entendeu o Exmo. Relator,

¹³ VARGAS, Fábio de Oliveira. O paradigma da sociedade de fato na união homoafetiva. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14864/o-paradigma-da-sociedade-de-fato-na-uniao-homoafetiva>. Data de acesso: 15/05/2018.

limitando-a ao reconhecimento da sociedade de fato, nos termos da fundamentação, impedindo, de todo modo, que a equiparem a união estável.

No mais, acompanho o Relator.

É como voto.

Brasília, 22 de maio de 2018

MINISTRO ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA

Conselheiro Vistor

VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

Pedindo vênia ao eminente Ministro Corregedor, ousou discordar parcialmente de seu judicioso e bem lançado voto. E o faço no seguinte sentido:

Embora palpitante e despertadora de paixões, penso que a questão há de ser enfrentada de forma a prestigiar o arcabouço legal vigente, quer em nível Constitucional, quer à luz da legislação infraconstitucional aplicável à espécie, sem considerações de ordem religiosa, ideológica ou política.

Consoante ensina o eminente civilista José Fernando Simão, mestre, doutor e livre docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor daquela Casa, <http://professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Poligamia,%20casamento%20homoafetivo,%20escritura%20p%C3%ABblica%20e%20dano%20social:%20uma%20reflex%C3%A3o%20necess%C3%A1ria%20?%20Parte%201&id=125> “O sistema não concebe, com base em um valor secular, a possibilidade de dupla união como forma de constituição de família.” Conclusão que vai de encontro ao declarado pela tabeliã: “Só estamos documentando o que sempre existiu. Não estamos inventando nada”. (<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias>).

Ainda segundo o eminente mestre, “Se sempre existiram famílias poligâmicas e isso não se nega, NUNCA o sistema jurídico brasileiro as admitiu. Muito menos sob a forma de união estável, que também como forma de constituição de família, conta com a proteção da Constituição” (art. 226, par. 3º, mesmo em se tratando de união homoafetiva, à luz do que ficou decidido pelo E. STF, na ADI 4277 e na ADPF 132, julgadas em maio de 2011, fundadas no artigo 3º, IV, da CF., e já explicitado pela Resolução 175/13 deste E. CNJ).

No debate sobre o tema, há argumentos no seguinte sentido: se a união estável homoafetiva que não conta com expressa previsão legal é possível, nenhum problema há com a união poligâmica.

De fato, problema não há! O que há é a impossibilidade de elevar à condição de entidade familiar a união de mais de duas pessoas para vida em comum.

E este impedimento está na definição que a Constituição Federal (artigo 226, parágrafos 3º e 4º) e, por conseguinte o Código Civil (artigos 1514 e 1723) – fixam para a entidade família – a união de duas pessoas (agora inclusive do mesmo sexo ou não, conforme já estabelecido pelo E. Supremo Tribunal Federal).

Portanto, o vício que contamina o instrumento público de declaração da vontade objeto do presente, datado de fevereiro de 2012, é elevar a união poliafetiva à condição de entidade familiar.

Na realidade, caberia ao notário público ter lavrado escritura declarando a sociedade de fato entre as três partes lá identificadas, com os compromissos e obrigações assumidas de livre e espontânea vontade, lembrando que qualquer disposição sucessória fica submetida ao impedimento constante do artigo 426 do C.C., que veda a disposição em contrato de herança de pessoal viva. E não se diga que o instrumento público aqui questionado poderá fazer as vezes de testamento, pois o referido instituto tem regras próprias, e a primeira delas é que se trata de ato personalíssimo, portanto unilateral, artigo 1858 e seguintes do C.C..

Pois bem, fixado o entendimento que não se trata de união configuradora de entidade familiar, entendo, de outro lado, e aqui sigo os ensinamentos do professor Flavio Tartuce, doutor pela Faculdade de Direito da USP, professor da Fadisp, vice-presidente do IBDFAM, que bem abordou o tema em texto já divulgado pela web, em abril de 2017, <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI257815,31047>- não haver nulidade absoluta no ato, a lavratura da escritura, por suposta ilicitude do objeto ou das razões motivadoras do ato (art. 166, inc. II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; do CC/2002). Sustenta o eminente e festejado professor, que “a questão não se resolve nesse plano do negócio jurídico, mas na sua eficácia. Em outras palavras, o ato é válido, por apenas representar uma declaração de vontade hígida e sem vícios dos envolvidos, não havendo também qualquer problema no seu objeto. Todavia, pode ele gerar ou não efeitos, o que vai depender das circunstâncias fáticas e da análise ou não de seu teor pelo Poder Judiciário ou outro órgão competente”, digo eu da administração pública ou da iniciativa privada.

Portanto, não há falar em afronta à ordem pública na elaboração da escritura ou prejuízo a qualquer um que seja, algo que justificaria um efeito nulificante. Vale ainda, trazer à colação a fala do eminente professor Tartuce, no sentido de que também “não há que se falar, ainda, em dano social, pois esse pressupõe uma conduta socialmente reprovável, o que não é o caso. O reconhecimento de um afeto espontâneo entre duas ou mais pessoas não é situação de dano à coletividade, mas muito ao contrário, de reafirmação de transparência e solidariedade entre as partes.”

Voto, então, no sentido de expedir determinação às Corregedorias Estaduais para que proíbam a lavratura de escrituras declaratórias de união poliafetiva em que dela conste que se trata de constituição de entidade familiar.

Brasília, 2018-06-29.