

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC
CURSO DE DIREITO**

GIOVANA CITTADIN

**A SUCESSÃO ENTRE OS CONVIVENTES NA UNIÃO POLIAFETIVA: UM
ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

CRICIÚMA

2018

GIOVANA CITTADIN

**A SUCESSÃO ENTRE OS CONVIVENTES NA UNIÃO POLIAFETIVA: UM
ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Trabalho de Conclusão do Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Esp. Marcus Vinícius Almada Fernandes

CRICIÚMA

2018

GIOVANA CITTADIN

**A SUCESSÃO ENTRE OS CONVIVENTES NA UNIÃO POLIAFETIVA: UM
ESTUDO À LUZ DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito de Família e Direito das Sucessões.

Criciúma - SC, 20 de novembro de 2018

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcus Vinícius Almada Fernandes – Especialista – UNESC - Orientador

Prof^a. Rosângela Del Moro – Mestre - UNESC

Prof^a. Mônica Abdel Al – Especialista – UNESC

Dedico este trabalho aos meus pais, Kátia Albina Mariot Cittadin, Onivaldo Cittadin e a minha avó Alaíde Bez Fontana Mariot, que são meu porto seguro, meu espelho e meus maiores exemplos de honestidade, luta, amor e dedicação. Eu nada seria sem eles.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus. Ele foi e sempre será minha fonte de luz e força. Aos meus pais, a minha avó que, por diversas vezes, ouviram minhas lamentações, enxugaram minhas lágrimas, presenciaram minhas maiores alegrias e continuam sendo meu alicerce em todos os momentos. Durante a graduação recebi um dos maiores presentes que a vida e minha irmã poderiam me dar: a minha sobrinha Laura. Agradeço a ela também, ainda que não entenda o quão é importante para mim, foi a minha alegria e força em um dos momentos mais difíceis da vida. Ao meu namorado Jhonatan que me apoiou em todos os momentos, mesmo quando dei prioridade aos estudos, pela paciência imperial comigo. A todas as amigas que fiz nestes cinco anos, as quais me auxiliaram em diversos momentos. A todos os professores que ministraram as diversas matérias durante o curso e a Banca Examinadora pela presença e por todas as dicas e pontos assinalados neste trabalho. Por fim, agradeço de forma especial, ao meu orientador Marcus Vinícius Almada Fernandes, o qual foi essencial para a construção deste trabalho. Ele é uma das minhas inspirações para futura atuação em Direito de Família.

“A família não nasce pronta; constrói-se aos poucos e é o melhor laboratório do amor. Em casa, entre pais e filhos, pode-se aprender a amar, ter respeito, fé, solidariedade, companheirismo e outros sentimentos”.

Luís Fernando Veríssimo

RESUMO

A expressão do amor sempre foi um tema espinhoso de ser tratado pois, como sentimento, foge aos conceitos elaborados dos instrumentos de controle social, por vezes rechaçando a religião, outras a moral e, sem pudor, o próprio Direito. A união poliafetiva é uma forma de relacionamento, onde convivem, de boa-fé e com intuito de formar família, três ou mais pessoas. Este tipo de relação não possui reconhecimento no ordenamento jurídico, o que dificulta a efetivação da garantia de direitos. Muito embora o artigo 1513 do Código Civil brasileiro vede que qualquer pessoa de Direito Público ou de Direito Privado interfira na vida familiar, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que a família brasileira tem como pilar estruturante o princípio da monogamia e que, embora o artigo 226 da Constituição Federal não traga um rol exaustivo de formas de família, as que venham a surgir não podem contrariar tal princípio. Os mesmos argumentos foram usados pelo Conselho Nacional de Justiça para vedar as escrituras públicas de união poliafetiva. Deste modo, restou evidente que a união poliafetiva ainda carece de apoio legal e judicial, não sendo os princípios da dignidade e da afetividade suficientes para, nos tribunais, mitigarem os parâmetros seculares da família brasileira. Porém, é preciso lembrar que o Direito está sempre a reboque da evolução social, e as posições hoje consolidadas podem ser revistas a qualquer tempo. Caso isso ocorra, o princípio da igualdade será um norte para guiar o direito sucessório da família poliafetiva ao encontro do artigo 1829 do Código Civil brasileiro, hoje compartilhado por pessoas casadas ou as que vivem em união estável. Neste trabalho fora utilizado o método dedutivo, com pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com a utilização de material bibliográfico diversificado, como livros, teses, artigos de periódicos, dissertações, sites jornalísticos e jurídicos.

Palavras-chave: União.Poliafetiva.Família.Sucessão.Igualdade

ABSTRACT

The expression of love has always been a thorny topic of being treated because, as a feeling, it runs away from the elaborate concepts of instruments of social control, sometimes rejecting religion, others morality and, without shame, law itself. The polyaffective union is a form of relationship, in which three or more people coexist in good faith and with the intention of forming a family. This type of relationship does not have recognition in the legal system, which prevents the realization of the guarantee of rights. Even though the article 1513 of the Brazilian Civil Code prevents any person with public or private law to interfere in family life, the Federal Supreme Court has already had the opportunity to affirm that the Brazilian family has as a structuring pillar the principle of monogamy and that, although article 226 of the Federal Constitution does not bring an exhaustive list of forms of family, those that emerge cannot contradict this principle. The same arguments were used by the National Council of Justice to prohibit the public deeds of poly-union. In this way, it became clear that the police union still lacks legal and judicial support, and the principles of dignity and affection are not enough to mitigate the secular parameters of the Brazilian family in court. However, it must be remembered that law is always in the grip of social evolution, and positions today consolidated can be revised at any time. Should this occur, the principle of equality will be a north to guide the right of succession of the police family to meet article 1829 of Brazilian Civil Code, today shared by married people or those living in stable union. In this work the deductive method was used, with research of the theoretical and qualitative type, with the use of diverse bibliographic material, such as books, theses, periodicals, dissertations, journalistic and legal sites.

Keywords: *Union.Polyaffective.Family.Success.Equity*

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade;
ADFAS	Associação de Direito de Família e Sucessões;
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;
ANOREG	Associação dos Notários e Registradores do Brasil
CC	Código Civil;
CCJ	Corregedoria Geral de Justiça;
CF/88	Constituição Federal de 1988;
CNJ	Conselho Nacional de Justiça;
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família;
STF	Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 AS UNIÕES POLIAFETIVAS E A SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO	13
2.1 BREVE HISTÓRIA DA FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	13
2.2 O SURGIMENTO DE NOVAS MODALIDADES DE FAMÍLIA: A REINVENÇÃO DO VÍNCULO AMOROSO	18
2.3 A SOCIEDADE E A INOVAÇÃO: O POSICIONAMENTO DOS BRASILEIROS PERANTE OS DIVERSOS TIPOS DE FAMÍLIAS	23
3 O DIREITO DAS SUCESSÕES COMO GARANTIA DE IGUALDADE PARA OS CONVIVENTES	28
3.1 SÍNTESE DO DIREITO DAS SUCESSÕES E SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	28
3.2 SUCESSÃO POST-MORTEM: AS REGRAS SUCESSÓRIAS UTILIZADAS PARA DIVISÃO DOS BENS NA UNIÃO ESTÁVEL	36
3.3 A GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ATRAVÉS DO DIREITO SUCESSÓRIO	39
4 A SUCESSÃO ENTRE OS CONVIVENTES NA UNIÃO POLIAFETIVA	42
4.1 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NA SUCESSÃO POLIAFETIVA	42
4.2 ESCRITURA PÚBLICA DE CONTRATO DE UNIÃO POLIAFETIVA: ANÁLISE DOS VOTOS FAVORÁVEIS E PARCIALMENTE FAVORÁVEIS NO JULGAMENTO FEITO PELO PLENÁRIO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA	45
4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A SUA APLICABILIDADE NA UNIÃO POLIAFETIVA	52
5 CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	59
ANEXO	67

ANEXO A - INTEIRO TEOR DA DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ACERCA DO REGISTRO POR ESCRITURAS PÚBLICAS DAS UNIÕES POLIAFETIVA	68
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho estuda as relações poliafetivas, bem como os direitos e deveres decorrentes dela sobre a ótica do direito das sucessões. A temática fora escolhida devido à grande repercussão que a matéria tomou nos últimos anos, a qual se tornou objeto de demanda perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, recentemente, analisou a viabilidade de equipara-la à união estável, mediante o uso de escrituras públicas.

O fato é que a externalização do amor mediante a poligamia foge dos padrões culturais do ocidente, causando perplexidade e, por vezes pré-conceitos. Porém, também é fato que o direito vem a reboque da sociedade e, a união poliafetiva já está entre nós, exigindo soluções jurídicas para quando o relacionamento findar, seja por vontade das partes, seja por um fato natural, como a morte.

Neste viés, antes de se abordar a existência de efeitos ou não desta relação é importante situar as uniões poliafetivas dentro da evolução da família no direito brasileiro, distinguindo terminologias de acordo com o seu período histórico e, assinalando a posição da sociedade diante das novas formas de constituição de famílias.

Superada a fase da contextualização familiar, o segundo capítulo tratará da apresentação dos fatos históricos que contribuíram para o crescimento do direito das sucessões, como também o estudo das regras atuais utilizadas para a sucessão *post-mortem* e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana no procedimento sucessório.

Por fim, será examinado o direito das famílias concomitante com o direito sucessório, a decisão do CNJ a respeito das escrituras de união poliafetiva e como se daria uma eventual repartição de patrimônio em caso de falecimento de um dos conviventes da união poliafetiva.

Para a confecção do trabalho será utilizado o método dedutivo, com pesquisa do tipo teórica e qualitativa, com a utilização de material bibliográfico diversificado, como livros, teses, artigos de periódicos, dissertações, sites jornalísticos e jurídicos.

2 AS UNIÕES POLIAFETIVAS E A SUA EVOLUÇÃO NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

A família é considerada como a base fundamental da sociedade, o alicerce para o desenvolvimento físico, mental e social de todos os indivíduos que a compõe. Assim, pode-se considerar que a família é uma das formações mais antigas, a qual contribuiu na construção da sociedade atual.

O conceito de família, nos últimos anos, fez-se mais amplo, abrangendo diversas modalidades desta. Tendo em vista tal percepção, “não há um único sentido para o termo “família”, ao menos de caráter temporal ” (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2010, p. 53).

Diante das diversas transformações verificadas na realidade cultural e social brasileira e ocidental, frente as novas modalidades e composições familiares, se torna necessária a demonstração da ordem cronológica deste crescimento até então, analisando diversos aspectos influenciadores nesse interim.

Desta forma, é imprescindível relacionar cada período marcante na evolução da família, bem como elencar as diversas mudanças ocorridas durante os anos, as quais foram fundamentais para a construção da entidade familiar.

2.1 Breve história da família e sua evolução no direito brasileiro

O direito de família brasileiro, desde os primórdios, priorizou a proteção da família comum, onde homem e mulher unem-se e, com o decorrer da relação, formam uma família.

Neste viés, considerando a história milenar da entidade, cumpre ressaltar que o vocábulo “família” engloba “pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e afins” (GONÇALVES, 2013, p. 17).

Assim, como a história da família tem raízes milenares, esta passou por diversas transformações ao longo do tempo, uma vez que nunca teve um único modelo. Portanto, destaca-se que, mesmo a sociedade ocidental adotando um tipo único de família como o comum, aquele formado por homem e mulher, além de seus

filhos, existem outras variedades de vínculos, originados ainda em tempos mais remotos. Destarte, a doutrina de Pereira (1997, p.17) salienta que:

Nas civilizações primitivas, os relacionamentos sexuais se davam entre todos os integrantes de uma determinada tribo, viviam em verdadeira endogamia. Por conta da situação, as relações de parentesco não eram firmemente estabelecidas, só se tinha certeza sobre a figura materna.

O ser humano, nas civilizações primitivas, não fixava suas relações em um só lugar, uma vez que, por ainda não ter conhecimento da cultura do plantio e da colheita, buscava alimentos nos mais diversos locais, sendo então conhecidos como nômades. Desta forma, as relações afetivas, incluindo as sexuais, aconteciam “de forma espontânea, motivadas pela atração natural entre homens e mulheres, sem preconceitos que os inibissem” (BARROS, 2003).

Diante disso, Barros (2003) ainda acrescenta um estudo feito por um historiador de direito primitivo, Johann Jakob Bachofen, o qual chegou à conclusão de que “preexistiu à monogamia um estágio social em que homens e mulheres mantinham relações sexuais em pluralidade de acasalamentos, sem recaírem na reprovação social”. Assim, o modelo familiar era definido pela mãe exercendo os dois papéis da relação familiar.

Porém, após as primeiras manifestações de construções de famílias, esta começou a ser organizada sob o princípio da autoridade, ou seja, a mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e que, por ser superior, podia impor à matriarca quaisquer regras, de castigos a penas severas. O patriarcado, desde o princípio, se tipifica pela dominação masculina, destacando a superioridade dos homens sob as mulheres em diversos âmbitos, como na política, na sociedade e na própria família, revelando a grande opressão sofrida pelas mulheres na época. Segundo Millet (1970, p.58), o patriarcalismo nada mais é do que “uma forma de valorização do poder dos homens sobre as mulheres que repousa mais nas diferenças culturais presentes nas ideias e práticas que lhe conferem valor e significado que nas diferenças biológicas entre homens e mulheres”.

Os conhecidos clãs foram as primeiras entidades familiares unidas por laços sanguíneos, caracterizadas pelo parentesco entre os membros. Porém, ainda havia a presença do patriarcalismo e, por consequência:

Todos os membros da família assumiam obrigações morais entre si, sob a liderança do ancestral comum, conhecido como “patriarca”, normalmente da linhagem masculina, símbolo da unidade da entidade social, reunindo-se em uma mesma comunidade todos seus descendentes, os quais compartilhavam de uma identidade cultural e patrimonial (CUNHA, 2010).

A família no direito romano não trouxe muitas mudanças. A organização familiar ainda se dava em torno da figura paterna, o “*pater*”. Este detinha o poder e, a partir dele, nascia o autoritarismo perante todos os componentes da família (DILL; CALDERAN, 2011).

Nesta perspectiva, resta evidente que o homem possuía uma liberdade muito maior quanto o restante da família. A mulher, por sua vez, tinha o íntegro papel de cuidar da casa e dos filhos, sem qualquer outro tipo de liberdade, tanto na questão moral, quanto na questão civil (DILL; CALDERAN, 2011).

Porém, com o passar do tempo, a mulher no direito romano passou a ter mais espaço na sociedade romana e também dentro de sua própria família, mas ainda sendo submissa às ordens do “*pater*”.

Com a chegada do direito canônico na Idade Média, o qual regia exclusivamente sob as relações familiares, considerava-se apenas o casamento como forma de união. E, ao passo que o Cristianismo ganhava espaço entre os povos, após ser trazido pelos europeus, é notório considerar, conforme disposto por Siqueira (2010, p. 01), que:

Nos primórdios da Igreja Católica, esta não se opunha diretamente a outras formas de constituição da família que não o casamento. Entretanto, durante a Idade Média, a Igreja impôs a forma pública de celebração, criando o dogma do matrimônio/sacramento. O Cristianismo, então representado com exclusividade pela Igreja de Roma, reconheceu na família uma entidade religiosa, transformando o casamento, para os católicos, num sacramento.

Acentua-se que na época cristã a união entre homem e mulher seria selada sob as bênçãos do céu e o casal se transformaria em um único ser físico e espiritual, de maneira indissociável. Em tempo, o sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, sendo somente a morte capaz de separá-los (BARRETO, 2012, p.207).

Entretanto, nas relações familiares, a mulher ainda continuava sem seus direitos e liberdade totalmente garantidos. Como houve a formalização do casamento, a mulher tinha, ainda mais, a obrigação de respeitar o marido e fazer suas vontades,

não havendo saída, já que o casamento não poderia ser desfeito, como acima exposto.

O catolicismo fortaleceu a identidade do homem, conhecido como autoridade e chefe dentro da própria organização familiar, fazendo crescer a ideia machista. Neste sentido, Pereira (2003, p.61) propõe que:

A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Conseqüentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto [...].

Diferentemente, no Brasil, antes da colonização, a família constituída pelos índios não se limitava apenas ao homem em união com a mulher e os filhos frutos desta relação. Os homens das tribos poderiam ter várias companheiras, uma vez que, para a época, a mulher tinha o dever de procriar, independentemente de quem fosse o companheiro (BORGES, 2017).

Com a vinda dos portugueses ao Brasil e das demais etnias, levando em consideração a forma da colonização, “houve a mistura de raça de homens brancos, negros e índios principalmente e cada povo carregava consigo sua própria cultura e a questão da construção da família começou a sofrer modificações” (BORGES, 2017).

Mesmo com a miscigenação, ainda se mantinham algumas diretrizes trazidas pelo direito português. Conforme Leite (2004, p.29) o Brasil ainda colônia de Portugal “sofreu grande influência dos costumes e princípios morais e lusitanos. [...] Do direito português herdamos a inflexibilidade das relações familiares e a forma quase patriarcal da família”.

A família raramente se estabelecia pelo casamento, uma vez que este era restrito apenas à elite branca. Comumente, os casais passavam a conviver juntos, independentemente de casamento, caracterizando, então, a união estável existente nos dias atuais. Ainda, quebrando as regras da época, existiam as famílias mistas, formadas por homens brancos ou pardos, com escravos ou forras (DOMINGUES, 2015).

Com o advento do Código Civil de 1916, quatro características da família marcavam a época: a família matrimonializada, sendo constituída somente pelo casamento; a patriarcal; a heteroparental, sendo que jamais se imaginava família

entre pessoas do mesmo sexo; e a biológica, pois só havia o vínculo de criação aferido com o vínculo biológico (GUEDES, 2016).

A normatização do CC/1916, no que concerne à família, apresentava o retrato de um país que ainda não tinha se libertado das amarras trazidas pelos europeus nos séculos anteriores.

Por esta razão, acentua-se que:

Em termos gerais, esse Código manteve-se fiel à tradição e ao estado social, conservando a indissolubilidade do matrimônio e o regime de comunhão universal. [...] A família do Código Civil de 1916 era uma família transpessoal, hierarquizada e patriarcal (LEÃO; BORGES, 2017, p.28).

Conseqüentemente, o modelo patriarcal predominava, existindo hierarquia entre o marido e a mulher, não admitindo qualquer outro tipo de relação que não fosse o casamento. Tampouco, também, não admitia a dissolução do casamento, havendo apenas a separação de corpos (GONÇALVES, 2013, p. 32).

Nos casos em que houvesse a separação de corpos, Beviláqua (1973, p.758) acentua que (*sic*) “separados os conjuges, tornam-se elles, um em relação ao outro, pessoas estranhas, desaparecendo as obrigações reciprocas, creadas pelo casamento, e subsistindo, apenas, as que nascerem do desquite”.

A lei do divórcio (Lei 6.515/77) foi um grande divisor de águas ainda na vigência do Código Civil de 1916. Na referida norma, havia uma parte específica que estabelecia que o divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos decorrentes do matrimônio religioso, conforme preconiza o artigo 24, caput, da lei.

Com o advento de normas igualitárias, como as introduzidas Constituição Federal de 1988 e Código Civil de 2002, houve considerável mudança em relação as características mais marcantes das famílias do CC, a saber: a família, atualmente, pode ser pluralizada, com o advento do princípio constitucional que mantém o direito das famílias, o qual passa a contemplar outras atividades familiares; há também a libertação do modelo patriarcal, passando-se a exercer o poder de forma democrática, com a incidência do princípio da isonomia entre cônjuges e filhos; além do modelo heteroparental existente no antigo códex, houve a inclusão do modelo homoparental, podendo a família ser formada por pessoas de mesmo sexo ou sexos diferentes; e, por fim, no Código Civil, a família não se caracteriza apenas pelo vínculo biológico, mas também pelo socioafetivo, levando em consideração que o afeto é um valor

jurídico e considerável para as relações familiares, devendo ser tutelado (GUEDES, 2016).

Portanto, diante de tais inovações, consoante ao que delibera Castilho (2014), averigua-se que foi na CF/88 onde “a família encontra respaldo e a moldagem que deu origem ao Código de 2002, bem como as características inovadoras que trouxeram proteção às mais diversas formações familiares”.

A democracia instalada no Brasil com a Constituição Federal de 1988 refletiu seus efeitos nas famílias que passaram a existir, uma vez que nasceram as famílias democratizadas, sendo estas:

[...] famílias em que a dignidade de cada membro é respeitada e tutelada. Para a concretização desse processo, o que mais cumpre ressaltar é a sua pluralidade: o fenômeno familiar não é mais unitário, tendo deixado o casamento de servir de referência única do grupo familiar. Como se viu, depois de 1988, foram expressamente admitidas entidades diversas e a Constituição reconheceu, em rol exemplificativo, estruturas diferenciadas de relacionamentos familiares, de modo que outras entidades se tornaram possíveis e até mesmo desejáveis [...] (MORAES, 2013, p. 593).

Assim, nota-se que as normas citadas anteriormente “absorveram a transformação e adotaram uma nova ordem de valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana, realizando a verdadeira revolução no direito de família” (GONÇALVES, 2013, p. 33).

Agora, com o advento da CF/88, homens e mulheres possuem os mesmos direitos e deveres na vida conjugal, não havendo mais hierarquia entre os sexos.

No mais, observa-se que no decorrer da história que a família construiu, percebe-se que, segundo preceitua Vigo (2017, p.114) “[...] a família já teve diversas funções, passando desde o político ao procracional, religioso até mesmo econômico”.

Nesta perspectiva, e por consequência, com a constante transformação da sociedade, há a construção de uma nova história para a família, adotando-se o conceito de entidade familiar para pessoas que vivem sob o instituto da união estável, conforme o previsto inicialmente pela Constituição Federal de 1988, modo também a ser observado e aplicado às famílias poliafetivas.

2.2 O surgimento de novas modalidades de família: a reinvenção do vínculo amoroso

O conceito de família deve ser tomado como amplo, onde há de se identificar que esta, atualmente, se dá por diversas formas, considerando que “não há um único sentido para o termo “família”, ao menos de caráter temporal” (TEIXEIRA; RIBEIRO, 2010, p. 53) cabendo, portanto, apresentar as principais e distingui-las.

Em análise, pode-se afirmar que as famílias mais predominantes são: a matrimonial, a informal, a monoparental, a homoafetiva, a extensa e a mosaico. Encontra-se, portanto, seis modelos distintos, mas todos com o mesmo intuito: formar vínculos afetivos e de afinidade (GONÇALVES, 2013, p.35).

A família matrimonial advém do casamento, tendo como base o casamento civil, este composto por atos solenes e formais. Desta forma, é vinculado à lei, uma vez que o Estado intervém na sua realização (FREIRE, 2016).

Beviláqua (1976, p. 34) define o casamento como:

Um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer.

O atual conceito de matrimônio encontra-se elencado no artigo 1.511¹, do Código Civil de 2002.

Quanto a família informal, mais conhecida como união estável, é definida como a relação de convivência entre dois indivíduos, sendo duradoura e estabelecida com o intuito de constituição familiar. Consoante ao que expõe Azevedo (2002, p. 339), a união estável, por certo, é:

[...] como um fato social, tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. [...] essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros são só se visitam, mas vivem juntos, participam da vida um do outro [...].

1 Artigo 1.511, CC: o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (BRASIL,2002);

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a reconhecer, definitivamente, a união estável como entidade familiar em seu artigo 226, §3^o, bem como o artigo 1.723, do Código Civil³, que traz o mesmo teor.

Ainda na Constituição Federal de 1988, o artigo 226, § 4^o, positivou o reconhecimento da família monoparental. Esta, por sua vez “é formada por apenas a mãe ou o pai e seus descendentes, ou seja, terá somente a presença de um genitor que será responsável pelo sustento, educação e criação dos filhos” (FARIAS, 2010, p. 55).

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 procurou abranger a família monoparental para que fosse erradicada, principalmente, a discriminação em relação às mães solteiras, o que era muito comum ocorrer em outras épocas. Além disso, existem outros fatores determinantes para a ocorrência da monoparentalidade, como o divórcio e, também, a própria viuvez, que também foram amparados pelo texto legal.

A própria liberdade e autonomia alcançada pela mulher nos últimos tempos, após os longos anos em que esta restava dominada pelo homem e dele não poderia se desunir, auxiliou na sua própria constituição familiar, bem como em sua liberdade econômica para que pudesse, sozinha, viver com os filhos frutos de uma relação anterior (MADALENO, 2013, p. 33).

Dentre os tipos de famílias apresentados, uma das mais polêmicas é a união homoafetiva, principalmente pela carga de preconceito e discriminação que traz consigo (DIAS, 2011, p. 249).

Por esta razão, inicialmente, saliente-se a denominação de família homoafetiva apresentada por Dias (2009, p.33), a qual preconiza que:

Uma relação afetiva de duas pessoas do mesmo sexo como uma entidade familiar não vai transformar a família nem vai estimular a prática homossexual. Apenas levará um maior número de pessoas a sair da clandestinidade e deixar de ser marginalizadas.

² Artigo 226, §3^o, CF/88: 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 (BRASIL, 1988);

³Artigo 1723, CC: 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 (BRASIL, 2002) ;

⁴ Artigo 226, §4^o, CF/88: Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988);

O foco, nos últimos anos, esteve totalmente voltado a união homoafetiva. Diante do crescimento deste modelo, houve uma grande mobilização da população brasileira para que houvesse o reconhecimento da homoafetividade como entidade familiar. Depois de inúmeras decisões judiciais concedendo consequências jurídicas às relações homoafetivas, o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2011, reconheceu, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade - (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - (ADPF) 132, a união estável para casais do mesmo sexo. Agora, diversos tribunais admitem também a conversão da união estável homoafetiva em casamento.

A partir destas determinações, pelos fundamentos e os motivos determinantes presentes nas ações propostas, é correto salientar que:

Não há como negar que todos os efeitos pessoais e patrimoniais inicialmente deferidos apenas aos heterossexuais têm aplicação aos casais homossexuais a partir do julgamento das citadas ações, bem como é sabido que o rol de direitos reconhecidos aos conviventes é extenso (PEGHINI, 2017).

Assim, sabe-se que tais avanços, tanto da sociedade quanto das decisões judiciais “são significativos, pois insere as relações homoafetivas no âmbito do direito das famílias como entidades familiares” (DIAS, 2011, p. 252).

A família extensa também possui seu espaço no ordenamento jurídico. Esta, por sua vez, está conceituada no artigo 25, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 12.010/09), o qual dispõe que:

Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (BRASIL, 1990).

Com a conceituação dada pelo Estatuto, entende-se que a família extensa foi criada para a proteção da criança e do adolescente vítima de negligência dos pais biológicos sendo, segundo Cunha (2011):

A modalidade de família formada por parentes que mantenham certa aproximação com a criança ou adolescente (tios, por exemplo), desde que demonstrada a convivência e, conseqüentemente, afinidade e afetividade entre os mesmos.

A família mosaico provém de uma família anterior que, por algumas razões, não se manteve constituída. Com o advento de uma nova relação, há a união de duas famílias pré-existentes, sem vínculo sanguíneo, mas sim afetivo. Assim, segundo Dias (2010, p. 133), esta nada mais é que:

Aquela entidade familiar originada no matrimônio ou na união de fato de um casal, no qual um ou ambos de seus integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou relação prévia. Resumidamente, esta família é formada pelos filhos trazidos de outra união, tendo ou não filhos comuns, em que se cunha a clássica expressão “os meus, os teus, os nossos...”.

Segundo Godinho (2018), na família mosaico “não se fala em árvore genealógica, uma vez que ela resulta de diversos troncos distintos. [...] Basta o respeito, a proximidade e, principalmente, o afeto”.

Porém, mesmo sendo caracterizada a relação de afeto entre os componentes familiares, os padrastos e madrastas ainda são objeto de discussão no direito brasileiro, sendo questionada suas responsabilidades perante os filhos de outra relação.

Assim, Madaleno (2013, p.35) ensina que:

A família redesenhada é produto de um processo que requer tempo para encontrar a sua própria identidade, porque traz a história familiar do passado, dependendo da mudança de hábitos e rotinas condizentes à unificação da nova família, passando por todas as suas etapas de aceitação, autoridade e afetividade.

Todavia, mesmo com todas as dificuldades enfrentadas, tanto no âmbito jurídico quanto na sociedade, as famílias mosaicas não deixam de existir, dado que, nos últimos tempos, houve um aumento na taxa de divórcios, os quais trazem, por consequência, a formação de novas famílias (GRISARD FILHO, 2010, p. 100).

Por fim, e objeto deste trabalho, há a união poliafetiva. Por seu turno, considera-se que é a relação afetiva entre três ou mais pessoas, podendo estas serem homossexuais ou heterossexuais, não se restringindo a relação apenas ao âmbito sexual, mas também há um verdadeiro envolvimento afetivo dos conviventes. Assim, por se tratar de uma união que não apresenta qualquer impedimento, considera-se que os envolvidos na relação possuem os mesmos direitos dos companheiros na união estável, uma vez que se equiparam em suas semelhanças.

Frisa-se que a poliafetividade “admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, nas quais os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta” (GAGLIANO, 2008).

Ainda, cumpre enfatizar que:

Há o consentimento de todos os envolvidos, convivendo com o intuito de formar uma família, constituindo, assim, em conformidade com todos os princípios do direito de família e em analogia à união estável, uma entidade familiar (VIGO, 2017, p. 125).

Destarte, tendo em vista o pluralismo familiar apresentado, não há questionamentos a serem feitos diante das mudanças que ocorrem rotineiramente. Os relacionamentos nos tempos atuais são dinâmicos e mutantes, não sendo mais sábio afirmar que existe apenas um modelo de família.

2.3 A sociedade e a inovação: o posicionamento dos brasileiros perante os diversos tipos de famílias

Recentemente, a união poliafetiva vem tomando espaço na sociedade brasileira, causando certa divisão de opiniões entre a população.

Tal discordância causa diversos danos aos conviventes, afetando diretamente seus direitos fundamentais e da personalidade, ambos garantidos na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º. Assim sendo, com o devido respeito a estes direitos, bem como com a sua aplicação:

[...] propaga-se o respeito e a promoção dos direitos fundamentais e da personalidade, reconhecendo o ser humano como o âmago do ordenamento jurídico, dotado de dignidade, cujas escolhas, desde que observados preceitos de capacidade civil e manifestação de vontade entre as partes, precisam ser respeitadas. (TIZZO; BERTOLINI, 2018, p.96).

Como demonstrado acima, os direitos e garantias apresentados nas normas brasileiras devem ser respeitados e aplicados, independentemente da relação amorosa e afetuosa que o indivíduo estabeleça. Em que pese o preconceito predomine e não haja um grande aceite sobre a união poliafetiva, os conviventes continuam sendo sujeitos de direitos e deveres, como os cônjuges, o companheiro e a companheira.

As diretrizes estabelecidas pela Constituição Federal devem garantir de forma imediata os direitos e deveres dos envolvidos em uma relação familiar, especialmente a sua efetividade social, uma vez que deve ser averiguada se as normas lançadas no mundo normativo estão produzindo efeitos positivos a sociedade (MADALENO, 2013, p. 45).

Ressalta-se que, semelhante a união estável, o afeto não é o único requisito comprobatório, sequer suficiente para comprovar a união poliafetiva. Assim, como exposto por Lôbo (2008, pp. 60-61) “a família se forma pela conjunção dos elementos da afetividade, da estabilidade, da publicidade e da ostensibilidade”. Portanto, para que seja configurada a união poliafetiva, liga-se o afeto aos elementos elencados pelo autor, perpetuando, por fim, à união estável.

Ainda no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, decisões de grande relevância para o direito brasileiro, principalmente no âmbito do direito de Família e das Sucessões, o Ministro Luiz Fux abordou que se a aceitação da sociedade fosse unânime, haveria o combate ao preconceito, expondo que:

[...] 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 (BRASIL, 2011).

Assim, por ser um tema atual que gera grande impacto na população, a união poliafetiva não será aceita de um dia para o outro, tampouco será, desde logo, engrandecida pelos brasileiros.

O Judiciário brasileiro vem atuando de forma positiva no que concerne ao reconhecimento das uniões poliafetivas, uma vez que em diversos países a aceitação dessas uniões, principalmente pela população, por vezes, advém de uma questão cultural, não sendo objeto de repúdio. Na Suécia, por exemplo, a família poliafetiva, aos poucos, está deixando de ser um tabu para se tornar algo comum, já que as pessoas estão mais abertas para compreender novas formas de viver em família, conforme depoimento de uma sueca que uniu-se a dois homens, em entrevista para um telejornal de Estocolmo (WALLIN, 2014).

A maior barreira a ser enfrentada é a opinião e a repulsa da sociedade diante do novo. É comum os noticiários trazerem, de maneira aberta, notícias sobre os progressos do direito brasileiro, bem como suas conquistas. Embora tais divulgações causem euforia na sociedade, exprime-se que:

Hoje em dia, a nossa legislação e o nosso Judiciário entendem como entidade familiar a família monoparental, a família anaparental, a família mosaico, a família unipessoal (decisão do STJ), a união estável, agora, depois da decisão histórica do STF, sem mais distinção entre homo e hétero, filiação por afetividade, entre outras. Ou seja, a base mestre dessas relações deverá ser o afeto (LEITÃO, 2012).

Porém, mesmo com as diversas decisões que tentam, de forma contínua, sanar todo preconceito, muitas pessoas ainda não estão totalmente abertas para o novo, principalmente os que cultivam apenas o que é tradicional. Diante disso, muitos preferem que as pessoas mantenham relacionamentos tradicionais, mas infelizes, do que procurar sua satisfação e felicidade em outro relacionamento, não importando se este for heterossexual, homossexual ou até mesmo o poliamor.

O objetivo central das novas entidades familiares é que a relação entre as pessoas vai muito além de laços sanguíneos, uma vez que a família tem também se tornado uma união de afetos, com comprometimento em garantir o bem-estar dos componentes, além da felicidade geral (LIMA, 2016).

O IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, responsável pela divulgação dos censos, que obtém diversas informações fundamentais para a população brasileira, apontou que:

[...] a maioria no País é de famílias formadas por duas ou mais pessoas com laços de parentesco (87,2%), mas há também os que vivem sozinhos (12,1%) e as pessoas que moram juntas sem nenhum laço de parentesco (0,7%). Os números apontam algo que os brasileiros já conhecem bem: famílias se formam quando há vontade de duas ou mais pessoas permanecerem juntas (LIMA, 2016).

Ainda no artigo produzido por Lima (2016), a psicóloga e doutora em Ciências Sociais Sueli Cabral, explica que os novos arranjos familiares são fruto de um processo natural e inevitável, devendo a sociedade no geral recepcionar tais famílias, para que não haja problemas com o convívio e a interação social. Explica ainda que é por essa razão que as leis são alteradas ou criadas constantemente, para que a sociedade passe a aceitar estas novas entidades e sanar toda intolerância.

Sabe-se portanto, que a igualdade, a qual antes era apenas deferida aos que mantinham uma relação advinda do matrimônio, pôde se estender as demais entidades familiares, posto que “a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para que merecer tratamento igualitário nas relações afetivas [...]” (LISBOA, 2004, p.47).

Estamos diante do Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição Federal de 1988 que, mesmo sendo criada a muitos anos atrás, esteve à frente do seu tempo, reunindo direitos que antes não eram garantidos.

Todavia, mesmo não abrangendo todos os tipos de famílias que existem atualmente, a Constituição não proibiu a existência de outras, como preconiza Lisboa (2004, p. 45):

O simples fato de o constituinte ter se limitado a prever três categorias de entidades familiares não pode se constituir numa proibição de reconhecimento de outras entidades familiares, já que o ordenamento jurídico, ao regular determinadas categorias [...] não excluiu a possibilidade da existência de outras.

Pelo exposto, a família poliafetiva é considerada como um exemplo de uma nova categoria de entidade familiar, onde “faz-se necessário reconhecer que se trata de pessoas que, por algum motivo, se reúnem ou reuniram formando um núcleo poliafetivo e que estariam a mercê do que construíram” (TIZZO; BERTOLINI, 2018, p. 101). Estariam a mercê por não haver perspectivas futuras, uma vez que a relação formada não possui o reconhecimento devido, tampouco garante direitos aos conviventes.

Ainda é um desafio para os legisladores e doutrinadores brasileiros tratarem do assunto de maneira aberta, sem que haja divergência de posicionamentos.

Para que se possa garantir aos conviventes os direitos e garantias, principalmente na união poliafetiva, é preciso entender que, antes de tudo, existem pessoas envolvidas na relação, as quais são dotadas de capacidade, autonomia, liberdade e dignidade (TIZZO; BERTOLINI, 2018, p. 107).

Por esta razão, como o Estado já passou a aceitar a união homoafetiva, há de se travar também uma luta para que a poliafetividade seja reconhecida da mesma maneira, uma vez que os próprios envolvidos na relação estão de comum

acordo, demonstrando a autonomia da vontade e caracterizando a relação de afeto que existe entre eles.

Assim, não havendo qualquer violação a autonomia de qualquer terceiro alheio a relação, tampouco danos, fica evidente que não há justificativas plausíveis a serem usadas para impedir o surgimento de novas entidades familiares, como a união poliafetiva (BARROSO, 2013, pp. 105-106).

O Estado, portanto, não pode fechar os olhos para os anseios de grupos que, mesmo menores, estão lutando por espaço em uma sociedade que está em constante transformação. Se a legalidade atingiu as famílias formadas por casais homossexuais, tão logo alcançará as famílias poliafetivas.

Com a crescente pluralização familiar, Madaleno (2013, p. 40) entende que “o atual diagnóstico é de a moderna família suprimir algumas travas [...] para que a vida individual seja menos opressiva, para que se realizem as reais finalidades da família: de afeição e solidariedade, e de entrega às suas verdadeiras tradições”.

É digno que todas as famílias sejam respeitadas pelo seu tipo de constituição, não podendo haver, de forma alguma, tratamento diferenciado. Havendo o respeito, garantir-se-á a autonomia dos sujeitos envolvidos na relação, como também a sua liberdade de amar.

3. O DIREITO DAS SUCESSÕES COMO GARANTIA DE IGUALDADE PARA OS CONVIVENTES

O Direito das Sucessões abrange, dentre as várias matérias existentes no Código Civil de 2002, as consequências patrimoniais após a morte de uma pessoa. Nas palavras de Rizzardo (2008, p. 11) suceder “corresponde à transmissão do patrimônio de alguém que deixa de existir. [...] conceitua-se como herdar ou receber o patrimônio daquele que faleceu”.

Por esta razão, o presente capítulo irá tratar do procedimento sucessório, bem como as regras utilizadas para que ocorra de forma devida a divisão dos bens, uma vez que o patrimônio é um “conjunto de bens e de direitos. Podem ser móveis e imóveis, movente e semovente, dívidas e ônus” (LUCCHINI, 2016).

Desta forma, quando há a constatação de que o *de cuius* possui bens a serem inventariados e transmitidos aos herdeiros, há a incidência do direito das sucessões, para que os bens sejam transferidos aos herdeiros.

A análise da divisão dos bens após a morte de um dos companheiros na união estável será crucial para o estudo da sucessão na união poliafetiva, uma vez que ambas modalidades familiares são semelhantes em alguns aspectos.

Assim, sendo devidamente aplicado o direito das sucessões, haverá o alcance dos direitos fundamentais das famílias garantidos também aos conviventes na união poliafetiva.

3.1 Síntese do direito das sucessões e sua evolução no direito civil brasileiro

A história do direito das sucessões é tão antiga quanto a do direito de família. Ambos andam juntos até hoje, exceto nos casos em que o “*de cuius*” não deixou qualquer familiar, sendo a sucessão feita juntamente ao Estado.

Inicialmente, pode-se afirmar que o direito sucessório surgiu a partir do momento em que o homem reconhece a existência da propriedade privada. Por consequência, os bens adquiridos e mantidos durante uma vida inteira têm, por lógica, um destino certo: serem transferidos aos seus herdeiros ou a quem o *de cuius* determinar (DIAS, 2011, p. 25).

A obra “Cidade Antiga” de Fustel de Coulanges ⁵, retrata de forma simples como se dava a sucessão antes da existência das diversas leis que iriam surgir ao longo do tempo. Dentre as principais regras apresentadas em todo decorrer do Capítulo VII, destinado ao direito sucessório, uma sustentava que apenas o primogênito legítimo do casal era responsável pela sucessão testamentária do seu genitor, ora de cujus. A transferência dos bens do titular originário acontecia durante a celebração de um culto religioso.

De forma geral, a presença da religião era um fator tão relevante que intervia nas relações familiares e sucessórias. Cada vínculo familiar possuía seu patrimônio, bem como uma religião, que se dominava como culto familiar.

Desta forma, em uma passagem, Coulanges (1961, p. 61) explica que a religião, além de estabelecer crenças, regia também na transmissão dos bens:

[...] sendo a religião doméstica, como vimos, hereditária de varão para varão, o mesmo acontecia com a propriedade. Como o filho é a continuação natural e obrigatória do culto, também é herdeiro dos bens. Assim é que surgiu a regra da hereditariedade; ela não é o resultado de uma simples convenção feita entre os homens; ela deriva de suas crenças, de sua religião, do que há de mais poderoso sobre as almas.

Ainda, salienta-se que no direito antigo, apenas o filho herdava, uma vez que a religião não permitia herdeiras mulheres e, sendo a primogênita uma mulher, esta estaria impedida de herdar, uma vez que “a filha não é apta para continuar a religião paterna, pois ela se casa, e, casando-se, renuncia ao culto do pai para adotar o do esposo: não tem, portanto, nenhum título para herdar” (COULANGES, 1961, p. 63).

O segmento da sucessão só poderia continuar se houvesse homens. Então:

Se um homem, tendo perdido filho e filha, não deixava senão netos, os filhos de seu filho herdavam, os de sua filha não. Na falta de descendentes, tinha por herdeiro o irmão, e não a irmã; os filhos do irmão, e não os da irmã. Em falta de irmãos e de sobrinhos, era necessário remontar à série dos ascendentes do defunto, sempre na linha masculina, até que se encontrasse um ramo que se houvesse destacado da família por um varão; depois, tornava-se a descer por esse ramo de varão a varão, até que se encontrasse um homem vivo: este era o herdeiro (COULANGES, 1961, p. 66-67).

⁵ COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. E-Book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 13 de set. de 2018.

Ainda, nos casos em que o de cujus deixasse apenas uma filha, haveria a adoção de um filho homem, mas desde que esse aceitasse se casar com a primogênita. Ou, por outro viés, antes do falecimento o de cujus poderia, por testamento, transmitir todos os seus bens a um parente mais próximo, mas também com a condição de que se casasse com a filha, tornando-se esta herdeira por seu intermediário marido (COULANGES, 1961, p. 65).

Portanto, o patrimônio não poderia, de maneira alguma, ser transmitido as mulheres, uma vez que estas eram consideradas inaptas a herdar. Assim, os antigos povos tomavam tais decisões para que o patrimônio do de cujus não fosse *res delicta*, ou seja, sem um dono homem.

Neste viés, entende-se que o núcleo familiar no direito sucessório, em todos os períodos, influenciava no modo de divisão dos bens, uma que vez após um bem ser apropriado, este continuava em poder de quem se apropriou e, tão logo o falecimento do proprietário, se transmitia aos herdeiros. A transmissão ocorria porque os direitos patrimoniais adquiridos não poderiam ser partilhados, já que pertenciam à entidade familiar, ou seja, os bens se mantinham na família, não podendo transmiti-los a terceiros (DIAS, 2011, p. 27).

O Código de Hamurabi, datado aproximadamente de 2.000 anos antes de Cristo, abrangia diversas questões acerca da convivência na sociedade, bem como sobre as relações familiares existentes nos povos da Assíria, da Judeia e da Grécia (BIAZZO FILHO, 2013).

Em suma, o código supracitado possuía diversos itens que tratavam das relações familiares e sua conseqüente sucessão, sendo que os bens eram divididos de acordo com o parentesco ou pelo livre arbítrio do patriarca, já que este poderia eleger um filho preferido para receber os bens então deixados. Exemplo disso é o item 180 do Código⁶.

Séculos depois, houve a criação do Código de Manu pelos sacerdotes, os quais utilizaram-se das leis para responsabilizar os deuses de alguma forma, com o único intuito de se esquivarem de obrigações e punições.

⁶ 180: Se um pai não faz um donativo a sua filha núbil ou meretriz e depois morre, ela deverá tomar dos bens paternos uma quota como filha e gozar dela enquanto viver. A sua herança pertence a seus irmãos (MESOPOTÂMIA, Código de Hamurabi. Disponível em: <https://www.suapesquisa.com/mesopotamia/codigo_hamurabi.html>. Acesso em: 13 de set. de 2018).

No que concerne ao direito das sucessões, o referido código estabelece a supremacia do primogênito, sendo a este transmitido, além dos bens, deveres de caráter religioso. Tratava-se, portanto, de uma sucessão tradicionalista, porquanto “não havia espaço para a sucessão testamentária, haja visto que o patrimônio não podia ser disponibilizado pelo patriarca da forma que bem entendesse [...]” (BIAZZO FILHO, 2013).

Quanto ao direito das sucessões na Grécia antiga, não há muitas mudanças do que era estabelecido em outras épocas. A linha de sucessão preferia como herdeiro o primogênito homem, sendo que, se o de cujus deixasse apenas uma herdeira mulher esta, desde já, deveria casar-se com o parente mais próximo.

Neste sentido, Grivot (2014, p. 128) acentua que houve a instituição do “epiclerado”, o qual consistia:

Na circunstância pela qual, não havendo herdeiros homens, cabia à filha que sucederia na linha paterna a obrigação de casar-se com o mais próximo dos parentes agnáticos do seu pai, para, assim, gerar um descendente da mesma estirpe, considerado para fins jurídicos e religiosos filho do avô materno (pai da epiclera) e que nesta qualidade continuaria seu culto doméstico do sua herança logo que atingisse a maioridade.

Nada obstante, o uso do testamento não era aceito quando o *de cujus* havia deixado filhos. Todavia, salienta-se que os ascendentes não herdavam de seus descendentes e, nos casos em que o de cujus não houvesse deixado sequer filhos, tanto homens como mulheres, os bens seriam herdados pelos parentes colaterais (SANTOS, 2007).

No direito romano o sucessor, além de substituir o falecido nas relações jurídicas decorrentes das obrigações patrimoniais que iria administrar, também substituíria aquele nas relações que não diziam ao patrimônio, como nas relações religiosas e no segmento dos cultos domésticos. Essa continuação se dava pelo fato de que o direito da propriedade não poderia acabar, uma vez que a religião influenciava fortemente o seguinte pensamento descrito por Venosa (2005, pp. 19-20):

[...] o direito de propriedade estabeleceu-se para a efetivação de um culto hereditário, razão pela qual não se podia extinguir pela morte do titular. Deveria sempre haver um continuador da religião familiar, para que o culto não se extinguísse e, assim, continuasse íntegro o patrimônio.

Em continuidade a este pensamento, Coulanges (1961, p. 61) ressalta que “o lar não deve extinguir-se, nem o túmulo deve ser abandonado. Com a continuação da religião doméstica, o direito de propriedade também permanece”.

Para os romanos, a sucessão testamentária era regra e tinha papel importante, uma vez que estes acreditavam que “a morte sem sucessor traria infelicidade aos mortos” e, por consequência, acarretaria na extinção do lar (VENOSA, 2013, pp. 02-03).

Ainda, diferentemente dos povos gregos, os romanos admitiam que houvesse sucessão através do testamento também para o falecido que deixara filhos vivos. Cumpre salientar que não havia em Roma limitações para herdar de acordo com os graus de parentesco. Era permitida a adoção de um herdeiro para que se perpetuasse a família (DIAS, 2011, p. 27).

Na Idade Média, a transmissão dos bens continuou na linhagem masculina, sendo o filho homem e mais velho a quem o genitor falecido transmitia seus títulos e bens, para que todo patrimônio estivesse seguro (RICARDO, 2017).

Tal período não fugiu muito das regras anteriormente impostas, uma vez que, tanto na legislação quanto no costume, segundo Giacomini (2017) “as disposições tomadas tratam do bem de família, do interesse da linhagem”.

Além disso, destaca-se que o direito das sucessões na Idade Média não mais reconhecia a figura do pater, que era utilizada na Roma antiga. Dessa vez, o homem, ora genitor, não era mais considerado como o chefe da família, tampouco o único proprietário dos bens. Houve a mudança do papel do homem de chefe para administrador familiar, sendo de sua responsabilidade o cuidado com a propriedade e a defesa de sua família. Os bens, por sua vez, passaram a ser considerados como da família, não mais do indivíduo (GIACOMINI, 2017).

Para a época, dentre outras, a maior riqueza da família com relação a bens materiais seria o bem fundiário. Este era responsável pela obtenção de renda da família, a qual fazia os plantios e suas respectivas colheitas. A terra não poderia sequer ser vendida, mesmo que a família estivesse passando por dificuldades. Com a morte do genitor, a terra e os demais bens eram transmitidos a unidade familiar. Porém, raramente isso ocorria, ficando de competência do filho mais velho a reunião e administração de tais bens (GIACOMINI, 2017).

Quanto a influência da sucessão no processo sucessório e a utilização do testamento, Biazzo Filho (2013) salienta que:

Há valorização da religião e a legitimação das ações em torno dela, inclusive as ações do soberano, representante de Deus na terra e herdeiro de seu reino. O direito volta a ter contornos sagrados, agora dentro da perspectiva cristã católica. [...] O testamento volta a ser privilegiado especialmente, estimulando-se a inclusão da Igreja como herdeira ou legatária.

Com a chegada do século XVIII e com ele as Revoluções, houveram modificações significativas no que se refere ao direito das sucessões, uma vez que aquelas auxiliaram no estudo dos fenômenos sociais ocorridos na época (BIAZZO FILHO, 2013).

O surgimento dos pensadores na época fez com que estes começassem a questionar o papel da religião nas relações familiares e sucessórias, afim de que se pudesse desvencilhar uma das outras.

Nesta perspectiva:

No que tange especificamente ao direito das sucessões, essas novas concepções sociais, políticas e econômicas em muito influenciaram, na medida em que a sociedade buscou afastar as ingerências religiosas na vida humana, além de começar a procurar a evitar diferenciações que pudessem pôr a pique o postulado da igualdade. Tudo isso culmina com a diminuição considerável dos privilégios advindos da primogenitura, além da diferenciação entre filhos homens e filhas mulheres (BIAZZO FILHO, 2013).

Para marcar as mudanças sociais e políticas, Ricardo (2017) ensina que na França, no ano de 1804, houve a aplicação da igualdade sucessória, ao expor que:

[...] o titular de uma herança e propriedade era imediatamente herdeiro seja ele homem ou mulher, sem nenhuma distinção de raça, cor e sexo, onde a linha hereditária inicia-se com os herdeiros descendentes; ascendentes e colaterais privilegiados e na ausência destes a linha sucessória se dá a partir dos sucessíveis, seja estes filhos então tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado.

Além da modificação dos herdeiros que passariam a ser sucessores, haja vista que fora colocada em prática a igualdade entre homens e mulheres na aptidão para suceder, houve também o acréscimo de outros bens a serem partilhados após a morte.

Dentre tais bens, acentua Biazzo Filho (2017) que, com a Revolução Industrial e a Revolução Francesa, houve o desenvolvimento da mão de obra e dos outros meios de produção, onde os quais:

[...] acabaram dando origem a outra questão importante para o direito sucessório: a possibilidade de suceder, não somente na propriedade bens imóveis e móveis convencionais, mais comuns naquela época, como também a extensão da possibilidade de sucessão dos bens de propriedade industrial.

As Revoluções e transformações ocorridas entre os séculos XVIII e XIX foram de extrema importância não só para o direito mundial, mas também para o direito brasileiro. Com o nascimento do século XX, vieram novos entendimentos sobre as diversas esferas que o direito trata, principalmente no que se refere ao direito das sucessões. Fora nesta época que houve o surgimento do Código Civil de 1916 e da Constituição Federal de 1988.

O primeiro, por sua vez, estabelecia regras que eram revolucionárias para a época, porém, nada muito diferente dos regramentos dos países nos anos passados.

Como no Código Civil de 1916 havia apenas o reconhecimento da união constituída através do casamento, não se admitia que houvesse o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento. Por tais razões, estes, chamados até então de “ilegítimos”, não tinham algum direito sucessório com relação ao genitor ou genitora que viesse a falecer (Dias, 2011, p. 28).

Ainda, havia a possibilidade de adoção de pessoas maiores de idade e estes só participariam da sucessão do seu adotante se este não tivesse filhos biológicos. Neste viés, Dias (2011, p.28), ao supor que nascesse prole após a adoção, para que não houvesse certa injustiça, “o adotado recebia metade do quinhão a que fazia jus o sucessor “legítimo””.

O concubinato não era admitido no Código Civil de 1916, mesmo que os membros da relação fossem solteiros ou separados. A concubina ou concubino não tinha direitos sucessórios, no entanto, a jurisprudência da época prestava uma indenização pelos serviços domésticos prestados ao falecido enquanto este estava vivo (DIAS, 2011, p.28).

No que diz respeito apenas à relação conjugal, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, uma vez que, antes dele, haviam os descendentes

e os ascendentes a suceder, motivo pelo qual poderia ser afastado do processo sucessório pela via testamentária. Via de regra, eram chamados a suceder, primeiro, os descendentes e, na falta destes os ascendentes ou, sobrevivendo apenas o cônjuge sobrevivente, este receberia a totalidade da herança sendo o terceiro na linha sucessória (VENOSA, 2003).

Porém, o cônjuge viúvo tinha proteção legal ao direito real de habitação, com o montante da herança deixada pelo de cujus, mas a ele deveria ser assegurado pelo menos a sua residência familiar (VENOSA,2003).

Anos mais tarde, depois de diversos acontecimentos que influenciaram nas modificações das codificações, houve a promulgação da Constituição Federal no ano de 1988.

Esta, por sua vez, no artigo 5º, incisos XXII e XXX⁷, estabeleceu que o Estado deveria assegurar a todas as pessoas a possibilidade de transferir seus bens aos respectivos herdeiros, por entender que a família é um bem a ser tutelado, uma vez que é considerada a base da sociedade.

Neste viés, Bittencourt (2007) acentua a importância da sucessão, já que:

No Brasil, em razão da sociedade capitalista, a propriedade privada é o fundamento do direito sucessório, uma vez que este consagra a possibilidade do indivíduo acumular riquezas durante a vida, para após a morte transmiti-las a seus sucessores [...].

Anos mais tarde, com a vinda do século XXI e das diversas mudanças que a sociedade sofreu neste lapso de tempo, houve a criação do novo Código Civil, no ano de 2002.

Este, entretanto, estabeleceu normas mais abrangentes, as quais puderam ser consideradas mais igualitárias, tanto na meação quanto na sucessão. Agora, o cônjuge sobrevivente se torna herdeiro necessário, deixando de ser considerado facultativo.

Neste sentido, Policastro (2013) explica de forma simples como restou o procedimento sucessório nos seguintes termos:

[...] se os cônjuges eram casados no regime de comunhão universal, o cônjuge sobrevivente não participa como herdeiro necessário do falecido porque estará patrimonialmente garantido em razão da meação decorrente do próprio regime da comunhão; se o regime era de separação obrigatória de

⁷ Artigo 5º, XXII e XXX, da CF/88: XXII - é garantido o direito de propriedade [...] XXX - é garantido o direito de herança;

bens, o cônjuge sobrevivente somente será considerado herdeiro do falecido se este não tiver deixado descendentes e ascendentes; se os cônjuges eram casados no regime de comunhão parcial e o cônjuge falecido não tiver deixado bens particulares, o cônjuge sobrevivente não será herdeiro, mas terá garantida a sua meação, uma vez que meação, como esclarecido, não é herança mas participação nos bens comuns em razão do regime de casamento; se os cônjuges eram casados no regime de comunhão parcial e o cônjuge falecido tiver deixado bens particulares e filhos, o cônjuge sobrevivente terá a sua meação sobre o patrimônio formado durante o casamento e participará como herdeiro nos bens particulares juntamente com os outros herdeiros necessários, mas não participará da meação do falecido, a qual será partilhada, apenas, entre os outros herdeiros necessários.

Quanto ao testamento, este continua existindo, podendo qualquer pessoa em vida dispor da totalidade ou de parte dos seus bens depois da morte. Porém, o código traz uma ressalva, a qual dispõe que se o de cujus tiver deixado herdeiros necessários, filhos, pais e o cônjuge, deverá “deixar reservada parte correspondente a metade da herança para aqueles herdeiros. Essa parte é chamada legítima”. No mais, a outra metade, a qual será chamada de disponível, “o testador poderá dispor livremente em favor de quem ele quiser, herdeiro ou não herdeiro” (POLICASTRO, 2013).

Desta forma, sendo analisado todo o caminho percorrido pelo direito das sucessões durante os séculos, nota-se que este sofreu diversas mudanças, consideradas positivas. Porém, com as discussões recentes acerca da sucessão do companheiro e a sua igualdade com a do cônjuge, se torna necessário dispor as regras vigentes da sucessão *post-mortem* e como ela pode influenciar na sucessão entre os conviventes na união poliafetiva.

3.2 Sucessão *post-mortem*: as regras sucessórias utilizadas para divisão dos bens na união estável

O processo sucessório inicia após a morte de um indivíduo e, para que se este complete seu rito, é necessário o arrolamento dos herdeiros deixados pelo de cujus. Desta forma, com a junção da abertura da sucessão e dos herdeiros habitados, há a ideia de continuação dos projetos de vida deixados pelo falecido, pensamento este cultivado desde o nascimento do direito das sucessões.

Entretanto, ressalta-se que, muitas vezes, o de cujus não deixou herdeiros, tampouco testamento indicando a quem os bens deveriam ser transferidos. Por essa razão, entende-se que não há apenas o interesse privado na relação sucessória, mas

sim uma participação ativa do estado, uma vez que o patrimônio, ora sem herdeiro, será de sua propriedade (VENOSA, 2013, p. 04).

A herança que é transferida aos herdeiros é constituída de direitos, deveres e obrigações, podendo estes serem ativos e passivos. Os herdeiros sucessíveis, que receberão a sua quota parte da herança, são divididos em grupos, abrangendo os descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro e os colaterais até quarto grau, respectivamente (COELHO, 2011, p. 245).

Tais sucessores receberão sua parte da herança por sequência, havendo concorrência entre os descendentes ou ascendentes e o cônjuge ou companheiro, por exemplo, sendo reservado a cada um sua respectiva fração.

Porém, dentro da sucessão legítima, serão analisadas as regras sucessórias utilizadas para a sucessão do companheiro que convivia em união estável com o de cujus. Em que pese haver julgamento referente à inconstitucionalidade do artigo 1790, conforme será analisado posteriormente, será apresentada neste tópico a divisão dos bens diante o que dispõe o referido artigo.

À vista disso, antes de ser feita a divisão dos bens em que o companheiro meeiro concorre com os demais herdeiros, há o instituto da meação. Esta, por sua vez, é dada pela divisão dos bens adquiridos pelo casal durante a união, a qual fora findada pela dissolução ou pela morte.

Outrossim, Ferrari (2016) assegura que:

O ordenamento jurídico brasileiro criou, portanto, uma presunção absoluta de colaboração na aquisição de patrimônio entre os companheiros (assim como é no casamento), havendo também o direito à meação dos bens adquiridos por esforço comum daqueles que vivem em união estável.

Feita a meação, o companheiro passa a concorrer com os descendentes na primeira classe da ordem de vocação hereditária e, depois, com os ascendentes ou colaterais do de cujus (COELHO, 2011, p. 275).

Frisa-se que, antes de adentrar ao mérito, o artigo 1725 do CC de 2002 autoriza os companheiros a regularem suas relações patrimoniais através de um contrato escrito e, caso não haja o aludido documento, a relação será regida pela comunhão parcial de bens, nos termos da lei.

Desta forma, o artigo que disciplina o direito hereditário do companheiro sobrevivente é o 1790, do CC, sendo “a participação do convivente na herança sob a

modalidade de direito de propriedade e não mais como usufruto”. O caput do referido artigo deixa explícito que: “A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes [...]” (VENOSA, 2013, p. 153).

Destarte, se o companheiro concorrer com descendentes comuns, ou seja, filhos do casal, terá direito à parte da herança cabível a cada um deles, conforme expõe o artigo inciso I: “se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho” (BRASIL, 2002).

Se o companheiro concorrer com descendente ou descendentes exclusivos do falecido, aquele receberá de herança a metade da porção que cada descendente obter, ou seja, segundo explica Coelho (2011, p. 279):

Se o companheiro concorre com um filho exclusivo do falecido, fará jus a um terço da herança; se entra em concurso com dois filhos exclusivos, terá direito a um quinto; se concorre com três, sua quota hereditária será de um sétimo; e assim por diante.

Pertinente a isso, o inciso II exprime que: “se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles”.

Já o inciso III do referido artigo preceitua que, em suma, se o companheiro concorrer com outros parentes sujeitos à sucessão, ou seja, ascendentes e colaterais até o quarto grau, terá direito a um terço da herança (VENOSA, 2013, p. 154-155).

Por fim, o inciso IV, expõe que na ausência de parentes sucessíveis, como descendentes, ascendente e colaterais, o companheiro terá direito à totalidade da herança.

Há de se destacar que:

Não se pode falar numa isonomia. Claramente há uma deterioração da união estável em face ao casamento. Por fazer essas diferenciações, esta previsão fere gravemente a máxima da dignidade da pessoa humana, princípio basilar de todo nosso ordenamento jurídico atual, bem como a proibição ao retrocesso social [...] (VIGO, 2017, p. 124).

Neste sentido, entende-se que o companheiro possui desvantagens em comparação à sucessão do cônjuge, uma vez que este tem maior proteção legal e, em termos de convivência e construção familiar, cônjuge e companheiro se igualam, à medida que estabelecem um vínculo de união e respeito.

3.3 A garantia da dignidade da pessoa humana através do direito sucessório

O princípio da dignidade da pessoa humana está inteiramente atrelado às relações humanas. É de suma importância a sua aplicação para que haja, além da dignidade, a igualdade entre os indivíduos.

Considera-se referido princípio como um dos pilares de sustentação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, uma vez que, para alcançar o estado democrático de direito, deve haver a garantia da dignidade a cada membro de uma sociedade (PEREIRA, 2012, p. 114).

Tal princípio estabelece uma nova forma de pensar, tanto socialmente como juridicamente, já que influencia diretamente nas decisões judiciais e rotineiras. Neste sentido, Pereira (2012, p.115) cita:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

Por ser intrínseco ao ser humano, o princípio dignidade da pessoa humana passou a ser protegido pelos mais diversos ordenamentos jurídicos, os quais passaram a ampará-lo para garantir a cada indivíduo uma vida digna e justa.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 positivou referido princípio em seu artigo 1º, inciso III, assegurando que este é uma das bases da democracia, uma vez que dentro de sua abrangência, há a garantia de liberdade, autonomia e igualdade (VIGO, 2017, p. 101).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê também a aplicação da dignidade da pessoa humana, defendendo a liberdade como uma de suas máximas, expondo em seu artigo III que “todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoa” (PARIS, 1948).

Por estar devidamente exposto em textos legais e aplicado nas diversas relações sociais, não se aplica da devida forma a indignidade à um indivíduo, mesmo que pratique atos ilegais ou contra a moral e os bons costumes de cada sociedade. Dessa forma, não garantir a dignidade a uma pessoa é privá-la de exercer um direito fundamental.

Porém, é sabido que tal concepção não é adotada pela sociedade em geral. Por vezes, o impedimento do exercício da dignidade traz consigo a falta de inclusão social, a qual acarreta desigualdade e malefícios para a sociedade.

O direito de família e o direito das sucessões sofreram diversas mudanças ao longo dos anos para evitar deficiências nos ordenamentos jurídicos, para abranger de maneira mais igualitária e digna todas as pretensões da sociedade.

Desta forma, compreende-se que só haverá um processo sucessório conveniente quando as ideias de dignidade e inclusão social forem devidamente aceitas pela sociedade, começando pela aceitação dos diversos tipos de famílias que existem atualmente. Neste sentido, Pereira (2012, p. 120) dispõe que:

Uma sociedade justa e democrática começa e termina com a consideração da liberdade e da autonomia privada. Isto significa também que a exclusão de determinadas relações de família do laço social é um desrespeito aos Direitos Humanos, ou melhor, é uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Com efeito, Dias (2010, p. 12) cita que é “mister estabelecer analogia com as demais relações que têm o afeto por causa, ou seja, o casamento e as uniões estáveis”.

Há de se reconhecer que o afeto possui papel importante na caracterização das uniões poliafetivas, já que os indivíduos integrantes desta relação possuem o livre arbítrio de poder construir sua família da maneira que consideram mais benéfica. A intervenção estatal, por sua vez, pode prejudicar esta concepção, mas sabe-se que “negar-lhes essa validade seria negar o reconhecimento de todos os direitos no âmbito do direito de família e sucessório. A reticência negativa deste modelo familiar é proveniente de pré-conceitos e engessamento do pensamento” (VIGO, 2017, p. 121).

Entretanto, é necessário entender que ainda existem muitos paradigmas a serem quebrados para que haja a garantia da dignidade da pessoa humana à relação poliafetiva. Mesmo estando garantida a cada um dos conviventes, a relação em si não possui amparo legal, motivo que leva às grandes discussões existentes nos últimos anos.

De fato, os Tribunais pátrios ainda estão reticentes em reconhecer novos modelos familiares, principalmente os que mais são propensos a gerar críticas. Porém, é vital reconhecer que:

[...] negar esse reconhecimento é negar todos os direitos sucessórios aos envolvidos neste relacionamento; é cometer um atentado à dignidade dessas pessoas, é fechar-lhes os olhos e ignorar uma situação de fato e marginalizar essas pessoas, privilegiando uns em detrimento de outros, causando injustiças incalculáveis” (VIGO, 2017, p. 127).

À vista disso, se haver legalmente todo amparo necessário, principalmente garantindo a igualdade e a dignidade, o processo sucessório na união estável e no casamento passa a ser equiparado. Assim, com a homogeneização, se a união poliafetiva for devidamente equiparada a união estável, haverá então a sucessão igualitária e justa para os três meios de união, uma vez que se alinham e cumprem todos os requisitos necessários, principalmente no que tange ao intuito de constituir uma família e no vínculo afetivo existente entre os conviventes.

4 A SUCESSÃO ENTRE OS CONVIVENTES NA UNIÃO POLIAFETIVA

A sucessão nunca foi algo simples a ser resolvido. É notório que a divisão dos bens após o falecimento de um ente da família nem sempre se dá de forma amigável, tampouco justa.

Ainda, com o surgimento da discussão acerca da legalidade do reconhecimento da união poliafetiva, a sucessão passou a ser um assunto que merece atenção, uma vez que, mesmo se tratando de uma relação que envolve mais de três pessoas, há um futuro processo sucessório a ser aberto em virtude do falecimento de um dos conviventes.

Outrossim, para justificar a importância do processo sucessório igualitário, sabe-se que:

Os novos rumos adotados pelo direito de família, a ampliação do conceito de família, a valorização do afeto, o respeito à dignidade de cada um dos membros da instituição familiar, além do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no tocante às uniões homoafetivas, podem constituir fortes fundamentos que justifiquem a possibilidade de reconhecimento de “novas” uniões, considerando-se o livre exercício da sexualidade como integrante da condição humana (TIZZO; BERTOLINI, 2018, pp. 99-100).

Neste viés, é necessário entender quais são os meios necessários para garantir uma sucessão justa e igualitária aos conviventes, partindo da premissa de legalização da união poliafetiva, a ser oficializada como uma união estável, uma vez que ambas são semelhantes.

4.1 A aplicação do princípio da igualdade na sucessão poliafetiva

O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Ambos, ao serem aplicados, garantem ao indivíduo uma vida digna e a igualdade de tratamento, na medida de suas diferenças.

Neste viés, Vecchiatti (2011, p. 214-216) aponta os princípios fundantes do direito de família e das sucessões, dividindo o princípio ora estudado em dois aspectos: o formal e o material.

Ainda, o referido autor explica que, no seu aspecto formal, o princípio da igualdade se dá pela igualdade garantida por lei, “que determina a igual aplicação do

direito vigente a todos os indivíduos, sem consideração das características pessoais específicas dos cidadãos sujeitos à legislação a ser aplicada”. Já no aspecto material, o autor faz definição semelhante a feita por Aristóteles, indicando que:

Deve ser dado o mesmo tratamento jurídico aos indivíduos que se encontram em igual situação, ao passo que aos que se encontram em situação diversa deve ser dado um tratamento jurídico diverso, justamente em face da situação diferenciada em que se encontram.

Assim, a Constituição Federal de 1988 procurou abranger o referido princípio no caput do seu artigo 5º, o qual explana que:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Sustentado pela Constituição Federal de 1988, Vigo (2017, p. 104), apresenta o que segue:

A igualdade da qual trata a Constituição é uma igualdade lato sensu, no sentido de erradicar toda e qualquer diferença, seja de cunho religioso, racial, educacional, financeiro, sexual. Ele promove o bem de todos despido de todo e qualquer preconceito.

Destarte, entende-se que legalmente todos são iguais e possuem os mesmos direitos à vida, a liberdade de escolha, entre outras garantias. Porém, é notório salientar que, mesmo estando previsto em lei, o princípio da igualdade não é cumprido da devida forma. Sua violação é rotineira, principalmente no que concerne à luta de diversos grupos, vistos como minorias, os quais sempre procuram efetivar a garantia de direitos, uma vez que muitos deles são dados apenas a uma parte da população, não se estendendo a todos.

Neste viés, analisando essencialmente as uniões homoafetivas, compreende-se que, embora haja legalmente a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo, isso acaba não se estendendo às uniões poliafetivas, ainda que estas cumpram devidamente os requisitos básicos para a caracterização de uma união, como o afeto, a intenção de formar uma família e o conhecimento da sociedade da existência dessa relação.

A Constituição Federal de 1988 abrange uma sociedade plural, não fazendo distinção de cor, orientação sexual, etnia. Entende-se isso como um pluralismo social o qual, segundo Vecchiatti (2011, p. 221), se dá:

A partir do momento em que a Constituição consagra uma sociedade plural, isso significa que a Constituição reconhece e protege o direito de as pessoas viverem plenamente seus diferentes projetos de vida sem que totalitárias pretensões uniformizantes tenham qualquer respaldo constitucional.

Conseqüentemente, não há respaldo constitucional a tese aplicada pelos tribunais em não reconhecer a união poliafetiva como entidade familiar, já que através da aplicação da igualdade, não há qualquer impedimento para formalizar as uniões existentes, conforme será analisado no tópico 4.2.

Portanto, tal afirmação significa que, mesmo diante da negativa da sociedade em aceitar as uniões poliafetivas, por entender ser moralmente inaceitável e contrária ao grupo majoritário, não há condão jurídico-social que possa discriminar tal união (VECCHIATTI, 2011, p. 221).

Logo, a aplicação da igualdade também leva ao respeito a cidadania, pressupondo então o respeito às diferenças. Neste sentido, Pereira (2012, p. 163) perfaz o que seria o discurso correto da igualdade, explanando que:

Para se produzir um discurso ético, respeitar a dignidade humana e atribuir cidadania é preciso ir além da igualdade genérica. Para isso, devemos inserir no discurso da igualdade o respeito às diferenças. [...] A construção da verdadeira cidadania só é possível na diversidade.

Por não haver qualquer fundamento legal para o desrespeito ao princípio da igualdade perante às uniões poliafetivas, a partir do momento em que estas restarem devidamente reconhecidas e, conseqüentemente, os conviventes terem a liberdade de garantir os seus direitos a partir da elaboração de uma escritura pública destinada a esse fim, verifica-se que a sucessão do de cujus pode ser feita nos mesmos moldes da união estável, uma vez que ambas se equiparam pelas suas semelhanças no modo de constituição.

Assim, com os bens do de cujus divididos de forma justa, não há o que se falar em desigualdade. A garantia legal do reconhecimento da união poliafetiva traz diversos benefícios aos conviventes, uma vez que estes não precisarão mais viver na ilegalidade.

4.2 Escritura pública de contrato de união poliafetiva: análise dos votos favoráveis e parcialmente favoráveis no julgamento feito pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça

A Escritura Pública é utilizada por casais que vivem juntos e desejam oficializar a sua união estável. Esta, por sua vez, é regida pela informalidade, sendo possível a lavratura da referida certidão se comprovados os requisitos de publicidade do relacionamento, que deve ser contínuo e duradouro, além de ter o objetivo de constituir uma família (MESTRINER, 2018).

Neste viés, Silva (2018), explica que:

As escrituras públicas declaram que as relações entre três pessoas têm a natureza de entidade familiar, com o regramento da união estável e os respectivos efeitos jurídicos pessoais, como o dever de lealdade, e patrimoniais, como o regime da comunhão parcial previsto para o casamento (Código Civil, artigos 1.658 a 1.666). Também nos efeitos por morte é feita a equiparação à união estável (Código Civil, artigo 1.790).

Assim, na data de 04 de abril de 2016, fora distribuída uma ação perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual tramitou pelo número 0001459-08.2016.2.00.0000, tendo como pedido principal a proibição da lavratura de escrituras sobre “uniões poliafetivas”, bem como a expedição de provimentos, instruções ou recomendações aos serviços notariais do Brasil acerca da questão.

Atuou como requerente a Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS, em face do 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente, São Paulo, o Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã, também do Estado de São Paulo e o 15º Tabelionato de Notas, do Rio de Janeiro. A ação fora movida contra estes tabelionatos uma vez que, em anos anteriores a decisão proferida pelo CNJ, os cartórios formalizaram escrituras públicas de união poliafetiva.

Por não haver previsão legal até aquele momento que impedisse a realização da referida união, os tabelionatos acabaram por realizar a pretensão dos conviventes, uma vez que ao fazer a declaração garantiria eles os direitos das entidades familiares, equiparando a união poliafetiva à união estável.

A decisão final foi proferida no dia 29 de junho do corrente ano, na 48ª Sessão Extraordinária do pleito do Conselho Nacional de Justiça, sendo apresentados

cinco votos pautados na procedência da ação, quatro na parcial procedência e apenas um na improcedência total dos pedidos pleiteados pela Associação.

Desta forma, a ementa da decisão dos referidos autos apresentou os pontos divergentes e que foram objeto para o deferimento dos pedidos feitos pela ADFAS, como segue:

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 sobrevindas 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.

8. A sociedade brasileira não incorporou a “união poliafetiva” como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de tão importante a essa status 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 conseqüências 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.

(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) (BRASIL, 2018).

A partir da presente decisão, verifica-se que a visão da sociedade brasileira ainda influencia muito nas decisões, tanto nos tribunais pátrios quanto no próprio CNJ.

A Constituição Federal de 1988, como salientado na ementa, não limita os tipos de arranjos familiares, abrangendo as diversas entidades familiares que, por ventura, venham a surgir. Partindo dessa premissa, o CNJ entendeu que, caso haja um amadurecimento da sociedade para aceitar a união poliafetiva, poderá ocorrer uma nova apreciação da demanda, podendo a referida união ser disciplinada da forma pretendida pelos indivíduos que nela estão inseridos.

Assim, cumpre ressaltar o voto favorável à legalização da formalização da união poliafetiva, bem como os votos que seguiram, parcialmente, tal pensamento.

Salienta-se ainda que os Conselheiros que votaram na parcial procedência do pedido, pautaram suas justificativas no artigo 981 do Código Civil, o qual prevê que: “celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Destarte, entenderam que a escritura pública ou declaração ora tratada deveriam, meramente, garantir direitos obrigacionais entre os conviventes, excluindo os derivados do direito de família, direito das sucessões e do direito previdenciário.

Neste seguimento, o Conselheiro André Godinho, explanou seu apoio na possível expedição de declaração de união poliafetiva, dispondo que:

[...] Penso que a simples lavratura de escritura pública de “união poliafetiva” não viola data vênha 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 no foro próprio à *posteriori*. Portanto, é cabível no caso a utilização de, na qual o(s) comparecente(s) escritura declaratória manifesta(m) a sua vontade perante o Notário, que a materializa nos termos em que foram declarados [...]. (BRASIL, 2018).

Entretanto, o Conselheiro acrescentou que as escrituras públicas lavradas pelos tabelionatos ora requeridos nos autos, extrapolaram o caráter meramente declaratório, acrescentando que o referido documento garantiria aos conviventes direitos e deveres familiares, sucessórios e previdenciários entre eles (BRASIL, 2018).

O Conselheiro Aloysio Corrêa da Veiga reafirmou a importância de levar em consideração a Constituição Federal de 1988 e as legislações infraconstitucionais, sem utilizar-se de concepções religiosas, ideológicas ou políticas (BRASIL, 2018).

Salientou ainda que as relações poliafetivas sempre existiram, e que os tabelionatos ora requeridos na ação, apenas documentaram o que sempre existiu. Porém, em seu entendimento:

[...] 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 (BRASIL, 2018)).

Portanto, analisando o que fora exposto pelo Conselheiro, não há afronta a valores ou princípios, mas sim aos artigos citados, os quais se referem a entidades familiares formadas pela união de duas pessoas, não cabendo às uniões poliafetivas. Não se posicionou, portanto, a favor da caracterização de entidade familiar. Por tais razões, votou de tal forma apenas para que às Corregedorias Estaduais “proibam a lavratura de escrituras declaratórias de união poliafetiva, em que dela conste que se trata de constituição de entidade familiar” (BRASIL, 2018).

O Conselheiro Arnaldo Hossepian acompanhou as divergências apresentadas pelo Conselheiro Aloysio, tecendo das mesmas razões. A Conselheira Daldice Santana acompanhou as divergências dos conselheiros acima citados, porém, ao expor suas razões para a decisão parcialmente procedente, entendeu que

o poliamor poderia ser reconhecido como “ato negocial”, feito em cartório, sendo impossível reconhecer a união poliafetiva como entidade familiar (BRASIL, 2018).

Por fim, o Conselheiro Luciano Frota votou pela improcedência do pedido formulado pela Associação, ora requerente. Este, por sua vez, lembrou:

[...] 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 (BRASIL, 2018).

Por haver reconhecimento de uma união homoafetiva, e sabendo que o ordenamento jurídico brasileiro não tem total abrangência das diversas relações existentes, há a possibilidade de ser reconhecida a união poliafetiva como entidade familiar, já que esta possui os mesmos princípios de constituição de uma família formada por duas pessoas, do mesmo sexo ou não.

Ainda, defendeu que o artigo 226 da Constituição Federal não apresenta um rol taxativo de entidades familiares, uma vez que já foram reconhecidas as uniões estáveis entre pessoas homossexuais. Desta forma, por compreender que existe um rol exemplificativo de entidades familiares, frisou:

[...] 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 (BRASIL, 2018).

A partir deste argumento, entende-se que com as transformações constantes da sociedade não há motivos para que não haja a análise das demandas pertinentes às relações poliafetivas, já que o ordenamento jurídico brasileiro pode ser flexível e amparar este tipo de relação como fez com a união homoafetiva.

Fora ressaltado pelo conselheiro a importância da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual acarreta também a garantia da aplicação dos direitos da autonomia da vontade, à liberdade sexual e ao direito à intimidade (BRASIL, 2018).

Por pautar os benefícios que o reconhecimento da união poliafetiva traria aos conviventes quando houvesse a formalização da união e por destacar que as

uniões mais tradicionais não são as únicas entidades familiares existentes, tanto no Brasil quanto em diversos locais do mundo, o conselheiro postulou:

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 (BRASIL, 2018).

Seguindo a linha de pensamento, sempre considerando a existência dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, baseando seu voto no respeito e livre de quaisquer influências religiosas, políticas ou discriminatórias, o conselheiro apresentou voto favorável à formalização da união poliafetiva a partir da escritura pública, expondo de forma simples o que segue:

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** (BRASIL, 2018, p. 39) (grifo meu).

Após análise dos votos, é possível verificar que a discussão acerca da união poliafetiva ainda será abordada, principalmente nos tribunais pátrios quando for reconhecida sua formalização. É ainda um obstáculo a ser enfrentado, uma vez que esse tipo de relação sofre grandes prejuízos enquanto não houver o devido reconhecimento, tanto formal quanto social.

Inclusive, o conselheiro Alexandre (2018) destaca a importância da declaração da existência da união poliafetiva, esclarecendo que:

Declarar a sua inexistência, não a reconhecendo, reputará grande retrocesso para o direito das famílias. A busca da felicidade não pode ser cercada por dogmas patriarcais e religiosos. Frente à autonomia da vontade das partes, o Estado deve intervir o mínimo possível. Deve, sim, aceitar tal modalidade de união, sob pena de segregar direitos fundamentais às partes envolvidas.

O IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família se manifestou nos autos, apresentando o seu posicionamento favorável à improcedência do pedido feito, exteriorizando 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, da autêntica democracia, assegura a pluralidade de ideias, *conditio sine qua non* 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 (BRASIL, 2018).

O Colégio Notarial Brasileiro, que também apresentou seu parecer na demanda, se posiciona a favor da proteção da família, externando o papel da atividade e sua função no direito brasileiro:

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 (BRASIL, 2018).

Destarte, as concepções acerca da união poliafetiva ainda estão em estágio inicial, uma vez que a discussão é recente e ainda necessita de uma análise aprofundada. Porém, conforme exposto na decisão, a demanda relativa às uniões poliafetivas poderá ser reapreciada em momento oportuno e futuro, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro segue e ampara os anseios da sociedade.

Por esta razão, Polizio Junior (2017, p. 83) aduz que:

O reconhecimento da união plúrima, conferindo-lhes as mesmas garantias inerentes à relação estável e do casamento monogâmicos, não constitui um incentivo a essa espécie de composição familiar, mas sim na aplicação da isonomia entre as diversas formas pelas quais essa célula *mater* da vida social possa se manifestar; não é o Estado quem cria a instituição família, mas sim a sociedade, na medida em que seus indivíduos se unem por laços duradouros. Famílias oriundas de casais homo ou heterossexuais não podem possuir mais direitos que aquelas resultantes da pluralidade de membros.

No mais, sendo legal a união poliafetiva e havendo a formalização da união poliafetiva através do registro de escritura pública, esta será reconhecida como

entidade familiar e, por consequência, adquirirá direitos e deveres pertinentes às uniões estáveis, como os sucessórios, os quais serão apreciados em seguida.

4.3 A inconstitucionalidade do artigo 1790 do Código Civil de 2002 e a sua aplicabilidade na união poliafetiva

A realização escritura pública de união poliafetiva restou vencida após a decisão do Conselho Nacional de Justiça, o qual considerou que a relação que envolva três ou mais pessoas não pode ser reconhecida como entidade familiar, equiparando esta à união estável. Tal equiparação garantiria aos conviventes direitos e deveres que são aplicáveis a união estável, como os decorrentes do direito de família e das sucessões.

O artigo 1790 do Código Civil de 2002⁸ prevê a divisão dos bens no procedimento sucessório após o falecimento do convivente. Este foi objeto de demanda no Poder Judiciário, uma vez que, em sua antiga redação, o companheiro ou a companheira “nada herdava dos bens particulares do falecido e ainda concorria na herança dos bens comuns, com os parentes colaterais, a exemplo dos irmãos, sobrinhos, tios e primos, resguardada a ordem de vocação”, conforme explica Andrade (2018, p.110).

Ademais, o STF, em maio de 2017, após julgar os Recursos Extraordinários de números 646.721 e 878.694, entendeu que os companheiros deveriam ter um tratamento igualitário no que se refere aos efeitos sucessórios, reconhecendo a inconstitucionalidade do artigo ora citado.

Vale ressaltar que a referida decisão também se estendeu às uniões homoafetivas, já reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, o ementário trouxe a decisão nos seguintes termos:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável

⁸ Artigo 1790: 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:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança (BRASIL, 2002)

homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros.

1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hétero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011).

2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

(RE 646721, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-204 DIVULG 08-09-2017 PUBLIC 11-09-2017) (BRASIL, 2017).

A inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC fora declarada para que pudesse ser reconhecida a igualdade entre cônjuges e companheiros no procedimento sucessório. Não se trata da comparação do regime de bens, mas sim da equiparação que existe entre os dois tipos de união.

Segundo o que preceitua Andrade (2018, p. 125), o referido artigo:

Entra em desacordo com os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade na modalidade de proibição à proteção deficiente, da vedação ao retrocesso, à afetividade e à liberdade de constituir família.

Neste viés, como o artigo ainda não foi revogado pelo Poder Legislativo, a lacuna existente após a declaração de inconstitucionalidade, está sendo coberta pelo artigo 1829, também do CC⁹, que estabelece as regras da sucessão legítima e a ordem que deve ser seguida.

⁹ Artigo 1829: A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

Entretanto, mesmo após o entendimento desfavorável ao reconhecimento das uniões poliafetivas e a sua equiparação a união estável, garantindo a identidade de entidade familiar àquela, é necessário vislumbrar que tais relações continuarão existindo, mesmo sem o amparo legal.

A união poliafetiva respeita todas as características apresentadas pelo artigo 1723 do CC, o qual ressalta a importância de haver a convivência pública, que deve ser contínua e duradoura, além de ter como objetivo a constituição de uma família.

Neste contexto, a união poliafetiva, na medida em que for devidamente reconhecida pelos tribunais pátrios, terá seu direito garantido no que concerne aos direitos sucessórios. Assim, como se trata de uma nova relação, formada por mais de duas pessoas, não haverá o instituto da meação, mas sim o da triação, a qual propõe que “se transmuda para atender à necessidade específica deste tipo de relacionamento, constante da terça parte dos bens adquiridos na constância da conjugalidade, respeitando-se, desta forma, o princípio da igualdade” (VIGO, 2017, p. 125).

Há de se ressaltar que a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça ainda é recente e que, por ventura, pode sofrer alterações caso haja outras demandas com o mesmo fulcro. Do mesmo modo que as uniões homoafetivas foram reconhecidas e possuem direitos sucessórios agora igualitários, as uniões plúrimas também poderão ter tal pretensão alcançada na medida em que as discussões acerca delas forem mais abordadas e vistas como uma relação apta para ser amparada pelo direito de família e o direito das sucessões.

No mais, Vigo (2017, p. 127) acentua que “a sucessão transmudada em triação deve ser reconhecida e amplamente aplicada a fim de garantir todos os direitos a todos os envolvidos na relação e, assim, garantir a igualdade e a dignidade de todos”.

Porém, é necessário lembrar que:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais (BRASIL, 2002).

A meação é a metade ideal do patrimônio em comum assegurado ao cônjuge ou companheiro, de acordo com o regime de bens adotado, ou seja, cada regime de bens apresenta uma forma específica para delimitar os bens que se comunicam ou não, para efeitos de meação [...] (CUNHA, 2016).

Portanto, a triação “consiste na partilha dos bens comunicáveis entre os envolvidos da relação simultânea, resultando em 1/3 do patrimônio para cada um [...]”, seja pelo fim do relacionamento ou pela morte de um dos conviventes (CUNHA, 2016).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi o pioneiro nesta temática. Em 03 de dezembro de 2009, no julgamento da Apelação Cível de número 70033154303, reconheceu a aplicação da triação quando fora verificada a existência de uma união formada por três pessoas, sendo que estabeleceu:

APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO. CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO DE BENS. A prova dos autos é firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o apelado em período concomitante ao casamento do companheiro. Reconhecimento de união dúplice paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO) Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o companheiro. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de vínculos familiares. A inconformidade recursal, no que toca à cautelar de busca e apreensão dos bens móveis, fica prejudicada em razão do reconhecimento do direito da apelante na forma de crédito a ser apurado em liquidação de sentença. DERAM PROVIMENTO, POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70033154303, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 03/12/2009) (BRASIL, 2009).

Entretanto, mesmo havendo uma decisão proferida há cerca de 13 anos tratando do tema, Andrade (2016) preceitua que:

Apesar de existirem alguns posicionamentos jurisprudenciais acerca do tema, conforme analisado, a triação de bens não é aplicada de forma unânime na justiça brasileira. A ausência de uniformidade é tamanha, que somente no ano de 2013, oito anos após a publicação da decisão pioneira do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Tribunal de outro Estado brasileiro decidiu se posicionar em sentido favorável à triação.

Mesmo que o primeiro objetivo da união poliafetiva seja assegurar o seu reconhecimento no ordenamento jurídico, é necessário pensar nos efeitos sucessórios que dela poderão ocorrer. O direito brasileiro deve acompanhar a evolução da sociedade e garantir a todos o bem-estar e condições dignas às pessoas, para que estas alcancem a plena felicidade. Partindo da premissa de que este tipo de relação

será reconhecida no futuro, sabe-se que será um grande avanço e que não serão mais negados os direitos pertinentes aos conviventes.

Diante da negação aos direitos que deveriam ser garantidos aos conviventes na união poliafetiva, para que haja sua devida aplicação, é imprescindível “que haja a supressão da inércia legislativa em reconhecer e atribuir efeitos às relações de poliamor, evitando injustiças e fragilização do relacionamento familiar, ante a insegurança jurídica de seus membros” (ANDRADE, 2016).

Por esta razão, é fundamental que hajam novos entendimentos nos Tribunais de Justiça do país e também dos tribunais superiores, uma vez que “estes também não podem ser imparciais, conservadores e pessoais perante casos de poliafetividade, tendo em vista sua função de ser, acima de tudo, justo!” (VIGO, 2017, p. 128).

Desta forma, havendo a garantia de seus direitos patrimoniais, o convivente não sairá da relação desamparado, tampouco terá que comprovar sua relação com o de cujus. Por fim, há a necessidade de que sejam alteradas ou até mesmo criadas normas que possam abranger a união poliafetiva, para garantir da forma devida os direitos pertinentes aos companheiros na união estável.

Havendo o reconhecimento da união poliafetiva, a equiparação dela à união estável, bem como a sua admissão como entidade familiar, haverá, portanto, os direitos sucessórios garantidos de pleno aos conviventes.

5 CONCLUSÃO

Por meio do estudo realizado neste trabalho de conclusão de curso, restou evidenciado que o direito de família está em constante evolução, uma vez que as decisões tomadas pelos tribunais pátrios nos últimos anos estão cada vez mais inovadoras e atentas ao desenvolvimento, bem como a evolução da sociedade.

Um dos elementos que revolucionaram o Direito de Família é o afeto, o qual se faz presente não apenas no casamento e na união estável, mas também em outros institutos como a filiação, tutela, adoção. Dentre as mais variadas formas de se demonstrar o afeto uma vem chamando a atenção da sociedade, eis que colide com os padrões culturais ocidentais e, conseqüentemente brasileiros.

A união poliafetiva traz para a relação afetiva mais de duas pessoas, relativizando a monogamia como princípio do Direito de Família e, ao mesmo tempo, prestigiando a autonomia e a dignidade dos integrantes deste arranjo familiar.

Todavia, a monogamia é tida pelos Tribunais Superiores como um dos pilares da estrutura familiar brasileira, repelindo efeitos jurídicos na formação de famílias paralelas e, conseqüentemente, da relação de mais de duas pessoas concomitantemente. Na mesma linha, o Conselho Nacional de Justiça acabou vedando a confecção de escrituras públicas de união poliafetiva, entendendo que o Estado não pode chancelar esta união e que a sociedade não se encontra madura o suficiente para lidar com as questões advindas do poliamor.

Contudo, este árduo caminho já foi trilhado por outros institutos ora consolidados, como o divórcio e a própria União Estável, de modo que, com o passar dos anos, as demandas referentes aos direitos dos conviventes nas uniões poliafetivas podem acarretar na visão dos Tribunais uma mudança no paradigma da monogamia.

Assim, quando as uniões poliafetivas tiverem seu devido reconhecimento, como entidade familiar e equiparada às uniões estáveis, serão garantidas a dignidade e a igualdade, uma vez que se trata de uma união baseada principalmente no afeto e na intenção de formar uma família.

Partindo desta premissa, no momento em que um dos conviventes falecer, deverá ser feita a equiparação com as regras de regime de bens e direitos sucessórios aplicáveis à União estável, de modo a realizar a “triação” dos bens, assim como a

divisão do restante do patrimônio entre os sucessores, garantindo aos conviventes a divisão igualitária da herança.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Fernando Cruz. União Poliafetiva: Uma Análise de Sua Juridicidade em Face da Recente Mutação Constitucional no Conceito Jurídico de Entidade Familiar. **Revista Síntese: Direito de Família**. São Paulo, vol. 18, n. 106, p.111-130, fev./mar. 2018;

ANDRADE, Raissa Nacer Oliveira de. Efeitos Sucessórios Decorrentes da União Estável, após o Julgamento do RE 878.694 no STF. **Revista Síntese: Direito de Família**. São Paulo, vol.19, n. 109, p. 109-133, ago./set. 2018;

BARRETO, Luciano Silva. **Evolu o Histórica e Legislativa da Família: 10 Anos do Código Civil - Aplica o, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Série Aperfei amento de Magistrados**, Rio de Janeiro, vol. I, ano 13, p. 205-214, jan. 2012. Disponível em:

<http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_205.pdf>. Acesso em: 27 de jul. de 2018;

BARROS, Sérgio Resende de. **Traj t ria da família**. São Paulo, nov. 2003. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/trajetoria-da-familia.cont>>. Acesso em: 23 de ago. de 2018;

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a constru o de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 1  ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012;

BEVILÁQUA. Clóvis. **Direito de Família**. 7  ed. Rio de Janeiro: Rio, 1976;

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado por Clóvis Beviláqua**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Rio, 1973;

BIAZZO FILHO, João. **Histórico do Direito das Sucessões**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3639, ISSN 1518-4862, jun. 2013, p. 01-02. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24714>>. Acesso em: 14 de set. de 2018;

BITTECOURT, Ana Paula Nogueira. **Considera es acerca do direito sucessório brasileiro**: critica as solu es inovadoras do novo Código Civil Brasileiro em favor dos cônjuges, assim como as omissões relativas aos companheiros. Brasília, out. 2007. Disponível em:

<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3771/Consideracoes-acerca-do-direito-sucessorio-brasileiro>>. Acesso em: 16 de set. de 2018;

BORGES, Gabriella Carvalho. **Histórico do Direito de Família no ordenamento jurídico brasileiro**. Goiás, fev. 2017, p. 01. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56158/historico-do-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 30 de jul. de 2018;

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Certidão de Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva - Ilegalidade**. Brasília, jun. 2018, p. 01-52.

Disponível em:

<<https://www.jota.info/wpcontent/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf>>. Acesso em: 05 de out. de 2018;

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Segraf, 2015;

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Paris, dez. 1948.

Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 27 de set. de 2018;

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:** dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 30 de abr. de 2018;

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** institui o Código Civil. Brasília, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 de abr. de 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros [...].** Brasília, mai. 2017. Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARTIGO+1790+CODIGO+CIVIL%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yavelcf4>>. Acesso em: 09 de out. de 2018;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Supremo reconhece união homoafetiva [...].** Brasília, mai. 2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>>. - Acesso em: 30 de abr. de 2018;

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **União Dúplice. União Estável. Prova. Meação. "Triação". Prova do período de união.** Rio Grande do Sul, dez. 2009. Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70033154303%26num_processo%3D70033154303%26codEmenta%3D6025945+triacao%3A7%3A3o++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70033154303&comarca=Comarca%20de%20Caxias%20do%20Sul&dtJulg=03/12/2009&relator=Rui%20Portanova&aba=juris>. Acesso em: 09 de out. de 2018;

CASTILHO, Paula de Abreu Pirotta. **A Constituição Federal de 1988 e a família:** muitas variações para traduzir um mesmo conceito. In: **Âmbito Jurídico.** Rio Grande, vol. XVII, n. 129, out. 2014, p. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15281&revista_caderno=14>. Acesso em 02 de set. 2018;

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Família – Sucessões**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 5;

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. E-Book. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/cidadeantiga.html>>. Acesso em: 13 de set. de 2018;

CUNHA, Danielle. **Triação de bens**: Uma análise do poliamorismo sob a ótica patrimonial. **Jus Brasil**. Pernambuco, mar. 2016. Disponível em: <<https://daniellebcunha.jusbrasil.com.br/artigos/317193778/triacao-de-bens?ref=serp>>. Acesso em: 09 de out. de 2018;

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. **Portal Jurídico Investidura**. Florianópolis, ISSN 2318-1664, set. 2010. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em: 30 de ago. de 2018;

CUNHA, Tainara Mendes. **O Instituto da Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente após a Lei 12.010/2009**. **Conteúdo Jurídico**. Brasília, nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.34508&seo=1>>. Acesso em: 27 de jul. de 2018;

DIAS, Maria Berenice (Org). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

_____. **Manual de Direito de Famílias**. 3ª ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2006;

_____. **Manual das Sucessões**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011;

_____. **União homossexual**: Aspectos sociais e jurídicos. Porto Alegre, set. 2010, p. 01-12. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_653\)5__uniao_homossexual__aspectos_sociais_e_juridicos.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_653)5__uniao_homossexual__aspectos_sociais_e_juridicos.pdf)>. Acesso em: 02 de out. de 2018;

_____. **União homossexual**: o preconceito & a justiça. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009;

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier. **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação**. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande: ano XIV, n. 85, fev. 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019 >. Acesso em 02 de set. 2018;

DOMINGUES, Joelza Ester. **A família no Brasil colonial**. São Paulo, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.ensinarhistoriajoelza.com.br/familia-no-brasil-colonial/>>. Acesso em: 10 de mai. de 2018;

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito das Famílias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;

FERRARI, Renan Pereira. **A união estável e seus efeitos patrimoniais**. Criciúma: out. 2016. Disponível em: <<https://renanpereiraferrari.jusbrasil.com.br/artigos/396845339/a-uniao-estavel-e-seus-efeitos-patrimoniais>>. Acesso em: 23 de set. de 2018;

FREIRE, Kaíque. **Atuais Modelos de Entidades Familiares**. Belo Horizonte, abr. 2016. Disponível em: <<https://kaiquefreire3.jusbrasil.com.br/artigos/323450404/atuais-modelos-de-entidades-familiares?ref=serp>> Acesso em: 27 de jul. de 2018;

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Direito do(a) amante**: na teoria e na prática (dos Tribunais). Bahia, jul. 2008. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/64492/direitos-da-o-amante-na-teoria-e-na-pratica-dos-tribunais-prof-pablo-stolze-gagliano>>. Acesso em: 26 de abr. de 2018;

GIACOMINI, Bruno Sitta. **Noções históricas do instituto da sucessão**. Londrina, jun. 2017. Disponível em: <https://www.diritto.it/pdf_archive/28170.pdf>. Acesso em: 14 de set. de 2018;

GODINHO, Cleusa de Magalhães Carvalho. **Família “mosaico”**: famílias reconstituídas por pequenos “pedaços”: os meus, os seus e os nossos. Minas Gerais, abr. 2018. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/cleusa-magalhaes/artigos/familia-mosaico-4464>>. Acesso em: 30 de jul. de 2018;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias Reconstituídas: Novas Uniões depois da separação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

GRIVOT, Débora Cristina Hohenbach. Linhas gerais sobre o direito sucessório na antiguidade: do Egito ao direito romano. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Rio Grande do Sul, vol. 32, nov. 2014, p. 118 - 141. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/viewFile/69422/39176>>. Acesso em: 15 de set. de 2018;

GUEDES, Tcharlye. **Direito de Família**: o que mudou de 1916 até 2002? Belo Horizonte, fev. 2016. Disponível em: <<https://tcharlye.jusbrasil.com.br/artigos/305953203/direito-de-familia-o-que-mudou-de-1916-ate-2002?ref=serp>>. Acesso em: 27 de jul. de 2018;

LEÃO, Adisson; BORGES, João Paulo. O Código Civil de 1916: tão liberal quanto era lhe permitido ser. **Revista Brasileira de História do Direito**. Brasília, vol. 3, n. 1,

jan/jun. 2017, p. 01-20. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/historiadireito/article/view/1831/pdf>>. Acesso em: 10 de ago. de 2018;

LEITÃO, Fernanda de Freitas. **União Poliafetiva. Por que não?** São Paulo, out. 2012. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100129558/artigo-uniao-poliafetiva-por-que-nao-por-fernanda-de-freitas-leitao>>. Acesso em: 02 de mai. de 2018;

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito de Família**. Vol. 5. São Paulo: RT, 2004;

LIMA, Adriana. **Novos arranjos familiares refletem transformação da sociedade brasileira**: Muito além de laço sanguíneo ou morar sob o mesmo teto, família tem se tornado uma união cheia de afetos e compromisso com o bem-estar do outro. Novo Hamburgo, set. 2016. Disponível em: <https://www.jornalnh.com.br/_conteudo/2016/09/noticias/regiao/2000287-novos-arranjos-familiares-refletem-transformacao-da-sociedade-brasileira.html>. Acesso em: 16 de ago. de 2018;

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004;

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008;

LUCCHINI, Rebeca. **Direito das Sucessões**. São Paulo, fev. 2016. Disponível em: <<https://rebecalucchini.jusbrasil.com.br/artigos/308366854/direito-das-sucessoes?ref=serp>>. Acesso em: 01 de ago. de 2018;

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013;

MESTRINER, Ângelo. **A importância da escritura pública de união estável**. São Paulo, mai. 2018. Disponível em: <<https://angelomestriner.jusbrasil.com.br/artigos/579659267/a-importancia-da-escritura-publica-de-uniao-estavel?ref=serp>>. Acesso em: 04 de out. de 2018;

MILLET, Kate. **Sexual Politics (Políticas Sexuais)**. Traduzido por Alice Sampaio, Gisela da Conceição e Manuela Torres. London: Dom Quixote, 1970;

MORAES, Maria Celina Bodin. A nova família, de novo: Estruturas e função das famílias contemporâneas. **Pensar**. Fortaleza, vol. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago.2013;

PEGHINI, César. **A união homoafetiva como entidade familiar**. São Paulo, jun. 2017. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-uniao-homoafetiva-como-entidade-familiar>>. Acesso em: 27 de jul. de 2018;

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, vol. 5;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

POLICASTRO, Décio. **Sucessões e o novo Código Civil brasileiro**. São Paulo, abr. 2013. Disponível em: <<https://www.araujopolicastro.com.br/publicacoes/boletim-ap/sucessoes-e-o-novo-codigo-civil/>>. Acesso em: 18 de set. de 2018;

POLIZIO JUNIOR, Vladimir. **Possibilidade jurídica de união estável ou casamento entre mais de duas pessoas: Interpretação Conforme a Constituição**. **Revista Síntese: Direito de Família**. São Paulo, vol. 18, n. 104, p. 61- 85, out./nov. 2017;

RICARDO, Bruna Karoline Resende. **A evolução histórica do direito das sucessões**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande: ano XX, n. 160, mai. 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18945&revista_caderno=7>. Acesso em 09 de ago. de 2018;

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008;

SANTOS, Sidney Francisco Reis dos. O Direito de Família na Grécia da Idade Antiga. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande: ano X, n. 41, mai. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1779>. Acesso 15 de set. de 2018;

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Escritura de união poliafetiva com efeitos de união estável é ilegal**. **Revista Consultor Jurídico**. São Paulo, ISSN 1809-2829, mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-21/regina-silva-uniao-poliafetiva-efeitos-uniao-estavel-ilegal>>. Acesso em: 08 de out. de 2018;

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. **O conceito de família ao longo da história e a obrigação alimentar**. Teresina, out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17628> >. Acesso em: 29 de abr. 2018;

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de direito das famílias e das sucessões**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010;

TIZZO, Luis Gustavo Liberato; BERTOLINI, Priscila Caroline Gomes. **Das uniões poliafetivas hoje: uma análise à Luz da Publicidade do Privado e do Acesso à Justiça**. **Revista Síntese: Direito de Família**, São Paulo, vol. 18, n.105, p.86-115, jan. 2018;

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. In: DIAS, Maria Berenice (Org). **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 199-236;

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, vol. 7;

_____. **A sucessão hereditária dos cônjuges.** São Paulo, jan. 2003. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI953,41046> A+sucessao+hereditaria+dos+cônjuges>. Acesso em: 15 de set. de 2018;

VIGO, Filipe Mahmoud dos Santos. **Famílias poliafetivas e a sucessão legítima.** **Revista Síntese:** Direito de Família, São Paulo, vol. 18, n. 104, p.99-128, out./nov. 2017;

WALLIN, Cláudia. **'Casal de três' alimenta debate sobre nova família na Suécia.** Estolcomo, nov. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141119_suecia_poligamia_rb>. Acesso em: 10 de mai. de 2018.

ANEXO

ANEXO A – INTEIRO TEOR DA DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA ACERCA DO REGISTRO POR ESCRITURAS PÚBLICAS DAS UNIÕES POLIAFETIVAS



Conselho Nacional de Justiça

Número: 0001459-08.2016.2.00.0000 – **Julgado em:** 29/06/2018

Classe: Pedido de Providências;

Órgão julgador colegiado: Plenário Órgão julgador: Corregedoria;

Última distribuição: 04/04/2016;

Valor da causa: R\$ 000,00;

Assuntos: Tabelionatos, Registros, Cartórios;

Objeto do processo: Cartórios Extrajudiciais - Entidade familiar – União Estável - Certidão de Escritura Pública Declaratória de União Poliafetiva – Ilegalidade;

Segredo de justiça? Não;

Justiça gratuita? Não;

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? Sim.

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS (Requerente)	Regina Beatriz Tavares da Silva (Advogada)
Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP (Requerido)	
Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã (Requerido)	



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

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 sobrevindas 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.



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

RELATÓRIO:

O Exmo. Sr. Ministro João Otávio de Noronha, Corregedor Nacional de Justiça:

Trata-se de pedido de providências formulado pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) em desfavor do 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente (SP) e do Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã (SP).

A requerente narra que os requeridos lavraram escrituras de “união poliafetiva” consubstanciada na “união estável” constituída entre três ou mais pessoas reciprocamente.

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 artigo 226 da CF/88.

Apona 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.



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

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 provimentos, 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 artigo 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 (artigo 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 locus 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 13/02/2012, 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; conseqüentemente, 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 se unem com a intenção de comungar a vida e formar família, torna-se mais fácil antecipar 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 artigo 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 7 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 affectio societatis 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 descuidar 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 proíbam a lavratura de escrituras públicas declaratórias de “união poliafetiva” e comuniquem esta decisão aos serviços notariais sob sua jurisdição.**

É o voto.



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

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 (Id: 1914531):

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 artigo 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 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 pessoas¹⁰. Da mesma forma se observa no tratamento civil do casamento¹¹.

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 interprete¹². “*In claris*”¹³, não há como abandonarmos as derivas interpretativas. O Direito é um sistema

¹⁰ 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:

¹¹ 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 acabais 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 acrescer 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.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Intepretação Constitucional**. São Paulo: IBDC, 1999, p. 110;

¹³ “*In claris cessat interpretatio*”;

operacionalmente fechado¹⁴, 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.

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 *obiter 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 STF, em 1964. A mesma lógica poderia ser aplicada às situações de fato relatadas em relacionamentos

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeiner Theorie**. Frankfurt, 1984. In: ARNAUD, Andre-Jean; DULCE, María José Fariñas. **Introdução à Análise Sociológica dos Sistemas Jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 326.

poliafetivos, a depender, no entanto, da construção hermenêutica dos tribunais, o que não é objeto deste procedimento.

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



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

VOTO CONVERGENTE – Conselheiro Valdetário Andrade Monteiro

Adoto o bem lançado relatório do Eminentíssimo Corregedor Nacional.

A Constituição Federal de 1988 rejeitou práticas fiscalizatórias que agride 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 (Id: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 inexistam 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	ARGUMENTO/CONCLUSÃO
		<ul style="list-style-type: none"> - União poliafetiva existe como fato, mas é reprimida pelo direito; - Assim, quem está fora da

<p>João Otávio de Noronha</p>	<p>Julga Procedente</p>	<p>regulamentação vive, em tese, ato ilícito;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Este tipo de união, eventualmente, pode virar bigamia ou poligamia, logo, crime; - O objetivo da CF/88 seria proteger a família <u>legalmente</u> 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?
<p>André Godinho</p>	<p>Julga Parcialmente Procedente</p>	<p>Porém, vota no sentido da expedição de recomendação de que os Cartórios se abstenham de lavras escrituras públicas de reconhecimento de uniões poliafetivas que tenham caráter constitutivo.</p>
<p>Aloysio Corrêa da Veiga</p>	<p>Julga Parcialmente Procedente</p>	<p>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.</p>
<p>Arnaldo Hossepian</p>	<p>Julga Parcialmente Procedente</p>	<p>Acompanha a divergência iniciada pelo Ministro Aloysio.</p>
<p>Daldice Santana</p>	<p>Julga Parcialmente Procedente</p>	<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.
<p>Iracema do Vale</p>	<p>Julga Procedente</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Acompanha o Corregedor;

		- Ressalta a ausência de previsão no ordenamento jurídico.
Valtércio de Oliveira	Julga Procedente	- Acompanha o Corregedor; - Entende que, no ordenamento jurídico, não há possibilidade de registro dessas uniões
Márcio Schiefler	Julga Procedente	- 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	- Acompanha apenas a conclusão do relator; - Diverge no motivo da procedência, afirma que essa matéria é legislativa, não cabendo ao CNJ regulamentar. Cita que todo o ordenamento jurídico se refere a duas pessoas.

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”¹⁵.

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:

¹⁵ Vale mencionar trechos do recente entendimento do STF exarado nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5855, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes: “a ampliação dos serviços desempenhados pelas serventias do registro civil é matéria de competência legislativa dos Estados, com iniciativa reservada aos respectivos Tribunais de Justiça (art. 96, I, b, e II, b, CF). [...] a prestação de serviços remunerados não especificados em lei não pode ser disciplinada por atos infralegais, ainda que editados pelo CNJ. Não se ignora o meritório propósito de ampliar o acesso da população à oferta de serviços públicos de documentação. Nem por isso, no entanto, merece ser admitida a mitigação da exigência de reserva legal estabelecida no texto constitucional”.

Artigo 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 4277¹⁶ e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ, **reconheceu a união homoafetiva**, no pleno exercício de sua função contramajoritária, mas em sede própria e escoeireta 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 feito¹⁷ no caso da união homoafetiva em

¹⁶ 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;

¹⁷ 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.

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 Eminentíssimo Relator.

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.

(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-00).



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE - Conselheiro André Godinho

Adoto o bem lançado relatório firmado pelo Eminentíssimo 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.

Vejam-se, por exemplo, os seguintes trechos:

Escritura Pública lavrada no Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos
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.



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

VOTO DIVERGENTE – Conselheiro Luciano Frota

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 civil é 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.

§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 artigo 1723 do Código Civil brasileiro apenas reproduziu o texto do §3º do artigo 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:

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 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 pétreia.

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-REDUCCIONISTA. 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 retro 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 artigo 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 (artigo 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 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.

Esse conceito moderno de família, assimilado pelo Direito Civil-Constitucional, foi bem traduzido pela doutrinadora Maria Berenice Dias, em 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 (2011, 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 artigo 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 artigo 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 artigo 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, 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.



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE – Conselheiro Vitor Ministro Aloysio Corrêa da Veiga

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 sobrevindas 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.

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 conseqüências 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 artigo 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 artigo 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 determinados 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 (artigo 1º da Constituição Federal).

A união poliafetiva não pode ser confundida com bigamia. Bigamia é crime. O Código Penal no artigo 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 casamentos, 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 Silva¹⁸: “Literalmente quer exprimir o consórcio de uma pessoa com muitos cônjuges ao mesmo tempo e assim tanto se refere à mulher quanto ao homem,

¹⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Vol. III. São Paulo: forense;

tanto basta que se casem sucessivamente sem que tenham falecido os outros cônjuges”.

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 artigo 104, requer: “agente capaz; objeto lícito possível determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei”. Tal dispositivo repete o artigo 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 artigo 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 (Recurso Especial) 1.183.348¹⁹ definiu:

¹⁹ REsp 1183378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 01/02/2012;

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 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 retro citada o, 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 artigo 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 [...] ²⁰.

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 nega-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.

²⁰ 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 Exma., 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 família²¹.”

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

²¹ DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 64;

de Justiça do Estado de Rondônia no julgamento do Processo nº 001.2008.005553-1, cujo trecho transcrevo a seguir ²²:

[...] 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-las 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 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 sucedem²³: “artigo 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

²² 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.

²³ 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>>. Acesso em: 15 de mai. de 2018.

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 ampliativa 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, 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



Conselho Nacional de Justiça

Autos: 0001459-08.2016.2.00.0000 – Pedido de Providências;

Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS;

Requerido: Terceiro Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente - SP e outros;

VOTO PARCIALMENTE DIVERGENTE

Pedindo vênias 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:

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 tabelião: “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”, (artigo 226, parágrafo 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 CC, 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 CC.

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 2017²⁴, não haver nulidade absoluta no ato, a lavratura da escritura, por suposta ilicitude do objeto ou das razões motivadoras do ato (artigo 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

²⁴ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI257815,3104>>.

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 proibam a lavratura de escrituras declaratórias de união poliafetiva em que dela conste que se trata de constituição de entidade familiar.

Brasília, 29 de junho de 2018.