



O MODELO DE PROCESSO COLETIVO NO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: A PROBLEMÁTICA JURÍDICA DA ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA.

THE COLLECTIVE PROCESS MODEL IN THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: the legal problem of public scripture declaratory of a poliafetive union.

Fabricio Veiga Costa

Universidade de Itaúna, Itaúna, MG, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2319-3207>

E-mail: fvcufu@uol.com.br

Trabalho enviado em 30 de julho de 2020 e aceito em 03 de agosto de 2021



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.03., 2022, p. 1033-1069.

Fabricio Veiga Costa

DOI: 10.12957/rqi.2022.53281

RESUMO

O objetivo geral da pesquisa é investigar o processo que tramitou no Conselho Nacional de Justiça, proibindo a lavratura de escritura pública declaratória de uniões poliafetivas, problematizando a questão proposta na perspectiva do modelo de processo coletivo democrático-participativo. A escolha do tema se justifica em razão da necessidade de verificar a legitimidade jurídica do CNJ em apreciar a temática proposta, bem como o debate sobre o *déficit* de participação popular na formação dialética do mérito processual. Foram analisadas as 5 (cinco) teses jurídicas trabalhadas pelos conselheiros, no sentido de demonstrar que a decisão proferida é autocrática por não permitir que os destinatários do provimento final pudessem participar da formação discursiva do conteúdo decisório, haja vista a não realização de audiências públicas. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental foi possível construir análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, a fim de demonstrar criticamente a ilegitimidade jurídica do CNJ proibir a lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva, além do *déficit* de democraticidade do provimento estatal face a ausência de participação popular.

Palavras-Chaves: Conselho Nacional de Justiça. Modelo de Processo Coletivo. Poliafetividade. Escritura Pública Declaratória. Processo Coletivo Participativo.

ABSTRACT

The general objective of the research is to investigate the process that went through the National Council of Justice, prohibiting the drawing up of public declaratory deed by poly-affective unions, problematizing the question proposed in the perspective of the model of collective-democratic process. The choice of the theme is justified due to the need to verify the legal legitimacy of the CNJ in assessing the proposed theme, as well as the debate about the deficit of popular participation in the dialectical formation of procedural merit. The 5 (five) legal theses worked by the counselors were analyzed, in order to demonstrate that the decision rendered is autocratic because it does not allow the recipients of the final provision to participate in the discursive formation of the decision content, in view of the non-holding of public hearings. Through bibliographic and documentary research it was possible to construct thematic, theoretical, interpretative and comparative analyzes, in order to critically demonstrate the legal illegitimacy of the CNJ to prohibit the drawing up of a public declaratory deed for a poly-affective union, in addition to the deficit in the democratic provision of the state in the face of absence of popular participation.

Keywords: National Council of Justice. Collective Process Model. Poly affectivity. Declaratory Public Deed. Collective Participatory Process.



INTRODUÇÃO

O objetivo geral da pesquisa é investigar a proibição de lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva, a partir do estudo crítico do atual posicionamento do Conselho Nacional de Justiça, delimitando-se o debate teórico proposto no modelo de processo coletivo democrático-participativo. A escolha do tema se justifica em razão da sua relevância teórica, prática e atualidade, especialmente em razão dos efeitos *erga omnes* e vinculantes da decisão do Conselho Nacional de Justiça, ao proibir a lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva, evidenciando o caráter autocrático da respectiva decisão em virtude do *déficit* de participação popular dos destinatários do provimento estatal na sua construção dialética e discursiva do mérito processual.

O estudo da autonomia privada, direito fundamental à liberdade de escolha, autodeterminação e dignidade humana foi essencial para apresentar o conceito aberto, plural e democrático sobre o que é a entidade familiar. A partir dessa primeira análise foi possível demonstrar que as uniões poliafetivas são modalidades de entidades familiares reconhecidas a partir da interpretação extensiva, sistemática e integrativa do texto da Constituição brasileira de 1988. O estudo das teses aventadas pelo Conselho Nacional de Justiça sobre a possibilidade de lavratura de escritura pública declaratória da união poliafetiva foi realizado com o objetivo de problematizar a legitimidade do respectivo órgão em apreciar o tema em questão, além da abordagem cuidadosa dos fundamentos utilizados na decisão.

Em seguida, foi apresentado o modelo de processo coletivo democrático, cujo referencial jurídico se encontra na teoria das ações coletivas como ações temáticas, a partir da qual a participação dos destinatários do provimento estatal na sua construção dialética é requisito da legitimidade democrática do provimento. A formação participada do mérito processual na decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça é o que garante a legitimidade democrática do referido provimento estatal. Por isso, problematizou-se o seguinte: a ritualística adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, quanto à apreciação do tema escritura pública declaratória de uniões poliafetivas, garantiu a formação participada do mérito pelos destinatários diretos do provimento estatal? Pelo estudo desenvolvido verificou-se o *déficit* de democraticidade na decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo em vista que as pessoas direta e indiretamente afetadas pelo conteúdo da decisão sequer foram consultadas e

tiveram a oportunidade de participação no debate processual mediante a realização de audiências públicas.

Em contrapartida, o que se observa é uma decisão com efeitos *erga omnes* e vinculantes, cujos sujeitos diretamente afetados não tiveram espaço de participação no debate processual. Trata-se, portanto, de decisão unilateral, autocrática e fundada em argumentos metajurídicos (axiológicos), que contraria disposições constitucionais, como é o caso do direito fundamental à liberdade, igualdade, dignidade humana e o princípio da não-discriminação. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental foi possível construir análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas, cuja consequência foi a apresentação de proposições críticas sobre a temática proposta, especialmente no sentido de demonstrar o protagonismo dos Conselheiros em não permitir que os destinatários do provimento final de mérito pudessem participar da construção da decisão que proibiu no Brasil a lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva, por não considerá-la uma espécie de entidade familiar. A utilização do método dedutivo foi importante para o recorte da temática proposta, partindo-se de uma concepção macroanalítica (estudo do julgamento do Conselho Nacional de Justiça quanto à proibição de lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva) em direção de uma abordagem específica do objeto investigado (demonstração do *déficit* de democraticidade e de participação dos destinatários do provimento final na construção do mérito da decisão do Conselho Nacional de Justiça com relação ao tema escritura pública declaratória de união poliafetiva).

1 AUTONOMIA PRIVADA, DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE, AUTODETERMINAÇÃO E DIGNIDADE DO SUJEITO NO ÂMBITO FAMILIAR.

Conforme preceitua a Constituição Federal de 1988, constitui um dos objetivos fundamentais da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a marginalização, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Os objetivos fundamentais, somados ao que está disposto no preâmbulo e nos fundamentos, informam a estrutura que deve ser seguida pelo legislador. O constituinte não direciona para uma ideologia única, para um dogma. A Constituição Federal de 1988 adota como princípios e fundamentos a erradicação da marginalização e veda preconceitos e discriminações de quaisquer modalidades. É nesse

contexto que a autonomia privada nas relações familiares deve prevalecer. Autonomia privada não deve ser confundida com autonomia da vontade. A autonomia da vontade está associada ao paradigma do Estado Liberal e à liberdade de contratar sem a interferência do Estado, contendo nítido caráter individualista.

A autonomia da vontade faz prevalecer a força vinculante do contrato, conhecido pelo princípio *'pacta sunt servanda'*, que exprime a ideia de obrigatoriedade contratual como decorrência do consenso entre as partes, conceito ainda arraigado aos parâmetros e aspectos patrimonialistas do direito civil liberal. A autonomia privada, por sua vez, está associada à superação do paradigma liberal e à proteção do patrimônio existencial das pessoas. O caráter individualista outrora celebrado dá lugar à função social do contrato. A autonomia privada pressupõe que um acordo celebrado entre particulares não repercuta negativamente na coletividade. É nessa conjuntura que o Estado interfere para que a manifestação de vontade cumpra não apenas com o ideal de liberdade, mas de igualdade e fraternidade. Dessa forma, não se pode falar em sociedade livre, justa e solidária se ao cidadão não é dada autonomia privada para decidir qual será a sua estrutura familiar. De acordo com Aparecida Dutra de Barros Quadros, Fabrício Veiga Costa e Deilton Ribeiro Brasil,

A pessoa por seus valores é titular de direitos fundamentais, e entre eles está a autonomia para reger sua própria vida, estabelecer suas relações conforme sua vontade, escolhas e responsabilidades. A liberdade do indivíduo está assentada na dignidade da pessoa e deve ser construída sobre uma base de justiça, solidariedade e respeito ao próximo, independentemente da raça, cor, crença, convicção política, classe social ou orientação sexual. Para alcançar a construção de uma sociedade solidária é necessário examinar os direitos humanos não somente como responsabilidade do Estado, mas também pelas relações privadas através de um patamar evolutivo de reconhecimento dos direitos de liberdade e igualdade sem preconceitos e discriminações quanto às diferenças e diversidades. A dignidade propicia a autonomia existencial a todos os indivíduos na busca da vida plena pela completude e singularidade do ser humano. Reconhecer e declarar os direitos das minorias é um importante avanço para o combate à discriminação homofóbica, respeitando-se a especificidade de cada um (QUADROS; COSTA; BRASIL, 2017, p. 100-101).

O reconhecimento e a declaração dos direitos das minorias, como recentemente ocorreu em relação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, também deve se estender ao reconhecimento e à declaração de direitos daqueles que optam por viver numa estrutura familiar poliamorosa. A autonomia e a liberdade para reger a própria vida são os fundamentos a serem buscados. Não há que se falar em justiça, solidariedade e respeito ao próximo se o legislador prevê efeitos jurídicos válidos apenas para as uniões entre duas pessoas. Apenas depois de duas

décadas do texto constitucional é que houve o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Porém, com base nos princípios que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Federal, esse mesmo reconhecimento deveria abranger para qualquer tipo de relação afetiva, independentemente de sexo e número de envolvidos, uma vez que o principal objetivo é resguardar e reconhecer a dignidade da pessoa humana. E na hipótese de união entre mais de duas pessoas numa mesma relação afetiva, não seria possível vislumbrar a restrição de direitos fundamentais de nenhuma das partes envolvidas. Entretanto, caso houvesse tal restrição, não seria esse o fator impeditivo de reconhecimento dessa relação, uma vez que um ato advindo da autonomia privada, mesmo que restrinja direitos fundamentais de uma ou de todas as partes, deve ser aceito e considerado válido, no dizer de Virgílio Afonso da Silva:

A autonomia privada desempenha, no âmbito das relações privadas, em que direitos fundamentais estão em jogo, uma função muito semelhante [àquela desempenhada pelo princípio formal da competência decisória do legislador], pois – da mesma forma que a competência decisória do legislador fornece razões para que suas decisões sejam respeitadas, mesmo nos casos em que há restrições a direitos fundamentais em decorrência de uma lei ou outro ato legislativo –, a autonomia privada é o princípio (meramente formal) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido (SILVA, 2008, p. 149).

Virgílio Afonso da Silva entende que a autonomia privada deve ser compreendida como um princípio que contribui para que um ato de vontade entre particulares seja acolhido pelo Direito, mesmo que restrinja direitos fundamentais. Um exemplo interessante seria a situação na qual o proprietário de um imóvel restringe o seu direito fundamental à moradia ao entregar esse mesmo imóvel como garantia hipotecária em virtude de um empréstimo. Há aqui uma nítida restrição a um direito fundamental. Tal restrição é derivada de um ato de vontade e é aceita e considerada válida pelo direito, porque justificada pelo princípio da autonomia privada. Uma união afetiva entre mais de duas pessoas seria outro exemplo de ato derivado do princípio da autonomia privada que, mesmo que restringisse direitos fundamentais, deveria estar acobertada pelo Direito. E aqui não se vislumbra, pelo menos num primeiro momento, qual seria a restrição a direitos fundamentais que poderia derivar de uma relação afetiva estabelecida livremente entre mais de duas pessoas.

É a Constituição Federal de 1988 que dá amparo à liberdade e à igualdade. Liberdade para optar pela estrutura familiar que melhor aprover à pessoa e igualdade para que os efeitos jurídicos reconhecidos a um determinado tipo de relação possam ser estendidos a outros tipos

de relações equivalentes em princípios. Numa relação paritária, ou seja, numa relação na qual há tendência de igualdade entre as partes, o que ocorre num relacionamento entre duas pessoas e também numa estrutura familiar poliafetiva, há ainda mais espaço para restrições a direitos fundamentais. Isto quer dizer que mesmo não se vislumbrando, *a priori*, qualquer restrição a direitos fundamentais numa união poliafetiva, ainda que isso ocorresse, não haveria grandes questões jurídicas a serem debatidas, uma vez que, em não havendo desigualdade fática entre os envolvidos, mais espaço teria a autonomia privada. É o que nos ensina Daniel Sarmento:

[...] quanto maior for a desigualdade [fática entre os envolvidos], mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ele em conflito (SARMENTO, 2008, p. 303).

E aqui se está a argumentar pela eficácia dos direitos fundamentais dos particulares perante o Estado, embora a teoria já tenha evoluído para que a eficácia dos direitos fundamentais seja aplicada numa relação entre particulares. Mesmo que se considere superada a configuração segundo a qual não apenas os poderes públicos devem proteger o indivíduo de ingerências, percebe-se que, na hipótese de uma relação afetiva consensual entre mais de duas pessoas, os poderes públicos ainda interferem para coibir a autonomia privada imanente aos cidadãos. Dizendo de outra forma: o Estado ainda proíbe efeitos jurídicos advindos de uma relação poliafetiva. Não há congruência entre a decisão do Conselho Nacional de Justiça e a Constituição. Não há proteção à autonomia privada quando não há regulamentação (jurídico-legal) ou sequer o reconhecimento de uma relação privada não regulada. O Código Civil e a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), por exemplo, regulam as formalidades para a celebração do casamento entre duas pessoas. Anteriormente se entendia que o casamento válido seria aquele contraído apenas entre um homem e uma mulher. Hoje já se admite o casamento e a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo. O Código Civil e a Lei de Registros Públicos não deveriam se limitar à enumeração de formalidades para a celebração do casamento apenas entre duas pessoas. Deveria haver formalidades aptas a regulamentar uniões poliafetivas, haja vista ser este o espírito da Constituição Federal de 1988. Todavia, não há como negar que ao legislador seria impossível prever de forma antecipada as formalidades, consequências e efeitos jurídicos de todos os tipos de relações que podem ser travadas entre as pessoas. O fato vem antes da norma. É por isso que talvez a lei ordinária não tenha regulamentado a união

poliafetiva, mas ainda há tempo de sanar essa falta, visto que não há como não reconhecer efeitos jurídicos advindos desse tipo de relação, pelos fundamentos a seguir expostos.

A estrutura do direito de família, em virtude da influência do direito canônico, teve como pilar o casamento entre um homem e uma mulher, e assim permaneceu durante muito tempo. Ocorre que a evolução das relações sociais demonstrou que não apenas uma relação afetiva entre um homem e uma mulher deve ser protegida pelo Direito. A própria Constituição Federal reconheceu a união estável como entidade familiar e a partir do ano de dois mil e onze, em virtude de decisões judiciais, a união estável e o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo também passaram a ser explicitamente amparados. Assim, negar o reconhecimento de uniões entre mais de duas pessoas afronta a unidade do ordenamento jurídico, seja por mitigar a aplicação do princípio da autonomia privada no âmbito das relações familiares, seja por afrontar os fundamentos e os princípios da Constituição Federal, seja por considerar como pilares do direito de família o casamento entre um homem e uma mulher.

Os direitos de liberdade e autodeterminação não se circunscrevem ao âmbito familiar. É a família, porém, a principal estrutura responsável pelo direcionamento de seus membros, para que os fundamentos de liberdade e autodeterminação sejam apreendidos e aplicados em quaisquer outros organismos sociais. Por isso não deve haver um modelo predeterminado de família, pois o fator preponderante para a realização dos objetivos da família é o desenvolvimento da pessoa. Para Pietro Perlingieri, “cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode, portanto, afirmar uma abstrata superioridade do modelo da família nuclear em relação às outras” (PERLINGIERI, 1999, p. 244). Não há dissenso sobre o fato de que numa família encabeçada por um homem e por uma mulher, os filhos oriundos dessa relação devam ser orientados em busca de liberdade e autodeterminação para que se realizem pessoalmente. E o mesmo se aplica a qualquer modelo de família, ou seja, em qualquer lugar no qual o afeto direcione o desenvolvimento pessoal, haverá incentivo à liberdade e à autodeterminação. E por que não haver autodeterminação quando da formação dessa estrutura familiar? Por que três ou mais pessoas livres e autodeterminadas não poderiam constituir uma estrutura afetiva única? Em que difere a liberdade e a autodeterminação de uma pessoa que somente aceita conviver numa relação monogâmica, daquela pessoa que aceita conviver numa relação poliafetiva? Levando em consideração tão somente o arcabouço principiológico previsto na Constituição da Federal de 1988, não se vislumbra nenhuma proibição direcionada ao legislador ordinário que

o faça não acolher como legítimo um relacionamento poliamoroso. Qualquer tentativa de não atribuir efeitos jurídicos a uma união poliafetiva seria no mínimo inconstitucional, por violar diversos preceitos, em especial a liberdade e a igualdade. Zeno Veloso argumenta:

As famílias constituídas pelo afeto, pela convivência, são merecedoras do mesmo respeito e tratamento dados às famílias matrimonializadas. A discriminação entre elas ofende, inclusive, fundamentos constitucionais. O companheiro e a companheira ficam em situação de extrema inferioridade, quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança que pode caber ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição de calado profundo (VELOSO, 2003, p. 1604).

Quando o que se busca é a consagração da liberdade e da autodeterminação, não há que falar em entidades familiares mais ou menos protegidas pelo Direito. É esse o motivo da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu as uniões homoafetivas (ADI 4277; ADPF 132). Foi esse também o argumento levantado por Zeno Veloso logo no ano de dois mil e três, quando passou a vigor o Código Civil promulgado um ano antes. Gustavo Tepedino também entende da mesma forma:

Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos (TEPEDINO, 2004, p. 349).

É o desenvolvimento da personalidade dos membros da família o principal centro da tutela constitucional. A família deixa de ser uma instituição voltada à reprodução de valores culturais, éticos, religiosos e econômicos passados de geração em geração e passa a ser o lugar da tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros. Nesse sentido, ganham especial relevância a liberdade e a autodeterminação. A partir do momento em que o principal pilar de sustentação da estrutura familiar deixa de ser o matrimônio e passa a ser a dignidade da pessoa humana, não se pode admitir a exclusão da proteção constitucional de entidades familiares não matrimonializadas. É com base nesse entendimento que se admitem à união estável os mesmos efeitos sucessórios admitidos em relação ao casamento. É ainda nessa direção que a união estável e o casamento entre pessoas do mesmo sexo também são reconhecidos como entidades familiares, devendo igualmente ser reconhecida a união poliafetiva. Limitar-se à defesa da regulamentação da união poliafetiva não seria suficiente para

conferir ao instituto a importância que ele merece. A regulamentação seria meramente uma medida para obrigar os operadores do Direito a reconhecerem efeitos jurídicos a essa estrutura familiar. Defende-se essencialmente a produção de efeitos jurídicos oriundos de uma escolha livre e autodeterminada. Defende-se a aplicação dos princípios e fundamentos da Constituição Federal de 1988.

Liberdade e autodeterminação: são esses os princípios que não podem faltar numa estrutura familiar. Dignidade da pessoa humana: é esse o princípio-fim que deve ser buscado quando da constituição de qualquer estrutura familiar. Assim, não há como defender liberdade e autodeterminação quando o que se propõe é uma estrutura familiar matrimonializada. Foram necessários quase trinta anos para que se equiparassem os efeitos sucessórios da união estável ao casamento. Também foram necessárias mais de duas décadas para que se reconhecesse a legitimidade das uniões estáveis e também dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Será preciso, agora, quanto tempo para que se reconheça a união poliafetiva? Os fundamentos e princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988 não podem ser deturpados em favor de um dogma cristão. Há que se reconhecer e regulamentar, caso se faça necessário, todos os modelos de felicidade pensados pelos seres humanos, pois o que está em jogo é a dignidade das pessoas humanas, e nada mais.

A história da humanidade é repleta de exemplos de lutas, mortes e sacrifícios em nome da liberdade e da autodeterminação. É a partir do âmbito da estrutura familiar que serão irradiados os princípios voltados à dignidade da pessoa humana. E não há um número predeterminado de membros que devam constituir essa estrutura. Família é afeto, amor, tolerância, respeito e dignidade. Família é liberdade e autodeterminação. Negar às famílias poliafetivas o reconhecimento que o Direito lhes deve dar seria negar os princípios e fundamentos que estruturam o Estado Democrático de Direito proposto pela Constituição Federal de 1988. Liberdade e autodeterminação nada significam se as escolhas afetivas privadas e familiares oriundas dessa liberdade e dessa autodeterminação não puderem produzir os direitos sociais e jurídicos desejados pelas partes.

2. UNIÕES POLIAFETIVAS COMO ENTIDADES FAMILIARES.

Atualmente casamentos entre pessoas do mesmo sexo e uniões estáveis entre duas pessoas, sejam elas de sexos opostos ou não, também são considerados entidades familiares. Percebe-se que o conceito de família está cada vez mais aberto, plural e democrático. O núcleo familiar não é mais formado por um homem e por uma mulher, necessariamente. A autonomia nas relações familiares, o direito de liberdade e autodeterminação do sujeito no âmbito familiar, bem como o princípio da não discriminação, fundamentam núcleos familiares não pasteurizados. É nesse sentido que a união poliafetiva deve ser vista como família, uma vez que o número de pessoas que formam o núcleo é irrelevante para a caracterização da entidade. Por outro lado, importante não confundir as uniões poliafetivas com outras situações cotidianas:

Uma vez que se vislumbra a família como entidade social e *locus* para o desenvolvimento do indivíduo, não se justifica estabelecer um modelo familiar, senão o aberto, inspirado na liberdade e estabelecido sob o prisma da afetividade. Diante desse panorama, nasce a indubitável necessidade de apontar parâmetros mínimos para a constituição de família, especialmente as nascidas de situações fáticas, a fim de diferenciá-las de outras situações cotidianas que promovem a felicidade e o desenvolvimento do indivíduo, como o namoro, o simples noivado e as relações de amizade e de fraternidade, porém não se enquadram no conceito de relação familiar (SANTOS, 2018, p. 16).

Relações de amizade e de fraternidade não devem ser confundidas com relações familiares. Alguns elementos devem estar presentes para a caracterização de uma união poliamorosa. Paulo Lobo entende que a afetividade, a estabilidade, a ostentabilidade e o *animus familiae* devem ser os elementos caracterizadores das entidades familiares (LOBO, 2009). Assim, não basta que haja um núcleo formado por três ou mais pessoas para que se caracterize a existência de uma união poliafetiva. Deve haver afeto, estabilidade, ostentabilidade e, principalmente, o intuito de constituir uma entidade familiar. O afeto, a estabilidade e a ostentabilidade podem ser percebidos tanto numa relação de amizade, como numa relação de poliamor. O que diferencia os dois tipos de relacionamentos é o ânimo de constituir uma entidade familiar.

Os projetos de vida numa relação fraternal são independentes, ou seja, o desenvolvimento das personalidades das pessoas envolvidas nesse tipo de relação independe de que essas pessoas caminhem na mesma direção. Numa entidade familiar isso não ocorre, pois

o caminho é – ou pelo menos deve ser – trilhado numa mesma direção; os objetivos devem ser compartilhados e perseguidos em conspiração. Os efeitos pretendidos também são bastante divergentes. Numa relação de amizade não são visados efeitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários. Numa entidade familiar, por outro lado, não se vislumbra a sua continuidade sem que haja tal tipo de proteção. É também possível compreender que pode haver diversas relações fraternais concomitantes. Família, por outro lado, haverá apenas uma, independentemente do número de pessoas envolvidas na entidade. Por ora, é importante entender a família como instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus membros, formada pelo afeto, o que por si só já deveria permitir o reconhecimento da união poliafetiva como entidade familiar, pois os princípios que dão estrutura à Constituição Federal, de 1988, garantem tal proteção, no dizer Maria Celina Bodin de Moraes:

[...] se a família, através da adequada interpretação dos dispositivos constitucionais, passa a ser entendida principalmente como instrumento, não há como se recusar tutela a outras formas de vínculo afetivo que, embora não previstas expressamente pelo legislador constituinte, se encontram identificadas com a mesma *ratio*, com os mesmos fundamentos, a mesma qualidade e com a mesma função (MORAES, 2010, p. 223-224).

Ainda que o legislador não tenha arrolado a união poliafetiva como entidade familiar, a interpretação dos dispositivos previstos na Constituição Federal de 1988 não nos dá outro caminho que não seja o de reconhecimento dessa entidade como familiar, uma vez que estruturada sob os mesmos fundamentos, com a mesma qualidade e a mesma função da família dita tradicional. Tem a mesma razão de existir uma família formada por um homem e por uma mulher e uma família formada por dois homens, duas mulheres, dois transgêneros ou dois agêneros. Uma família formada por três ou mais pessoas, sejam homens ou mulheres, também tem a mesma razão de existir; existe principalmente como instrumento de desenvolvimento da personalidade de seus integrantes. Mais: a entidade familiar é instrumento não apenas do desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, embora seja essa sua principal razão de existir. A busca da felicidade é que dá razão à existência da entidade familiar, conforme Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk:

[...] eudemonismo não se confunde com individualismo: a solidariedade familiar, como alteridade, é indissociável da concepção eudemonista tal como apreendida pelo direito. A liberdade plural que permite a cada um fazer o que valoriza, buscando nessa medida a felicidade, é coexistencial (RUZYK, 2011, p. 370).

A liberdade plural que permite a cada um fazer o que valoriza dá espaço à constituição de entidades familiares dos mais variados tipos, uma vez que a felicidade não está disponível em embalagens predeterminadas e impostas de forma arbitrária pela sociedade e nem de forma pasteurizada pelo Estado. Nem mesmo a Constituição Federal de 1988 foi capaz de elencar expressamente todas as modalidades possíveis de entidades familiares. Não caberia ao constituinte fazê-lo, pois os princípios que fundamentam o texto constitucional já foram capazes de direcionar os cidadãos à liberdade de escolha e à igualdade de direitos. É por isso que as uniões poliafetivas devem ser reconhecidas como entidades familiares. Não há violação a qualquer princípio constitucional apto a fundamentar a proibição do reconhecimento de tais entidades. Ocorre o contrário: o núcleo principiológico adotado pelo constituinte permite ao cidadão buscar a felicidade no esboço familiar que melhor lhe aprouver. E foi com base nos princípios constitucionais que os tribunais passaram a reconhecer como entidades familiares os núcleos formados não apenas por um homem casado com uma mulher.

Os mesmos princípios que fundamentaram o reconhecimento dos direitos daqueles envolvidos numa união estável ou numa relação homoafetiva devem ser utilizados para o reconhecimento da união poliafetiva: liberdade, igualdade, não discriminação, autonomia privada, autodeterminação. Os princípios insculpidos na Constituição Federal de 1988 não devem ser utilizados como recursos retóricos, mas como fontes do Direito. E nesse sentido não há como negar o reconhecimento, pelo Direito, de uma união poliamorosa, por mais incomum que seja. Nem todas as relações jurídicas são previamente arroladas pelo legislador, pois não há como fazê-las, tendo em vista a dinâmica das relações sociais. Porém, uma vez que uma relação é apresentada para o Direito e cumpre os requisitos previstos na legislação civil, não há como ignorá-la. Ou seja, não se pode negar a devida proteção jurídica ao poliamor apenas em virtude de uma concepção clássica e supostamente inquestionável de monogamia. A monogamia, princípio sob o qual foi erigido o instituto do casamento tal como o conhecemos, não pode servir como parâmetro para a aceitação e definição fechada de entidades familiares. O novo conceito de entidade familiar merece maior amplitude. É o princípio da afetividade que deve ser levado em consideração para a definição de entidade familiar. Assim como foi possível ao operador do Direito reconhecer recentemente a legalidade e a constitucionalidade de relacionamentos não advindos do casamento tradicional, a mesma principiológica deve ser utilizada para que reconheça os efeitos jurídicos advindos de uma relação poliafetiva.

A busca pela felicidade não deve encontrar obstáculos, ainda mais quando não se vislumbra qualquer restrição a direitos fundamentais em virtude do reconhecimento de uma união poliafetiva. Dizendo de outra forma: quem haveria de ser prejudicado em sua dignidade caso houvesse a produção de efeitos jurídicos numa relação poliafetiva? Possivelmente a resposta será: ninguém. Haveria justamente o respeito e o acatamento aos direitos e garantias fundamentais, mormente à dignidade da pessoa humana, caso as uniões poliafetivas tivessem o devido reconhecimento pelo Direito. Portanto, sobram razões jurídicas para que a união poliafetiva seja efetivamente reconhecida como entidade familiar, pois se assim não for haverá a violação dos princípios e normas que estruturam a Constituição Federal de 1988.

3. PROCESSO COLETIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

O uso das demandas coletivas não deve ser visto apenas como instrumento de ação do Ministério Público. Os direitos coletivos, ou melhor, o processo coletivo no âmbito do Estado Democrático de Direito deve ser o principal mecanismo de participação da sociedade frente às decisões de interesse da coletividade. O processo coletivo deve ser defendido como instrumento de democracia participativa. Assim, não há como dissociar um instrumento de democracia participativa, qual seja, o processo coletivo, do direito fundamental à democracia. Deve-se trazer o cidadão para influenciar diretamente nas decisões dos poderes públicos, agora não apenas mediante o voto, instrumento de democracia representativa. O que se defende é a democracia participativa, na qual há efetiva liberdade e autodeterminação para o desenvolvimento da personalidade dos cidadãos abarcados pelo Estado Democrático de Direito. Não há que se falar, pois, em Estado Democrático de Direito sem que se mencione a tutela coletiva de direitos. Não há que se falar em Estado Democrático de Direito se não houver instrumentos de democracia participativa. Por isso a importância da participação direta do cidadão no processo coletivo. É também nesse sentido a análise dos direitos fundamentais metaindividuais como contraponto aos direitos fundamentais individuais.

A teoria das ações coletivas como ações temáticas permite que qualquer interessado no provimento estatal participe dialeticamente de sua formação. Embora se tenha uma visão individualista do processo, tendo em vista a bagagem cultural que nos foi legada, é importante que se possa enxergar a participação de qualquer interessado difuso na construção do mérito

processual, uma vez que a decisão afetará diretamente tal interessado. Fabrício Veiga Costa explica o que deve ser entendido como ação temática:

As ações coletivas como ações temáticas permitem a participação dos legitimados na formação do provimento, resgatando às partes (interessados difusos), o direito de participação em contraditório no processo decisório que os afetará. Nesse interim sabe-se que uma ação coletiva deve ser vista como toda demanda judicial, administrativa ou legislativa que discute temas, fatos, circunstâncias, situações jurídicas e questões que afetam direta ou indiretamente o universo de um grande número determinado ou indeterminado de pessoas. Os temas objetos das ações coletivas são discussões que ultrapassam a esfera das individualidades e ingressa na seara da metaindividualidade, por atingir toda a coletividade. O papel e a relevância social das ações temáticas é algo translúcido no cenário do processo coletivo democrático, haja vista que o seu papel é viabilizar a discursividade de problemas, divergências e pretensões naturais e de extrema relevância à sociedade atual, em virtude da complexidade das relações sociais e da colisão de interesses individuais no espaço público (COSTA, 2012, p. 225).

Assim, em virtude da possibilidade de a decisão de mérito afetar diretamente qualquer interessado difuso, não há por que não se franquear a tal interessado a participação na formação do provimento, seja o provimento jurisdicional, administrativo ou legislativo. Os temas tratados nas ações coletivas não se limitam às esferas das individualidades. Dessa maneira, ingressando na seara da metaindividualidade e potencialmente atingindo toda a coletividade, deve haver espaço democraticamente adequado para a participação dos interessados difusos.

A complexidade das relações sociais exige métodos diferentes para a solução de problemas. O estudo e a prática do processo coletivo não deve tomar emprestado do processo civil comum instrumentos e ferramentas que não são capazes de solucionar demandas coletivas. O processo coletivo deve utilizar recursos próprios para a adequada solução de litígios. A democracia pressupõe a participação dos indivíduos na formação das decisões estatais. O voto é apenas um instrumento de democracia representativa e não o único meio de participação dos indivíduos na vontade estatal. Embora a mídia constantemente se refira às eleições como a festa da democracia, a verdadeira festa da democracia não deve ocorrer apenas de dois em dois anos no dia em que são escolhidos os representantes do executivo e legislativo.

A verdadeira festa da democracia deve ocorrer em todas as oportunidades em que os legitimados sejam capazes de participar diretamente da construção dos provimentos estatais. A festa deve ser da democracia participativa, e não apenas da democracia representativa. O Estado não é um fim em si mesmo. A vontade do Estado não se confunde com a vontade dos indivíduos que dele participam. Por isso mesmo não cabe ao Estado absolutizar valores como corretos e

universais. A democracia pressupõe a participação direta dos interessados nos provimentos estatais, e é essa a vontade do Estado, manifestada em diversos trechos da Constituição Federal de 1988. Como seria, pois, o procedimento de uma ação temática, a fim de que a democracia seja exercida de forma participada? Vicente de Paula Maciel Júnior nos explica:

Proposta uma ação cuja decisão envolva bem que afete um número indeterminado de pessoas, o ideal seria que a lei fixasse uma fase de divulgação para que os interessados difusos tomassem ciência e pudessem intervir no processo. Nas ações coletivas poderia ser estabelecida a obrigatória participação do Ministério Público, o que já ampliaria o rol dos legitimados presentes na ação e envolverá um órgão que tem por função primordial a defesa da legalidade. Recebida a defesa e os eventuais aditamentos à inicial, deveria haver um despacho saneador no qual o juiz obrigatoriamente fixasse os pontos controvertidos, o objeto da prova e resolvesse as demais questões do processo (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 183).

Assim, proposta uma ação cuja decisão envolva bem que afete um número indeterminado de pessoas, deveria ser fixado um prazo para que todos os interessados difusos tomassem ciência e tivessem a oportunidade de intervir no processo. O autor destaca que nas ações coletivas a participação do Ministério Público seja obrigatória, medida que por si só já ampliaria o rol dos legitimados. O sistema participativo permite que seja possível aos interessados difusos e coletivos argumentar em juízo no âmbito de um processo coletivo. Não há outra forma de se pensar o processo coletivo no modelo adotado pela Constituição Federal de 1988. O exercício da cidadania, fundamento constitucional, não se faz sem a participação ampla, direta e plebiscitária de todos os interessados na demanda. Não há legislação possível que possa definir *a priori* quem sejam os legitimados numa demanda coletiva. A abertura para a participação de todos os interessados não visa apenas garantir a aplicação do princípio democrático, mas a apresentação de todos os temas, argumentos e alegações relacionados à demanda. Apenas com foco no objeto é que será possível a construção participada do mérito. É por isso que o rol de legitimados não pode ser taxativo, conforme pretende o legislador (Lei 7347/85), pois todo aquele que tiver interesse jurídico na demanda deverá ter oportunidade de participar do debate. O cerne da ação temática, portanto, vista como instrumento de processo coletivo democrático, é a participação dos destinatários. Estes destinatários, por sua vez, devem qualificar o debate apresentando os temas relacionados ao objeto inicial da demanda:

A chave normativa da concepção de justiça inscrita no paradigma procedimental do direito proposto por Habermas 'é a autonomia, e não o bem estar'. (...). Quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica (CITADINO, 2000, p. 209).

A efetiva participação dos destinatários na construção do provimento jurisdicional dá efetividade aos princípios da liberdade e da igualdade e está conforme o Estado Democrático de Direito. O franqueamento de participação dos indivíduos nos processos coletivos permite que esses indivíduos se sintam como coautores do Direito aplicado ao caso concreto. Esse é o fator determinante do sistema participativo, que se coaduna com o princípio democrático ao trazer para o cerne do debate as pessoas que serão direta e indiretamente afetadas pelo provimento jurisdicional. A participação que terá como consequências a argumentação e o debate de variados temas não deve sofrer qualquer espécie de limitação. Ao contrário, é necessário a adequação do sistema processual coletivo para o abarcamento da participação de todos os interessados. O contraditório, o devido processo constitucional, a necessidade de fundamentação racional das decisões, dentre outros princípios, estariam sendo observados desde que se possibilitasse a efetiva participação dos reais destinatários do provimento estatal. O processo democrático, pois, não deve ser apenas formalmente democrático:

Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional (NUNES, 2008, p. 250).

No atinente à argumentação de Dierle José Coelho Nunes, cabe indagar: como se falar em processo democrático sem que sejam observados os princípios mencionados? Como se falar em processo coletivo democrático sem que haja instrumentos de participação daqueles que serão diretamente atingidos pela decisão? E o processo coletivo democrático se aplica não apenas em âmbito jurisdicional, mas também em âmbito legislativo e administrativo. Uma vez que o processo coletivo deve ser utilizado em discussões no âmbito legislativo e administrativo, uma decisão do Conselho Nacional de Justiça que seja capaz de provocar consequências importantes no cotidiano dos cidadãos deve ser objeto de debate antes que seus membros profiram a decisão. É preciso que os princípios democráticos sejam aplicados em todos os procedimentos que possam provocar sequelas nas vidas das pessoas (coletividade). Por este

motivo há necessidade de participação direta dos destinatários das decisões. Uma decisão do Conselho Nacional de Justiça que seja capaz de proibir a lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas deve ter como debatedores todos aqueles diretamente interessados na decisão. Não há como se franquear a argumentação apenas para os atingidos pela proibição. Também não se pode denominar de democrática uma decisão que tenha como debatedores apenas os interessados na permissão.

Não há espaço para que a democracia seja vista apenas como direito de participação do cidadão no processo eleitoral. Espaços públicos abertos para debates devem fazer parte do cotidiano das pessoas. Não se admite que decisões que impactam a vida dos indivíduos sejam tomadas a portas fechadas, sem participação democrática. A tomada de decisões exige a participação política direta dos cidadãos. A eventual complexidade de implantação desse sistema participativo não deve ser empecilho para o combate ao autoritarismo estatal. Conforme Fabrício Veiga Costa,

O princípio básico da democracia é o direito de simétrica participação dos interessados nos processos de formação da vontade e da opinião. É necessário oferecer a todos os interessados iguais condições de participação na construção do provimento. O processo de formação da vontade coletiva deverá ser produto da vontade comum, discursivamente construída pela autonomia argumentativa de cada sujeito interessado na pretensão ou no objeto do debate. Os Direitos Fundamentais devem ser interpretados como o fundamento regente, o substrato e o limite da argumentação desenvolvida no âmbito participativo, ou seja, devem ser vistos como condição e consequência do procedimento discursivo. O respeito à autonomia privada e à autonomia pública dos cidadãos são primordiais à legitimidade do discurso democrático, que se desenvolve constitucionalmente no âmbito do processo e cuja finalidade é assegurar aos cidadãos liberdade e igualdade em suas deliberações, para que se sintam autores e destinatários das normas e de todos os provimentos que regulam a sua convivência (COSTA, 2012, p. 214).

Dessa forma, haverá legitimidade democrática somente quando a participação dos interessados nos processos de formação da vontade e da opinião for simétrica e efetiva. O princípio democrático não consta apenas numa folha de papel, é fundamento da República e como tal deve ser incessantemente buscado, aprimorado, exigido, trabalhado. É a partir da participação dos destinatários no debate que haverá a formação do mérito nas ações coletivas. Todas as manifestações de vontade são aptas e necessárias para a formação participada do mérito, por mais diferentes, divergentes, contraditórias e antagônicas que tais manifestações sejam. Ou melhor, é até importante que assim o sejam, a fim de que o provimento estatal esteja distante de uma visão unilateral que represente apenas parcela dos indivíduos. A formação

participada nos processos coletivos está consoante com os princípios e normas insculpidos na Constituição Federal de 1988. Entretanto, a utilização no processo coletivo de instrumentos próprios do processo comum acaba por tolher o ingresso de partes que serão diretamente atingidas pela decisão jurisdicional. Impede-se a participação de indivíduos e entidades que podem ser atingidos pelas decisões não apenas em âmbito jurisdicional, mas também em procedimentos administrativos e legislativos. O Conselho Nacional de Justiça, por exemplo, ao proibir a lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas em âmbito nacional, o fez sem que fosse franqueada a participação daqueles que foram diretamente atingidos pela decisão administrativa. Tal decisão, da forma como foi construída, demonstra o *deficit* de democraticidade presente nas instituições da República.

4. PROCESSO COLETIVO NO CNJ E O DEBATE DA ESCRITURA PÚBLICA DECLARATÓRIA DE UNIÃO POLIAFETIVA.

A competência do Conselho Nacional de Justiça, o processo coletivo no âmbito do órgão, bem como o debate sobre as escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas especificamente travadas no CNJ são os assuntos deste tópico. Percebe-se que compete ao CNJ o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, cabendo-lhe também a verificação do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados. Nesse sentido, o CNJ tem a atribuição de zelar pela autonomia do Judiciário, podendo, para tanto, expedir atos regulamentares e recomendar providências. O CNJ deve ainda zelar pela observância do artigo 37 da Constituição da República, ou seja, apreciar o cumprimento dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa forma, atuando de ofício ou mediante provocação, os atos do Judiciário poderão ser desconstituídos ou revistos. E finalmente, compete ainda ao CNJ, conforme inciso III do § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal de 1988, receber e conhecer de reclamações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro. Quanto a estes serviços, o CNJ tem atribuições para avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção ou a disponibilidade e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

Embora o Conselho tenha, em sua constituição, viés nitidamente democrático, tendo em vista os instrumentos disponibilizados regimentalmente, tais instrumentos não foram utilizados para o debate acerca das escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas. Também não se percebe a formação de comissões voltadas para o debate de temas correlatos, ou pelo menos, não se tem notícia de que tais comissões estejam realmente discutindo temas relacionados à dignidade da pessoa humana, o que englobaria as uniões poliafetivas. O debate acerca das escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas sequer foi objeto de discussão em comissões permanentes direta ou indiretamente relacionadas ao tema. A Comissão de Políticas Sociais e de Desenvolvimento do Cidadão ou até mesmo a Comissão de Acompanhamento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e da Agenda 2030 poderiam ter discutido o assunto. Infelizmente não houve espaço institucional para deliberação sobre a matéria, que foi decidida pelo Plenário sem que houvesse oportunidade de debate democrático.

Ou seja, no Conselho Nacional de Justiça não se pode dizer que há no seu âmbito a adoção de um modelo de processo que tenha instrumentos que viabilizem a efetiva participação popular. Mesmo com previsão de audiências públicas e seminários com especialistas, essas ferramentas não são de utilização obrigatória e, por isso mesmo, não são regularmente utilizadas, o que corrobora a tese de que não há democraticidade nos debates levados ao órgão. É essencial esclarecer que não se defende a utilização de audiências e consultas públicas para todo e qualquer procedimento que ocorra no âmbito do CNJ. Entretanto, a edição de atos normativos em muitos casos é imperiosa, mesmo que provenientes de decisões do Plenário do órgão, uma vez que tratam de interesses difusos e coletivos.

Assim, em se tratando de interesses difusos e coletivos, há de ser oportunizada a participação dos interessados, e não apenas quando se está na iminência da edição de atos normativos. O modelo de processo no CNJ deve ser conforme a Constituição Federal de 1988, ou seja, participativo. Debates que tratam de demandas que possam afetar direta ou indiretamente a vida das pessoas, como ocorre no caso das escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas, não pode ficar adstrito ao requerente e aos conselheiros. Um modelo de processo que se pretende democrático deve necessariamente ouvir os cidadãos que optaram por viver nesse arcabouço afetivo. É nesse sentido que se defende a realização não apenas de audiências e consultas públicas, mas a veiculação de editais que abram oportunidades de ingresso dos interessados difusos e coletivos. A audiência pública é ferramenta essencial para a busca da dignidade dos cidadãos direta ou indiretamente envolvidos no debate. Dizendo de

outra forma: a participação dos indivíduos na construção do provimento estatal deve ocorrer em todas as oportunidades nas quais se discutem situações que afetarão esses mesmos indivíduos direta ou indiretamente.

O processo coletivo, seja em âmbito jurisdicional, seja em âmbito administrativo, deve estar em consonância com o texto constitucional. E o processo coletivo apenas estará em consonância com o texto constitucional caso se adote o modelo participativo preconizado pela Constituição Federal de 1988. É apoiado nesse entendimento a defesa enfática de que as audiências públicas não devem ser instrumentos apenas normativamente previstos. Conforme ficou demonstrado, não existe um modelo de processo coletivo no CNJ que se coadune com a proposta de democracia participativa prevista no texto constitucional. Isso ocorre porque, dentre outras razões, as audiências e consultas públicas, ferramentas importantes de participação popular, não são obrigatórias, mesmo em situações nas quais se debatem problemas que afetarão as vidas de inúmeros interessados difusos e coletivos.

A participação na construção do mérito nos provimentos estatais é uma forma de exercício direto da democracia. Além disso, não há elementos constitucionais que impeçam a participação popular na construção dos provimentos estatais. Ao contrário, todos os dispositivos constitucionais, sejam os que tratam princípios, sejam os que tratam regras, preveem a participação dos indivíduos interessados. É nesse sentido, portanto, que se defende de forma taxativa a efetiva participação popular nos procedimentos que tramitam no Conselho Nacional de Justiça. É inconcebível que uma decisão que tenha proibido a lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas não tenha contado com a participação daquelas pessoas que optaram por viver afetivamente numa estrutura poliafetiva. Mais: sequer uma entidade de classe representativa dos notários e dos registradores foi chamada para opinar sobre a legalidade do instrumento. Não há democracia, portanto, quando uma decisão que afeta a vida de alguns cidadãos não tenha contado com a participação desses cidadãos. Dessa forma, o provimento estatal deveria ser considerado nulo e ilegitimamente democrático, por afrontar diretamente o texto constitucional.

Ao invés de propiciar os meios necessários para que os cidadãos possam efetivamente buscar a felicidade, o CNJ agiu de forma contrária e vedou a lavratura de instrumentos públicos declaratórios de uniões poliafetivas. Numa só decisão o CNJ usurpou competência constitucional e afrontou os princípios insculpidos no texto constitucional, em especial a dignidade da pessoa humana. Não bastasse a apropriação irregular de uma competência, o fez

utilizando argumentos morais e religiosos. O Conselho Nacional de Justiça talvez ainda não tenha se dado conta de que num Estado laico é possível a coexistência pacífica de diversas ideologias. Não há um único modelo familiar apto a reger a convivência afetiva.

4.1. Teses do Conselho Nacional de Justiça sobre as Uniões Poliafetivas.

No dia vinte e nove do mês de julho do ano de dois mil e dezoito o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) decidiu proibir a lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva, conforme ementa extraída dos autos do Pedido de Providências número 0001459-08.2016.2.00.0000, *in verbis*:

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 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Esta decisão do CNJ traz importantes desdobramentos e questionamentos jurídicos. O primeiro deles diz respeito à competência do CNJ. Estaria o órgão atuando de acordo com as atribuições que lhe foram outorgadas pela Emenda Constitucional número 45/2004? O que se pode entender por entidade familiar, também conforme a Constituição promulgada no ano de 1988? Além disso, em se proibindo a lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva, poderia tal vedação impactar a lavratura de instrumentos particulares com conteúdo similar? A fim de buscar compreender o tema e responder, juridicamente, as questões mencionadas, vamos analisar, primeiramente, o Pedido de Providências que tramitou no CNJ, para obter subsídios e prosseguir no estudo da questão. A leitura dos votos proferidos pelos Conselheiros do CNJ demonstra que houve cinco diferentes teses formadas no julgamento do Pedido de Providências proposto pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), no qual se requereu a proibição da lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva. Embora haja semelhanças pontuais em algumas dessas teses, existem aspectos importantes que as diferenciam. Ressalta-se que o CNJ reproduz a estrutura autocrática do Estado, pois mesmo não tendo legitimidade para interferir na vida privada das pessoas,

deliberou em matéria de interesse coletivo sem que houvesse a participação dos interessados, demonstrando ser um órgão fechado para a democracia.

A primeira tese, proposta pelo Conselheiro e relator João Otávio de Noronha e acompanhada pelos Conselheiros Iracema do Vale e Valtércio de Oliveira, dispõe que a

União poliafetiva existe como fato, mas é reprimida pelo direito. Assim, quem está fora da regulamentação vive, em tese, ato ilícito. Este tipo de união, eventualmente, pode virar bigamia ou poligamia, logo, crime. 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? (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

O Conselheiro relator do Pedido de Providências parte da premissa de que a união poliafetiva existe como fato, sendo, porém, reprimida pelo Direito. Tal conclusão tem como pressuposto a falta de aceitação social do relacionamento poligâmico em nosso país. Ainda segundo o mesmo Conselheiro, o tema é praticamente ausente da vida social dos cidadãos e é pouco debatido até mesmo na comunidade jurídica. Prossegue afirmando que a ausência de provocação judicial, bem como os raros casos de lavratura de escrituras públicas e os incipientes debates demonstram que não haveria mudança de pensamento social capaz de levar ao reconhecimento da entidade familiar. A repulsa social em relação à união poliafetiva e a facilidade de antecipar as consequências jurídicas advindas de uma relação entre duas pessoas também são argumentos levantados pelo Conselheiro relator no intuito de justificar que a declaração de vontade contida na escritura pública de união poliafetiva não pode ser considerada. A tese defendida pelo Conselheiro relator foi acompanhada integralmente por dois outros Conselheiros. O Conselheiro relator argumentou, também, que existindo como fato, mas sendo reprimida pelo Direito, a união poliafetiva estaria fora de regulamentação e configuraria, em tese, ato ilícito.

Essa construção não deve prevalecer, senão vejamos. Primeiramente, as relações afetivas e patrimoniais no âmbito familiar são de caráter privado; tais relações têm a proteção do Estado, não a interferência, o que são situações completamente distintas. Ou seja, quando se afirma que o Estado protege a entidade familiar, isso não significa que o Estado deva repelir qualquer outra relação afetiva/patrimonial que seja diferente daquela defendida pela Igreja Católica. Por outro lado, não haver regulamentação não quer dizer que seja proibido. Melhor dizendo, às relações entre particulares, ao contrário das relações vinculadas à administração

pública, é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Vê-se, portanto, que por dizer respeito a relações estritamente privadas, não há nenhuma razão para a proibição da lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva, sob a justificativa de que não há regulamentação legal. Ora, justamente por não haver regulamentação é que as partes se dirigem ao tabelionato de notas, ou seja, a fim de que o instrumento público de união poliafetiva possa ter autenticidade, segurança, publicidade e eficácia.

A segunda tese, proposta pelo Conselheiro André Godinho, julgou o Pedido de Providências parcialmente procedente, votando “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” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). Conforme entendimento explicitado pelo Conselheiro,

[...] 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 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Nota-se, portanto, importante divergência em relação ao voto proferido pelo Conselheiro relator, uma vez que se admite que a lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva não constitui ato ilícito, pois estar-se-ia apenas declarando a existência de uma situação de fato e não vedada pelo Direito. O Conselheiro prossegue afirmando que, tendo em vista a competência constitucional que lhe é atribuída, não cabe ao CNJ emitir juízo de valor acerca do tema, mas apenas controlar eventual ato ilegal praticado pelo Poder Judiciário e pelas serventias cartoriais por eles delegadas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). O parágrafo acima também demonstra clara dissensão em relação ao voto anteriormente mencionado, pois se reconhece, ainda que timidamente, a falta de competência constitucional para que o CNJ opine sobre o assunto. A leitura das atribuições outorgadas pelo constituinte ao CNJ corrobora o entendimento do Conselheiro André Godinho, ou seja, não compete ao órgão emitir juízo de valor acerca da lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva. O Conselheiro defensor dessa segunda tese, embora reconheça a falta de competência constitucional do CNJ para analisar o mérito da questão, entende que o conteúdo das escrituras públicas levadas ao Conselho pela requerente extrapolou os limites da mera declaração de um

fato social e objetivou ter nítido caráter constitutivo de direitos e deveres, o que seria desprovido de base jurídica. O Conselheiro conclui acompanhando o relator, porém permitindo a possibilidade de lavratura de escrituras públicas que apenas declarem a existência das uniões poliafetivas, sem a oposição de eventuais direitos e deveres delas decorrentes, deixando clara a contradição em suas proposições.

Na terceira tese, o Conselheiro Aloysio Corrêa da Veiga também julgou o Pedido de Providências parcialmente procedente, mas sob outro fundamento, e foi acompanhado pelos Conselheiros Arnaldo Hossepian e Daldice Santana. Conforme entendimento exarado em seu voto, Aloysio Corrêa da Veiga defende a lavratura de escrituras públicas de uniões poliafetivas, limitando-as ao reconhecimento das sociedades de fato, para efeitos patrimoniais, impedindo, todavia, a equiparação à união estável, por inexistência de amparo legal. Assim como ocorreu em comparando-se a segunda tese à primeira, também se nota relativa evolução cotejando-se a terceira tese em relação à segunda. Enquanto no voto abortado na primeira tese foi proibida a lavratura de qualquer tipo de escritura pública de união poliafetiva e na segunda tese se permitiu a lavratura de escritura pública apenas declaratória, nesta terceira tese permitiu-se até mesmo o reconhecimento de efeitos patrimoniais às uniões poliafetivas. O Conselheiro Aloysio Corrêa da Veiga foi ainda mais adiante ao reconhecer que

Não se pode desconhecer e nem negar a existência das uniões poliafetivas. Esse tipo de união, porque fogem de um padrão monogâmico, a provocar entre segmentos da sociedade, em determinado padrões religiosos e morais, uma reprovção, nem por isso é negada a sua existência. Logo, necessário se torna enfrentar essas relações, mesmo que não sejam visualizadas sob o aspecto moral. Há que abstrair-se do conceito moral e da repulsa de segmentos sociais diante da trajetória histórica das uniões monogâmicas, notadamente no ocidente. É preciso que haja a construção com respeito às opções, para prestigiar o fundamento do direito no princípio da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º da Constituição Federal). A união poliafetiva não pode ser confundida com bigamia. Bigamia é crime. O Código Penal no art. 235 tipifica com pena de reclusão a àquele que contrair, sendo casado, novo casamento. A união poliafetiva não significa dizer que exista celebração de dois ou mais 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 Silva: *“Literalmente quer exprimir o consórcio de uma pessoa com muitos cônjuges ao mesmo tempo e assim tanto se refere à mulher quanto ao homem, tanto basta que se casem sucessivamente sem que tenham falecido os outros cônjuges”*. 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 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

O conteúdo do voto acima transcrito é importante para alertar para o fato de que, por ser um tipo de união que foge ao padrão monogâmico, não significa que a união poliafetiva deva ser negada, desprezada e marginalizada pela sociedade e pelo Direito. Defende-se, ainda, a separação entre os conceitos moral e jurídico. É o que se sustenta neste trabalho. O voto também aponta diferenças importantes entre a união poliafetiva, a bigamia e a poligamia, rebatendo, portanto, argumentos levantados na primeira tese. O respeito às opções e o prestígio ao fundamento da dignidade da pessoa humana são pontos de destaque desta terceira tese e se coadunam com a doutrina de Carlos Eduardo Pianovski Ruzky:

[...] tomar um princípio jurídico da monogamia como um dever-ser imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade (RUZKY, 2006, P. 19).

Ganha relevo, portanto, o princípio da liberdade, pois não cabe ao Estado impor o dever da monogamia em todas as relações afetivas. É o princípio da dignidade da pessoa humana que deve prevalecer, e não um tipo predeterminado de família e pasteurizado socialmente. É este também o entendimento de Rosana Amara Girardi Fachin:

(...) é ínsita à existência da pessoa humana o direito fundamental de realizar sua aspiração de ter uma família sem moldura prévia que obste, no todo ou em parte, à realização legítima desse desejo. A questão que agora se põe é a de dar efetividade a esse interesse, elevado à categoria de direito fundamental (FACHIN, 2001, p. 68).

Os fundamentos da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político não se coadunam com o entendimento segundo o qual a união poliafetiva deva ser reprimida pelo Direito. É a repulsa à união poliafetiva que deve ser reprimida pelo Direito. Uma vida digna não tolera um modelo de vida dominante, impositivo e pautado em dogmas religiosos. E o Direito também não admite que os fundamentos da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político sejam sobrepostos pelo que se supõe socialmente aceitável. O necessário respeito às diferenças e aos diversos projetos de felicidade, bem como a necessidade de preservação da força normativa dos princípios fundamentais, pressupõe a legalidade de qualquer tipo de estrutura afetiva e familiar, ainda que a cultura seja predominantemente cristã, conforme afirmado pelo Conselheiro relator do Pedido de Providências acima mencionado. De que valeria, portanto, a prerrogativa de poder se unir a outras pessoas em arranjos familiares não

tradicionais, se o Direito não pode se adequar à realidade? Como viver uma vida biograficamente digna, livre e plena se não se pode reconhecer direitos àqueles que querem apenas comungar a sua felicidade em estruturas não convencionais? Depois de mais de trinta anos da promulgação da Constituição, em 1988, ainda não se percebeu que a laicidade do Estado tem como corolário o efetivo respeito às diferenças?

Uma quarta tese, bastante semelhante à primeira, foi proposta pelo Conselheiro Márcio Schiefler e acompanhada pelo Conselheiro Fernando Mattos. Os Conselheiros entendem pela procedência do Pedido de Providências, porém discordam do motivo, dos argumentos lançados pelo Conselheiro relator. Entendem que a matéria estaria reservada à atuação legislativa e que não caberia ao Conselho Nacional de Justiça regulamentá-la. O Conselheiro Fernando Mattos dispõe, ainda, que todo o ordenamento jurídico se refere a duas pessoas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). Ora, sendo os argumentos diferentes, não haveria de ser a conclusão, ou melhor, o voto, também divergente? Nesse caso sim, porém não é o que ocorre. Ou seja, embora entendam que a matéria objeto do Pedido de Providências deva ser discutida e decidida pelo Congresso Nacional, os Conselheiros entenderam pela procedência do Pedido de Providências, proibindo a lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas. O que deveria ter ocorrido, naturalmente, quando se reconheceu a incompetência do Conselho Nacional de Justiça para tratar sobre o tema, seria o julgamento pela improcedência ou a inadmissibilidade do pedido. Dessa forma, não caberia ao órgão administrativo criado pela Emenda Constitucional número 45/2004 julgar pela procedência do pedido, mas pela improcedência ou até mesmo pelo não recebimento.

Além de usurparem da competência do Congresso Nacional, conforme reconhecido pelos próprios Conselheiros, o voto usurpou também da competência do Judiciário numa atuação praticamente semelhante ao controle abstrato de constitucionalidade, uma vez que tal decisão tem efeitos para todos os tabelionatos com atribuições de notas do território nacional.

Vistos, portanto, os argumentos e justificativas que os Conselheiros nas exposições de suas teses, em relações às quais discordamos em diversos aspectos, conforme apresentado, passemos agora à análise da ora denominada quinta tese, que teve como único expositor o Conselheiro Luciano Frota. O Conselheiro supracitado votou pela improcedência do Pedido de Providências, tecendo explanações no sentido de que o artigo 226 da Constituição não aponta um rol taxativo para as entidades familiares e que o Direito deve acompanhar a dinâmica das transformações sociais. Além disso, argumentou que a proteção do instituto família deve ser

direcionada para as pessoas que a integram e não para as formas e estruturas tradicionais, indicando, como justificativa, os princípios da dignidade do ser humano, da autonomia privada, da liberdade sexual, do direito à intimidade e da pluralidade das entidades familiares (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). O voto ressalta os seguintes pontos:

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 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Embora seja voto dissonante em relação aos demais julgadores do Pedido de Providências no CNJ, o entendimento do Conselheiro expositor dessa quinta tese parece estar em conformidade com o princípio norteador do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a dignidade da pessoa humana. E não poderia ser de maneira diferente, pois dessa forma estaríamos transformando a Constituição de 1988 numa simples folha de papel, sem qualquer efetividade para a proteção dos indivíduos, destinatários centrais da norma. O Conselheiro Luciano Frota, porém, não se ateve apenas ao mérito da questão, opinando também sobre a competência do CNJ para tratar do tema: “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” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). Antes de discorrer sobre a questão relacionada à atuação das serventias extrajudiciais, notadamente quanto aos tabelionatos de notas, é importante trazer os fundamentos da decisão proferida nessa quinta tese:

[...] não há barreira jurídica para a declaração de união poliafetiva, eis que amparada tanto pelo sistema de liberdades que pauta o nosso Estado Democrático de Direito, quanto pela afirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, valores que possibilitaram a releitura do contido no art. 226 da Constituição Federal, admitindo o conceito plural de entidade familiar. A escritura pública nada mais é do que o instrumento jurídico de formalização de uma declaração de vontade, celebrado perante um Tabelião, a quem compete a lavratura, cujo escopo é o de conferir validade formal ao negócio jurídico e maior segurança jurídica aos interessados. Proibir que se formalizem perante o Estado uniões poliafetivas com base em um conceito vetusto de entidade familiar, não abrigado pela Constituição, significa perpetuar uma situação de exclusão e de negação de cidadania que não se coaduna com os valores da democracia (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Nota-se que a argumentação está em conformidade com o núcleo principiológico insculpido na Constituição Federal de 1988, privilegiando-se o fundamento da dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, a laicidade do Estado e também os valores da democracia. Nesse ínterim, importante trazer ao debate as palavras de Daniel Sarmento acerca da laicidade do Estado:

A laicidade do Estado, levado a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder público, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária – , pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças, religiões, cosmovisões e concepções morais que lhe são subjacentes (SARMENTO, 2006, p. 115-116).

Tendo em vista que no Estado laico a fé é questão privada e que, conseqüentemente, a autoridade pública não deve e nem pode fundamentar as suas decisões políticas em dogmas de fé, não assiste razão àquelas quatro teses anteriormente expostas, devendo prevalecer o entendimento, ainda que minoritário, sufragado pelo Conselheiro Luciano Frota, que também elencou a democracia como princípio justificador de seu posicionamento. Nesse sentido, é também de suma importância que não se esqueça que a Constituição Federal de 1988 foi promulgada num momento político de extremo vigor democrático, devendo, pois, seus princípios e fundamentos serem perseguidos a todo momento. Não se deve tolerar o recuo da democracia, conforme nos alertam Steven Levitsky e Daniel Ziblatt: “Há uma percepção crescente de que a democracia está recuando em todo o mundo. Venezuela, Tailândia, Turquia, Hungria, Polônia. Larry Diamond, talvez a mais notável autoridade em democracia no mundo, acredita que entramos num período de recessão democrática” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 194).

A percepção do retrocesso democrático também pode ser percebida em nosso país. Ou seja, a partir do momento em que um órgão com atribuições constitucionais adstritas ao controle administrativo e orçamentário do Judiciário e criado como mecanismo de controle de excessos e com o intuito de fortalecimento das instituições começa a adentrar numa esfera que não lhe compete, e ainda com a finalidade de derrogar os princípios e fundamentos explicitados na

Constituição de 1988, é possível, sim, falar em recessão democrática no Brasil. Assim, a fim de reverter esse quadro, é imperioso que participem do debate principalmente aqueles diretamente atingidos pela decisão do Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências objeto deste trabalho. Infelizmente não foi o que ocorreu no caso em apreço, tendo em vista a ausência de participação de qualquer cidadão ou entidade que pudesse trazer à discussão elementos e argumentos contrários àqueles expostos pela requerente. Conforme Fabrício Veiga Costa,

Só quando for realmente viável o exercício e acesso efetivo dos direitos fundamentais pela comunidade em geral é que tais cidadãos estarão verdadeiramente aptos à participarem de forma isonômica do processo legislativo. O discurso democrático viabilizará a participação dos cidadãos nas discussões legislativas, o que proporcionará, conseqüentemente, a legitimação do próprio processo legislativo (COSTA, 2016, p. 145).

A participação da sociedade, portanto, é essencial, não apenas no processo legislativo, mas também em qualquer procedimento ou processo administrativo em trâmite no Conselho Nacional de Justiça, e em qualquer órgão administrativo e judicial que tenha a prerrogativa ou a possibilidade de afetar a vida privada e a liberdade de qualquer cidadão. Dessa forma, estudadas e confrontadas as cinco teses construídas para justificar a procedência ou a improcedência do Pedido de Providências proposto no CNJ, com o intuito de proibir os tabelionatos de notas de lavrarem escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas, passaremos a analisar a deficiência de democraticidade na formação participada do mérito junto ao CNJ.

4.2. Deficit de democraticidade na formação participada do mérito junto ao CNJ.

O debate no CNJ acerca da validade das escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas ficou restrito apenas ao autor do Pedido de Providências e aos próprios conselheiros do órgão. Percebe-se a ausência de participação de quaisquer outros interessados difusos e coletivos que pudessem ser afetados pela decisão. As entidades de classes representativas dos notários, embora pudessem ter se manifestado, deixaram o prazo transcorrer e se abstiveram de participar da discussão. Mesmo que algumas entidades de classes representativas dos notários tivessem se manifestado no Pedido da Providências, ainda assim haveria *deficit* de democraticidade. Isso porque os requeridos no procedimento – dois tabelionatos de notas – devem ser classificados como interessados indiretos, uma vez que a decisão tem a possibilidade

de afetar apenas a vida de quem vive em união poliafetiva. Ou seja, somente obliquamente os requeridos seriam – e realmente foram – afetados pela decisão.

Por outro lado, não se nota o chamamento para o debate daqueles que vivem em união poliafetiva. Não se abriu oportunidade, portanto, para que os interessados no deslinde da questão participassem do procedimento no CNJ. Mas isso não ocorreu devido a uma circunstância própria do CNJ. Assim como ocorre no processo civil, também nos procedimentos administrativos não há espaço para discussões que fujam do âmbito individual. Dizendo de outra maneira: o processo civil e os procedimentos administrativos foram pensados para situações que envolvem duas partes. A construção do mérito do provimento estatal deve ser participada, e não imposta. O provimento estatal deve ser construído democraticamente, seja em âmbito jurisdicional, seja em âmbito legislativo ou administrativo. O modelo de democracia participativa abarcado pela Constituição Federal de 1988 será apenas um escrito sem valor, caso não tenha aplicação prática. A prevalecer o modelo de decisões autocráticas veiculadas por meio de órgãos jurisdicionais e administrativos, a decisão do povo não passará de uma ideia escrita.

A legitimidade democrática, portanto, pressupõe a participação discursiva de todos os interessados. E assim deve ser não apenas em âmbito jurisdicional, mas também nas esferas legislativas e administrativas, conforme exposto. Não deveria haver, nesse sentido, *deficit* de democraticidade no recinto do CNJ, ainda mais quando se discute um assunto capaz de interferir diretamente nos anseios sentimentais, patrimoniais, previdenciários e familiares das pessoas. A observância da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, dentre outros princípios constitucionais e processuais, garante não apenas a construção democrática dos provimentos estatais, mas amplifica a vontade do povo sufragada na Constituição Federal de 1988.

Os processos no CNJ que de qualquer forma possam interferir direta ou indiretamente na vida dos indivíduos requerem abertura para a devida participação desses indivíduos. Não se admite que o trâmite de procedimentos administrativos ocorra em dissonância com o texto constitucional. A legitimidade do Conselho Nacional de Justiça e sua participação no debate sobre as uniões poliafetivas demanda aprofundamento, uma vez que a questão foi unilateralmente debatida. Importante salientar que o CNJ não tem legitimidade para debater o tema e, mais grave, não tem sequer competência para isso. Ao CNJ compete tratar questões administrativas e financeiras ligadas ao Judiciário, incluindo os seus serviços auxiliares e as serventias notariais e de registro. Apenas porque houve a lavratura de um instrumento público

declaratório de união poliafetiva e, apenas porque este instrumento foi lavrado numa serventia notarial, isso não significa que o CNJ tenha competência e muito menos legitimidade para regular a situação. Ou seja, por não ter competência, não se defere a legitimidade adequada ao CNJ para tratar a questão, ainda mais quando não se oportuniza aos interessados difusos e coletivos a devida participação na construção do provimento estatal.

Tendo em vista a unidade do ordenamento jurídico nacional, centrado na dignidade da pessoa humana e voltado, portanto, à realização da felicidade de cada um de seus indivíduos, em respeito e consideração aos direitos de liberdade sexual, autonomia privada, intimidade e privacidade, não há interpretação que possibilite a proibição de atribuição de efeitos jurídicos às uniões poliafetivas. Dessa maneira, reitera-se a discordância quanto ao voto pela procedência do Pedido de Providências, mesmo em sendo os argumentos distintos dos argumentos lançados para justificar a primeira tese, tendo em vista que, não podendo o CNJ regulamentar o tema, conforme destacado pelos próprios Conselheiros, não haveria razões para adentrar no mérito da questão, o que poderia ser feito apenas pelo Congresso Nacional ou até mesmo por qualquer órgão do sistema Judiciário, desde que provocado, obviamente. Defende-se, outrossim, que a interferência do Estado seja no sentido de proteger e dar validade jurídica às relações poliafetivas, pois agindo de forma contrária, estaria o Estado afrontando a norma fundamental de todo o sistema jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A busca da felicidade é um direito que deve ser reconhecido a todos os seres humanos. A Constituição Federal de 1988, ao consagrar o princípio da dignidade como regra motriz, implicitamente fez com que a busca da felicidade também fosse alçada à categoria de princípio. Dessa forma, a poliafetividade, escolha adstrita à vida privada de qualquer pessoa, tem amparo constitucional. A escolha pela poliafetividade deve ser vista como livre manifestação da autonomia privada, assim como ocorre quando se escolhe pela monogamia.

Nesse sentido, valores morais, religiosos e filosóficos não devem interferir na interpretação que os operadores do Direito fazem do texto constitucional. Não há na Constituição Federal de 1988 a adoção de um dogma religioso, moral ou filosófico. Ao contrário, o pluralismo político é ao mesmo tempo um princípio autônomo e um desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo-se toda a gama de efeitos jurídicos a

todos os tipos de escolhas privadas. A família deve ser vista sob um prisma aberto, plural e democrático. Assim o quis o constituinte. Não deve haver qualquer impedimento em se reconhecer efeitos jurídicos a relações amorosas não consagradas pela Igreja. Uniões estáveis, uniões homoafetivas e uniões poliamorosas merecem a mesma proteção do Direito que os tradicionais casamentos entre homem e mulher.

O modelo de processo coletivo democrático, proposto pelo texto da Constituição brasileira de 1988, é participativo, dialético, discursivo, pois se funda na premissa da formação participada do mérito, por meio da qual os destinatários finais do provimento estatal possuem legitimidade jurídica para serem coatores das decisões proferidas pelo Estado e que versam sobre os interesses e direitos da coletividade. Nesse sentido, propõe-se na presente pesquisa a superação do modelo de processo decisório autocrático adotado pelo Estado, quando toma decisões de interesse público de forma unilateral, apresentando-se a teoria das ações coletivas como ações temática como contraponto argumentativo, especialmente quando se reconhece o direito de os destinatários do provimento estatal serem seus coautores.

Estudou-se o modelo representativo de processo coletivo, demonstrando-se como sua principal característica a ausência de participação popular. O modelo representativo é autocrático e dogmático enquanto a teoria das ações coletivas como ações temáticas permite que qualquer interessado no provimento participe de sua formação. Embora se tenha uma visão individualista do processo, em razão da bagagem cultural que nos foi legada, é importante assimilar a participação de qualquer interessado difuso na construção do mérito processual, pois essa decisão poderá afetar diretamente tal interessado.

Dessa forma, o franqueamento de participação dos indivíduos nos processos coletivos permite que as pessoas se sintam como coautores do Direito. E este é o principal elemento do sistema participativo, que se coaduna com o princípio democrático ao trazer para o cerne do debate as pessoas que serão direta e indiretamente afetadas pelos efeitos do provimento estatal. Ou seja, é a partir da participação dos destinatários no debate que haverá a formação do mérito no processo coletivo democrático (entende-se como processo coletivo democrático o espaço processual – judicial, administrativo ou legislativo -, que oportuniza o direito de os interessados difusos e coletivos serem coautores do provimento estatal final). Um meio importante de dar efetividade ao modelo participativo consiste na realização de audiências públicas para a qualificação do provimento coletivo. As audiências públicas devem ser realizadas em todas as

situações que envolvam interesses difusos, não apenas em procedimentos jurisdicionais, mas também nos procedimentos legislativos e administrativos.

A audiência pública consagra o princípio democrático, pois proporciona participação de uma variada gama de atores sociais. Não houve nenhuma audiência pública para tratar sobre as escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas no âmbito do CNJ, embora o Regimento Interno do órgão preveja este instrumento, dentre outros. Tendo em vista o que foi exposto acerca do direito de família e do processo coletivo ao longo do trabalho, analisou-se a ausência de competência constitucional e de legitimidade do CNJ em proibir a lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas. Ao CNJ compete o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, cabendo-lhe também a verificação do cumprimento dos deveres funcionais dos magistrados, notários e registradores. No que concerne aos serviços notariais e de registro, o CNJ tem competência para receber e conhecer de reclamações, avocar processos disciplinares, determinar a remoção ou a disponibilidade, bem como aplicar outras sanções administrativas. Ou seja, o CNJ não tem atribuições para adentrar no mérito das manifestações de vontade outorgadas em escrituras públicas.

Da mesma forma que o CNJ não tem competência para modificar o mérito de uma decisão judicial, o órgão também não tem poderes para dizer se uma manifestação de vontade concedida num instrumento público é ou não é conforme o Direito. Ao adentrar no mérito de uma questão que não lhe compete constitucionalmente e decidir em desconformidade com a própria Constituição Federal de 1988, o CNJ cometeu um duplo equívoco. Ainda: o fez sem adotar um procedimento que viabilizasse a efetiva participação popular. Assim, embora haja previsão de audiências públicas e seminários com especialistas, essas ferramentas – por não serem de utilização obrigatória – não foram utilizadas, o que corrobora a tese de que não há democraticidade nos debates levados ao CNJ. Debates que tratam de demandas que possam afetar direta ou indiretamente a vida das pessoas, como ocorre no caso das escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas, não podem ficar restritas ao requerente e aos conselheiros.

Um modelo de processo que se pretenda democrático deve necessariamente ouvir os cidadãos que optaram por viver nesse arcabouço afetivo. Por isso se defende a realização não apenas de audiências e consultas públicas, mas a veiculação de editais que abram oportunidades de ingresso dos interessados difusos e coletivos. A legitimidade democrática deve pressupor a participação discursiva de todos os interessados em âmbito jurisdicional, administrativo e legislativo. Decisões capazes de interferir diretamente nos anseios sentimentais, patrimoniais,

previdenciários e familiares das pessoas devem contar com a participação dessas pessoas. Apenas a abertura para o debate resultará na observância dos princípios da isonomia, do contraditório, da ampla defesa, da liberdade, da igualdade, da autonomia privada, da autodeterminação, da dignidade da pessoa humana e da busca da felicidade, o que garantirá não apenas a construção democrática dos provimentos estatais, mas amplificará a vontade do povo sufragada na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, foi demonstrada que a ritualística adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, quanto à apreciação do tema escritura pública declaratória de uniões poliafetivas, não garantiu a formação participada do mérito processual pelos destinatários diretos do provimento estatal, tendo em vista que a decisão proferida foi unilateral e produto das percepções exclusivamente propostas pelos Conselheiros. Além de ficar demonstrada a ausência de atribuição legal do CNJ em apreciar o tema em questão, restou esclarecida a ausência de legitimidade democrática em virtude do *déficit* de participação dos interessados (afetados pelos efeitos da decisão) na construção do provimento estatal final, cuja fundamentação exposta pelos Conselheiros contraria o texto constitucional vigente, no momento em que atenta contra o direito fundamental à liberdade, autonomia privada, dignidade humana e autodeterminação, deixando claro o interesse dos Conselheiros em endossar as estruturas sociais de segregação de pessoas em razão de suas escolhas individuais e subjetivas no âmbito familiar.

REFERÊNCIAS

CITADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Autos: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001459-08.2016.2.00.0000. p. 1. Disponível: <file:///C:/Users/freds/Desktop/Dissertação/Pedido%20de%20Providências%20CNJ%20-%20Acórdão.pdf>. Data de Acesso: 14 jan. 2020.

COSTA, Fabrício Veiga. **Mérito processual: a formação participada nas ações coletivas**. Belo Horizonte, 2012.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e certeza dos direitos fundamentais no processo constitucional democrático**. v.13. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família do novo milênio**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.



QUADROS, Aparecida Dutra de Barros; COSTA, Fabrício Veiga; BRASIL, Deilton Ribeiro. **Direitos fundamentais, cidadania e inclusão da comunidade LGBT**. In:

COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Direitos fundamentais, democracia e inclusão*. 1. ed. e-book. Maringá: Editora IDDM, 2017.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas – As ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudo de direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

QUADROS, Aparecida Dutra de Barros; COSTA, Fabrício Veiga; BRASIL, Deilton Ribeiro. **Direitos fundamentais, cidadania e inclusão da comunidade LGBT**. In: COSTA, Fabrício Veiga; FREITAS, Sérgio Henriques Zandoná; ENGELMANN, Wilson (Org.). *Direitos fundamentais, democracia e inclusão*. 1. ed. e-book. Maringá, 2017.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos fundamentais do direito civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANTOS, Marina Alice Souza. **Famílias simultâneas no direito brasileiro: a boa-fé no reconhecimento e na partilha de bens**. Belo Horizonte, 2018. 176 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Mandamentos, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VELOSO, Zeno. Livro V – **Do Direito das Sucessões**. In: FIÚZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.



Sobre o autor:**Fabricio Veiga Costa**

Pós-doutorado em Educação pela UFMG. Doutor em Direito Processual pela PUC-Minas. Professor da Pós Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais e da graduação em direito da Universidade de Itaúna.

Universidade de Itaúna, Itaúna, MG, Brasil

Lattes:<http://lattes.cnpq.br/7152642230889744> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2319-3207>

E-mail:fvcufu@uol.com.br

