

A APLICABILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NO INSTITUTO DO POLIAMOR E O POSICIONAMENTO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SOBRE A ATUAÇÃO DOS TABELIONATOS DE NOTAS

THE APPLICABILITY OF LEGAL PLURALISM IN THE POLYAMOR INSTITUTE AND POSITIONING OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE ON THE PERFORMANCE OF NOTARY PUBLIC OFFICES

Luiz Henrique Santos da Cruz¹

Marcos Augusto Maliska²

RESUMO

O presente artigo analisa o instituto do poliamor no contexto do monismo e, em especial, do pluralismo jurídico. Conforme a determinação do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, os Tabelionatos de Notas estão proibidos de lavrarem escrituras públicas de uniões poliafetivas, verifica-se que o instituto do poliamor como aquele capaz de conjugar em si o exercício de muitos ou vários amores como prática ou desejo de possuir simultaneamente mais de um relacionamento, sexual ou romântico, desde que com conhecimento e consentimento de todos os envolvidos; e que essa vontade quando manifestada é levada aos Tabelionatos de Notas do Brasil para ser concretizada pela lavratura de uma escritura pública de notas, resguardada, pois, por todos os princípios que fundam os Registros Públicos no Brasil, quais sejam os da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia jurídica. Entretanto e de início percebe-se que o poliamor não se prende à definição tradicional de família restrita ao modelo convencional clássico, porém inova e avança a partir da introdução da variável pluralidade de atores sociais que a envolvem e que de forma consensual e consentida resolvem formalizar juridicamente tais vontades livres e que desejam dar forma legal à relação. Realizou-se a pesquisa por meio da metodologia jurídico-teórica baseada no raciocínio lógico dedutivo, na técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que o CNJ, sob o viés do monismo jurídico, demonstrou que o instituto encontra respaldo como entidade amorosa de fato na vida social, contudo seja ainda desprovido de proteção jurídica.

Palavras-chave: afetividade; monismo jurídico; pluralismo jurídico; poliamor.

¹ Doutorando em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Autônomo do Brasil.

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil. Procurador Federal integrante do Núcleo de Atuação Prioritária em Matéria Administrativa da Procuradoria Regional Federal da 4ª Região.

ABSTRACT

This article analyzes the institute of polyamory in the context of monism and, in particular, legal pluralism. As determined by the National Council of Justice - CNJ, Notaries of Notes are prohibited from drawing up public deeds of polyaffective unions, it appears that the institute of polyamory is capable of combining in itself the exercise of many or several loves as a practice or desire of simultaneously having more than one relationship, sexual or romantic, with the knowledge and consent of all involved; and that this will, when expressed, is taken to the Notaries of Notes of Brazil to be implemented by drawing up a public deed of notes, protected, therefore, by all the principles that found the Public Records in Brazil, namely those of publicity, authenticity, security and legal efficacy. However, at first it is clear that polyamory is not linked to the traditional definition of family restricted to the classic conventional model, but it innovates and advances from the introduction of the variable plurality of social actors that involve it and that in a way consensual and consented decide to legally formalize such free wills and wish to give legal form to the relationship. The research was carried out through the legal-theoretical methodology based on deductive logical reasoning, in the technique of bibliographical and documentary research. It is concluded that the CNJ, under the bias of legal monism, demonstrated that the institute finds support as a loving entity in fact in social life, however it is still devoid of legal protection.

Keywords: affectivity; legal monism; legal pluralism; polyamory.

INTRODUÇÃO

O binômio sexual/romântico está inserido no contexto do poliamor, o que implica entender que o mesmo não se restringe à questão meramente sexual já que incidirá também no poliamor e - de forma inédita - o fenômeno da valorização do afeto, da dignidade da pessoa humana e da liberdade de manifestação da compreensão das escolhas humanas e das vontades protegidas individualmente ou em número maior de indivíduos pelo Estado.

O que os poliamoristas arvoram é que o Estado reconheça tal modalidade de amor plúrimo e desnudado de conotações desfavoráveis, de modo que se possa, por meio do reconhecimento da relação pelo ente estatal, tutelar o direito ao amor simultâneo, seja ele na via do monismo ou do pluralismo jurídicos.

Necessário, assim, investigar se o instituto do poliamor, como prática ou desejo de se instituir em amor vários atores sociais, encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, seja pela teoria monista ou pela pluralista, e como esse instituto tem sido entendido quando o Estado exerce sua função judicante, sem

esquecer dos vieses dos processos de desjudicialização ou extrajudicialização envidados de maneira constante nos últimos anos nos nossos tribunais.

Neste intento, o trabalho aborda as seguintes hipóteses/indagações acerca dessa modalidade especial de amor, quais sejam: a proibição, determinada pelo CNJ, da lavratura de escrituras públicas, revela uma compressão monista do direito? Ou seja, a proibição das escrituras públicas de poliamor é uma demonstração de preponderância do viés monista ou, ao contrário, está pautado na teoria pluralista?

A pesquisa se justifica na medida em que há na sociedade a busca pela tutela do direito às liberdades humanas e da dignidade humana, garantido tanto pela Constituição Federal de 1988 – CRFB/88, como pelos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em que o país seja signatário.

Para tanto, a pesquisa utilizou a metodologia jurídico-teórica baseada no raciocínio lógico dedutivo, seguido da análise qualitativa dos posicionamentos de Ministros do STF e STJ e dos Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça, associadas à técnica de pesquisa bibliográfica.

O referencial teórico consiste na tese sustentada pelos autores Marcelo Leonardo e Rodrigo da Cunha Pereira, membros do IBDFAM, segundo a qual o instituto do poliamor existe enquanto manifestação de atores sociais em cotidiano social, entretanto o que prevalece é a teoria monista fazendo com que o instituto não encontre resguardo jurídico-formal nas escrituras públicas notariais e nas demais fontes do direito; recordando-se diuturnamente que os princípios da dignidade humana e entre outros são assegurados no texto constitucional brasileiro.

A escolha da obra objetivou demonstrar que as experiências acumuladas pelos autores permitem confirmar a hipótese de que o instituto do poliamor é um modelo ainda carregado de interpretações e juízos de valor que lhe são menos favoráveis, que carregam em si resistências em muitos setores sociais e, em especial, no Poder Judiciário brasileiro.

Conquanto seja um modelo responsivo às demandas de atores sociais que escolhem viver seus amores de forma clara sob o viés individual e social, e que apontam pelo desejo de um cenário de ações afetivas e verdadeiras, o instituto revela a realidade social consensual e livre do poliamor.

Constata-se, previamente, que o poliamor, quando analisado pela via materno filial no contexto de pais, tios, sobrinhos e filhos, nas relações com liame

biológico presente, tem melhor aceitação, haja vista a maior compreensão no âmbito familiar.

Entretanto, no âmbito público, evidencia-se pela análise das únicas duas escrituras públicas de notas realizadas com o tema poliamor, e a introdução da variável sexual, que o instituto não encontra o mesmo respaldo, ou seja, não prospera.

Para a compreensão do instituto do poliamor é necessário apontá-lo no cenário das teorias monista e pluralista do direito. Assim, o presente artigo apresenta, no primeiro capítulo, a evolução histórica do pluralismo jurídico; no segundo, é abordado o instituto do poliamor como modelo de família, as escrituras públicas poliafetivas e o posicionamento do CNJ. Por fim, no terceiro, analisa-se o contexto dos casos concretos relacionados às escrituras públicas que reconheceram o instituto do poliamor.

1. BREVE ANÁLISE ACERCA DO PLURALISMO JURÍDICO

O homem moderno busca na razão humana a solução para os problemas sociais da contemporaneidade. Ao mesmo tempo em que a razão constrói os bens necessários à vida é ela quem destrói os mesmos. Assim, por meio da razão humana, fundada na ciência e na técnica, tanto as soluções dos problemas gerados pelos indivíduos, são encontradas, como elas mesmão também propostas, desejadas e construídas.

Zygmunt Bauman auxilia na compreensão da modernidade, na qual a fluidez, a mudança daquilo que era sólido se desfaz e a sociedade busca soluções para os seus dilemas, sejam eles de natureza afetiva ou não.³ E as demandas por aceitação da afetividade humana, seja pelo próprio indivíduo, seja pelos grupos sociais, estão mais presentes.

Na discussão acerca do que seja o pluralismo jurídico, entende-se sua necessária e simbiótica necessidade de associá-lo ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, corolário essencial quando da temática do instituto do poliamor.

³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1999.

À *contrario sensu* cabe observar que o monismo é uma doutrina que floresceu na modernidade, portanto, a partir do século XVII e XVIII, cujo pressuposto fundamental é o Estado como único e universal criador da norma jurídica, não se admitindo a ideia de qualquer outra norma jurídica que não a emanada do Estado⁴.

Tendo que o monismo não admite, como afirma Jossia Júnior, ordens jurídicas paralelas, "o Estado que melhor exemplifica essa estrutura monista de direito foi o Estado francês pós-revolução francesa, integrando o direito francês sob uma legislação comum a todos os cidadãos"⁵.

A *civil law*, modelo utilizado no Brasil, é baseado na legislação positivada, enquanto a *common law* é um modelo onde os costumes têm maior predominância. A *civil law* é um modelo onde predomina o império da lei, o qual aproxima o ordenamento jurídico brasileiro das concepções monistas do direito, que alicerçam até os dias atuais todos os julgados e demandas sociais que são levadas à submissão da função judicante do Estado.

Sob esse viés, é por meio da lei que se determina o fazer ou o não fazer de algo, que se define a licitude ou a ilicitude da ação humana. E é no campo da legalidade que se analisam as decisões e escolhas individuais afetivo-amorosas.

Já no pluralismo jurídico, ao contrário, outras ordens jurídicas têm possibilidade de existência.

Na Europa, o pluralismo jurídico teve sua origem no contexto da antiguidade clássica, onde existia uma grande predominância de normas legais de caráter espontâneo e comunitário, elaboradas pela população sem controle estatal. Destacam-se aqui as sociedades que se encontravam sob domínio do império romano, onde a principal característica da dominação romana era tolerância com os povos que dominavam⁶.

Sobre o tema afirma Llano que "definitivamente, la concepción del pluralismo jurídico realiza una ruptura con las distintas tendencias que hacen parte de la teoría del positivismo jurídico."⁷ No mesmo sentido esclarece Maliska, que o

⁴ JOSSIA JÚNIOR, Custódio Vique. Pluralismo Jurídico: o Palimpsesto Político e Jurídico em Moçambique e Direito de Pasárgada no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 8, n. 2, p. 1-38, dez. 2013. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/42714/33158>. Acesso em: 06 ago. 2021. doi:<https://doi.org/10.22456/2317-8558.42714>, p. 4

⁵ JOSSIA JÚNIOR, Custódio Vique. Pluralismo Jurídico, p. 6.

⁶ JOSSIA JÚNIOR, Custódio Vique. Pluralismo Jurídico, p. 5.

⁷ LLANO, Jairo Vladimir. *Teoría del derecho y pluralismo jurídico*. **Revista Criterio Jurídico**. v. 12, n. 1, Pontificia Universidade Javeriana: Santiago de Cali, 2012, p. 194. Disponível em:

pluralismo jurídico, lado outro, preocupa-se com a tutela e a efetividade do princípio da dignidade humana de maneira universal, contudo avança para que tal proteção se amplie além do texto da lei.⁸

Assim, para o pluralismo jurídico, importa tutelar a essência do direito, o direito em si, mais do que a forma como ele se apresenta. O que se percebe no modelo social é que, para além da lei, em sentido formal, as demais fontes do direito são relevantes, quando da proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e o primado da dignidade humana encontra repouso e justificativa de forma isonômica.

Bianca Camile dos Santos Filla⁹ em Dissertação do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, relata que

A sociedade brasileira contemporânea está inserida em um sistema jurídico baseado no pluralismo. Todavia, é necessário observar que nem sempre foi assim, pois a teoria monista foi aplicada no ordenamento jurídico brasileiro por muitos anos, até o final do século XX, momento em que houve a ruptura desse modelo com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O antagonismo entre o monismo e o pluralismo jurídico está em saber se cabe exclusivamente ao Estado o poder de criar normas jurídicas ou se é possível falar em distintos centros de posituação jurídica¹⁰.

A dignidade humana como valor inerente à condição humana encontra guarida nas concepções do pluralismo jurídico e constitucional, posto que sua ideia central é a de que ele exista para explicar sua existência para além da lei, mas nunca fora da Constituição.

Acerca do assunto, Cosechen e Maliska observam que “a liberdade de escolha concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana, tocando a cada um,

<https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/586>. Acesso em; 27 set. 2021

⁸ MALISKA, Marcos Augusto. Resenha: O Duplo Corpo no Direito. Tradições do Pluralismo entre Unidade Estatal e a Multiplicidade Transnacional. **Rev. Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 20, n. 20, p 308-311, jul/dez, Curitiba, 2016, p 308-311.

⁹ FILLA, Bianca, Camile. **O Princípio do Pluralismo e o Reconhecimento de Novos Arranjos Familiares perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro**: As Famílias Simultâneas. XXX f. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia), Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2018.

¹⁰Idem, ibidem, p. 16

individualmente, a escolha da entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial, merecendo igual proteção do Estado”¹¹.

Tratando dessa escolha sob a ótica do dinamismo do Direito, é possível tomar como base a teoria do Direito Vivo de Eugen Ehrlich

Eugen Ehrlich, o jurista austríaco da Bukowina, considerado um dos fundadores da Sociologia do Direito, desenvolveu um modo próprio de compreender o fenômeno jurídico, o qual poderia ser resumido na ideia de que o direito não se encontra preso na legislação, mas está na dinâmica da vida, nas práticas sociais¹².

Assim, “Ehrlich dá ênfase, nesse sentido, ao aspecto fático-normativo do direito, ou seja, ele não entende o direito como um processo meramente normativo dedutivo, mas agrega à normatividade inerente ao direito a dimensão fática”¹³.

É essa relação entre a norma e a vida real que garantem, também, a consideração da existência do pluralismo jurídico que, em se tratando de diversidade nas estruturas familiares, permitiria ao Direito uma evolução legislativa que ampare o poliamor.

Conquanto percebe-se a análise do instituto do poliamor como uma das modalidades de formação de grupos amorosos, há que se perquirir a necessidade de que os atores sociais poliamoristas encontrem resguardo na lei e na constituição, portanto, naqueles que têm também, como objeto de proteção, a dignidade humana, fruto de um direito vivo, que existe na realidade de tantos lares brasileiros.

Nesse sentido, a relação dessa realidade existente entre o pluralismo jurídico e a Constituição parte da ideia da proteção do plural e do singular simultaneamente, abrangida e recepcionada pelas ideias e ações advindas de demandas sociais poliafetivas, que devem ser tão ou mais resguardadas pelo modelo pluralista de compreensão do direito como sócio-constitucional, quanto aquelas monoafetivas.

Essas novas demandas sociais serão analisadas no capítulo seguinte, a partir do instituto do poliamor.

¹¹COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich. **Revista da Faculdade de Direito UFRGS**, n. 35, p. 231-45 Porto Alegre, ed. esp. dez., 2016, p. 237

¹²Idem, ibidem, p. 238.

¹³Idem, ibidem, p. 238.

2. O CONCEITO DE FAMÍLIA E O DIREITO COMO FATO FUNDANTE DO INSTITUTO DO POLIAMOR E DO MODELO DE FAMÍLIA. AS ESCRITURAS PÚBLICAS POLIAFETIVAS E O POSICIONAMENTO DO CNJ

A evolução do conceito de família representa uma tendência de abstração do direito com maior ênfase na essencialidade dos institutos do que em sua apresentação formal. Sobre isso, explicam Cosechen e Maliska que

A inquestionável dinâmica das relações interpessoais quebrou a rigidez dos arquétipos familiares típicos, em especial aquele centrado no casamento, e permitiu se desenvolvessem novos modelos familiares, como famílias monoparentais, anaparentais, homoafetivas, recompostas, simultâneas e tantos outros que pode se supor existam no seio da sociedade¹⁴.

Essas mudanças não foram acompanhadas pelo direito positivado, segundo Cosechen e Maliska, que explicam que

Com efeito, a mudança nas estruturas políticas, econômicas e sociais refletiu diretamente na conformação das relações interpessoais e na configuração da família, que se materializaram sem que a Lei tivesse tempo de prever e proteger os seus direitos. Hoje, o conceito de família demanda uma visão pluralista e não singular¹⁵

Entretanto, tal pluralidade tem amparo constitucional, apesar do entendimento de que a família singular seja a única possível. Desta forma, a análise das orientações do CNJ, bem como das normativas introduzidas ao Código Civil Brasileiro e na Lei de Registros Públicos nº 6.015/73 a partir do estudo do instituto da família e das uniões poliafetivas, é imprescindível.

O CNJ, conforme determinação constitucional, se limita ao controle administrativo das ações do judiciário e dos serviços extrajudiciais denominados tradicionalmente de cartórios. Instado por meio da Associação de Direito de Família e das Sucessões, contrária aos atos de lavratura e registro de uniões estáveis ou casamento poliafetivos, realizados no Estado de São Paulo, o CNJ, em decisão Plenária de 26 de junho de 2018, no exercício da atividade correcional administrativa e não judicante, determinou que todos os Tabelionatos de Notas, e cartórios de

¹⁴Idem, ibidem, p. 238.

¹⁵Idem, ibidem, p. 235.

modo geral, não realizassem lavraturas e registros de tais uniões poliafetivas. Esse entendimento permanece válido até o momento atual.

Todavia, conquanto função administrativa, sabe-se que o CNJ tem como seu Presidente o também Presidente do Supremo Tribunal Federal – STF. E, entre outras demandas que chegam dos cartórios, o CNJ tem sido um órgão além de exercente de funções administrativas e correccionais, vem proferindo Resoluções e Provimentos em matéria de serventias extrajudiciais, norteando toda a atividade delegada pelo Estado ao particular terceiro em colaboração.

Porém, conforme declarou o Ministro João Otávio Noronha, a CRFB/1988 é quem determina tais competências, não arvorando-se, pois, o referido Conselho a prerrogativa de julgar.¹⁶ Todavia, apesar da função administrativa declarou o Ministro:

A emissão desse tipo de documento, não tem respaldo na legislação nem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que reconhece direitos a benefícios previdenciários, como pensões, e a herdeiros apenas em casos de associação por casamento ou união estável. Nesse julgamento eu não discuto se é possível uma união poliafetiva ou não. O Corregedor normatiza os atos dos cartórios. Os atos cartorários devem estar em consonância com o sistema jurídico, está dito na lei. As escrituras públicas servem para representar as manifestações de vontade consideradas lícitas. Um cartório não pode lavrar em escritura um ato ilícito como um assassinato, por exemplo¹⁷.

Habermas expõe que :

Pois a teoria dos direitos não proíbe de maneira alguma que os cidadãos do Estado Democrático de Direito, no âmbito de sua ordem estatal conjunta, validem uma concepção do que seja bom, advenha ela da própria origem cultural, ou de um consenso alcançado em discursos de natureza política; entretanto essa mesma teoria proíbe sim, no interior do Estado, que se privilegie uma forma de vida em detrimento da outra¹⁸.

Nesse sentido, o Estado deve ser neutro em razão das diferentes concepções próprias do que seja o bem, validando a todas que não sejam radicalmente incompatíveis com os direitos fundamentais e com o projeto

¹⁶NORONHA . João Otávio. **Cartórios são proibidos de fazer escrituras públicas de relação homoafetivas**. disponível em <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>

¹⁷Idem, ibidem.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo, Loyola, 2002, p. 265.

democrático. Para isso, inevitável que o conjunto de valores de uma comunidade política deve sempre ceder quando entrar em confronto com os direitos fundamentais.

Lado outro, a manifestação da Ministra Cármem Lúcia pondera, delimitando o objeto de discussão:

‘O desempenho das serventias[cartórios] está sujeito à fiscalização e ao controle da Corregedoria Nacional de Justiça. Por isso exatamente que o pedido foi assim formulado. Não é atribuição do CNJ tratar da relação entre as pessoas, mas do dever e do poder dos cartórios de lavrar escrituras. Não temos nada com a vida de ninguém. A liberdade de conviver não está na competência do CNJ. Todos somos livres, de acordo com a constituição’, disse. (ROCHA, Cármem Lúcia Antunes Rocha, 2016).¹⁹.

O tema foi objeto de pedido de vista. O CNJ se dividiu entre os que declinaram e votaram pela proibição da lavratura e do registro do poliamor nas escrituras públicas; os que entenderam “que escrituras públicas podem ser lavradas para registrar a convivência de três ou mais pessoas por coabitação sem, no entanto, equiparar esse tipo de associação à união estável e à família;”²⁰ e aqueles que divergiram abertamente pela improcedência do pedido, para permitir que os cartórios lavrassem escrituras de união estável poliafetivas.

In casu, pelo instituto do poliamor, surgem vários indivíduos unidos por laços de consanguinidade e por laços socioafetivos, manifestação como mais uma das inúmeras demonstrações de afeto familiar entre hialina do que, repise-se, assevera Boaventura de Sousa Santos, no sentido de que tal instituto demanda ser analisado, compreendido pelo viés do pluralismo jurídico e não como prevalece ainda pelo viés do monismo jurídico. Assim, há a necessidade de uma democratização do Estado e da sociedade a fim não só de comportar indivíduos, mas que indivíduos plúrimos possam concretizar direitos que resguardem entre outros a dignidade humana.

Abordando o tema do pluralismo jurídico, Flávio Bortolozzi Junior²¹, interpretando o pensamento de Boaventura de Sousa Santos²², explica que

¹⁹ROCHA, Camem Lucia. **Cartórios são proibidos de fazer escritura públicas de relação homoafetivas.** Disponível em <https://www.cnj.jus.br/cartorios-sao-proibidos-de-fazer-escrituras-publicas-de-relacoes-poliafetivas/>

²⁰ Idem, ibidem.

²¹ Idem, ibidem.

²² Inicialmente, Souza Santos explica o contexto histórico do surgimento de Pasárgada na cidade do Rio de Janeiro. Pasárgada surge na década de 30, quando seus primeiros habitantes instalaram-se

O professor português Boaventura de Souza Santos sustenta que o pluralismo jurídico existe sempre que vigoram no mesmo espaço geopolítico, oficialmente ou não, mais de uma ordem jurídica. Souza Santos, no entanto, não se resumiu à conceituação do tema, indo mais a fundo em seus estudos. No início da década de setenta, realizou uma profunda pesquisa de campo em uma favela fluminense, a qual denominou artificialmente de Pasárgada. Tal estudo foi e ainda é amplamente divulgado nos meios acadêmicos, sendo de suma importância para uma efetiva percepção daquilo que Eugen Ehrlich denominou “Direito Vivo”.

Sobre o referido Direito Vivo, de Ehrlich, esclarecem Cosechen e Maliska que

É o direito que emana das relações estabelecidas entre as pessoas no mundo real, de acordo com as necessidades que surgem no dia a dia e com os costumes aceitos pela sociedade em que se vive, independentemente de estarem ou não positivados, de serem ou não autorizados por lei²³.

De acordo com os autores o ‘Direito Vivo’ é o conceito central na obra de Ehrlich, que se mantém vivo na atualidade, justamente em discussões como essas do CNJ acerca do direito que prevalece na prática social, na vida das pessoas, isto porque

O direito é uma ordem de comportamentos habituais, tem íntima relação com a sociedade. O direito é um fenômeno social, tem origem no clã ou na comunidade doméstica. A maior parte da vida jurídica se desenvolve longe o Estado, dos órgãos estatais e do direito estatal²⁴.

em propriedades alheias e do governo. Existia, àquela época, abundante terra disponível, não havendo, portanto, muitos conflitos a ela relacionados. Com o passar dos anos e o crescimento populacional da favela, as lides relacionadas à posse e propriedade das terras em Pasárgada foram aumentando. Uma vez que a população não poderia recorrer à Justiça oficial, vez que suas “propriedades” eram tidas como ilegais, surge, na comunidade, a associação de moradores, que passa a solucionar os conflitos locais. Percebe-se aqui claramente que a desatenção por parte do Estado no que concerne à solução de conflitos faz com que a própria população busque meios alternativos para resolver suas querelas. Souza Santos elabora uma análise minuciosa acerca do sistema jurídico interno de Pasárgada, apontando suas principais características, bem como suas diferenças e semelhanças para com o sistema jurídico legal. BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. Pluralismo Jurídico e o Paradigma do Direito Moderno: Breves Apontamentos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL)**, Curitiba, v. 1, n. 12, p. 21-31, abr. 2010. ISSN 1678 - 2933, p. 7

²³COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O direito vivo das famílias contemporâneas, p. 239

²⁴Idem, ibidem, p. 239.

Apesar disso, o CNJ, desde 2016, proibiu a realização de novas escrituras públicas de união estável poliafetivas, e não mais retomou o tema, desestimulando o seu debate social, que poderia ser muito profícuo para que demandas judiciais pudessem ser levadas ao Poder Judiciário que, como se sabe, queda inerte em razão do princípio do *non proceda tudeexofficio*.

Contudo, frise-se, ao lado dessa necessidade de constituir uma ação e compreensão do instituto sob o olhar do pluralismo jurídico, percebe-se uma clara dificuldade e rejeição ao mesmo, uma vez que a pluralidade social não se manifesta somente no campo das ideias e dos comportamentos, mas se apresenta no campo da demonstração do amor e do afeto humanos.

Acrescente-se ainda a concepção de que está em franca ascensão e expansão o fenômeno da desjudicialização ou extrajudicialização realizada pelas delegações notariais e registrais no Brasil, conforme se depreende das palavras da Tabela de Notas Marcia Cristina Zavataro.

Hoje, o princípio de acesso à justiça vem sendo remodelado pela doutrina contemporânea, sendo compreendido não apenas como o acesso formal aos órgãos do judiciário, mas também acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada. A tendência de desjudicialização dos conflitos é fomentada pelo Poder Público seja pelo incentivo, aprimoramento e difusão de práticas consensuais pelos tribunais, seja pelo deslocamento de atribuições para o âmbito extrajudicial, tornando os procedimentos menos burocráticos, com a prestação de serviços com a celeridade e eficiência em prol da coletividade. Neste cenário, os notários e registradores vêm atuando como parceiros da atividade judicial, apresentando serviços extrajudiciais viáveis na prevenção e resolução de litígios, com rapidez e economia para o usuário sem prejuízo da segurança jurídica²⁵.

O pluralismo jurídico corresponderia, de forma mais abrangente, do que o monismo jurídico, a perspectiva de que o direito, para ser exercido democraticamente, tem de assegurar as manifestações promovidas na esfera do cotidiano dos indivíduos, sem que ações e comportamentos amorosos fossem enquadrados no campo da ilicitude e do direito penal, numa demonstração de que a lei, no seu sentido mais amplo, deve resguardar a dignidade humana em todos os aspectos da vida social.

²⁵ZAVATARO, Marcia Cristina. **A Importância do Notário no Processo de Desjudicialização**. Editora JusPODIVM, Salvador, 2019, p. 80

Nesse contexto, o fenômeno da desjudicialização avoca a participação das delegações notariais e registrais para a contribuição e fornecimento de justiça para além dos Fóruns e Tribunais da justiça nos moldes clássicos, avançando para a construção de uma justiça que desenvolva a lei formal. Apresenta uma possibilidade de construção negociada de justiça, numa espécie de concretização do pluralismo jurídico, cedendo espaço para o negociado, formalizando o construído consensualmente, de forma lícita, entre as partes envolvidas.

No modelo mais adequado, tem-se a retirada do Estado do campo das relações impositivas e determinantes na vida dos indivíduos, como são comuns às decisões do monismo jurídico, avançando por meio da desjudicialização, realizada pelos cartórios de notas e registros, no sentido da promoção da liberdade das escolhas negociadas no âmbito da vida privada que envolve afeto.

Estar-se-ia presente, assim, uma concepção mais distante do monismo jurídico que muito dificulta, engessa e quando não impede o exercício de direitos que estão resguardados, na sua concepção, unicamente pela lei em sentido estrito, abandonando ou subestimando as demais fontes do direito, nas quais os Tabelionatos de Notas também se alicerçam, mas que oferecem, através do modelo de ato notarial denominado de escrituras públicas, a possibilidade de construção de consenso, com liberdade, licitude e fé pública. Nessa concepção, absorve-se o entendimento de Luiz Guilherme Loureiro:

Escritura Pública é o documento que o tabelião lavra em suas notas para dar forma jurídica à vontade das partes. Trata-se, portanto, de um documento, uma vez que fixa materialmente e de modo permanente a declaração de vontade, redigido por um agente público, titular da função notarial e dotado de competência (o notário não pode sair de sua sede para realizar atos notariais). A escritura pública é ao mesmo tempo uma forma solene exigida para determinados atos e negócios jurídicos considerados relevantes pela lei, e o instrumento notarial mais importante²⁶.

A história legislativa recente demonstra uma tentativa de elaboração do Estatuto das Famílias e nele o reconhecimento do instituto do poliamor. Tal tentativa foi realizada através do Projeto de Lei nº 3.369, de 21 de agosto de 2019, ou como alguns preferiram denominá-lo de o “PL do Poliamor”, e restou fracassada. Sem vida

²⁶ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial Da atividade e dos documentos notariais**. 1. ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 337

longa no Congresso Nacional, argumenta-se que o mesmo, por ausência de assessoria jurídica adequada, deixou margem para o incesto e para a pedofilia, tornando-se assim uma espécie de natimorto.

Trata-se mais uma vez de se determinar, por meio da lei, a fonte principal de onde se emanam as funções norteadoras da vida e da intimidade alheias, numa demonstração fiel de que o Estado soberano implanta uma estrutura monista sob pena de uma desordem social. E a concepção de que o monismo jurídico seria capaz de atender as necessidades sociais de uma sociedade de povos distintos com interesses da mesma natureza. Como se fossem todos absolutamente iguais e que as normas jurídicas convergissem unicamente para o modelo clássico de civil law tendo nela a única e soberana fonte do direito, reguladora de toda a vida social, e que os atores sociais fossem incapazes de criar suas soluções com força de lei, mas que contudo negociadas e consensualizadas.

3. O CONTEXTO DOS CASOS CONCRETOS RELACIONADOS ÀS ESCRITURAS PÚBLICAS QUE RECONHECERAM O INSTITUTO DO POLIAMOR.

Vê-se ainda, que o modelo de união poliafetiva sempre foi tratado, pela jurisprudência e por alguns doutrinadores brasileiros, de forma diferenciada do casamento instituído e regulado pela Lei nº 6.015/73,

A união poliafetiva pode ser um modelo de família distinto daquele da família fruto do casamento realizado por prévio proclamas, solenidade e formalidades instituídas naquela lei. Assim, o poliamor advindo das situações sociais de fato ou instituído em escritura pública, não se confunde com o casamento promovido no Registro Civil de Pessoas Naturais. Tanto é que os Tabelionatos de Notas é quem são as delegações específicas e capazes de lavrarem as escrituras públicas a fim formalizarem a situação de fato existente. Há uma relação negocial, consentida, discutida e que sai do âmbito formal e recebe a chancela do Estado quando o Tabelião de Notas lavra e registra uma escritura pública de união poliafetiva.

Frise-se que as uniões estáveis de natureza hetero ou homoafetivas são completamente possíveis e formalizáveis por meio desse ato notarial que é a escritura pública. São realizadas no Tabelionato de Notas, e podem ser convertidas em casamento ou não, podendo ser convertidas futuramente em casamento ou permanecer como união estável, desde que contenham apenas dois atores sociais

envolvidos, e cumpridos os critérios instituídos pela lei nº 10.406/2002, o Código Civil Brasileiro.

O reconhecimento das uniões homoafetivas, através da lavratura de escrituras públicas, foi obtido em ativismo judicial em que o Supremo Tribunal Federal, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF a reconheceu e com fulcro no que determina a CRFB/1988 em seu artigo 226 *caput* e parágrafos seguintes.

Constata-se casos em que, em tese, há, por parte de instituições jurídicas e decisões que interpretam a lei, uma compreensão pluralista do direito. Demonstrando assim que pelo estatuído no art. 5º, II, há de forma clara o pluralismo jurídico no ordenamento brasileiro, afinal quando o constituinte originário declara que “o deixar de fazer ou não fazer alguma coisa em virtude de lei”, o termo lei no caso em tese não expressa unicamente a fonte primária do direito como a tese monista aponta. Em termos de monismo jurídico, a soberania do Estado tende a implantar uma estrutura monista sob pena de desordem social, alegam os que a defendem.

Contudo, no caso do reconhecimento das uniões homoafetivas, a compreensão por parte do judiciário e instituições essenciais às funções judicantes, foi a de que a lei pode ser a expressão de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico que compõem qualquer uma das espécies normativas do processo legislativo estatuído na CRFB/1988. Ainda que a lei, a norma, e as ações de cunho constitucional não se confundam, podem tutelar direito e resguardar garantias individuais e coletivas.

Assim, na manifestação de pluralismo jurídico, a lei que obrigue ou desobrigue os indivíduos em sociedade a fazer ou não fazer algo é a manifestada não somente pelo viés legalista. Mas em todos os demais elementos que são considerados fontes de onde se emana o direito como ciência social aplicada. Normas jurídicas não são exata e unicamente as leis que derivam do processo legislativo formal. Há também os demais atos que ordenam e regulam a vida social.

Nesse contexto, há normas de caráter multilateral admitidas em tratados internacionais, e normas de compleição interna que compõem o regramento social de condomínios multiproprietários e que regem a vida daqueles atores sociais, como exemplos de pluralismo jurídico, em que as pessoas os criam para o convívio social e o seguem em nome da pacificação social. O que explica que a teoria e a prática do

pluralismo jurídico é uma realidade em que a sociedade se mostra mais dinâmica do que o direito reconhece e recepciona em suas ações e contextos.

Lado outro, há uma compreensão de caráter eminentemente monista em que a mesma lei e, nesse caso, a lei sem sentido escrito, que é a CRFB/1988, não foi compreendida da mesma forma. E nesse caso evidenciam-se os impeditivos para os Tabelionatos de Notas no Brasil de lavrarem as escrituras públicas poliafetivas.

O direito à igualdade de tratamento que todos os integrantes do Estado podem reivindicar se estende aos contextos existenciais e comunitários em que o indivíduo constrói e desenvolve a sua identidade, o que inclui a família em suas múltiplas manifestações.²⁷

O Brasil tem em seus documentos notariais algumas poucas experiências reconhecedoras de poliamor em escrituras públicas poliafetivas lavradas em notas. E os casos clássicos de reconhecimento foram fruto da ação de uma Tabeliã de Notas dos municípios de São Vicente e Tupã no Estado de São Paulo no ano de 2012. Ambas lavradas pela mesma delegatária. Reforçando-se, assim, o entendimento necessário e emanado de que o “pluralismo jurídico existe para além da lei mas não esta fora da Constituição”, como extrai-se da interpretação do texto de Marcos Augusto Maliska²⁸.

Afinal, o ordenamento jurídico brasileiro não prevê expressamente a possibilidade de realização de escrituras públicas de união estável de poliamor. O que ocorrera nos casos quando da prática da lavratura das escrituras públicas de poliamor foi a utilização do argumento jurídico encetado pela Tabeliã de Notas fundamentada também na CRFB/1988.

O entendimento para a realização das mesmas é o mesmo encontrado por ela quando da possibilidade de escrituras de união estável homoafetivas, ou seja, a existência de que há o afeto mútuo entre os seus participantes. Também se fundou na certeza de que não há vedação legal no Código Civil, tampouco no Código Penal e na própria CRFB/1988, que proibissem as pessoas de manterem uniões poliafetivas e que essas pudessem ser reconhecidas pelo Estado em qualquer Tabelionato de Notas no Brasil.

²⁷HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, p. 265.

²⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Dignidade Humana e Pluralismo Constitucional**. Limites e possibilidades de dois princípios constitucionais em tempos de profundo dissenso político. **Revista da AJuris**, v. 45, n.144, Jun., Porto Alegre, 2018.

A título de exemplo de uma norma democrática e igualitária, bem como, da aplicabilidade do pluralismo, como destacou Antonio Carlos Wolkmer, é Constituição da Bolívia, vejamos:

No art. 1, ao tratar do modelo de Estado, declara ser a Bolívia um Estado plurinacional comunitário e intercultural, fundado na pluralidade e no pluralismo jurídico, entre outras inovações que superam o modelo monista e outras heranças coloniais da metrópole colonizadora. Inclusive, no artigo seguinte, faz expressa menção à existência pré-colonial das nações e povos reconhecidos agora como autônomos. É assim que dentre os grandes avanços e conquistas da nova Constituição boliviana de 2009, consagra-se o pluralismo político e jurídico. Trata-se da primeira constituição na América Latina a implantar um Estado plurinacional fundado num pluralismo jurídico. E o fato é que conferir efetividade ao reconhecimento formal das autonomias e plurinacionalidades do país, bem como a todos os seus demais dispositivos, não seria possível sem um elemento de coesão jurídica e política. O pluralismo jurídico apresenta-se então, como elemento indispensável para consolidar as vitórias democráticas dos povos e nações bolivianas²⁹.

A prática do ato notarial não fugiu às determinações constitucionais. Conquanto o caminho interpretativo do CNJ tenha sido pelo impedimento da realização por parte de todos os Tabelionatos de Notas do Brasil para que não mais fossem lavradas.

No entanto, para Cosechen e Maliska, “assim como a doutrina, a jurisprudência nacional também tem reconhecido o afeto como a nota frequente que identifica a constituição e o reconhecimento de uma entidade familiar”³⁰.

Assim, mesmo diante das atuais dificuldades percebidas pela postura do CNJ e seus reflexos nos Tabelionatos de Notas, é possível ao operador do Direito buscar no próprio ordenamento pátrio soluções que permitam ao jurisdicionado a garantia de seus direitos.

²⁹WOLKER, Antônio, Carlos. Resignificação do Conceito de Democracia a partir de Direitos Plurais e Comunitários Latino-Americanos. **Revistade Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 16, n. 16, p. 200-228, jul./dez., Curitiba, 2014.

³⁰COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O direito vivo das famílias contemporâneas, p. 237.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ainda necessita proteger a essência e não a formalidade que o cerca. No ano de 2018, mais precisamente em 21 de agosto, foi retirado de votação o Projeto de Lei 3.369 que promovia o Estatuto das Famílias. O referido PL nasceu na tentativa de permitir erroneamente dois institutos distintos: a família advinda da união sexual entre duas ou mais pessoas, o que esclarece a existência do elemento sexual que desdobraria em casamento ou união estável, somada ao reconhecimento da união familiar poliafetiva sem a conotação sexual. Essa última questão colocou na berlinda o referido projeto.

Ainda, o CNJ, no ano de 2016, em decisão plenária proibiu que os Tabelionatos de Notas do Brasil realizassem como já havia feito os Tabelionatos de Notas de São Vicente e Tupã, no Estado de São Paulo, as escrituras públicas de poliamor, ou seja, escrituras públicas que reconheçam a união poliafetiva a partir de três ou mais pessoas.

Assim, constata-se que a partir dessas decisões, o modelo poliafetivo no Brasil é ainda uma situação social de fato. Nela os indivíduos identificados pelo elo do amor e que resolvem encetar um modelo que abranja mais de dois indivíduos de gêneros distintos ou não, foram impedidos de realizarem as formalidades que resguardassem o modelo amoroso não reconhecido pelo Estado.

Confirma-se, pois, a hipótese de que o poliamor, como outros institutos do direito de família, ainda são considerados sob o viés e entendimento de que sempre deve prevalecer o que está escrito na lei, por sua literalidade, sem se considerar que lei é ato normativo genérico, e que a fonte normativa também poderia ser aquela acordada pelas partes em pleno e mútuo consentimento reconhecido em escritura pública de notas. Mas que ainda a soberania do Estado e o poder de império da lei - ato formal - se sobrepõem em demonstração clara do monismo jurídico.

Trata-se, pois, de demonstração clara, a partir do impeditivo determinado pelo CNJ, que no campo do direito das famílias e em muitos casos concretos ainda prevalece a intervenção do Estado como criador e regulador da norma (em sentido restrito) frise-se, donde se constata que o monismo jurídico e o pluralismo jurídico não conversam.

O pluralismo jurídico existe para além da lei, mas não está fora da Constituição. Verifica-se e constata-se que as interpretações e os julgados tendem

a ser variados quando envolvem atores sociais distintos e que demandam proposições que social e culturalmente não são, pelo que demonstra o CNJ, portadores da mesma legitimidade e respeitabilidade social necessárias e coerentes à dignidade humana.

Percebeu-se, enfim, que há, em termos de reconhecimento do instituto do poliamor, uma preponderância do que se traduz pelo monismo jurídico, que se coaduna pelo modelo de decisão adotado pelo CNJ, impedindo desde 2016, e sem sinalizar para a resolução do tema, mas se demonstrando incapaz de acolher em seu cerne e em seu entorno as demandas advindas dos interesses plúrimos e organizados com base na vontade livre e consentida, mas que ainda submetem-se à intervenção do Estado na vida alheia privada como único produtor da lei e da segurança jurídica, numa demonstração clara que quando em matéria de direitos humanos e dignidade, há a efetividade dela para alguns, mas não para todos, como se extrai do próprio texto constitucional.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1999.

BERMAN, Paul, Schiff. *Global legal Pluralism Pluralismo Jurídico Global*. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, v. 1., p. 118-173, Curitiba: UNIBRASIL, 2010

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 22 fev 2021.

BRASIL, Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os Registros Públicos, e dá outras providências**. VadeMecum, 2019. Org. Anne Joyce Angher. 28. ed., p. 929-949. São Paulo, 2019.

BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil**. VadeMecum 2019. Org. Anne Joyce Angher. 28. ed., p. 200-210. São Paulo, 2019.

BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. Pluralismo Jurídico e o Paradigma do Direito Moderno: Breves Apontamentos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil (UNIBRASIL)**, Curitiba, v. 1, n. 12, p. 21-31, abr. 2010. ISSN 1678 - 2933

COSECHEN, Daniele Michalowski; MALISKA, Marcos Augusto. O direito vivo das famílias contemporâneas na perspectiva de Eugen Ehrlich. **Revista da Faculdade de Direito UFRGS**, n. 35, p. 231-45 Porto Alegre, ed. esp. dez., 2016.

DEBS, Martha El (coord.). TABELIONATO DE NOTAS. **Temas aprofundados**. 1. ed., Salvador: JusPodium, 2019.

FILLA, Bianca, Camile. **O Princípio do Pluralismo e o Reconhecimento de Novos Arranjos Familiares perante o Ordenamento Jurídico Brasileiro**: As Famílias Simultâneas. Dissertação (Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia), Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba, 2018.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo, Loyola, 2002.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **A família na Travessia do Milênio**. Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família. Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), OAB/MG, Belo Horizonte, 2000.

LLANO, Jairo Vladimir. *Teoría del derecho y pluralismo jurídico*. **Revista Criterio Jurídico**. v. 12, n. 1, Pontificia Universidade Javeriana: Santiago de Cali, 2012. Disponível em: <https://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/586>. Acesso em; 27 set. 2021

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Manual de Direito Notarial Da atividade e dos documentos notariais**. 1. ed., Salvador: JusPodium, 2016.

MALISKA, Marcos Augusto. **Dignidade Humana e Pluralismo Constitucional**. Limites e possibilidades de dois princípios constitucionais em tempos de profundo dissenso político. **Revista da AJuris**, v. 45, n.144, Jun., Porto Alegre, 2018.

MALISKA, Marcos Augusto. Resenha: O Duplo Corpo no Direito. Tradições do Pluralismo entre Unidade Estatal e a Multiplicidade Transnacional. **Rev. Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 20, n. 20, p 308-311, jul/dez, Curitiba, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Ed. Cortez. São Paulo, 2007.

WOLKER, Antônio, Carlos. Resignificação do Conceito de Democracia a partir de Direitos Plurais e Comunitários Latino-Americanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 16, n. 16, p. 200-228, jul./dez., Curitiba, 2014.

ZAVATARO, Marcia Cristina. **A Importância do Notário no Processo de Desjudicialização**. Editora JusPODIVM, Salvador, 2019.