

Marcos Alves é advogado. Vice-presidente da Comissão de Ensino Jurídico de Família do IBDFAM. Professor de Direito Civil integrante do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA). Professor da Escola da Magistratura do Paraná (EMAP). Professor da Fundação Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Professor da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDCONST). Integrante da Comissão de Educação Jurídica da OAB - Seção Paraná.

Como é regido o processo de oficialização de uniões poliafetivas?

Depende do que se possa entender por "oficialização". Do meu ponto de vista, nenhum notário ou tabelião, no Brasil, poderia se recusar a fazer Escritura Pública de Contrato de União Estável entre mais de duas pessoas. A razão é simples. Não é requisito para configuração de união estável a existência de contrato estabelecido entre os companheiros. O contrato constitui mera faculdade estabelecida pela lei, para que, por meio dele, os companheiros possam definir os efeitos patrimoniais da união entre eles estabelecida, conforme dispõe o artigo 1.725 do Código Civil. O contrato pode ser celebrado por escritura pública ou por instrumento particular. Tem, em ambos os casos, exatamente o mesmo valor jurídico. A escritura pública tem apenas a vantagem da certeza, da autenticidade, isto é, da fé pública. Nada mais. Todavia, não é, repita-se, o contrato que constitui a união estável. Ele presta-se a fazer prova do reconhecimento mútuo da união pelos declarantes. Equivoca-se, portanto, a imprensa quando, a respeito desse caso, afirma que "o relacionamento foi reconhecido em cartório", ou algo semelhante.

A Escritura Pública de Pacto de União Estável entre as três mulheres feita pelo 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro não constituiu a união estável entre elas, nem sequer "oficializou". Na Escritura Pública simplesmente foram reduzidas a termo as declarações das pessoas que celebram aquele pacto. O notário, neste caso, não atua com a mesma força e eficácia jurídica que o Juiz de Casamento (Juiz de Paz). Qualquer pessoa pode comparecer a um Cartório e solicitar que uma declaração sua seja reduzida a termo, por Escritura Pública. O notário não pode negar-se a prestar esse serviço. Todavia, os efeitos jurídicos que tal declaração irá produzir não dependem, em nada, do Notário e do ato que praticou. Assim, a Escritura Pública só assegura que aquele ato foi praticado. Existe uma Escritura Pública de Pacto de União Estável entre três mulheres. Quanto a isso, não há a mínima dúvida. Os efeitos jurídicos das respectivas declarações e cláusulas constantes do pacto que celebraram vão depender, porém, do entendimento que o Poder Judiciário vier a firmar a respeito quando e se for provocado.

Em outras palavras, uma união estável entre três mulheres poderia ser reconhecida como autêntica família, merecedora de especial proteção, nos termos da Constituição Federal, mesmo que entre elas jamais houvesse sido celebrado contrato algum. O pacto só tem valor como prova para tornar inequívoco que as contraentes reconheciam sua união e definiam seus efeitos patrimoniais, outorgando inclusive mútuos poderes, em situações futuras que viessem a se configurar. É o mesmo que ocorre em relação a qualquer união estável entre duas pessoas.

Não existe, portanto, como no casamento, que é um negócio jurídico solene, uma "oficialização da união estável". Não tenho notícia de que alguém tenha intentado habilitação para casamento *à trois*. Neste caso, sim, haveria propriamente uma oficialização da união. Mas, pelo menos por ora, creio que a legislação brasileira não admite o casamento entre três pessoas, em razão da configuração da bigamia. Se bem que se poderia alegar conduta atípica, pois, para a configuração do crime de bigamia exige-se prévio casamento: "Contrair alguém, sendo casado, novo casamento" (CP, art. 235). Nesse caso não haveria prévio casamento, mas um só casamento simultâneo entre mais de duas pessoas. Esse, todavia, é assunto para outra ocasião.

Se há felicidade, liberdade e respeito, qual a razão de se não permitir uniões poliafetivas?

Evidentemente, não há como não permitir uniões poliafetivas. Isso só seria possível em um Estado totalitário, com a criminalização da conduta. Por exemplo, em alguns países, até nos dias atuais, a homossexualidade configura crime. No estado atual da construção da democracia, no Brasil, esse seria um absurdo e um disparate sem precedentes.

A questão, portanto, não é "não permitir". O problema é não ver, não reconhecer, isto é, negar o *status* jurídico de família a esse tipo de união. De fato, se há liberdade e respeito, não há razões minimamente plausíveis para se negar o reconhecimento jurídico a uma família ou conjugalidade. Presentes os requisitos da afetividade, publicidade, continuidade, durabilidade e a intenção de constituição de família, não importa a estrutura que tome a família. O Estado só tem legitimidade para intrometer-se no âmbito da família para assegurar a liberdade e o respeito àqueles que integram o núcleo familiar, especialmente os que se encontram em situação de vulnerabilidade, como pode ser o caso das crianças, da mulher e dos idosos. Fora dessas circunstâncias deve prevalecer o que dispõe o próprio Código Civil — que é retrógrado em muitos aspectos, mas, neste ponto, é de grande valor: "É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família" (CC, art. 1.513). Trata-se do que já foi muito apropriadamente designado "reserva da intimidade".

No seu entendimento, hoje, a monogamia está superada no Brasil? Se sim, porque a maioria dos julgados insiste em não permitir o reconhecimento jurídico de uniões poliafetivas?

Esta questão da monogamia tem que ser bem entendida. Escrevi um livro cujo título é "Da monogamia: sua superação como princípio estruturante do Direito de Família" (Editora Juruá). Todavia, não estou a dizer que a monogamia está superada no Brasil. Grande parte dos casamentos e de todas as formas de conjugalidade pressupõe a exclusividade do par, no estabelecimento de relações sexuais. Esta é uma questão cultural. As pessoas, em regra, não admitem a existência de terceiros numa relação amorosa. Muitos casamentos e uniões estáveis encontram o seu fim com a descoberta de um relacionamento extraconjugal mantido pelo outro cônjuge ou companheiro. Seria, pois, uma afirmação ingênua e desprovida de qualquer fundamento fático e sociológico

afirmar que a monogamia está superada no Brasil. Isto não é verdade. Ainda que, hipocritamente, exista um maior controle da sexualidade feminina e certa condescendência, liberalidade ou permissividade em relação à sexualidade masculina, não há dúvida de que, mesmo nesses casos, a "traição" e o "adultério" ainda são alvo da reprovação social.

A questão se põe em outro patamar. Basicamente, em relação à monogamia como princípio jurídico, duas ordens de ideias devem que ser enfrentadas. Uma diz respeito ao que foi e ainda é consagrado como *concubinato* e a outra se refere à liberdade.

Há uma dívida social imensa em relação à mulher índia, negra e a branca pobre, desqualificada socialmente. Durante séculos, desde o Brasil Colônia, ao lado da chamada família legítima se instaurou à margem do Direito uma unidade doméstica desqualificada, preterida, marginalizada. Nesta unidade doméstica estavam os filhos ilegítimos, especialmente aqueles classificados como filiação espúria, isto é, os adúlteros, os incestuosos, os sacrílegos, etc. Estas crianças já nasciam sob o signo da exclusão. Com a Constituição de 1988, a horrenda discriminação restou superada. Mas a mulher, pessoa de referência dessa família marginal, formada à margem e paralelamente ao casamento ou a outra união "mais oficial", continua marginalizada, em homenagem ao suposto princípio da monogamia. Sustento, no livro acima referido, que este princípio está superado. Esta mulher não pode seguir invisível ao Direito. Sua existência constituída em uma família não pode continuar sendo negada. Sustentar o princípio da monogamia como princípio estruturante do Direito de Família implica negar vigência a princípios fundamentais como o da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da solidariedade, da democracia, da liberdade. Nem a monogamia tem um valor intrínseco e nem tão pouco pode servir de critério discriminatório e marginalizante, especialmente nos casos de famílias paralelas ou simultâneas.

Mas o outro aspecto, o da liberdade, é o que mais importa para as considerações sobre as chamadas uniões poliamorosas ou poliafetivas. Como disse antes, a forma como uma família vai se constituir não é questão que diz respeito ao Estado. Neste campo, a doutrina e também a jurisprudência têm apontado na direção da maximização da liberdade. Se no campo das titularidades, das relações contratuais ou das relações de consumo a intervenção reguladora do Estado se faz cada vez mais presente e necessária, nas situações subjetivas existenciais tem prevalecido o entendimento da expansão da liberdade e da autodeterminação das pessoas.

Assim, é de todo evidente que a monogamia está superada como princípio jurídico. Não cabe ao Estado decidir como e de que forma devem se constituir as famílias. Admitir a monogamia como princípio, implica impor a todos os jurisdicionados um modelo de família fundada em uma dada concepção que não é única nem universal. Fulminaria com a liberdade. A monogamia pode ser a regra para a maioria das uniões, uma regra interna, nascida do exercício da liberdade de constituir um par, uma conjugalidade, mas jamais uma regra do Estado imposta a todos, como um ditame superior aplicável a todos.

Há, de fato, no Judiciário brasileiro, certa resistência ao reconhecimento de famílias estranhas ao protótipo estabelecido pelo casamento. Note-se que a própria concepção jurídica da família formada da união estável constitui um arremedo de casamento. É uma pena que a legislação, a doutrina e a jurisprudência não tenham ainda atentado para a necessidade premente de uma construção autóctone de união estável desapegada do modelo do casamento. O problema é que o casamento ainda persiste no imaginário e no senso comum dos juristas como o grande e único protótipo de família. Quanto mais o arranjo familiar se distanciar do modelo, maior dificuldade encontrará para ser abarcado e reconhecido como família merecedora de tutela jurídica.

É necessário, por outro lado, fazer justiça ao Poder Judiciário. Se estivéssemos a depender exclusivamente do Legislativo, até hoje as uniões homoafetivas não teriam sido reconhecidas como entidade familiar, muito menos chegaríamos ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, como atualmente ocorre. Logo, é apenas uma questão de tempo. O Direito tem o seu próprio tempo. Sopesar, agir com prudência, com parcimônia, é próprio dos Tribunais. A doutrina, isto é, a construção teórica do Direito, porém, deve lançar luzes sobre os novos caminhos a serem percorridos. Deve ser vanguardista sem, contudo, ingressar na exaltação da novidade pela mera novidade.

Repito: a nova racionalidade instaurada pela Constituição Federal de 1988 em relação à compreensão da família ainda está a produzir reverberações. O novo paradigma abre enorme leque de possibilidades que respondem às demandas contemporâneas. Aplicável é ao Brasil o que o presidente Barack Obama disse em um precioso discurso, no dia em que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que seria inconstitucional qualquer lei que vetasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Disse o presidente americano: "Nossa nação foi fundada em um princípio fundamental, o de que somos todos iguais. O projeto de cada geração é colmatar o significado dessas palavras, fazendo-as soar em conformidade com as novas realidades resultantes das mudanças dos tempos. Uma busca incessante para assegurar que essas palavras soem verdadeiras (tenham sentido verdadeiro) para cada americano". Entendo que esta afirmação é plenamente aplicável também para o caso brasileiro.