

OS VÍNCULOS AFETIVOS E SUA TRADUÇÃO JURÍDICA QUANTO AO PATRIMÔNIO NO CASAMENTO - UNIÃO ESTÁVEL - NAMORO CONCUBINATO - UNIÃO HOMOSSEXUAL

Marilene Silveira Guimarães

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Casamento
3. União estável
4. Namoro
5. Concubinato
6. União homossexual
7. Conclusão

1. Introdução

Alguns vínculos afetivos produzem efeitos jurídicos que são previstos expressamente pelo sistema legal, enquanto outros permanecem marginalizados. Quanto mais formalizadas as uniões, maior o regramento protetivo que estabelece uma verdadeira hierarquização das relações afetivas. Dentre os vínculos juridicizados encontram-se o casamento e a união estável, normatizados no Direito de Família e Sucessões. Os relacionamentos mais livres, diferentes do modelo de família patriarcal como o concubinato e a união homossexual têm obtido a realização de direitos com base nos princípios gerais e na analogia. O namoro, que antecede a convivência com o objetivo de constituir família, é totalmente ignorado pelo sistema legal, embora também possa gerar alguns efeitos jurídicos.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova era, trazendo para dentro do sistema jurídico princípios e garantias como: a dignidade, a liberdade, a autonomia e a isonomia que, incorporados pelo novo Código Civil, representam um marco divisório para o direito de família.

Esse trabalho se propõe a analisar as repercussões patrimoniais que os vínculos afetivos geram, considerando a hierarquia que o sistema estabelece entre eles.

2. Casamento.

Aplicando os princípios constitucionais da isonomia e da autonomia, o novo Código amplia as possibilidades de o casal dispor sobre o seu patrimônio, seja ele particular ou comum, mantendo apenas algumas restrições com o objetivo de proteger a família. Assim, os nubentes podem casar por um dos seguintes regimes de bens: a) regime da comunhão parcial de bens², que é o regime legal adotado pela maioria; b) regime da comunhão universal³; c) regime convencional de separação absoluta de bens⁴; d) novo regime da participação final nos aqüestos⁵. O Código também autoriza opção por pactos antenupciais⁶ através dos quais os nubentes podem convencionar o que desejarem sobre seu patrimônio, desde que não afrontem disposição absoluta de lei⁷.

Restringindo a autonomia, a lei determina "como obrigatório o casamento pelo regime da separação de bens: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - das pessoas maiores de 60 anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. No entanto, essa obrigatoriedade é relativizada pelo Código Civil que inova ao admitir que, em algumas das hipóteses relacionadas como cláusulas suspensivas, o juiz pode autorizar o casamento por qualquer regime de bens, desde que fique comprovada a inexistência de prejuízo⁸. Todavia, depois de realizado o casamento, é possível a interpretação de que após superadas as causas suspensivas, os cônjuges poderão requerer ao juiz autorização para promover a alteração do regime de bens.

O mesmo raciocínio se aplica para os nubentes menores de idade. Para aqueles entre 16 e 18 anos, o Código também inovou abrandando a restrição da lei de 1916 admitindo a possibilidade

de escolha de qualquer dos regimes disponíveis ou de pacto antenupcial, desde que obtenham a autorização de seus representantes legais⁹. Em se tratando de menores, o regime da separação obrigatória de bens se aplica para nubentes com idade entre 16 e 18 anos e que não tiverem obtido consentimento de seus representantes legais¹⁰ ou, para aqueles com idade inferior a 16 anos, para evitar pena criminal ou em caso de gravidez¹¹, hipóteses em que é exigida autorização judicial¹² para o casamento. Como a minoridade é fato que se resolve com o passar do tempo, adquirida a maioridade, nada impede que o casal requeira em juízo a alteração do regime de bens¹³.

Já na hipótese de casamento realizado entre pessoas maiores de 60 anos é que o problema se mostra insolúvel, porque a idade dos cônjuges não irá diminuir com o passar do tempo e, em razão disso, não poderão promover a alteração do regime de bens, acarretando importantes implicações no direito empresarial¹⁴. A regra do artigo 1.641, II, destinada aos adultos maduros é de caráter eminentemente discriminatório, pois ignora a crescente longevidade e provoca um cerceamento à liberdade e à autonomia de quem desejar reconstituir sua vida erótico-afetiva.

Apesar da inadequação do artigo 1.641, inciso II, enquanto estiver vigorando, os casados pelo regime da separação legal de bens estarão impedidos de constituir empresa entre si, pois não poderão promover a alteração do regime de bens como os demais, uma vez que sua idade não retrocederá. Então essas pessoas deverão separar-se e passar a viver em união estável, ou um deles deverá retirar-se da empresa.

Concluindo, é possível afirmar que, resguardando o princípio da autonomia, o legislador flexibilizou normas que obrigam o casamento pelo regime da separação legal de bens. Comprovada a inexistência de prejuízo, no caso das causas suspensivas, o magistrado pode autorizar o casamento. Já os menores de idade que casarem com autorização de seus representantes legais também podem optar pelo regime de bens que lhes aprover. Se apesar das inovações trazidas para estas hipóteses, ainda assim o casamento tiver sido realizado pelo regime da separação legal de bens, as causas enumeradas nos incisos I e III do artigo 1.641 podem ser convalidadas e, então, é possível requerer ao juiz a alteração do regime de bens. Somente os adultos maduros têm sua autonomia patrimonial cerceada pela regra preconceituosa do artigo 1.641, II¹⁵.

O Código também inova ao autorizar os cônjuges a promover judicialmente a alteração do regime de bens a qualquer tempo e por quantas vezes desejarem, cabendo ao juiz analisar os motivos e promover a investigação das obrigações assumidas pelos cônjuges, visando a proteção dos direitos de terceiros¹⁶. "Para afastar prejuízos ao outro cônjuge¹⁷ ou a filhos havidos fora do casamento, bem como para preservar os interesse de terceiros, será de enorme importância a atuação do juiz na análise da motivação do casal e ao exigir ampla pesquisa sobre a existência de obrigações públicas¹⁸ ou privadas que possam ser fraudadas pela alteração do regime de bens¹⁹. Por outro lado, daqui para frente, nas negociações envolvendo compra e venda de imóveis ou de bens móveis de valor significativo, os adquirentes deverão estar vigilantes quanto à alteração do regime de casamento dos vendedores. Para os terceiros que já tenham contratado com um dos cônjuges, a alteração de regime de bens será ineficaz se lhes causar prejuízo²⁰ pois, se "há o reconhecimento do poder de auto-regramento da vontade, é preciso verificar, ainda, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, sob pena de sofrer as sanções por ele impostas, que vão desde a inexistência do negócio jurídico - quando se trata de negócio proibido - à sua invalidade (nulidade e anulabilidade) e ineficácia ²¹".

Assim como o casamento e os pactos antenupciais, também a alteração do regime de bens deve ser averbada no Registro Civil e, para gerar efeitos perante terceiros, também devem ser averbados no Registro de Imóveis da residência dos cônjuges²², bem como no Registro Público de Empresas Mercantis²³ quando um dos cônjuges for empresário. A ampla publicidade da situação jurídica dos cônjuges protege os interesses de terceiros, para os quais o ato de alteração do regime de bens será ineficaz quanto aos direitos já existentes.

Para proteger o patrimônio da família o Estado também exige consentimento (outorga) do marido ou da mulher para que o outro comprometa ou aliene patrimônio imóvel, tanto faz se patrimônio particular ou do casal, de acordo com o disposto no artigo 1.647, inciso I. Essa restrição ao princípio da autonomia protege a família quanto a sua estabilidade econômica, evitando que um dos cônjuges dilapide os bens que possam assegurar a sua manutenção²⁴.

A autonomia na disposição dos bens é ampliada para os cônjuges empresários que estão autorizados a alienar patrimônio imóvel da empresa sem a autorização do outro cônjuge²⁵,

regra que pode gerar prejuízos irreparáveis ao cônjuge não empresário. Na defesa deste, pode-se invocar, por analogia, a despersonalização da pessoa jurídica²⁶ e os princípios gerais de direito que vedam o enriquecimento ilícito²⁷.

O novo Código também autoriza os cônjuges a comprar e vender entre si bens excluídos da comunhão²⁸ e os trata isonomicamente quanto à administração do lar²⁹.

Os cônjuges também não podem comprometer o patrimônio familiar concedendo garantias a contratos (fiança) ou a títulos de crédito (aval) sem o consentimento do outro cônjuge³⁰. A falta de outorga autoriza a anulação da fiança ou aval ainda na vigência do casamento ou num prazo de 2 anos após a dissolução³¹.

Objetivando proteger a célula familiar, a lei também proíbe a doação ao concubino³², que pode ser anulada no mesmo prazo da fiança e do aval. As normas endereçadas ao concubinato serão analisadas no item 5 a seguir.

Dentro do mesmo princípio de proteção patrimonial da família, o sistema jurídico também amplia a possibilidade de instituição voluntária de bem de família conforme dispõe o artigo 1.711 e seguintes do novo Código Civil, além de manter a lei processual nº 8.009 de 1990, que torna impenhorável por determinadas dívidas a residência da família.

Segundo o Código Civil, o bem de família "pode ser constituído pelos responsáveis pela entidade familiar, sejam cônjuges, companheiros ou integrantes da família monoparental ou ainda podem fazê-lo terceiros, como: avós, irmãos, tios, tutores ou qualquer outra pessoa. Os primeiros poderão valer-se de escritura pública ou testamento e os demais deverão instituí-lo através de testamento ou doação, com exigência de aceitação expressa dos responsáveis pela entidade familiar para que o ato tenha eficácia. Qualquer divergência poderá ser resolvida judicialmente.

Pelo novo diploma civil, o bem de família poderá ser um imóvel urbano ou rural, necessariamente habitado pela família e também poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será destinada à conservação do imóvel e ao sustento da família. Porém, em qualquer hipótese, o patrimônio instituído não poderá ultrapassar 1/3 do patrimônio líquido do instituidor, existente na data do ato. Essa restrição, enquanto favorece a circulação das riquezas e evita que credores sejam lesados, com nomeação indiscriminada de bem de família, também afasta a classe média tão depauperada financeiramente e à qual restará a lei processual nº 8009/90. Essa lei especial processual, de ordem pública, protege o domicílio (além de benfeitorias, plantações, móveis, equipamentos profissionais), seja qual for o montante do patrimônio familiar e determina a impenhorabilidade do imóvel residencial por dívidas cíveis, comerciais, fiscais, previdenciárias e trabalhistas constituídas pelos pais ou pelos filhos, excepcionando quando se tratar de dívidas relativas aos trabalhadores da residência e suas contribuições previdenciárias, os empréstimos para financiamento da compra ou construção do imóvel residencial, imposto predial e territorial do mesmo imóvel, dívidas alimentares e quando os beneficiários oferecerem o imóvel residencial como garantia real, quando o imóvel foi adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória e, ainda, por dívidas decorrentes de fiança em contratos de locação.

O bem de família pelo novo Código é isento de execução por dívidas posteriores a sua instituição enquanto viver um dos cônjuges ou até que os filhos completem 18 anos, exceto se alguns deles for declarado incapaz. Os efeitos da impenhorabilidade só não atingem as dívidas derivadas de tributos e ou despesas de condomínio do imóvel instituído³³.

O novo código também inova ao incluir o cônjuge como herdeiro, ressalvadas algumas exceções. Os casados pelo regime da comunhão universal de bens são excluídos porque são meeiros da totalidade do patrimônio e os casados pelo regime da separação legal, para evitar a comunicação patrimonial que o regime impõe. Na hipótese de casamento pelo regime da comunhão parcial, o cônjuge herda somente sobre os bens particulares do autor da herança, pois sobre os aquestos já detém a meação. Além destes, também herdam os casados pelo regime da participação final nos aquestos e os casados pelo regime convencional da separação de bens. Relativamente a estes, a lei estabelece uma contradição intra-sistêmica entre os artigos 1.687 e 1.829, inciso I, pois, apesar de autorizar a livre estipulação de total incomunicabilidade do patrimônio através de pacto, esta autonomia torna-se ineficaz diante da regra de direito público, indisponível, contida no artigo do direito sucessório pela inclusão do cônjuge como herdeiro³⁴.

3. União estável.

A união estável é o relacionamento erótico-afetivo estabelecido de forma livre, que se comprova pela convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituir família³⁵ e que se configura desde que atendidos os requisitos da lei, independentemente de tempo de duração, existência de filhos e convivência sob o mesmo teto. A união estável foi inserida no sistema jurídico pela Constituição Federal de 1988³⁶, que estabeleceu uma limitação de gênero, reconhecendo essa união apenas quando integrada por um homem e uma mulher.

Antes da Constituição, a união fora do casamento era tratada como sociedade de fato, definida pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal³⁷. Somente em 30.12.1994 foi publicada a Lei 8.971, primeira lei ordinária regulamentadora da união estável. Para a aplicação de seus efeitos exigia cinco anos de convivência ou existência de prole e ainda desimpedimento para o casamento, assegurando direitos a alimentos, à sucessão (e ao usufruto dos bens do falecido) e também à meação.

Em 13 de maio de 1996 foi editada a Lei nº 9.278, que manteve a lei de 8.971 somente para efeitos sucessórios. A lei de 1966 trouxe a definição de união estável e incluiu os separados de fato entre seus beneficiários, no que foi mantida pelo novo Código Civil³⁸. Também estabeleceu deveres aos companheiros, e assegurou direito real de habitação³⁹ na hipótese de falecimento do companheiro, norma protetiva que foi afastada pelo novo Código em manifesta inferiorização da união estável.

As Leis 8.971/94 e 9.278/96 não foram revogadas expressamente pelo artigo 2.045 do novo diploma civil. Porém, como a matéria de que dispõem não foi recepcionada pelo novo ordenamento jurídico, ocorreu uma revogação tácita, denominada ab-rogação.

Embora o novo Código introduza a união estável no livro da Família, não lhe dá o mesmo tratamento que o casamento. Os deveres são semelhantes, mas não são iguais: lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos⁴⁰. Mantendo a orientação da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal⁴¹, o novo Código afasta a exigência de convivência sob o mesmo teto para a união estável, diferentemente do que é exigido para o casamento no artigo 1.566, inciso II, em mais uma forma de hierarquização do casamento. Os impedimentos para que as pessoas possam casar⁴², também se aplicam à união estável, exceto quanto aos separados apenas de fato que podem viver em união estável apesar de impedidos de contrair casamento⁴³.

Quanto ao patrimônio, o Código determina no artigo 1.725 que sejam aplicadas as regras previstas para o casamento por comunhão parcial de bens⁴⁴, a não ser que os companheiros disponham de forma diferente sobre seus bens através de contrato escrito, cujas cláusulas não podem contrariar preceitos de ordem pública⁴⁵, à semelhança dos pactos antenupciais⁴⁶. Diante das constantes alterações legislativas, o contrato⁴⁷ é a melhor solução, pois os companheiros poderão estabelecer o que lhes aprouver quanto aos seus bens presentes, pretéritos e futuros. No entanto, não podem transferir através do contrato a titularidade dos bens adquiridos em nome de um deles para o nome do outro, porque para isto a lei exige ato solene de compra e venda ou doação.

As limitações do direito sucessório à união estável também não podem ser superadas pelo contrato de convivência quando houver interesse de um dos companheiros em assegurar patrimônio maior do que a quota hereditária que a lei atribui ao outro. O contrato não poderá estabelecer a transferência de patrimônio através de contrato, pois na sucessão, esta só pode ocorrer conforme determina o artigo 1.790 ou por testamento, respeitada as legítimas dos herdeiros.

No direito sucessório a união estável foi mais penalizada pelo novo Código, que a trata de forma hierarquicamente inferior ao casamento. O artigo 1.790, norma geral do direito sucessório, de ordem pública e indisponível, estabelece: "a companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, e receberá: a) quota equivalente a que receberem os filhos comuns; b) se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á metade do que couber a cada um daqueles; c) se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; d) não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. A lei determina que a herança será fundada apenas nos bens adquiridos onerosamente na constância da união

estável, e nesse particular, se impõe uma interpretação jurisprudencial extensiva, no sentido de proteger o companheiro que ajudou a conservar e a manter o patrimônio do outro, concedendo-lhe a totalidade da herança deixada pelo de cujus na hipótese de não haver descendentes e nem ascendentes. Do contrário, o patrimônio poderá ir para parentes⁴⁸, muitas vezes afastados afetivamente do falecido ou até para o Estado⁴⁹.

4. Namoro.

A subjetividade dos requisitos que definem a união estável - convivência duradoura, pública e contínua - favorecem a equivocada interpretação de que qualquer namoro possa ser identificado como união estável. A errônea interpretação fez surgir logo após a edição da Lei nº 9.278, uma verdadeira indústria da união estável. A diferença entre esta e namoro é sutil, pois estes também podem ser longos, públicos e continuados, com convivência íntima e até com aquisição de bens em preparação ao casamento ou à união estável. O principal requisito diferenciador é o objetivo de constituir família, que afasta qualquer dúvida.

Na eventualidade de namorados terem adquirido patrimônio e ocorrendo o rompimento, este será partilhado na proporção do aporte financeiro trazido por cada um⁵⁰.

5. Concubinato.

O concubinato é a relação erótico-afetiva mantida concomitantemente com o casamento ou com a união estável, de forma não eventual, marginalizado porque fere a tradição monogâmica⁵¹.

Para o concubino o Código impõe, com rigor, normas excludentes de direitos proibindo a transferência ou a doação de patrimônio do cônjuge casado e autoriza o cônjuge prejudicado ou seus herdeiros a anular as transferências ou doações num prazo de até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal⁵². Porém, creditando algum direito ao concubino, a lei inova ao autorizá-lo a impugnar a anulação desde que comprove que o patrimônio foi adquirido pelo esforço comum e desde que o concubino casado já esteja separado de fato por mais de 5 anos⁵³. O requisito de "esforço comum" está conforme os princípios gerais de direito que repudiam o enriquecimento sem causa. Quanto aos requisitos de "separados de fato" e "por mais de 5 anos", o novo diploma civil estabelece confusão com os requisitos da união estável. Para esta, basta a separação de fato⁵⁴, com qualquer prazo razoável de duração, além dos outros requisitos estabelecidos pelo artigo 1.723. Já para o concubinato a lei exige a separação de fato por mais de 5 anos, porém, nesta hipótese, o relacionamento pode ser considerado união estável e não concubinato⁵⁵.

Portanto, as pessoas solteiras, separadas judicialmente, separadas de corpos, divorciadas, viúvas ou apenas separadas de fato e que vivam com outra uma união com o objetivo de constituir família, de forma contínua, pública e duradoura, residindo ou não sob o mesmo teto, com ou sem filhos, independentemente do tempo de duração, vivem uma união estável e são denominadas "companheiro e companheira". Quando a pessoa casada ou aquela que vive em união estável mantém, concomitantemente, uma outra união com caráter de permanência, por um prazo de duração razoável, que a diferencie do namoro, com ou sem a existência de filhos, acontece o concubinato e seus integrantes são denominados de "concubino e concubina". Para efeitos patrimoniais, apesar de a jurisprudência dominante ainda considerar o concubinato uma sociedade de fato, algumas decisões reconhecem direito à meação do patrimônio adquirido pelo esforço comum, agora assegurada pela aplicação do dispositivo do artigo 1.642, V. 56.

6. União homossexual.

Os vínculos afetivos homossexuais também produzem efeitos jurídicos apesar de não estarem inseridos textualmente no sistema, pois a Constituição Federal definiu a união estável apenas como aquela formada pelo homem e pela mulher, de acordo com o artigo 226, § 3º, o que foi repetido pelo artigo 1.723 do Código Civil.

No entanto, para esse mesmo sistema jurídico "cuja Constituição Federal privilegia o exercício da liberdade e o respeito à dignidade do indivíduo, também está assegurada a livre escolha de orientação sexual. A doutrina cada vez mais se debruça sobre o tema e a jurisprudência avança mais rápido do que a tramitação do projeto de lei que objetiva regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo, denominada Parceria Civil Registrada⁵⁷, concedendo direitos

prevencionários, patrimoniais e processuais, apesar da falta de previsão legal. Observa-se uma preocupação em trazer os(as) cidadãos(as) que tiverem uma orientação homo-erótica⁵⁸, da marginalidade para dentro do sistema jurídico.

No entanto, ainda se vive "numa sociedade que estigmatiza e ridiculariza as pessoas que exercem uma orientação sexual diferente. Não é desconhecendo o problema que vamos resolvê-lo. Não é negando Direitos à união homossexual que vamos fazer desaparecer o homossexualismo. Os fundamentos destas uniões são assemelhados aos do casamento ou da união estável. O vínculo que os une, à semelhança dos demais casais, é o afeto, que gera efeitos jurídicos.

O reconhecimento de efeitos jurídicos às relações homossexuais vem alicerçado na Constituição Federal, que estabelece entre os direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana⁵⁹, objetivando a construção de uma sociedade livre e solidária, erradicando a marginalização e promovendo o bem de todos, sem preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação⁶⁰ com fundamento no princípio da prevalência dos direitos humanos⁶¹.

A boa doutrina e a moderna jurisprudência, consoante os dispositivos constitucionais, procura evitar qualquer forma de marginalização do ser humano, seja pela orientação sexual, raça, gênero, idade e condição financeira. Todo um contingente de operadores do direito tem inoculado em si o germe da constante revisão do direito posto frente à evolução do fato social. Trata-se de reformadores sensíveis à realidade, despojados de preconceito e prenhes de sentimento de justiça e respeito ao semelhante. No entanto, a sociedade não é composta apenas de reformadores. Boa parte dos operadores do direito também são conservadores e, pretendem, equivocadamente, regulamentar sentimentos. Iludem-se narcisicamente, pensando que ao aprisionar o fato social estarão estabelecendo o rumo da história da humanidade⁶²".

Além de todas as razões apontadas, o sistema jurídico também veda o enriquecimento ilícito que poderia ocorrer se o patrimônio amealhado na constância de uma união homossexual fosse recebido apenas por um dos parceiros ou por seus herdeiros ou, até mesmo, vir a ser considerado herança vacante, na hipótese de o titular dos bens não ter herdeiros.

Boa parte da doutrina considera a união homossexual como sociedade de fato. Neste sentido, a opinião de Guilherme Calmon Nogueira da Gama: "a união homossexual continuará a não ser passível de registro oficial, não gerando efeitos jurídicos no Direito de Família, devendo ser tratada como sociedade de fato, ou seja, no campo do Direito das Obrigações. Sob o prisma jurídico, não há efeitos jurídicos propriamente distintos das uniões concubinárias e das uniões homossexuais, já que ambas, fora do Direito de Família, somente podem ser cuidadas como sociedades de fato, desde que evidentemente sejam preenchidos os requisitos para a configuração de tais entidades, possibilitando o reconhecimento do direito do partícipe da relação - que for prejudicado em decorrência da aquisição patrimonial em nome tão-somente do outro - ao partilhamento dos bens adquiridos durante a constância da sociedade de fato, na medida da sua efetiva contribuição para a formação ou incremento patrimonial"⁶³. Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶⁴.

Defendendo corrente contrária "dentre os doutrinadores que recomendam a aplicação analógica dos dispositivos legais da união estável heterossexual para as uniões homossexuais, está a Desembargadora Maria Berenice Dias, que leciona: "É das varas de família a competência para resolver os conflitos, devendo ser aplicada a legislação que rege a união estável e o casamento"⁶⁵.

Em verdade "a sociedade de fato é fundamentada em vínculo obrigacional, enquanto o fundamento da união homossexual é afetivo-psicológico. Não ocorre uma sociedade de fato, e sim uma sociedade de afetos"⁶⁶, daí a necessidade de repensar conceitos e promover a necessária e urgente alteração legislativa para trazer as relações homossexuais da marginalidade para o sistema jurídico.

Para a jurisprudência do Rio Grande do Sul está pacificado entendimento de que a união homossexual é considerada união estável, e proferindo decisões históricas sobre variada gama de direitos, apesar da restrição de gênero contida na Constituição Federal e no Código Civil.

A primeira delas foi proferida na justiça estadual de 1º Grau, na qual a magistrada, invocando a Lei nº 8971/94, concedeu a um parceiro homossexual a totalidade da herança pertencente a seu

companheiro, que não deixara ascendentes ou descendentes⁶⁷. No mesmo ano, a justiça federal admitiu a inclusão de um parceiro como dependente em Plano de Saúde⁶⁸.

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu de forma inédita que a competência para julgar direitos decorrentes de uniões homossexuais é das varas especializadas em Direito de Família⁶⁹. Em outra decisão memorável, o mesmo tribunal, em 2001, reconheceu direito à partilha de patrimônio em união homossexual, como direito de meação, declarando que "o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como união estável"⁷⁰, orientação mantida em nova decisão de 2003 da lavra do mesmo julgador⁷¹ que reconheceu o direito à partilha de bens à semelhança da partilha para a união estável e a comunhão parcial de bens, invocando os princípios constitucionais da dignidade, da igualdade e a analogia.

7. Conclusão.

Os vínculos afetivos que se fundamentam no afeto, na necessidade de completude, na solidariedade geram efeitos jurídicos. Quando acontece aquisição patrimonial o sistema jurídico define regras para as relações formalizadas, restando àquelas marginalizadas invocar os princípios gerais de direito e a analogia.

FAMÍLIA E EMPRESA - QUESTOES CONTROVERTIDAS

(Regime de bens e os reflexos dos artigos 977, 978 e 979 no direito de família)

Marilene Silveira Guimarães

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Princípio da autonomia no direito de família e suas limitações
 - 2.1 Possibilidade de alteração do regime de bens
3. Contratação de sociedade entre cônjuges - Limitações impostas pelo artigo 977
 - 3.1- Peculiaridades do regime obrigatório da separação legal de bens
4. A autonomia do empresário para alienar ou gravar bens da empresa e a exigência de outorga no direito de família - Artigos 978 e 1.647, inciso I
 - 4.1 Desconsideração da Pessoa Jurídica
5. Da prestação do aval e da liberdade de praticar atos necessários ao desempenho da profissão
6. Conclusão.

1. Introdução.

A aplicação das normas do direito de família relativas ao regime de bens do cônjuge empresário apresenta algumas questões controvertidas. A lei civil brasileira se renova e se moderniza, vivificando os princípios e normas constitucionais que garantem proteção à dignidade, à liberdade e à autonomia, em manifesta valorização dos direitos do indivíduo. Nesse sentido, o novo Código trouxe importantes alterações, principalmente quanto à administração e disposição do patrimônio particular e do casal, mantendo algumas restrições do Código de 1916 com o objetivo de proteger a célula familiar. Por outro lado, a normatização do direito empresarial concede ampla autonomia do cônjuge empresário sobre o patrimônio da empresa, ignorando as regras protetivas do direito de família.

2. Princípio da autonomia no direito de família e suas limitações.

O princípio da autonomia alarga as possibilidades de disposição do patrimônio através da escolha de um dos regimes de bens que o sistema já oferecia, como: regime da comunhão parcial, da comunhão universal ou da separação total de bens, acrescidos do novo regime da participação final dos aqüestos. Os nubentes também podem celebrar pactos antenupciais, estabelecendo um regime misto, desde que não violem disposição absoluta de lei, respeitados os direitos conjugais e parentais. No entanto, em algumas hipóteses o Estado interfere na autonomia da vontade obrigando que o casamento se realize pelo regime da separação de bens.

O novo Código Civil relativiza a exigência de outorga conjugal para alienação de patrimônio imóvel ao garantir a possibilidade de o casal pactuar a livre disposição de todo e qualquer bem móvel ou imóvel no regime convencional da separação de bens. Optando pelo regime da participação final nos aqüestos, os cônjuges também têm autonomia para convencionar a livre disposição dos imóveis particulares. Já no regime da comunhão parcial está contida uma contradição intra-sistêmica que merece revisão, pois o artigo 1.665 admite que tanto a administração quanto a "disposição" dos bens particulares competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa através de pacto antenupcial, em manifesto conflito com a norma proibitiva do artigo 1.647, inciso I.

Por outro lado, apesar da omissão da lei é possível afirmar que os pactos poderão ser convencionados não só pelos nubentes, como também pelos cônjuges, na hipótese de alteração do regime de bens, agora autorizada pela disposição contida no artigo 1.639, § 2º.

Outra contradição intra-sistêmica grave e que está a exigir a alteração da lei é a que fere a autonomia dos cônjuges que optam pela incomunicabilidade absoluta do patrimônio (seja através de pacto especial ou adotando o regime que o Código oferece no artigo 1.687) e têm sua

vontade frustrada pela norma do artigo 1.829, inciso I, do direito sucessório, que inclui o cônjuge entre os herdeiros. Assim, o patrimônio que era para ser incomunicável passa a ser herdado pelo outro cônjuge, apesar da vontade expressamente manifestada antes do casamento ou quando da alteração do regime de bens.

Mesmo que os cônjuges desejassem dispensar a comunicação patrimonial na sucessão através de pacto antenupcial, essa cláusula seria nula por afrontar norma absoluta, de interesse público, impositiva, como são todas as normas do direito sucessório. "Se o sistema jurídico admite a autonomia da vontade, sua manifestação gerará negócio jurídico, mas os efeitos a que ele visa somente ocorrerão quando e, se a vontade estiver compatibilizada com as normas jurídicas cogentes que delimitam a sua área de atuação. Se ocorrer incompatibilidade entre a vontade e a norma, prevalece essa última, donde os efeitos almejados e previstos por aquela, geralmente, não se realizam". Portanto, com a inclusão do cônjuge como herdeiro, torna-se ineficaz a estipulação de total incomunicabilidade do patrimônio convencionalmente pactuada pelo pacto de separação de bens.

Confirmando a aplicação dos princípios da autonomia e isonomia entre os cônjuges em qualquer regime de bens, o Código os autoriza a praticar atos de disposição e administração necessários ao desempenho de suas profissões, bem como a administrar os bens próprios¹⁷ e a praticar atos relativos à economia doméstica¹⁸. O Código também autoriza a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão¹⁹.

Por outro lado, o princípio da autonomia sofre restrição quanto aos bens imóveis, que não podem ser alienados ou gravados sem outorga do outro cônjuge²⁰, bem como quanto à concessão de fiança ou aval sem a anuência do outro²¹, ou quando o Estado obriga o casamento pelo regime da separação legal de bens²².

2.1 Possibilidade de alteração do regime de bens.

A possibilidade de alteração do regime de bens no casamento é mais uma afirmação da valorização do princípio da autonomia e da modernização do sistema jurídico. O parágrafo segundo do artigo 1.639, autoriza a alteração do regime de bens a qualquer tempo e por quantas vezes os cônjuges desejarem, desde que procedida de forma consensual, motivada e sob tutela judicial, ressalvados os direitos de terceiros. Para afastar prejuízos ao outro cônjuge²³ ou a filhos havidos fora do casamento, bem como para preservar os direitos de terceiros, será de enorme importância a atuação do juiz na análise da motivação do casal e também ao exigir ampla pesquisa sobre a existência de obrigações públicas²⁴ ou privadas que possam ser fraudadas pela alteração do regime de bens²⁵. Por outro lado, daqui para frente, nas negociações envolvendo compra e venda de imóveis ou de bens móveis de valor significativo, os adquirentes deverão estar vigilantes quanto à possível alteração do regime de casamento dos vendedores. Para os terceiros que já tenham contratado com um dos cônjuges, a alteração de regime de bens será ineficaz se lhes causar prejuízo²⁶ pois, se "há o reconhecimento do poder de auto-regramento da vontade, é preciso verificar, ainda, a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, sob pena de sofrer as sanções por ele impostas, que vão desde a inexistência do negócio jurídico - quando se trata de negócio proibido - à sua invalidade (nulidade e anulabilidade) e ineficácia"²⁷.

Na defesa dos direitos de terceiros, e para ter validade diante destes, o ato de alteração do regime de bens deve ter a mais ampla publicidade²⁸ e, apesar da omissão legislativa, ser averbado no Registro Civil onde foi realizado o casamento²⁹, além de ser registrado no Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges, à semelhança do que ocorre com as convenções antenupciais.³⁰ No entanto, como as pessoas podem ser proprietárias de bens em diversas localidades, esse ato também deve ser averbado nas matrículas de todas as propriedades imobiliárias do casal. Na hipótese de um dos cônjuges ser empresário, a sentença homologatória de alteração do regime de bens também deve ser arquivada e averbada no Registro Público das Empresas Mercantis³¹.

Ainda no que tange à proteção dos direitos de terceiros, a nova lei apresenta outra contradição, agora entre os artigos 1.639, § 2º e 1.671³², pois pela norma geral do artigo 1.639, § 2º, sempre que houver alteração no regime de bens estão ressalvados os direitos de terceiros, enquanto que o artigo 1.671, norma específica para o regime da comunhão universal estabelece que, extinta esta e feita a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade dos cônjuges para com os credores do outro.

O parágrafo 2º do artigo 1.639 é norma geral de efeito imediato³³ que se aplica a todos os casamentos, sejam eles realizados antes ou depois da entrada em vigor do novo diploma civil, pois o casamento é um ato jurídico com vocação de permanência. No entanto, como dispõe o artigo 2.039 das disposições transitórias³⁴, para os regimes de bens dos casamentos realizados sob a égide do Código Civil de 1.916 aplicam-se as normas por ele estabelecidas para a partilha e todas as demais repercussões patrimoniais, nas hipóteses de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal³⁵, bem como havendo alteração do regime de bens.

3. Contratação de sociedade entre cônjuges - Limitações impostas pelo artigo 977.

O Código Civil, ao incorporar orientação jurisprudencial, inova no direito empresarial com a regra do artigo 977³⁶ autorizando os cônjuges a constituir empresa entre si desde que casados pelo regime da comunhão parcial de bens, ou pelo regime da participação final dos aqüestos, ou pelo regime da separação convencional de bens ou, ainda, através de pacto antenupcial. A lei veda a possibilidade de sociedade entre cônjuges casados pelo regime da comunhão universal³⁷ ou pelo regime da separação legal de bens³⁸ e, por conseqüência, a restrição se estende aos pactos que também tratem dessa forma o patrimônio.

A proibição endereçada aos casados pelo regime da comunhão universal é justificada porque a sociedade entre eles seria fictícia, uma vez que o patrimônio é comum (contudo, o mesmo ocorre nos casamentos realizados pelo regime da comunhão parcial de bens, quando a empresa é constituída após o casamento). Por outro lado, para os casamentos realizados pelo regime obrigatório da separação legal, a justificativa da restrição imposta pela norma seria a de que a sociedade poderia ser usada para burlar a separação obrigatória, principalmente endereçada aos cônjuges com mais de 60 anos.

A aplicabilidade desse dispositivo tem efeito imediato para todas as sociedades constituídas a contar de 11.01.2003³⁹, pois trata-se de norma material, cuja aplicabilidade só pode ser exigida a contar da data da vigência do novo Código, pelas mesmas razões referidas quanto à imediata aplicação da regra que autoriza a alteração do regime de bens.

As empresas já constituídas por cônjuges sócios não serão atingidas pela nova regra do artigo 977. Porém, os empresários que já forem sócios entre si e desejarem casar, deverão fazê-lo por um dos regimes autorizados pelo artigo 997. Para quem já for casado e desejar constituir sociedade, em princípio, se o regime patrimonial for um dos vetados pelo sistema jurídico em oferecida a possibilidade de alteração do regime de bens. No entanto, o problema acontece quando o casamento necessariamente deve ser realizado pelo regime da separação legal, conforme artigo 1.641, pois se os sócios se enquadram nos incisos I e III, poderão requerer ao juiz autorização para o casamento mas, tratando-se de pessoas com idade acima de 60 anos, deverão separar-se ou retirar-se da sociedade, como será analisado a seguir.

3.1- Peculiaridades do regime obrigatório da separação legal de bens.

O regime obrigatório de separação de bens⁴⁰ representa uma interferência do Estado em relação à autonomia dos sujeitos, hoje abrandada em algumas hipóteses pelo novo Código, que, no entanto, ainda é extremamente restritivo em relação aos adultos maduros com mais de 60 anos.

O artigo 1.641 determina como obrigatório o casamento pelo regime da separação de bens: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - das pessoas maiores de 60 anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. No entanto, essa obrigatoriedade é relativizada pelo Código Civil que inova ao admitir que, em algumas das hipóteses relacionadas como cláusulas suspensivas, o juiz pode autorizar o casamento por qualquer regime de bens, desde que fique comprovada a inexistência de prejuízo⁴¹. Todavia, depois de realizado o casamento, é possível a interpretação de que após superadas as causas suspensivas, os cônjuges poderão requerer ao juiz autorização para promover a alteração do regime de bens.

O mesmo raciocínio se aplica para os nubentes menores de idade. Para aqueles entre 16 e 18 anos, o Código também inovou abrandando a restrição da lei de 1916 admitindo a possibilidade de escolha de qualquer dos regimes disponíveis ou de pacto antenupcial, desde que obtenham a autorização de seus representantes legais⁴². Em se tratando de menores de idade, o regime da separação obrigatória de bens se aplica para nubentes com idade entre 16 e 18 anos e que não

tiverem obtido consentimento de seus representantes legais⁴³ ou, para aqueles com idade inferior a 16 anos, para evitar pena criminal ou em caso de gravidez⁴⁴, hipóteses em que é exigida autorização judicial⁴⁵ para o casamento. Como a menoridade é fato que se resolve com o passar do tempo, adquirida a maioridade, nada impede que o casal requeira em juízo a alteração do regime de bens⁴⁶.

Já na hipótese de casamento realizado entre pessoas maiores de 60 anos é que o problema se mostra insolúvel, porque a idade dos cônjuges não irá diminuir com o passar do tempo e, em razão disso, não poderão promover a alteração do regime de bens, acarretando importantes implicações no direito empresarial⁴⁷. A regra do artigo 1.641, II, destinada aos adultos maduros é de caráter eminentemente discriminatório, pois ignora a crescente longevidade e provoca um cerceamento à liberdade e à autonomia de quem desejar reconstituir sua vida erótico-afetiva.

Apesar da inadequação do artigo 1.641, inciso II, enquanto estiver vigorando, os casados pelo regime da separação legal de bens estarão impedidos de constituir empresa entre si, pois não poderão promover a alteração do regime de bens como os demais, uma vez que sua idade não retrocederá. Então essas pessoas deverão separar-se e passar a viver em união estável, ou um deles deverá retirar-se da empresa.

Concluindo, é possível afirmar que, resguardando o princípio da autonomia, o legislador flexibilizou normas que obrigam o casamento pelo regime da separação legal de bens. Comprovada a inexistência de prejuízo, no caso das causas suspensivas, o magistrado pode autorizar o casamento. Já os menores de idade que casarem com autorização de seus representantes legais também podem optar pelo regime de bens que lhes aprover. Se apesar das inovações trazidas para estas hipóteses, ainda assim o casamento tiver sido realizado pelo regime da separação legal de bens, as causas enumeradas nos incisos I e III do artigo 1.641 podem ser convalidadas e, então, é possível requerer ao juiz a alteração do regime de bens. Somente os adultos maduros têm sua autonomia patrimonial cerceada pela regra preconceituosa do artigo 1.641, II.

4. A autonomia do empresário para alienar ou gravar bens da empresa e a exigência de outorga no direito de família - Artigos 978 e 1.647, inciso I.

O novo Código Civil foi escrito para uma sociedade industrial onde homens e mulheres trabalham e auferem rendimentos. Para as famílias integradas por cônjuges independentes financeiramente, a evolução na direção da autonomia patrimonial é extremamente bem-vinda, assim como para favorecer a livre circulação das riquezas na administração empresarial. No entanto, não dá para esquecer que inúmeras mulheres ainda dependem psíquica e financeiramente dos maridos e é para protegê-las (e aos filhos) que o direito de família estabelece grande parte das regras restritivas ao princípio da autonomia patrimonial.

O artigo 978 autoriza o empresário casado, qualquer que seja o regime de bens, a alienar os imóveis que integram o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real independentemente de outorga conjugal. Este dispositivo confirma a forte tendência de total autonomia na disposição do patrimônio imóvel, embora também traduza a hierarquização do direito empresarial em relação ao direito de família, com a inclusão de outros princípios diferentes dos que alicerçavam este direito no Código de 1916, mais protetivo da célula familiar. A autonomia para o cônjuge empresário alienar patrimônio imóvel sem o consentimento do outro afronta a regra geral que estabelece a necessidade de outorga uxória ou marital, visando proteger o cônjuge e, por conseqüência, a família, principalmente quando todo o patrimônio do casal como - a residência, os automóveis, os telefones, a casa de veraneio - forem adquiridos em nome da empresa e a sua alienação causará prejuízo à meação.

4.1 - Desconsideração da Pessoa Jurídica.

Na defesa dos direitos do cônjuge lesado poder-se-á invocar, por analogia, o dispositivo do artigo 5048 que autoriza a desconsideração da pessoa jurídica em caso de fraude ou abuso⁴⁹. Em direito de família esse dispositivo deve ser aplicado inversamente, desde que provado que o cônjuge empresário alienou patrimônio da empresa comprometendo a meação do outro cônjuge e causando-lhe prejuízo. Poder-se-á, então, promover a compensação entre o patrimônio empresarial alienado, no que tange à quota do cônjuge empresário, com os demais bens particulares que integram o patrimônio do casal, (se existirem), como já admitido pela doutrina⁵⁰

e pela jurisprudência.

A grande dificuldade acontecerá quando inexistir patrimônio particular para ser compensado e, uma vez já alienado o patrimônio imóvel da empresa, nada mais restar a ser partilhado. Nesta hipótese, o cônjuge lesado ficará desamparado pelo sistema jurídico, pois se o produto da venda, que é fungível, inexistir no momento da partilha, irá amargar prejuízo irreparável.

Torna-se difícil a proteção à meação do cônjuge não empresário em face da enorme extensão do direito assegurado pelo artigo 978 que abre oportunidades para fraudes contra os direitos do cônjuge meeiro. Para protegê-lo, além da possibilidade de invocar, analogicamente, a teoria da despersonalização da pessoa jurídica, se houver bens para compensar a fraude, ainda cabe invocar os princípios gerais de direito que repudiam comportamentos abusivos e o enriquecimento sem causa⁵²,

5. Da prestação de aval e da liberdade de praticar atos necessários ao desempenho da profissão - Artigos 1.647, III e 1.642, I.

Nas disposições gerais para o regime de bens no direito de família, o Código mantém a proibição de concessão de fiança sem outorga e inova ao incluir também o aval⁵³.

No mesmo capítulo, o artigo 1.642, inciso I, autoriza os cônjuges a praticar livremente os atos necessários ao desempenho de sua profissão, excetuando a alienação de patrimônio imóvel. Aplicando-se este dispositivo ao direito de empresa, observa-se outra contradição importante que a jurisprudência deverá definir, pois todo aquele que exercer profissionalmente atividade econômica organizada⁵⁴ e estiver devidamente inscrito no Registro Público de Empresas Mercantis ⁵⁵é considerado empresário e assim está autorizado a praticar os atos necessários para promover a livre circulação de riquezas, a expansão e a manutenção de seu negócio. Com fundamento na autorização concedida pela regra do direito de família para os atos inerentes ao exercício da profissão⁵⁶, é aceitável a interpretação de que o empresário está autorizado a prestar aval a títulos de crédito emitidos por sua empresa, porque trata-se de ato inerente a sua atividade profissional. No entanto, essa interpretação entra em colisão direta com a regra que exige a outorga do cônjuge para prestar aval⁵⁷.

Uma solução é incluir no texto legal a ressalva de que o aval não pode ser anulado por falta de outorga, e que, sem esta, a garantia prestada pelo cônjuge empresário torna-se inoponível àquele que não anuiu, conforme sugestão apresentada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal⁵⁸. Com essa alteração do artigo 1.647 estar-se-ia resolvendo vários problemas. No interesse da empresa assegura-se a livre e rápida circulação dos títulos de crédito. No interesse do cônjuge não empresário, sua meação é preservada. No interesse do cônjuge empresário, este poderia avalizar quantos títulos desejasse, comprometendo apenas o seu patrimônio particular ou a sua meação. No interesse do cônjuge que concede a outorga, sua meação é preservada, a não ser que o credor prove o proveito⁵⁹.

A outorga deve ser formalizada através de instrumento público ou particular, autenticado⁶⁰ e não pode ser confundida com a própria garantia que é formalizada quando o fiador apõe sua assinatura no contrato ou quando o avalista coloca sua assinatura no título de crédito. O cônjuge que autoriza o outro a prestar aval ou fiança⁶¹ não se torna fiador ou avalista e, por conseqüência, não é solidariamente responsável pela dívida. Não prestando essa autorização, o cônjuge poderá anular o aval ou a fiança a partir do momento em que tomar conhecimento do ato, ainda durante a vigência do casamento, ou num prazo de até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal⁶², podendo ser substituído por seus herdeiros.

6. Conclusão .

A autonomia sobre a disposição do patrimônio dos cônjuges foi ampliada pelo Código Civil de 2002 no regime da separação total de bens, no regime de participação final nos aqüestos e através da autorização para o cônjuge empresário dispor do patrimônio imóvel da empresa. Neste particular, a lei não oferece proteção à meação do cônjuge não empresário quando não houver patrimônio particular a compensar, mesmo que se desejasse aplicar a teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Os cônjuges também estão autorizados a promover a alteração do regime de bens, desde que ressalvados os direitos de terceiros, através de ampla publicização dos atos referentes à condição jurídica de cada um deles.

A exigência de outorga é abrandada em algumas hipóteses quanto a alienação de patrimônio e a restrição à prestação de fiança é estendida ao aval. A antiga determinação de obrigatoriedade de realização do casamento pelo regime da separação legal para algumas situações específicas também é relativizada, apesar de ser mantida para os adultos maduros com idade acima de 60 anos, que também têm cerceado o seu direito a constitui empresa juntamente com o outro cônjuge.

O Código apresenta algumas contradições que estão a exigir alteração legislativa como é o caso dos artigos 1.665 e 1.647, I; 1.687, 1.829 e 1.832; 1.671 e 1.639, § 2º; 1.642 e 1.647, III, pois é necessário compatibilizar as normas que o sistema jurídico oferece para o direito de empresa com as normas relativas aos regimes de bens do direito de família.