

Da outorga conjugal na família homoafetiva

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral
pela Anhanguera-Uniderp
Pós-Graduado em Direito Tributário e
em Direito Constitucional pela UnP

RESUMO

O direito de família passou por inúmeras transformações. Recentemente, novas decisões reconheceram a constituição da família homoafetiva, a qual se subdivide em casamento, união estável e concubinato. Irrefragavelmente, o reconhecimento das novas famílias acarreta uma série de implicações em outros ramos do direito. O enfoque do estudo deu-se na verificação da necessidade ou não de outorga conjugal na administração dos bens. No casamento, o consentimento faz-se preciso, dependendo do regime de bens. Divergência doutrinária a respeito de ser imprescindível a vênua na união estável. Descabimento no concubinato. O tema enfrentado possui importante relevo no direito imobiliário.

Palavras-chave: Direito homoafetivo. Direito imobiliário. Regime de bens. Outorga conjugal.

ABSTRACT

Family law has suffered innumerable transformations. Recently, homoaffective unions have been recognized as family entity, and they can be classified as marriage, stable union or common-law marriage. Undeniably, the recognition of these new families brings a series of implications in other branches of law. The present study focuses on verifying the need or the lack of need of a spousal's grant relative to assets administration. Divergent views in doctrine about the essentiality of an interspousal grant deed in the stable union regimen. Common-law marriage not acceptable. The subject in question has much relevance in real estate law.

Keywords: Homoaffective law. Real estate law. Marital property system. Interspousal grant deed.

Introdução

Nas últimas décadas, o direito familiar sofreu inúmeras transformações, inclusive com forte debate sobre o reconhecimento da família homoafetiva. Após fortes e acalorados debates judiciais, e muita reflexão sobre o tema, a questão foi superada pelos Tribunais Superiores, tendo vencido a visão mais arejada e constitucional desse ramo do direito.

Superado tal ponto, outros aspectos necessitam ser enfrentados. Há várias repercussões econômicas e jurídicas oriundas da formalização da família homoafetiva, inclusive em outros campos do direito, como, *verbi gratia*, nos ramos contratuais, previdenciários, sucessórios, entre outros.

Considerando que pouco se fala sobre o tema, verificou-se a imperiosidade de tratar de importante tema decorrente dessas famílias: a outorga conjugal homoafetiva. Não há como deixar de alertar acerca da importância desta nos campos imobiliário e contratual.

Inicialmente, far-se-ão algumas considerações sobre a evolução do conceito de família, especialmente as últimas decisões dos Tribunais pátrios que modificaram substancialmente algumas questões polêmicas, notadamente o reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivos. Tecer-se-ão considerações sobre o concubinato.

Ato contínuo, analisar-se-ão as espécies de família homoafetiva (união estável, casamento e concubinato), o regime de bens e a necessidade ou não de vênua na administração dos bens.

O tópico enfrentado possui, reitera-se, importante relevo no direito imobiliário e contratual. Ao final, apontar-se-ão as cautelas que devem ser adotadas por aquele que contratar com indivíduo que mantenha casamento ou união estável homoafetivos, evitando-se a nulidade de contratos.

1 Breves considerações sobre a evolução do conceito de família

Pelo Código Civil de 1916, família era constituída tão somente pelo casamento (GONÇALVES, 2007, p. 16). O legislador via neste a única forma de família (VENOSA, 2008, p. 36). Com o transcorrer dos anos, novas espécies foram sendo reconhecidas.

O direito de família passou por inúmeras transformações, a começar pelo reconhecimento do divórcio em 1977. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), ao lado do casamento, trouxe o reconhecimento da união estável e da família monoparental (SOUZA, 2009). A família é a base da sociedade e

recebe especial proteção do Estado, conforme artigo 226, *caput*, da Constituição.

Com a Constituição Federal de 1988, houve a constitucionalização do direito civil. Assim, importa ao intérprete analisar o direito civil e o direito de família à luz da nova CRFB. Afastou-se o constituinte da visão do século XIX, em que preponderava a ótica patrimonial de família (DIAS, 2007, p. 36). Destaca-se a igualdade entre os cônjuges e o alargamento do conceito familiar.

É mister destacar que novas relações familiares vêm sendo reconhecidas (SOUZA, 2009). As transformações sociais vêm trazendo à baila novas estruturas familiares, as quais objetivam, consoante Dias (2007, p. 34), o atendimento dos seguintes preceitos: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

A respeito, podemos trazer à baila os três princípios fundantes do Código Civil de 2002: eticidade, socialidade e operabilidade. No que tange à socialidade, na lição de Tartuce (2012, p. 47-48), a nova norma almeja superar o caráter individualista da vetusta codificação, pela valorização do pronome “nós” em detrimento do “eu”. Nessa linha, pode-se trazer à baila o incipiente direito fundamental à felicidade (SOUZA, 2013, p. 210).

Outrossim, a família homoafetiva também passou a ser reconhecida, como será visto na seção seguinte.

2 Da família homoafetiva

Família homoafetiva (KÜMPEL, 2008) é aquela decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, as quais se unem para a constituição de um vínculo familiar. A família homoafetiva pode se constituir pelo casamento, pela união estável ou pelo concubinato.

Antigamente, muitos autores refutavam a possibilidade de reconhecimento da família homoafetiva como entidade familiar, apenas aceitando a possibilidade de reflexos patrimoniais.

DIAS (2007, p. 45), em sentido contrário, obtempera:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, mecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Passa-se a analisar as espécies de família homoafetiva.

2.1 Da união homoafetiva

A união homoafetiva restou expressamente reconhecida na Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/2006 - Lei da Violência Doméstica).

tica), porquanto em seu artigo 5º tutela a violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da orientação sexual.

Dessa forma, a lei penal reconheceu a proteção da Lei Maria da Penha às uniões homoafetivas femininas. Para Dias (2012, p. 57): “O conceito legal de família trazida pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas”. A respeito, assevera Bastos (2013, p. 110, grifo nosso):

Por sua vez, o parágrafo único do art. 5º estabelece que as relações pessoais independem da orientação sexual da vítima, **consagrando ineditamente em uma legislação ordinária o reconhecimento das uniões homoafetivas como verdadeiras entidades familiares**, além das já previstas no art. 226 da Constituição Federal de 1998.

O Projeto do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) define a união homoafetiva no artigo 68:

DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial nº 820.475/RJ, reconheceu a validade desse tipo de união:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.

2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.

3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Como ficou assente no acórdão do STJ, o reconhecimento explícito da união heteroafetiva pelo ordenamento não é impeditivo para o reconhecimento da união homoafetiva. Importa destacar que, antes dessa decisão, inúmeras decisões de Tribunais de Justiça já julgavam dessa maneira.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável homoafetiva no julgamento conjunto da ADIn 4.277 e da ADPF 132, ocasião em que os ministros igualaram a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva. Assim, a decisão foi “pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”.

A decisão do Supremo finalizou a celeuma existente a respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva, reconhecendo-a como entidade familiar. Para Albuquerque (2013, p. 48 e 55), a decisão do STF denota a supremacia dos princípios constitucionais, fruto do já superado reconhecimento da insuficiência legal para regulação das situações jurídicas. Ademais, constituiu-se em sólido exemplo de uma interpretação inclusiva, a qual concedeu maior eficácia à norma constitucional. Ainda: “A aplicação imediata dos princípios constitucionais às relações privadas, com base na técnica de interpretação, foi a opção do STF para fundamentar as ações”.

Antes da decisão do STF, alguns direitos “já vinham sendo concedidos aos parceiros homossexuais, como partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda, alimentos, adoção conjunta de crianças, entre outros” (CHAVES, 2011).

Madaleno (2013, p. 311) obtempera:

Ao impor efeito vinculante e declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, conquanto atendidos os mesmos pressupostos exigidos para a constituição da união entre o homem e mulher e estender com idêntica eficácia vinculante os mesmos direitos e deveres aos companheiros do mesmo sexo, o STF lhes conformou *erga omnes* o reconhecimento da condição de entidade familiar e lhes atribuiu os mesmos direitos e deveres pertinentes aos companheiros heteroafetivos, assegurando aos companheiros homoafetivos a plêiade dos direitos elencados no livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro aos casais homossexuais [...].

Cumprê destacar que ao legislador não compete fazer juízo valorativo a respeito dessas uniões, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo disciplinar essas “relações jurídicas de afeto” e suas consequências no mundo jurídico.

Asseveram Cunha Jr. e Novelino (2013, p. 804, grifos dos autores):

Diante das dificuldades em debater o tema na esfera política, as minorias diretamente interessadas acabaram recorrendo ao Poder Judiciário com o objetivo de serem asseguradas, às **uniões homoafetivas**, as mesmas regras e consequências jurídicas atribuídas às **uniões estáveis**. Dentre os principais fundamentos para a pretendida equiparação, foram suscitados: a dignidade da pessoa humana e o pluralismo, fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III e V); a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (CF, art. 3º, IV); o princípio da isonomia (CF, art. 5º) e o direito à privacidade (CF, art. 5º, X).

Como requisitos para a constituição da união estável homoafetiva, Oliveira (2013, p. 180-182) elenca: estabilidade na relação, durabilidade, convivência pública e objetivo de constituição de família.

2.2 Do casamento homoafetivo

Em outubro de 2011, após a decisão do Supremo da ADIn 4.277 e da ADPF 132, houve reconhecimento pelo STJ do casamento homoafetivo no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, destacando-se trecho da ementa:

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, no dia 14 de maio de 2012, a Resolução nº 175, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, proibindo os cartórios do país de recusar a celebração de casamento homoafetivo, bem como de negar a conversão da união estável homoafetiva em casamento. Dispõe o artigo primeiro da Resolução:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Por conseguinte, através de seu poder regulamentar, o CNJ disciplinou a formalização do casamento em tela.

2.3 Do concubinato homoafetivo

Ainda, temos o concubinato homoafetivo. O concubinato vem disciplinado no artigo 1.727 do Código Civil, sendo o relacionamento não eventual entre pessoas impedidas de casar-se. Para Tartuce (2012, p. 1146), o concubinato “não constitui entidade familiar, mas uma mera sociedade de fato”.

Vecchiatti (2013, p. 494) considera possível conceber o concubinato homoafetivo:

Ademais, com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, também é ele aplicável para garantir igualdade de tratamento às uniões entre pessoas do mesmo sexo que não atendam aos requisitos legais caracterizadores da união estável (publicidade, continuidade, durabilidade, intuito de constituir família e ausência de impedimentos matrimoniais), relativamente ao concubinato homoafetivo [...].

O legislador civilista reconhece o concubinato, visando evitar o enriquecimento ilícito de um dos ex-parceiros em relação ao outro (VECCHIATTI, 2013, p. 496).

O concubinato pode ser adúlterino, incestuoso ou sancionador, conforme Santos (2010, grifos nossos):

Nesta esteira, o concubinato, segundo Gomes (2007), classifica-se em: **a) o adúlterino**, que seria a união entre um homem e uma mulher, estando um deles impedido de casar, por possuir o dever de lealdade ao cônjuge do primeiro casamento; **b) o incestuoso**, que decorre da união entre membros da mesma família, sendo a existência de parentesco natural ou civil causa impeditiva do casamento (Art. 1.521, I, CC); e **c) o sancionador**, que se trata da união entre cônjuge sobrevivente e o condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte, e, também, causa impeditiva do casamento (Art. 1.521, VII, CC).

Destarte, a família homoafetiva pode constituir-se pelo casamento, pela união estável ou pelo concubinato. Passa-se à análise do regime de bens.

3 Do regime de bens e da outorga

3.1 Noções gerais

O Código Civil apresenta os regimes da comunhão universal, da comunhão parcial, da participação final nos aquestos e da separação de bens (legal ou convencional).

O Código Civil, no artigo 1.639, determina a livre estipulação do regime de bens antes da celebração do casamento, que começa a vigorar desde a data do casamento. Em novidade em relação à anterior codificação, permite a alteração do regime mediante autorização judicial em pedido motivado efetuado pelos cônjuges.

No pacto, os nubentes podem combinar regimes, podendo estipular o que lhes aprouver, no tocante ao regime de bens, com a ressalva de não contrariarem a ordem pública (RIZZARDO, 2007, p. 631). Além desses, os cônjuges podem criar um regime misto, efetuando combinações entre os regimes ou “elegendo um novo e distinto” (GONÇALVES, 2007, p. 391).

Consoante conceitua Gonçalves (2007, p. 391):

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos

ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

Como regra (CAVALCANTI, 2013, p. 217), “a administração dos bens considerados particulares cabe ao proprietário e dos bens comuns a qualquer um dos cônjuges”.

O Código Civil inovou quando permitiu a alteração de regime. Existem vários motivos que ensejam a necessidade de alteração do regime. Nesse sentido, Gonçalves (2007, p. 396) refere a situação de constituição de sociedade personificada entre os cônjuges ou entre estes e terceiro, hipóteses de constituição de sociedade que são “vedadas se o regime for o da comunhão universal ou o de separação obrigatória (CC, art. 977)”.

Como exceção à liberdade de escolha do regime, o artigo 1.641 do Código Civil estipula como obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, da pessoa maior de 70 anos e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Em inexistindo pacto (ou sendo este nulo ou ineficaz), o regime da comunhão parcial vigorará entre os cônjuges, forte no artigo 1.640 do Código Civil. Essa sistemática é aplicável à união estável, com supedâneo no artigo 1.725. Em razão disso, a comunhão parcial é também chamada de regime legal ou supletivo.

Tendo-se analisado sucintamente a respeito do regime de bens, tem-se a necessidade de cotejá-lo com a família homoafetiva. Indubitavelmente, o regime de bens no casamento homoafetivo obedecerá aos mesmos parâmetros existentes no casamento heteroafetivo.

Quanto ao regime de bens na união estável, Loureiro (2007, p. 1149-1150) assevera: “Portanto, os companheiros podem adotar um dos regimes acima citados ou ainda um regime novo para vigorar na união estável. Na falta de contrato escrito, entretanto, prevalece o regime de comunhão parcial de bens”.

Quanto ao regime de bens da união homoafetiva, Dias (2007, p. 45) aponta:

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como cancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detri-

mento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada.

O regime de bens na união estável homoafetiva obedecerá aos mesmos parâmetros existentes na união estável heteroafetiva.

Na interpretação do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos (2004), não há que se falar em regime de bens no concubinato. Anota que será possível a partilha proporcional à participação de cada concubino, desde que demonstrada a contribuição individual para a constituição do patrimônio.

No magistério de Tartuce (2012, p. 1146), no concubinato: “Não há direito à meação patrimonial, direito a alimentos ou direito sucessório. Na questão patrimonial, aplica-se a antiga Súmula 380 do STF, que consagra direito à participação patrimonial em relação aos bens adquiridos pelo esforço comum”.

Após esse estudo a respeito do regime de bens, tem-se a necessidade de analisar especificamente a outorga conjugal.

3.2 Da outorga conjugal no casamento homoafetivo

Com relação à administração dos bens, é lícito, como regra, aos cônjuges praticarem os atos de disposição e de administração relativos ao exercício da profissão, bem como administrarem seus bens particulares, com força no artigo 1.642 do Código Civil.

Alguns atos patrimoniais exigem que o cônjuge receba a autorização do outro, como no caso de fiança e aval, bem como nas situações de alienação de bens imóveis (incluindo a situação de gravar de ônus real), com fulcro no artigo 1.647 do Código Civil.

Outrossim, atos gratuitos não remuneratórios também exigem autorização conjugal, em se tratando de bem comum ou passível de integrar futura meação (Código Civil, artigo 1.647). A doação remuneratória pode ser feita sem autorização (DINIZ, 2006, p. 1352). Ainda, inclui-se na necessidade de autorização conjugal pleitear esses bens ou direitos (seja como autor ou réu).

A regra destacada não se aplica ao regime da separação absoluta, apenas aos demais. Essa autorização é denominada de outorga conjugal. Alguns autores a denominam de vênica conjugal (GONÇALVES, 2007, p. 406).

Quanto à outorga, Tartuce (2012, p. 1091) a classifica em uxória (da esposa) e marital (do marido). Na família homoafetiva, pode-se denominá-la de outorga conjugal ou homoafetiva.

Cavalcanti (2013, p. 222, grifo da autora) aduz:

De acordo com o art. 1.647 do Código Civil, para a realização dos atos elencados em lei não pode o cônjuge,

exceto se casado pelo regime da separação absoluta de bens, agir sem autorização do consorte. O que nos leva a entender que aqueles casados pelos regimes da comunhão parcial, comunhão universal ou participação final nos aquestos precisarão sempre, por exemplo, para a alienação de bem imóvel, da outorga conjugal, mesmo que o bem seja exclusivamente seu. Trata-se de regra destinada à segurança familiar e não à questão da comunhão de bens propriamente.

Gonçalves (2007, p. 406) aponta a necessidade da vênua no compromisso irretratável de compra e venda (artigo 1.418 do Código Civil), bem como na constituição de hipoteca e outros ônus reais.

Rizzardo (2007, p. 622) assevera existirem

muitas regras relativas a bens ou a direitos patrimoniais, aplicáveis aos cônjuges, e que não envolvem os regimes de bens. De modo amplo, as obrigações de alimentos entre os cônjuges, a cooperação na satisfação das necessidades econômicas diárias do lar, não repercutem nos regimes de bens, e nem são decorrência deles.

Essas regras patrimoniais têm por desiderato proteger a família (e a prole, se existente), evitando a dilapidação do patrimônio familiar. Nesse sentido, Diniz (2006, p.1351-1352, grifo da autora) observa:

Restrições ao poder de administração do casal. Para preservar o patrimônio familiar, a lei impõe limitações ao poder de administração do casal, exigindo que, para a prática de certos atos, se obtenha a outorga marital ou uxória, sem a qual não estará legitimado para efetivá-la, salvo se o regime for o da separação absoluta de bens.

O consentimento conjugal está no plano da validade do negócio jurídico (TARTUCE, 2012, p. 1092). O artigo 1.648 do Código Civil estabelece a possibilidade de supressão do consentimento do cônjuge, caso este se dê sem justo motivo ou não possa ser dado.

Quanto à forma de autorização conjugal, Diniz (2006, p. 1352) ensina:

A autorização, exigida por lei, de um cônjuge a outro para a prática de determinados atos deverá ser escrita e expressa e referir-se a imóvel; imprescindível será que seja dada por meio de instrumento público. Tal autorização deverá especificar a natureza, o objeto e o número dos atos consentido. Se se tratar de bem móvel, bastará um instrumento particular autenticado.

Como referido, a regra da vênia não se aplica ao regime da separação absoluta, aplicando-se aos demais. Como cediço, o regime em testilha, no direito brasileiro, apresenta muita controvérsia.

O Código elenca não se aplicar a outorga ao regime da separação obrigatória. Alude Tartuce (2012, p. 1092, grifo do autor):

Antes de se estudar quais são os atos que exigem outorga, insta verificar a exceção constante do *caput* do art. 1.647. Para esse comando, a outorga é dispensada se os cônjuges forem casados pelo regime da *separação absoluta*. Que regime seria esse, afinal de contas o CC/2002 trata apenas da separação de bens, podendo essa ser legal (art. 1.641) ou convencional (arts. 1.687 e 1.688)? No tocante à separação convencional de bens, não existem maiores debates, polêmica gira em torno da antiga Súmula 377 do STF, um dos temas mais conflituosos do atual Direito de Família brasileiro.

Segundo Tartuce (2012, p. 1092-1093), a doutrina brasileira divide-se sobre a separação legal de bens. Para a primeira corrente (Silvio Rodrigues, Francisco Cahali, José Fernando Simão), “haveria separação absoluta tanto na separação convencional quanto na separação legal de bens”. Para a segunda corrente (Nelson Nery, Zeno Veloso, Rodrigo Brito, Paulo Lobo, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Silvo Venosa e o próprio Tartuce), “somente há separação absoluta na separação convencional, eis que na separação legal haverá comunicação dos bens havidos pelo esforço comum”.

Aponta Stolze (2013):

Em nosso sentir, “separação absoluta” deve ser entendida como separação convencional, ou seja, escolhida no pacto antenupcial (nesse sentido, NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, SP, RT, 2002).

Diante da controvérsia a respeito de a separação legal (obrigatória) de bens ser espécie de separação absoluta e, portanto, exigir a outorga conjugal, por cautela, deve aquele que contratar com pessoa casada no regime referido exigir o consentimento do cônjuge na celebração de negócio que envolva direito real. Nesse diapasão, há decisão em 2009 do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.163.074/PB:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL - OUTORGA CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.

1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.
2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.
3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.
4. Recurso especial provido.

É mister destacar, ainda (CAVALCANTI, 2013, p. 222), a possibilidade de, no regime da participação final dos aquestos, estipulação no pacto antenupcial da desnecessidade de vênia conjugal. Tal estipulação será nula se fixada em outros regimes.

Portanto, no casamento homoafetivo, deve-se exigir a outorga conjugal nos atos patrimoniais mencionados: a) alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; b) pleitear como autor ou réu esses bens ou direitos; c) prestar fiança ou aval; d) fazer doação não remuneratória. Excepciona-se a necessidade de vênia na separação legal de bens; quanto à separação obrigatória de bens, tendo em vista a divergência na doutrina, por cautela, deve ser observada a outorga.

3.3 Da outorga conjugal na união estável

Cavalcanti (2013, p. 216) anota que as regras do regime de bens da união estável heteroafetiva devem ser aplicadas à união estável homoafetiva.

Quanto à necessidade de vênia conjugal na união estável, diverge a doutrina a respeito de sua necessidade ou não. Nessa alheta, assevera Frões Neto (2011, p. 1):

A necessidade de outorga uxória do companheiro para atos de disposição de bens imóveis comuns, adquiridos onerosamente durante a união estável e registrados apenas no nome de um deles, tal qual se exige dos cônjuges casados sob o regime de comunhão parcial de bens, é matéria controvertida em face de ausência de previsão legal expressa.

Fróes Neto (2011, p. 10) conclui pela imperiosidade da vênua conjugal na união estável:

Dessa forma, seguindo o espírito que anima o preceito constitucional, à norma que regula os efeitos patrimoniais da união estável (art. 1725 CC) devem incidir, na sua totalidade, os preceitos que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens, incluindo a obrigatoriedade do consentimento do companheiro para os atos que importem venda de bens imóveis comuns, bem como as consequentes sanções previstas em caso de violação desse dispositivo.

Inferindo pela desnecessidade de outorga conjugal na união estável, temos a doutrina de Tartuce (2009):

Superada a análise dos atos que exigem a outorga, é interessante verificar que o art. 1.647 do CC é típico exemplo de norma de exceção, restritiva da autonomia privada e, diante da proteção constitucional da liberdade, fundada na dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF), não deve ser aplicada por analogia à união estável.

Tartuce (2012, p. 1091) refere ser a outorga conjugal um dispositivo restritivo da autonomia da vontade. Nesse mesmo sentido, disserta Cavalcanti (2013, p. 225).

Conquanto a regra da vênua conjugal restrinja a autonomia da vontade, entende-se que tem por fito principal proteger a família, razão pela qual deveria ser aplicada para a união estável heteroafetiva e homoafetiva. Não obstante, dada a insegurança jurídica que tal requisito geraria para os contratantes de pessoa em união estável, entende-se despendiêda a outorga conjugal na união estável.

A rarefeita divulgação da união estável homoafetiva impede a exigência do requisito da autorização conjugal.

Neves (2006, p. 173) com muita clareza disserta a respeito da não necessidade de outorga conjugal em união estável:

Tem-se entendido que tal limitação só pode ser aplicada ao casamento, e não à união estável. O motivo é simples: há averbação do casamento, com menção ao regime em que foi celebrado. Dessa forma, terceiros que venham a celebrar negócio com um dos cônjuges sabem, ou têm meios de saber, que se trata de pessoa casada, e que há exigência de autorização do outro cônjuge. Caso o terceiro concorde em fazer o negócio sem tal anuência, assumirá o risco de a avença vir a ser desconstituída no futuro por esse motivo. No entanto, na união estável não há qualquer registro, e não é comum constar da qualificação de um dos contratantes o "estado" de companheiro ou convivente.

Para os credores, uma das grandes dificuldades da união estável, seja heteroafetiva, seja homoafetiva, é a informalidade. Para Cavalcanti (2013, p. 223):

A união estável, diferentemente do casamento, é uma entidade familiar não formal, ou seja, para se constituir não há necessidade de celebração, de procedimento burocrático. [...] Portanto, a união estável tende a ser informal tanto na constituição como na ruptura. Dessa forma, a mesma regra deve ser aplicada às relações homoafetivas.

Ehrhardt Júnior (2013, p. 275) destaca:

Se o par homoafetivo decidir ficar na informalidade, deve ter em mente que não existem fronteiras bem definidas entre o namoro e a união estável. Estamos diante de situações fáticas, que, paradoxalmente, só costumam ingressar no mundo jurídico após o seu desfazimento.

Assim, embora pudesse ser necessária a vênua conjugal para fins de proteção da família, essa exigência inviabilizaria a formação dos contratos, dada a insegurança e a informalidade da união estável, bem como do já destacado prejuízo na divulgação.

Também podemos apontar a deficiência na publicidade registral da união estável. O casamento é formal, sendo lavrado registro ou assento, do qual se faz certidão; também se procedem anotações nos assentos de nascimento dos nubentes e nos eventuais casamentos anteriores, o que garante inequívoca publicidade. A união estável, por seu turno, pode ser declarada por escritura pública ou ser meramente uma situação fática, sem qualquer publicidade legal.

Em existindo fundada dúvida na doutrina acerca da necessidade ou não de outorga conjugal na união estável, por cautela, deve aquele que contratar com pessoa em união estável heteroafetiva ou homoafetiva exigir o consentimento do(a) companheiro(a) na celebração de negócio que envolva direito real.

Para quem entenda necessária a vênua conjugal na união estável, importa referir que, se o contratante omitir a informação de viver em união estável, estará cometendo crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal, o qual estabelece:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Para Cunha (2013, p. 608-609), o delito de falsidade ideológica é crime de ação múltipla (cinco ações nucleares), cujo tipo subjetivo é doloso, o qual se consubstancia:

[...] na vontade [livre] e consciente de agir de acordo com uma das condutas nucleares típicas. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo, consistente no propósito de lesar direito, criar obrigação ou alterar a veracidade sobre o fato juridicamente relevante.

Ademais, Cunha (2013, p. 609) observa que o crime em apreço é formal, não sendo necessário o prejuízo a terceiros, bastando que “o documento ideologicamente falso tenha potencialidade lesiva [...]”.

Isso posto, entende-se pela desnecessidade da outorga conjugal na união estável homoafetiva. Todavia, por cautela, deve aquele que contratar com pessoa em união estável heteroafetiva ou homoafetiva exigir o consentimento do(a) companheiro(a) na celebração de negócio que envolva direito real.

3.4 Da outorga conjugal no concubinato

Considerando a inexistência de regime de bens, entende-se, indubitavelmente, não necessária a outorga conjugal no concubinato.

Todavia, caso o bem tenha sido adquirido por esforço comum, haverá divisão do bem em possível apuração de haveres. Dessa feita, de igual forma que na união estável, é recomendável a exigência da vênia.

3.5 Da falta de outorga conjugal

Nas situações em que se faz necessária a outorga conjugal e esta está ausente, tem-se a anulabilidade do negócio praticado, nos termos do artigo 1.649 do Código Civil. O prazo de anulação é de até dois anos após o término da sociedade conjugal.

Diniz (2006, p. 1354) refere que o transcurso em branco desse prazo acarreta a convalidação do negócio viciado. Ensina também ser possível a aprovação posterior do cônjuge.

Diante da dificuldade em caracterizar-se a união estável, especialmente a homoafetiva, cuja divulgação é, em regra, bem menor que a heteroafetiva, tem-se que aplicar a sanção de anulabilidade ao contrato firmado sem a vênua conjugal seria prejudicar terceiro de boa-fé. Nesse sentido, aduz Neves (2006, p. 173):

Caberá ao companheiro, que tenha sido prejudicado, por exemplo, pela venda de um bem no qual teria participação, exigir do alienante a recomposição patrimonial, ou seja, a indenização por perdas e danos, sem que se possa falar em direito de seqüela ou anulação da transferência.

Tendo em vista a possibilidade de anulação do negócio jurídico, deve o contraente adotar todas as cautelas possíveis para evitar a sanção mencionada.

Conclusão

A família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado. As transformações sociais vêm trazendo à baila novas estruturas; a família homoafetiva também passou a ser reconhecida.

A família homoafetiva pode constituir-se pelo casamento, pela união estável ou pelo concubinato.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 820.475/RJ, reconheceu a validade da união homoafetiva. Como ficou assente no acórdão, o reconhecimento explícito da união heteroafetiva pelo ordenamento não é impeditivo para o reconhecimento da união homoafetiva.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva no julgamento conjunto da ADIn 4.277e da ADPF 132, ocasião em que os julgadores igualaram a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, no dia 14 de maio de 2012, a Resolução nº 175, dispondo sobre casamento homoafetivo.

O regime de bens no casamento homoafetivo obedecerá aos mesmos parâmetros existentes no casamento heteroafetivo.

No casamento homoafetivo, deve-se exigir a outorga conjugal nos atos patrimoniais: (I) alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; (II) pleitear como autor ou réu esses bens ou direitos; (III) prestar fiança ou aval; (IV) fazer doação não remuneratória. Excepciona-se a necessidade de vênua na separação legal de bens; quanto à separação obrigatória de bens, tendo em vista o dissenso doutrinário, por cautela, deve ser observada a outorga.

Quanto à necessidade de vênia conjugal na união estável, diverge a doutrina a respeito de sua necessidade ou não. Entende-se pela desnecessidade do ato.

Diante da dificuldade em caracterizar-se a união estável, especialmente a homoafetiva, cuja divulgação é, em regra, bem menor que a heteroafetiva, tem-se que aplicar a sanção de anulabilidade ao contrato firmado sem a vênia conjugal seria prejudicar terceiro de boa-fé.

Por cautela, deve aquele que contratar com pessoa em união estável homoafetiva exigir o consentimento do(a) companheiro(a) na celebração de negócio que envolva direito real. Considerando a inexistência de regime de bens, entende-se não necessária a outorga conjugal no concubinato. De igual forma que na união estável, é recomendável a exigência da vênia.

Nas situações em que se faz necessária a outorga conjugal e esta está ausente, tem-se a anulabilidade do negócio praticado, nos termos do artigo 1.649 do Código Civil. O prazo de anulação é de até dois anos após o término da sociedade conjugal.

Referências

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O julgamento no STF da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional*. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44-58.

BASTOS, Tatiana Barreira. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei n° 11.340/2006): um diálogo entre a teoria e a prática**. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.163.074/PB, 3ª Turma. Recorrente: Edlúcia Medeiros Marques Dardenne. Recorrido: Banco Itaú S.A. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília. Data do julgado: 15 dez. 2009. Data da publicação: 4 fev. 2010. Disponível em <https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_documento.asp?sLink=ATC&sSeq=7821518&*

Reg=200902101578&sData=20100204&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 29 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 1.183.378/RS, 4ª Turma. Recorrentes: K.R.O. e L.P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. Data do julgado: 25 out. 2011. Data da publicação: 1 fev. 2012. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2013.*

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 820.475/RJ, 4ª Turma. Recorrente: A C S E OUTRO. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. Data do julgado: 2 set. 2008. Data da publicação:*

6 out. 2008. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/previstaabreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4231384&num_registro=200600345254&data=20081006&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, Plenário. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília. Data do julgado: 5 maio 2011. Data da publicação: 14 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CAVALCANTI, Ana Elisabeth Lapa Wanderley. Os regimes de bens nas relações homoafetivas. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 210-228.

CHAVES, Marianna. União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19274>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A Lei Maria da Penha**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva 2006.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. **União estável entre pessoas do mesmo sexo e o contrato de convivência: direito de família mínimo e as dificuldades após o reconhecimento da união homoafetiva**. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269-283.

FRÓES NETO, Edgard Borba. **A Outorga Uxorária na União Estável**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam. Belo Horizonte, junho de 2011. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. VI vol.

KÜMPPEL, Vitor Frederico. Palestra ministrada em 21 jan. 2008, em São Paulo, no Curso do professor Damásio de Jesus.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2007.

MADALENO, Rolf. Os efeitos Jurídicos da Homoparentalidade. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 305-328.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Requisitos para a configuração da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Ca-

rolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171-183.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Hellen Katherine Clementino dos. **Concubinato adulterino e seus efeitos jurídicos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2630, 13 set. 2010. Não paginado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17385>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. *Direito de Família*, Porto Alegre-RS: ago. 2004. Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>>. Acesso em: 18 dez. 2013

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. **Questões Tributárias Controvertidas do Programa Minha Casa Minha Vida**. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Porto Alegre, v. 1, n. 17, p. 205-221, 2013.

_____. **Famílias plurais ou espécies de famílias**. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25712>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

STOLZE, Pablo. **Apostila 3. Novo Direito Civil**, São Paulo: 2013. Disponível em: <www.pablostolze.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. **A questão da outorga conjugal: Alguns pontos do art. 1.647 do CC**. *Carta Capital*, São Paulo, 1 set. 2009. Não paginado. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-questao-da-outorga-conjugal/4647>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. 2ª ed. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. vol. VI.