

UNIÃO ESTÁVEL e UNIÃO HOMOAFETIVA

Questões Instrumentais e Registrárias

Oh, tempora, oh, mores!

(Cicero, em discurso ao Senado Romano no ano 53)

UM POUCO DE HISTÓRIA

Lembro-me por ter vivenciado, que a união estável encontrou regulamento legal no Direito Positivo brasileiro com a edição da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996.

Em seus artigos 3º e 4º, o texto original dispunha:

Art. 3º - Os conviventes poderão, por meio de contrato escrito, regular seus direitos e deveres, observados os preceitos desta Lei, as normas de ordem pública atinentes ao casamento, os bons costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 4º - Para ter eficácia contra terceiros, o contrato referido no artigo anterior deverá ser registrado no Cartório do Registro Civil de residência de qualquer dos contratantes, efetuando-se, se for o caso, comunicação ao Cartório de Registro de Imóveis, para averbação.

Estes artigos vieram a ser vetados pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, e com justificadas razões. A união estável é fato e, como tal, seu reconhecimento não pode ficar adstrito a um ato formal - contrato escrito - nem a atos registrários - registro no Registro Civil das Pessoas Naturais e averbação no Registro de Imóveis.

Os fatos provam-se por todos os meios admitidos em direito, sejam testemunhais, sejam escritos. E aí reside a grande questão: o veto ao artigo 3º e 4º da Lei 9.278/1996 não significou vedação a que se fizesse contrato escrito; significou, isso sim, que não se pode condicionar o reconhecimento da união estável à existência de contrato escrito.

A partir da edição do Código Civil de 2002, o instituto da união estável foi inserida no Livro IV - Do Direito de Família, e chama especial atenção o disposto no artigo 1.725, "verbis":

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Admite claramente o legislador que a união estável seja objeto de contrato escrito, a provar que o veto ao artigo 3º da Lei 9.278/1996 não consistia em veto ao contrato mas, repetindo-me "ad nauseam", apenas veto à que a união estável tivesse seu reconhecimento condicionado à existência de contrato escrito.

CONTRATO ESCRITO

Artigos e notas esparsas vêm sendo publicados na imprensa especializada, e alguns chamam a atenção pelo "parti pris": todos, sem exceção, admitem a celebração do contrato escrito.

Exemplo disso é a orientação do Ministério Público Federal do Distrito Federal, nestes termos:

união estável tem que ser comprovada por duas testemunhas, diz MPF

O MPF (Ministério Público Federal) enviou recomendação a todos os tabelionatos da jurisdição do Distrito Federal que tenham atribuição de lavrar escritura pública declaratória de união estável para que conste nas declarações o registro de, no mínimo, duas testemunhas que comprovem tal situação.

A medida visa evitar que se proliferem sucessivas declarações de uniões estáveis duvidosas que possivelmente venham a produzir efeitos no âmbito previdenciário ou que tenham repercussão patrimonial nas relações entre supostos conviventes ou concubinos, principalmente quando essas escrituras são destinadas a fazerem parte de comprovação em órgãos públicos federais.

Foi estabelecido o prazo de 15 dias para que os tabelionatos cíveis do DF cumpram a recomendação e para que informem ao MPF as providências adotadas no sentido de dar efetividade à recomendação.

Outra nota dá conta da rapidez com que estes contratos são celebrados no 1º Tabelionato de Nota de Santos-SP:

Contratos de união estável são feitos com agilidade

Aos poucos, casais que vivem juntos há algum tempo aderem aos contratos de união estável, feitos nos cartórios de notas. A falta de burocracia, aliada à rapidez, é um dos fatores considerados na hora da escolha. Contudo, há ainda quem se decida pelo casamento no civil ao tomar conhecimento do valor da escritura de união estável, quase o mesmo cobrado pelos cartórios de registro civil para celebrar casamentos.

Segundo o auxiliar cartorário do 1º Tabelião de Notas de Santos, Luiz Carlos Lopes da Silva Júnior, o fato do custo do contrato de união estável ser praticamente o mesmo que o do casamento no civil faz os casais desistirem de fazer o documento.

“Quando ficam sabendo, preferem casar no civil”, explica Silva Júnior. “A não ser quando não estão separados legalmente (no caso de um deles ou os dois terem casado anteriormente)”.

No 2º Tabelião de Notas da Cidade, conforme o tabelião José Henrique do Nascimento, tem sido grande a procura por esse tipo de contrato. “É raro o dia em que não fazemos”, atesta Nascimento, lembrando que a união estável é regida pelo regime de comunhão parcial de bens. Caso o casal queira estipular outro regime, a escritura estabelece isso. “É para evitar algum litígio lá na frente”.

Entre os dias 17 e 28 de março, de acordo com o tabelião, foram celebrados 13 contratos de união estável naquele cartório.

Já no 7º Tabelião de Notas, segundo o escrevente Kléber de Paula Oliveira, foram feitas 30 escrituras de união estável no ano passado. Em 2008, até o momento, já foram 12.

PATRIMÔNIO

“É um contrato. Eles podem mencionar desde a união até o patrimônio que possuem, para que esses não se comuniquem no caso de uma eventual dissolução da sociedade conjugal”, destaca Oliveira. “Mas a maioria faz o contrato e pronto (não fazem essa distinção)”.

Para celebrar o contrato de união estável, basta que o casal vá ao cartório acompanhado de duas testemunhas maiores de idade e capazes, munidos, os quatro, de RG e CPF. A escritura é feita na hora.

Já para casar no civil, o casal deve levar duas testemunhas maiores de idade e apresentar certidão de nascimento atualizada, CPF e RG.

Fonte: A Tribuna-SP (07/04/2008)

Chama especial atenção o fato de que em ambas as notas é citada a escritura pública notarial e não qualquer contrato escrito. Isso se justifica devido às implicações patrimoniais que decorrem de tal contrato, fazendo com que este deva ser lavrado por escritura pública.

ESCRITURA PÚBLICA NOTARIAL ou INSTRUMENTO PARTICULAR

Retomemos o texto legal, Código Civil:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Aos conviventes é dada a mesma opção que se dá às pessoas que casam: pactuar o regime patrimonial.

Algumas diferenças básicas desde logo se apresentam: o pacto antenupcial precisa ser celebrado antes do casamento; o pacto de patrimônio entre conviventes não tem data para ser celebrado. Isso se explica porque o casamento é um ato solene que ocorre em dia e hora absolutamente determinados; já a união, para ser considerada estável, dificilmente terá um dia de aniversário.

Outra diferença: o legislador expressamente exige a escritura pública notarial para a celebração do pacto antenupcial (parágrafo único do artigo 1.640 e artigo 1.653 do Código Civil). Quanto à união estável, o texto legal refere apenas a necessidade de haver contrato escrito, deixando a norma para estudos e decisões dos tribunais.

Não me furto, no entanto, a desde já tentar estabelecer que se os conviventes quiserem fazer valer os termos do pacto de patrimônio durante sua convivência, entre si e com efeitos contra terceiros, terão de adotar a escritura pública notarial. Para defender este entendimento, passo a examinar a questão.

O Código Civil dispõe:

Art. 221. O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público.

Com base neste dispositivo, houve quem laborasse em erro ao concluir que, com a vigência do novo Código Civil, teria sido inteiramente abolida a exigência de testemunhas para validade e eficácia dos contratos celebrados por instrumento particular.

Em se tratando de prova das obrigações convencionais, efetivamente o art. 221 do CC estabelece a dispensa de testemunhas para a validade do instrumento particular.

Mas há que se fazer a distinção entre **meio de prova** (instrumento particular que exterioriza um ato ou fato jurídico) e **título** (documento revestido das exigências legais e que porta um negócio jurídico registrável).

A **prova dos negócios**, atos ou fatos jurídicos, faz-se não só por documento escrito mas também por meio de confissão, testemunha, presunção e perícia. Aí está, na regra do artigo 212 do CC, o elenco (não exaustivo) de meios de prova admitidos em direito, para uso em juízo ou fora dele. Para fazer essa prova, dispensa-se testemunhas em instrumentos particulares.

Por sua vez, os registros imobiliários registram **títulos que portam negócios jurídicos** relativos a imóveis inscritos em seu álbum. A lei exige que esses títulos sejam feitos em instrumentos, públicos ou particulares, nos quais constem todos os requisitos exigidos em lei. É no artigo 221 da Lei nº 6.015/73 - Lei dos Registros Públicos - que se encontra o rol (não exaustivo) dos títulos admitidos a registro. E nele se vê que, para ser admitido a registro, para ser considerado título inscriteável, o instrumento particular deve conter assinatura de duas testemunhas, com suas firmas reconhecidas.

Fica, portanto, o alerta para que não se confunda **meio de prova** com **título** inscritível no álbum imobiliário.

Agora vejamos a regra do artigo 108 do Código Civil:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Por qual motivo a lei exige escritura pública notarial para o pacto antenupcial? Pelos efeitos patrimoniais que se fazem sentir imediatamente após o casamento, com reflexo direto nos direitos reais sobre imóveis. O casamento, como se sabe, não precisa ser reconhecido por magistrado, o ato de vontade é totalmente celebrado perante agentes que nenhuma vinculação tem com o Poder Judiciário. As exceções que ainda mantêm algum vínculo entre o Registrador Civil e o Poder Judiciário são transitórias, eis que a norma constitucional e o regramento infraconstitucional estabelecem o paulatino desligamento destes agentes com relação aos vínculos estatutários. Portanto, a intervenção do magistrado no reconhecimento da existência de casamento é totalmente dispensável, como previsto no Código Civil:

Art. 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.

Por qual motivo a lei não exige escritura pública notarial para a união estável? Pela razão já apontada de que a união estável é fato jurídico, independe de ato formal. E da difícil ou quase impossível fixação da data de aniversário da união. Como saber exatamente a que momento a união entre homem e mulher passou a ter caráter estável para estabelecer a anterioridade do pacto em relação à convivência? Claro, sabemos que casais em união estável estabelecem uma data para comemorar sua união, mas é data mais simbólica do que efetiva.

A união estável, se não for pactuada por escritura pública, necessitará de reconhecimento judicial. Para que o Juiz reconheça o vínculo familiar e o regime de bens, poderá valer-se de qualquer meio de prova admitidos em Direito. Inclusive instrumentos particulares.

Mas se os conviventes quiserem que sua união e seu pacto de patrimônio não dependam de análise da prova por parte do magistrado, deverão celebrar ambas por escritura pública notarial. O pacto de patrimônio, se celebrado por escritura pública, até mesmo poderá ser levado ao Registro de Imóveis, como mais adiante defenderei. Porém desde já adianto que a registrabilidade do pacto de patrimônio está adstrita a ser não apenas uma prova (instrumento particular) mas em constituir-se verdadeiramente num título (escritura pública notarial).

Na ausência de norma escrita a exigir a escritura pública notarial para o pacto de patrimônio, não acho demais defender a tese usando analogia com o pacto antenupcial; e, de modo geral, entendendo que os efeitos deste pacto entre conviventes terão reflexos potenciais nos direitos reais sobre imóveis de um ou de outro. O pacto de comunhão universal, por exemplo, transferirá direitos reais sobre os imóveis que ambos tinham antes da convivência tornar-se estável. Se não for pactuado, o regime não será de comunhão universal porque a regra é que, na falta de pacto, aplicam-se as normas da comunhão parcial. E em sendo pactuado e querendo os conviventes que desde já seja publicizado seu acordo, inclusive para valer contra terceiros, precisarão registrá-lo em registro público. Tudo me leva a crer que tal registro será o que se pode fazer no Livro 3 do Registro de Imóveis. Existe a possibilidade de registro em Títulos e Documentos, possibilidade esta que incluiria até mesmo o pacto feito por instrumento particular, mas insisto na necessidade da escritura pública por analogia com o pacto antenupcial e pela transferência de direitos reais que provoca; e renovo a defesa de que a competência é do Registro de Imóveis por que, tão logo registrado o pacto, deverá ser averbado em todos os imóveis registrados em nome dos conviventes, e tudo o que aqui se fala encontra fácil analogia com o pacto antenupcial.

AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO REGISTRO DE IMÓVEIS

Há tempos, graças ao gênio criativo, à coragem prussiana e ao monumental conhecimento jurídico, o então **Desembargador Décio Antonio Erpen**, hoje advogado de grande sucesso, lançou no meio jurídico, especialmente na área registral imobiliária, as bases do que chamou de Princípio da Concentração, preconizando que o Registro de Imóveis tem natural força de atração de todos os atos e fatos que, não sendo contrários à lei e obedecendo a forma prescrita, quando houver, devem ser acolhidos no álbum imobiliário.

Decorrem destes ensinamentos do mestre Erpen a consciência, hoje arraigada nos registradores

gaúchos e de todos os rincões brasileiros, de que o Registro de Imóveis não pode fechar-se em “numerus clausus” e negar acesso à situações jurídicas que interessam à comunidade conhecer. É de justiça dizer que o primeiro registrador a reconhecer a profundidade e relevância deste princípio foi o eminente colega **Dr. João Pedro Lamana Paiva**, que não tardou em convencer-me e a tantos outros.

Esta é a grande virtude da aplicação do Princípio da Concentração: informar, publicizar, dar a conhecer a todos os interessados a existência de atos ou fatos que tenham repercussão no imóvel ou nas pessoas envolvidas no registro.

O Princípio da Concentração foi adotado pela Corregedoria-Geral da Justiça do RS desde a publicação da primeira Consolidação Normativa Notarial e Registral, quando foram admitidos como averbáveis várias situações jurídicas que a doutrina clássica negava acesso ao registro imobiliário, tais como o protesto contra alienação de bens, os decretos de desapropriação, o tombamento etc.

“En passant”, este princípio já está insculpido na legislação nacional, mais precisamente na Lei dos Registros Públicos, artigo 167, II, 5 “in fine”, cuja leitura se pode perfeitamente reduzir a:

“No Registro de Imóveis será feita a averbação de quaisquer circunstâncias que, de qualquer modo, tenham influência no registro ou nas pessoas nele interessadas”

Pois apesar de se encontrar a base legal na própria lei que regulamenta o registro imobiliário no Brasil, ainda se fala em “numerus clausus”, teoria que encontra maior ressonância no Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, fonte de tantos e tão bons conhecimentos mas que resiste, ferreamente, a abrir as matrículas paulistas para publicizar atos e fatos, mesmo que tenham, de qualquer modo, “... influência no registro ou nas pessoas nele interessadas”.

Insurgindo-me contra a teoria de “numerus clausus”, escrevi um artigo de pouco valor jurídico mas de intenso desabafo, perguntando o que se faria com as antigas Cartas de Remição, ou como se admitiriam inscrições aquisitivas de propriedade decorrentes de aluvião, avulsão, álveo abandonado, formação de ilhas? Desafiava mais: como registrar a transmissão da propriedade imóvel no pagamento de haveres dos sócios, quando da extinção ou alteração das sociedades? Ou as transmissões decorrentes de cisão, fusão ou incorporação de empresas? E que dizer da renúncia de propriedade, prevista no artigo 1.275, inciso II, do Código Civil, cujo registro está expressamente previsto no parágrafo único do mesmo artigo? Ou como efetuar o registro das cédulas de crédito comercial e de crédito à exportação ou da cédula do produto rural, criadas por leis posteriores à Lei dos Registros Públicos mas não incluídas expressamente no rol do art. 167?

Nenhum destes atos ou títulos encontra-se no rol do artigo 167 da Lei dos Registros Públicos.

A toda evidência, perdoem-me os que pensam em contrário, o elenco do artigo 167, I e II, da Lei dos Registros Públicos, não contém “numerus clausus”.

Assim também o rol dos títulos registráveis, contidos no artigo 221 da mesma lei, que inicia dizendo “somente são admitidos a registro ...” e esquece dos títulos emitidos pela Administração Pública, dentre os quais destacam-se as escrituras do Serviço de Patrimônio da União e as certidões das Juntas Comerciais.

A teoria de “numerus apertus” é a essência mesma do Princípio da Concentração: tudo o que interessa à coletividade conhecer a respeito dos imóveis e das pessoas envolvidas em seus registros, deve ser dado a conhecer mediante registro ou averbação, segundo a natureza e os efeitos de cada ato.

Para meu indizível contentamento, descobri que minha tese esposa o pensamento de um dos mais brilhantes magistrados brasileiros, outro gênio com justiça sempre festejado e reconhecido, o **Desembargador Ricardo Henry Marques Dip**, em seu artigo **¿São taxativos os atos registráveis?** no qual, a folhas tantas, assim conclui:

Nem sempre se adverte com clareza que o direito real é uma atualização que depende de uma potência, scl., de um título, e que esse título é de direito obrigacional. Ora,

- se o registro imobiliário atualiza o título para, frequentemente, constituir um direito real.

- se esse título, no sistema obrigacional vigente, é resultado possível de uma autonomia de vontades contratantes,

- se esse título, não menos, é alheio de exigências tipológicas e restritivas,

tem-se de admitir que, longe de afirmar-se a taxatividade dos atos suscetíveis de

registro imobiliário, deve antes e ao revés dizer-se que todos os atos aos quais, sem vícios, se possa atribuir potencialidade para constituir (ou modificar) direitos reais imobiliários são suscetíveis de registro predial.

Encorajado por esta lição, começo por concluir (com permissão do contrassenso) que o Registro de Imóveis é um instrumento de paz social, de segurança jurídica e que só conseguirá atingir estes objetivos atraindo para si o maior número possível de informações que tenham o poder de acautelar a todos quantos queiram negociar ou simplesmente saber da situação jurídica de determinado imóvel e das pessoas que constam em seus registros.

A união estável gera direitos patrimoniais, já se disse e apenas se repete para retomar o curso do pensamento que tende a divagar. Negar acesso à matrícula do imóvel, de uma escritura pública declaratória de união estável, é negar à comunidade em geral o conhecimento de que aquele(a) em cujo nome encontra-se registrado o imóvel não pode livremente dele dispor, sem anuência de seu companheiro(a).

Negar averbação da escritura declaratória de união estável é gerar insegurança jurídica, é submeter eventuais interessados ao dissabor de ver seu negócio jurídico anulado por ofensivo aos direitos patrimoniais de outrem, o companheiro, que bem tentou avisar ao público que havia uma relação de união estável e, por capricho do registrador imobiliário, não conseguiu acautelar a comunidade.

A segurança jurídica está no registro; a insegurança está na clandestinidade!

REGISTRO DO PACTO PATRIMONIAL NO LIVRO 3 DO REGISTRO DE IMÓVEIS

Adentro agora em espinhoso caminho, mas que aos meus pés já calejados parece coberto de rosas. Trata-se de analisar a possibilidade de que os conviventes, em regime de união estável, estabeleçam por escrito o destino dos bens, presentes e futuros, sua comunicação ou não com o patrimônio do outro convivente e que tal pacto seja registrado no Registro de Imóveis.

Em princípio, penso que a celebração de um Pacto Patrimonial (chamemos assim) entre conviventes está perfeitamente admitida em lei, quando no já citado artigo 1.725 do Código Civil, assim se dispôs:

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

A leitura deste artigo não carece de interpretação outra que não a gramatical, e verte-se no seguinte princípio: na união estável vigora, quanto aos bens, o regime da comunhão parcial, salvo se de outro modo vier a ser estipulado em contrato escrito.

Parece redundância, mas é para que fique patente que a instrumentalização de um acordo sobre a forma de repartir os bens entre os conviventes é perfeitamente aceita pelo legislador.

A vontade dos conviventes em relação aos seus bens presentes e futuros é de livre disposição, a exemplo do que ocorre entre aqueles que contraem matrimônio, como está no Código Civil:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

E não parece haver discussão em se dizer que que, face aos efeitos patrimoniais gerados por tal Pacto Patrimonial, este deve ser celebrado por escritura pública, também a exemplo do que ocorre no casamento, conforme dispõe o Código Civil:

Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Ao tratar desta questão, a **Dra. Daniella Gomes Pierotti**, Advogada do escritório Miguel Neto Advogados Associados, brindou-nos com o artigo intitulado "As implicações relativas à caracterização da união estável". Ao comentar as dificuldades inerentes ao relacionamento dos conviventes, igual ao que acontece entre os casados, discutia as questões patrimoniais e a soberania da vontade das partes, concluindo:

“Para a solução desta questão, a saída é a elaboração de um contrato escrito entre as partes, em que poderá ser estipulado o regime de comunhão de bens que regerá a união estável, como por exemplo, o de separação de bens, previsto nos artigos 1.687 e 1.688 do Código Civil de 2002, dentre outras disposições, como por exemplo a não comunicação de certos bens.

Tal documento tem o mesmo objetivo e finalidade do Pacto Antenupcial firmado entre os cônjuges casados sob o regime de separação de bens e tem o condão de resguardar os companheiros no que tange ao aspecto patrimonial.”

Ainda que de modo precário pela falta de análise jurídica aprofundada, a qual não me atrevo a fazer por absoluta e inarredável ignorância da Filosofia do Direito, encorajo-me a concluir que não há óbice à celebração de contrato escrito dispondo sobre os bens dos conviventes e, mais, que tal contrato deve ser instrumentalizado em escritura pública notarial para que possa gerar efeitos imediatos.

Superada esta questão - assim o espero - resta saber se este Pacto Patrimonial pode ser levado ao Registro de Imóveis?

Parece-me que a possibilidade de averbar as regras do pacto junto à matrícula do imóvel merece o mesmo tratamento relativo à possibilidade de averbar a declaração de união estável. Em ambos os casos, está presente o interesse público em conhecer tais regras, porque elas poderão ser invocadas para desfazer negócios imobiliários. O conhecimento, a publicização decorrente da averbação do Pacto Patrimonial na matrícula do imóvel, é inegavelmente fator de segurança jurídica, interessa à comunidade em geral e atende ao Princípio da Concentração.

No entanto, arrisco-me a ir mais longe, uma vez que o Pacto Patrimonial pode conter regras que variem de imóvel a imóvel, regras que se alternem no tempo e no espaço, regras enfim que são de interesse da comunidade conhecer para não ser induzida a erro ou ignorância ao contratar.

Destarte, à semelhança do que acontece com o Pacto Antenupcial, cujo registro foi previsto para o Livro 3 - Registro Auxiliar, pela idêntica importância jurídica de ambos, o Pacto Patrimonial decorrente de união estável pode e deve ser registrado no mesmo livro, por analogia e com base no disposto no artigo 178, V, da Lei dos Registros Públicos.

ESCRITURA DECLARATÓRIA DE EXTINÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL

“O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”, assim estabelece o artigo 472 do Código Civil.

Admitindo-se como válida e eficaz a escritura pública declaratória de união estável, igualmente válida e eficaz a escritura pública declaratória de extinção de união estável. Evidentemente em ambos os casos não fica afastada a via judicial, apenas oferta-se aos interessados outra via, mais rápida e igualmente eficaz.

A escritura declaratória de extinção de união estável não fica adstrita somente aos casos em que existam bens a serem partilhados, eis que seus reflexos vão muito além e atingem principalmente a esfera previdenciária.

Parece-me, “concessa venia” já adentrando na esfera notarial, que se a escritura declaratória de extinção de união estável não foi precedida de escritura de existência dessa união, aquela deverá iniciar por esta, ou seja, deixar evidente e comprovado com duas testemunhas, que houve efetivamente a união estável, antes de adentrar na declaração de sua extinção.

PARTILHA DE BENS NA EXTINÇÃO DA união estável

Quando ocorrer a extinção da união estável, dois procedimentos facultam-se aos ex-companheiros para ratificar o fato extintivo e para partilhar eventuais bens havidos em comum.

A via judicial é a mais comum e amplamente aceita. Faz-se, perante o Magistrado, a prova da existência da união estável, sua extinção é declarada e é pedida a homologação da partilha dos bens comuns. Se os unidos tiverem filhos menores ou incapazes, ou se a extinção for não-consensual, a via judicial será sempre obrigatória.

No entanto, àquelas pessoas que, tendo convivido em união estável, não tiverem filhos menores ou incapazes e não tiverem litígio algum sobre a dissolução da união e sobre partilha dos bens comuns, abre-se uma segunda via para formalizar tais atos de maneira válida e eficaz: a escritura pública notarial.

Detenho-me mais nesta segunda hipótese, vez que a primeira não apresenta ensejo a maiores debates nem discussões.

Caso os conviventes já tenham adremente celebrado escritura pública declaratória de união estável, de posse do traslado ou de certidão desta, poderão procurar o mesmo ou outro Notário, e perante ele firmarem sua vontade de não mais conviver ou, o mais comum, declarar que já não mais convivem há determinado tempo.

No entanto, se não existe instrumento formal de reconhecimento da união estável, a escritura pública em que for declarada sua extinção precisa começar pelo reconhecimento do fato, ou seja, deverá declarar por quanto tempo os agora ex-conviventes mantiveram união estável, indicando sempre datas ou tempos o mais precisos possível; deverão declarar, também, que não tinham qualquer impedimento legal para manter tal união; e a tudo deverão servir de testemunhas duas pessoas maiores e capazes, que se identificarão perante o Notário.

Em sequência, deverão declarar que não têm filhos menores ou incapazes (ou que a união não gerou filhos).

Ato contínuo, declararão se tinham ou não Pacto Patrimonial. Se tinham, deverão apresentá-lo ao Notário, que examinará se a vontade nele expressa estará sendo mantida quando da dissolução, mormente se tal Pacto Patrimonial já tiver sido utilizado ou por qualquer forma publicizado, mais ainda se tal publicização deu-se por averbação em matrículas de imóveis ou, até mesmo, no propugnado registro no Livro 3 - Registro Auxiliar, do Registro de Imóveis.

Deverão os declarantes apresentar rol de bens, iniciando pelos particulares, circunstância esta que será consignada na escritura pública, para os efeitos legais e, muito especialmente, para as averbações a serem feitas no álbum imobiliário.

Depois, partirão para a indicação dos bens comuns e a forma pela qual pretendem partilhá-los. Relembro que, neste momento, há que ver se existe Pacto Patrimonial, eis que suas regras deverão ser obedecidas na partilha.

Havendo, dentre os bens comuns, excesso de meação ou transmissões de um para outro, o imposto de transmissão deverá ser recolhido previamente. Caso a partilha contemple equilíbrio entre os quinhões de meação, ainda assim a autoridade fazendária deverá ser chamada a se pronunciar, uma vez que não é dado a Notários e registradores reconhecerem exonerações tributárias.

Por último mas não menos importante, quer me parecer que é obrigatória a presença de advogado nesta partilha, o qual poderá assistir a ambos, por analogia do que a lei preceitua para a partilha de bens na separação ou divórcio.

CONCLUSÕES

1. A união estável pode ser pactuada em instrumento particular ou público (escritura pública notarial).
2. O instrumento particular servirá de prova para o reconhecimento judicial da união.
3. A escritura pública notarial servirá desde logo como título apto a ser averbado no Registro de Imóveis
4. O pacto de patrimônio a que se refere o artigo 1.725 do Código Civil pode ser formalizado em instrumento particular ou em escritura pública notarial.
5. Os efeitos do pacto de patrimônio são os mesmos do pacto de união estável, ou seja, se formalizado em instrumento particular servirá de prova em juízo e se for em escritura pública

notarial poderá desde logo ser objeto de registro no Livro 3 e de averbação nas matrículas correspondentes.

6. A dissolução da união estável pode ser feita por escritura pública notarial, do mesmo modo que a partilha dos bens comuns aos conviventes, se estiverem presentes os mesmos pressupostos para separação ou divórcio e partilha de bens em casamento, sem exclusão, em qualquer caso, da via judicial.

HOMOAFETIVIDADE – O IMPÉRIO DA LEI

As relações homoafetivas duradouras ainda não foram contempladas por legislação que as regule.

A jurisprudência, se nos ativermos a dados meramente estatísticos, é esmagadoramente contra qualquer admissibilidade de que a homoafetividade possa gerar família.

Que resta a nós, registradores de imóveis, frente às mais de duzentas decisões do Superior Tribunal de Justiça que negam vínculo familiar às uniões entre indivíduos do mesmo sexo? Que podemos fazer com apenas uma ou outra posição vanguardista, como as adotadas pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (excertos das ementas encontram-se anexos)?

Podemos principiar por entender que as relações jurídicas que são afeitas ao nosso metier registral são basicamente de cunho patrimonial (Direito das Coisas), oriundas principalmente de relações contratuais (Direito das Obrigações). Para que possamos avançar no tema, precisamos lembrar que o Registro de Imóveis registra atos e fatos que do Direito de Família tem efeitos só reflexamente relevantes.

Se não existem laços de família na união homoafetiva, possivelmente também não sejam reconhecidos direitos previdenciários, alimentos etc. No entanto, mais uma vez são áreas que não estão afeitas diretamente ao Direito Imobiliário.

Neste momento em que nossos tribunais quase que unanimemente vêm rejeitando laços familiares àqueles que mantem relações homoafetivas duradouras, seria extremamente temerário que o Notário ou o Registrador de Imóveis quisesse reconhecer, exponte própria, o que a lei e a jurisprudência negam existir.

O tema certamente continuará a ser objeto de debates, mas devemos nos ater ao possível do ponto de vista do Princípio da Legalidade.

SOCIEDADE DE FATO

Várias decisões vem reconhecendo que o esforço comum de pessoas em relação homoafetiva gera uma sociedade de fato, estabelecendo direito não à meação de patrimônio (expressão cunhada na esfera do Direito de Família) mas a uma cota parte, uma metade ideal do que foi adquirido na constância da união homoafetiva.

Temos, portanto, um primeiro elemento concreto com o qual trabalhar: os reflexos patrimoniais da união homoafetiva são reconhecidos pelos tribunais.

Durante a existência deste relacionamento, se direitos patrimoniais são reconhecidos a ambos, importa ao mundo do Direito Imobiliário - e aos seus derivados, Direito Registral Imobiliário e Direito Notarial - saber como se operam estes direitos e como devem agir para prevenir litígios. A função precípua de Notários e Registradores é a de gerar segurança jurídica: os primeiros mediante a elaboração de contratos isentos o mais possível de defeitos; os segundos pela publicização de atos ou fatos que tenham relevância suficiente para que, sabendo de sua existência, a comunidade se acautele ao encetar negócios jurídicos.

E em caso de desfazimento da união homoafetiva, se contratos válidos tiverem sido gerados e publicizados, mais uma vez podemos antever três beneficiários e nenhum prejudicado. Serão beneficiados os que mantiveram a união, por saberem quais as regras a serem aplicadas entre si na partilha dos bens; e o Judiciário, porque além de conhecer as regras pré-estabelecidas, não precisará ser chamado, sempre e a cada vez, a dizer do direito e dos beneficiários. Até mesmo a partilha por morte de um dos conviventes será enormemente facilitada se as regras patrimoniais estiverem corretamente instrumentalizadas.

De todo o exposto concluo pela legitimidade de o Notário celebrar escritura de união homoafetiva, ou de convivência como preferem alguns, embora a conotação jurídica entre união e convivência sejam diferentes. Seja como for, a celebração destes contratos adquirem muitas vezes foros de solenidade, são festejados e ocorre até trocas de alianças, segundo me foi narrado por colegas Notários.

É evidente que tal escritura ficará sujeita ao crivo judicial quando pretender fazer efeitos. O Juiz poderá levar seus termos em consideração, total ou parcialmente, em nome da liberdade de contratar, do respeito à individualidade, da não-discriminação de sexo e de suas opções entre maiores e capazes. Mas o magistrado também poderá rejeitá-la "in totum", alegando que nenhum efeito pode ser reconhecido à família homossexual exatamente porque nosso Direito não reconhece tal entidade familiar. Ou limitar-se a

reconhecer sociedade de fato, sem no entanto levar em consideração os termos do que foi pactuado.

Havendo a possibilidade de ser acolhida ou de ser rejeitada, ainda assim é de ser lavrada a escritura pública declaratória de união homoafetiva, desde que os contraentes sejam devidamente esclarecidos pelo Notário de que os efeitos do pacto ficarão sujeitos ao crivo judicial futuro. Mais, acho que o próprio Notário deveria fazer constar nestas escrituras uma ressalva expressa de que, pela ausência de lei que regule a matéria, os que ali se pactuou poderá ser revisto em sede judicial.

Por outro lado, lembrando mais uma vez os tempos idos, recorro que antes da Lei nº 6.515/77 - conhecida como a Lei do Divórcio - muitos casais heterossexuais queriam, no impedimento legal de casarem, fazer o que se chamava Contrato de Casamento. Lembro que ordens eram emanadas da CGJ/RS proibindo que tais contratos fossem feitos por escritura pública e que nem mesmo fossem reconhecidas as firmas se celebrados por instrumento particular.

Espero que nossos tribunais não se inclinem na direção absolutamente reacionária que norteava aquelas decisões na esfera jurisdicional e nas normas da esfera administrativa, proibindo a lavratura destes instrumentos.

O mundo está mudando, nada de novo nisso. O Brasil entrou, há aproximadamente duas décadas, num profundo processo revisionista. Nenhuma instituição ficou a salvo de questionamentos. Os poderes públicos sofreram mudanças, as entidades civis, os institutos de Direito, seria preciso um outro foro para discutir estas questões.

O que importa dizer é que o processo revisionista não terminou, está longe de terminar. Portanto, simplesmente proibir que os Notários lavrem escrituras de convivência entre homossexuais seria retrocesso inaceitável. Ainda mais se pensarmos que, tudo indica, dentro de algum tempo estas relações serão finalmente regulamentadas por lei, tenho poucas dúvidas a respeito.

AS SOCIEDADES DE FATO E O REGISTRO IMOBILIÁRIO

As outras questões que se apresentam podem ser singelamente elaboradas nesses termos: (1) Pode ser registrada a escritura pública declaratória de união homoafetiva? (2) Em sendo afirmativa a resposta, qual o serviço registral competente?

A primeira ideia que me ocorre é que o Registro de Títulos e Documentos pode prestar-se a publicizar tais pactos. Socorre-me a tese a competência residual do RTD estabelecida na Lei dos Registros Públicos:

Artigo 127 - No registro de Títulos e Documentos será feita a transcrição:
...

VII - facultativo, de quaisquer documentos, para sua conservação.

O registro em RTD até mesmo poderia ser renovado, a critério dos conviventes, em cada cidade em que fixassem domicílio. A escritura pública, ainda que lavrada em uma cidade distante, poderia encontrar publicidade pelo registro em Títulos e Documentos da cidade em que ambos venham a morar. Mas sabe-se que esta publicidade não tem efeitos constitutivos contra terceiros, razão pela qual passo a perquirição aos demais registros públicos.

Nos livros e atos afeitos ao Registro Civil das Pessoas Naturais não há qualquer possibilidade de serem feitos lançamentos diferentes daqueles enumerados na Lei dos Registros Públicos.

No Registro de Imóveis, se invocarmos o Princípio da Concentração, poderíamos defender que tais contratos pudessem ser averbados junto às matrículas dos imóveis dos conviventes e, indo mais longe mas na mesma esteira, preconizar que pudesse ser registrado no Livro 3 eventual pacto de patrimônio feito por casal em união homoafetiva.

Por largo tempo relutei na análise entre os prós e os contras a estes lançamentos nos livros do Registro de Imóveis. E, por ora, concluo serem inviáveis por inócuos.

Uma das principais obrigações do Registro de Imóveis é assegurar paz social e segurança jurídica. Seus lançamentos precisam fazer efeitos contra terceiros e, permitindo-me uma visão "de fora para dentro", o registrador precisa fazer valer os atos lançados no álbum imobiliário. O efeito "erga omnes" inclui não apenas terceiros não envolvidos nos atos registrados, mas abrange também a própria instituição do Registro de Imóveis.

O registrador de imóveis não é apenas guardião dos seus registros; ele deve ser também o soldado que defenda seus registros de agressões externas. O exemplo de mais fácil compreensão é a defesa do Princípio da Continuidade, em nome da qual são rejeitados até mesmo mandados judiciais.

Para que possa ser o paladino de seus registros, o registrador imobiliário não pode acolher títulos ou documentos que não gerem efeitos.

Quais seriam os efeitos de um pacto de convivência em união homoafetiva.

Se for mantido o *status quo* atual, repito que tais pactos dependerão de reconhecimento por autoridade judicial e que, portanto, não valem de per si. E mais, é preciso recordar que o STJ tem constantemente rejeitado qualquer efeito a estes pactos no que diz respeito à constituição de família.

Se é o que temos - a união homoafetiva não constitui família - então não podemos invocar a força da instituição familiar como sendo aquela que transfere bens e direitos.

Explico-me: o casamento regido pela comunhão universal de bens traz consigo, por força do Direito de Família, a transferência da meação do patrimônio de cada um, em benefício do outro.

A união estável na qual se pactue o regime da comunhão universal de bens também tem o mesmo efeito e a força transmissiva/aquisitiva de bens e direitos decorre novamente do Direito de Família.

Em ambos os casos, há uma verdadeira transmissão/aquisição de bens e direitos que se encontra totalmente fora do Direito das Obrigações (transmissões decorrentes de contrato), fora do Direito das Coisas (aquisição pela usucapião), fora do Direito Administrativo (desapropriação). A força legal e institucional que opera a transmissão/aquisição é a relação familiar, é o Direito de Família portanto. Nada disso invalida o fato de que é preciso pacto escrito, apenas revela a fonte do direito.

Pois bem, nosso Direito não reconhece a união homoafetiva como capaz de gerar família, embora alguns julgados que, constituindo-se em raríssimas exceções, apenas confirmam a regra exaustivamente reiterada. Se nossos legisladores e tribunais não colocam tais relações ao abrigo do Direito de Família, pergunto: qual a força transmissiva/aquisitiva que poderia se originar do pacto declaratório de união homoafetiva? Nenhum, ao meu parecer.

Quanto aos bens, embora seja possível - e constantemente o é - registrar contratos sob condição resolutiva, aqui não é o caso. O contrato de que falamos precisaria operar efeitos com base no Direito de Família - meação - mas não o faz. E não gera efeitos como simples contrato, por falta de especialidade, por falta de forma e por inadequado à manifestação de vontade de transmissão. Portanto, nem se pode dizer que estamos frente a um contrato sujeito à uma condição resolutiva.

A função precípua do pacto será, dessarte, a de estabelecer regras que possibilitem o reconhecimento judicial da existência de sociedade de fato.

Aqui temos um ponto muito importante no trato da questão: a sociedade de fato precisará ser reconhecida pelo Juiz, sendo irrelevante se este vai reconhecer ou não laços familiares. As sociedades de fato carecem de provas e de decisão judicial que reconheça o esforço conjunto para aquisição de bens e direitos.

Vejamos o que disse o STJ no REsp 648763 /RS:

“Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado.”

Mas será que o Juiz, ao reconhecer esforço comum para aquisição de bens na constância da união homoafetiva, estenderá dita comunhão sobre os bens anteriores ao relacionamento, caso tenha sido pactuada comunhão universal de bens? No conflito que poderá estabelecer-se entre herdeiros de um dos conviventes e o seu ex-parceiro, qual será o Direito respeitado? O convencionado no pacto ou o direito sucessório?

No REsp 773136 / RJ, o STJ proferiu decisão de cuja ementa extraio:

“Direito Civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação de esforço comum. - Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1º da Lei n/ 9.278/96. - A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei,

máxime quando os pedidos formulados limitavam-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável.”

Como se vê, falta regramento legal para determinar os efeitos de tais pactos. Falta relação de família para a transmissão de bens e direitos por força de comunhão.

Por isso, concluo que qualquer registro imobiliário que se venha a fazer será temerário e pretenderá publicizar pretensão de direito não reconhecida por nosso Direito Positivo?

E mesmo que o registrador de imóveis opte pela feitura de tal registro, como poderá querer impor seus efeitos contra terceiros e assumir o papel de seu defensor?

CONCLUSÕES

Em apertada síntese protesto:

1. Não faço balão de ensaio com colegas; jamais aconselhei um colega a usar remédios jurídicos que não sejam os que eu também use.

2. Como se pode muito bem concluir, não tenho qualquer pretensão doutrinária ou de criação de tese, o que me move é a busca de soluções pragmáticas e aplicáveis dentro do Princípio de Legalidade que é basilar ao sistema registral brasileiro.

Assim, concluo:

1. As relações homoafetivas estáveis merecem e precisam ser reguladas por lei; o legislador não pode fugir ao seu dever institucional, não importa quão tortuoso seja o tema.

2. Os Notários, na falta de regramentos legal ou administrativo que os impeçam, podem e devem lavrar escrituras contendo pactos declaratórios de união homoafetiva e que também estabeleçam os efeitos patrimoniais dela decorrentes, desde que com as ressalvas já apontadas neste trabalho.

3. Tais pactos podem ser registrados em Títulos e Documentos, pela competência residual que lhes atribui a Lei dos Registros Públicos.

4. Por outro lado, o Registro de Imóveis deve abster-se de registrá-los, pela incerteza de efeitos e pela insegurança jurídica que o registro temerário certamente vai gerar.

5. A sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo precisará ser reconhecida judicialmente, embora nada os impeça de previamente elaborarem instrumentos que, na eventualidade de conflito, conduzam à solução nos exatos moldes de suas vontades.

6. Aos conviventes em união estável que não queiram correr o risco de terem negado reconhecimento da sociedade de fato, enquanto não encontrarem respaldo no Direito de Família, restam os mecanismos contratuais pelos quais se pode estabelecer condomínio sobre bens e direitos. Dos bens anteriores à união estável podem ser feitos contratos de transmissão de metade ideal, por doação, permuta ou qualquer tipo negocial que melhor se adapte às particularidades de seu relacionamento, titulando tais contratos de tal modo que possam ser acolhidos pelo Registro de Imóveis. Os bens comprados na constância da união poderão sê-lo em nome dos dois. Aos bens adquiridos na constância da união e que por força da natureza jurídica da aquisição seja formalizada em nome de apenas um deles, novamente sobrarão o acordo de transmissão por doação etc., para constituição de condomínio civil.

MARIO PAZUTTI MEZZARI

Junho de 2010

OFÍCIO-CIRCULAR Nº 309/09-CGJ/RS

EXPEDIENTE Nº 10-08/004353-1

PORTO ALEGRE, 15 DE ABRIL DE 2009.

SENHOR TABELIÃO/REGISTRADOR:

CONSIDERANDO OS TERMOS DA LEI Nº 11.441/07 E A AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL ESPECÍFICA PARA A ESCRITURAÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA; RESSALVANDO, ADEMAIS, A OPORTUNIDADE DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA NOS CASOS CONCRETOS QUE RESULTEM EM AVERBAÇÃO E/OU REGISTRO NOS OFÍCIOS REGISTRAIS, ESCLAREÇO A VOSSA SENHORIA QUE INEXISTE ÓBICE À REALIZAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL COM PARTILHA DE BENS, OBSERVADOS OS REQUISITOS PREVISTOS NA LEI Nº 11.441/07, NO QUE COUBER.

ATENCIOSAMENTE,

DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS

CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA

"Relação homoerótica – união estável – Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade – Analogia – Princípios gerais do direito – Visão abrangente das entidades familiares – Regras de inclusão (...) – Inteligência dos arts. 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002 – Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas."

(Apelação Cível 70005488812, Rel. Des. JOSÉ CARLOS TEIXEIRA GIORGIS, TJ/RS - 7ª Câmara Cível)

"(...) 6. A exclusão dos benefícios previdenciários, em razão da orientação sexual, além de discriminatória, retira da proteção estatal pessoas que, por imperativo constitucional, deveriam encontrar-se por ela abrangidas. 7. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém, em função de sua orientação sexual, seria dispensar tratamento indigno ao ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo, legitimamente constitutiva de sua identidade pessoal (na qual, sem sombra de dúvida, se inclui a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana. 8. As noções de casamento e amor vêm mudando ao longo da história ocidental, assumindo contornos e formas de manifestação e institucionalização plurívocos e multifacetados, que num movimento de transformação permanente colocam homens e mulheres em face de distintas possibilidades de materialização das trocas afetivas e sexuais. 9. A aceitação das uniões homossexuais é um fenômeno mundial – em alguns países de forma mais implícita – com o alargamento da compreensão do conceito de família dentro das regras já existentes; em outros de maneira explícita, com a modificação do ordenamento jurídico feita de modo a abarcar legalmente a união afetiva entre pessoas do mesmo sexo. 10. O Poder Judiciário não pode se fechar às transformações sociais, que, pela sua própria dinâmica, muitas vezes se antecipam às modificações legislativas. 11. Uma vez reconhecida, numa interpretação dos princípios norteadores da constituição pátria, a união entre homossexuais como possível de ser abarcada dentro do conceito de entidade familiar e afastados quaisquer impedimentos de natureza atuarial, deve a relação da Previdência para com os casais de mesmo sexo dar-se nos mesmos moldes das uniões estáveis entre heterossexuais, devendo ser exigido dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos para fins de comprovação do vínculo afetivo e dependência econômica presumida entre os casais (...), quando do processamento dos pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão." (Revista do TRF/4ª Região, vol. 57/309-348, 310, Rel. Des. Federal João Batista Pinto Silveira).