

Partilha contenciosa

Juliana Gontijo

Advogada militante, especialista em Direito Civil pela UFMG - Professora dos Cursos A. Carvalho e Praetorium voltados para cursos jurídicos e atualização

Sumário

1. Introdução. 2. Aspectos processuais. 3. Algumas questões que envolvem a partilha. 3.1. Imóvel financiado. 3.2. Compra de imóvel anterior e registro posterior ao casamento. 3.3. Da prestação de contas entre cônjuges. 3.4. Da possibilidade de rendimento/aluguel relativamente aos bens comuns enquanto não efetivada a partilha. 4. Perspectivas legislativas: o Projeto de Código Civil. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Foi com muita honra que recebi a distinção do convite para participar do II Congresso de Direito de Família e, diante do elevadíssimo nível dos palestrantes, não creio ter sido prudente aceitar a responsabilidade que parece estar acima de minhas possibilidades,

O tema que nos foi conferido é o da *disregard no Direito de Família e a partilha contenciosa*.

O Professor *Rolf Madaleno* e eu dividimos os trabalhos, cabendo a ele abordar a *Disregard no Direito de Família*, enquanto a minha exposição foi relativa à *partilha contenciosa* em si.

Por ser o tema extremamente extenso, sem qualquer pretensão magisterial, mas me reconhecendo como esforçada aprendiz do Direito de Família, dividi a abordagem do tema da seguinte forma:

a) um exame genérico do processo de partilha em si, na separação e no divórcio direto, aplicáveis supletivamente à união estável;

b) exame de algumas questões que mais têm atormentado a prática forense no curso dos inventários decorrentes de dissolução de sociedade conjugal (aplicáveis às uniões estáveis e sociedades de fato), como:

- os bens adquiridos através de financiamento antes do casamento pelo regime da comunhão parcial, quando então parte do preço se dá na constância da convivência;
- contrato de compra e venda de imóvel feito antes do casamento e a transcrição no registro imobiliário na vigência do matrimônio;
- prestação de contas entre cônjuges;

- possibilidade de cobrança de rendimento, a título de aluguel do cônjuge desaposado dos bens comuns contra aquele que está na posse e administração.
- c) por fim, uma rápida análise das perspectivas legislativas que envolvem ou têm efeito na partilha, como as inovações previstas para o regime de bens no Projeto do Novo Código Civil.

2. ASPECTOS PROCESSUAIS

1. O casamento importa, além das relações pessoais, também as relações patrimoniais entre os cônjuges, estas disciplinadas pelo regime de bens. Carlos *Iruzubieta* diz que a razão da criação do sistema de organização patrimonial do matrimônio está no fato de se tratar de uma sociedade, ou seja, uma comunidade de pessoas que, criada, precisa fazer frente à sua própria subsistência, cotidianamente dando lugar à criação, modificação e extinção permanente de direitos e obrigações, tanto entre o casal como em relação a terceiros. Como esta sociedade conjugal que dá existência a uma família necessita realizar gastos e aquisições, também precisa produzir bens e economias, fruto do trabalho pessoal de seus sócios afetivos.¹

2. Se o regime de bens de opção dos cônjuges for o da comunhão parcial ou universal, durante o casamento poderá se formar uma massa de bens comuns. Estes bens que integram o patrimônio comum pertencerão em sociedade especial a ambos os cônjuges, em cota-parte ideal, sem que se possa identificar, na constância do casamento, exatamente quais os bens que pertencem individualmente a cada um dos cônjuges. O que caracteriza o regime é a comunhão na propriedade indivisa. Os cônjuges, nesse regime, têm os bens, não por metades ideais, mas formando eles próprios uma unidade. Os bens pertencem à comunhão dos cônjuges, "à sociedade conjugal e não propriamente a eles" (Pontes de Miranda, *Tratado de direito de família* II/251). Trata-se de uma mancomunhão, de um patrimônio de mão fechada, instituto de origem germânica, e não de um condomínio pro indiviso e por partes ideais, de tradição romana."²

Zeno Veloso diz que:

"Estabelece-se entre os cônjuges um condomínio, valendo alertar que se trata de um condomínio especial, peculiar, decorrente do regime matrimonial de bens, e diverso, em sua origem, conteúdo e efeitos, do condomínio que resulta do Direito das Coisas. Embora condôminos, nenhum cônjuge pode dispor de sua fração ideal, nem requerer a divisão dos bens que integram o patrimônio comum, não se aplicando os arts. 623, III, e 629, *caput*, do Código Civil."³

3. Uma vez decretada a separação judicial ou o divórcio direto, cessará o regime de bens (art. 3.º, LD) e, conseqüentemente, deverá ser feita a partilha destes bens comuns entre os cônjuges (art. 7.º, LD), de forma a identificar

o quinhão de cada um. Não se menciona aqui o divórcio por conversão, uma vez que a partilha na separação é condição *sine qua non* para aquele (art. 31 da LD). Em princípio, as mesmas regras para a partilha contenciosa dos bens comuns decorrente de dissolução de casamento aplicar-se-ão à partilha decorrente de dissolução de união estável.

A partilha pode ser feita por proposta dos cônjuges, homologada pelo Juiz ou por este decidida (art. 7º, § 2º, da LD).

4. Podemos dizer que tanto o processo de separação quanto o de divórcio se dividem em duas fases: na primeira delas, se discute tão-somente se estão preenchidos os requisitos e condições para decretação da dissolução da sociedade conjugal e do casamento. Só depois de resolvida esta primeira parte terá início o procedimento de partilha.

Mesmo que tenha havido discussão sobre determinado bem ser comum ou não, a sentença que decreta a separação não pode resolver a partilha, segundo interpretação do próprio STJ⁴ e outros tribunais da Federação⁵ em atendimento ao artigo 1.121, parágrafo único, do Código de Processo Civil: "Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta, depois de homologada a separação consensual, na forma estabelecida neste Livro, Título I, Capítulo IV."

Da mesma forma, no divórcio direto, quando não há convenção sobre a partilha, esta é relegada para depois, nos termos da Súmula 197: "O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens."

O mesmo raciocínio se aplicará às uniões estáveis, de maneira que numa primeira fase se apurará se existiu ou não a união estável, estabelecendo termo inicial e final, para depois se iniciar a partilha dos aqüestos, com instauração de liquidação por artigos, se necessário, para definir quais são os bens comuns.

No entanto, não se justifica que, havendo possibilidade de definir a partilha desde logo, ou pelo menos delimitar quais os bens que deverão ser partilhados, se deixe de decidir a matéria para remetê-la para juízo sucessivo. Muitas vezes, como o processo de separação e o divórcio direto têm procedimento ordinário, as partes debateram e fizeram pravas de que tal ou qual bem não é do casal, e o Magistrado tem condições de determinar que seja ou não também partilhado, com o que seria negar a prestação jurisdicional deixar de decidir a questão para relegá-la para o inventário.

5. Desde que não houve partilha amigável sujeita a simples homologação, a jurisprudência remarca o caráter contencioso do inventário e da partilha judicial: a partilha é, por sua natureza, um processo contencioso, em que se discutem direitos privados para o fim de se lhe definir o objeto e os limites, na lição de Pontes *de Miranda*.⁶

Assim, a partilha contenciosa será resolvida em juízo sucessivo nos mesmos autos em que se decidiu a separação judicial ou o divórcio direto, já que tem caráter acessório com relação à dissolução da sociedade conjugal - sempre que houver bem a partilhar.

6. O procedimento será o de inventário, com o que, se as partes divergirem em torno da natureza, qualidade e quantidade dos bens, tornar-se-á necessária, antes do inventário, a liquidação por artigos, de acordo com as leis do processo.^{7,8} Deve o processo de execução da separação judicial limitar-se ao inventário e à partilha de bens que não envolverem questão de alta indagação.⁹

7. O inventário não pode ser aberto *ex officio*, exigindo iniciativa da parte interessada, que poderá ser até o vencido na separação ou divórcio. O inventariante será o ex-cônjuge que estiver na administração dos bens, pouco importando se é o culpado pela separação. Poderá ser nomeada terceira pessoa, quando houver acirrado litígio entre os cônjuges, com razões para desconfiança recíproca.

Só depois de separados os quinhões de cada um dos separandos é que se poderá cogitar da venda de bens que não sejam comodamente divisíveis, se não houver acordo dos cônjuges,

Até que se proceda à partilha, os ex-cônjuges permanecem como meeiros do patrimônio comum; se um deles vem a Falecer, é lícito ao outro reclamar a separação de sua meação no inventário dos bens do *de cujus*.¹⁰

8. Interessante questão processual surgiu recentemente para nós: estando um processo de divórcio na fase de partilha, já transitada em julgado a primeira fase em que se decidiu em definitivo pela dissolução do vínculo matrimonial, com o que no feito só estão sendo discutidas questões patrimoniais, falecendo um dos ex-cônjuges e deixando herdeiro necessário, poderá haver substituição processual? Acreditamos que sim. O direito à separação e ao divórcio em si, enquanto estado civil, envolvendo direitos pessoais, é que está circunscrito à legitimação dos cônjuges, como direito personalíssimo. No entanto, quando se discute partilha e portanto matéria estritamente patrimonial, que versa sobre direito disponível, a ponto de prevalecer entendimento de que nem sequer deve haver intervenção do Ministério Público nesta fase, não haveria justificativa para não se admitir a substituição processual. Do contrário, no inventário *causa mortis do ex-cônjuge* teria de se instaurar a mesma discussão que já estava pendente para identificar o quinhão individualizado que pertence a cada um dos ex-cônjuges.

3. ALGUMAS QUESTÕES QUE ENVOLVEM A PARTILHA

Algumas questões polêmicas surgem no processo de partilha, dificultando a sua conclusão. Aqui se fez opção por deixar de abordar os temas já analisados na brilhante exposição do Professor *Euclides de Oliveira* - até porque nada teríamos a acrescentar à sua explanação -, tais como bens reservados,

doação em favor de terceiros, termo final do regime de bens (sentença de separação ou decisão cautelar), bem como os efeitos reconhecidos à separação de fato (incomunicabilidade dos bens adquiridos no seu curso), regime de separação legal de bens e a Súmula 377 do STF, dentre outros.

Assim, escolhemos as seguintes questões, que podem surgir num processo de partilha contencioso.

3.1 Imóvel financiado

Na medida em que o regime da comunhão parcial tornou-se o legal ou supletivo, surgiu forte a dúvida sobre como partilhar imóvel adquirido antes do casamento quando se fez pagamento de parte substancial do preço, e na constância do casamento foram quitadas prestações do financiamento.

Observe-se que a propriedade é adquirida antes do casamento (art. 269, I, CC), tem por título uma causa anterior ao casamento (art. 272, CC) e o pagamento das prestações consiste em liquidação de obrigação (dívida) anterior ao casamento (art. 270, I, CC), com o que seria defensável a incomunicabilidade de todo o imóvel.

Mas este não foi o espírito do legislador e não tem sido o entendimento jurisprudencial. A tendência dos Tribunais tem sido a de determinar a partilha da parte do imóvel que foi adquirida (quitada) na constância do casamento. Eis alguns exemplos desta tendência:

"II - Dando-se o casamento sob o regime da comunhão parcial de bens, sem que tenha havido pacto antenupcial, incluem-se no patrimônio comum os bens adquiridos posteriormente (art. 266, do Código Civil). III - Embora adquirido, pelo homem, antes do casamento, imóvel com hipoteca, consideram-se patrimônio comum as prestações quitadas na constância do vínculo conjugal, pois que se presume o concurso da mulher na formação do mesmo, não se tratando, portanto, de bem reservado. IV - Para que se configure a colaboração da mulher na formação do patrimônio amealhado durante a vida em comum, é irrelevante que ela tenha exercido atividade laboral regular remunerada, pois os serviços prestados no lar, no labor doméstico e como mãe, são de valor inestimável. Por não poderem ser auferidos monetariamente, não podem ser desvalorados, sob pena de enriquecimento ilícito do homem. V - Recurso improvido" (TJDF, AC 46.501/97, Rel. Des^a Nancy Andrighi, 16/02/1998).¹¹

"Não feriu literal disposição de lei (art. 269 do CC), e, portanto, não se mostra rescindível, ao império do inciso V do art. 485 do CPC, a sentença que, em processo de separação judicial, decretou a partilha de bem imóvel que fora objeto de contrato de promessa de compra e venda, através de mútuo habitacional firmado anteriormente ao casamento celebrado sob o regime de comunhão parcial. configurada ficou, excepcionalmente, a comunicabilidade da dívida assumida pelo cônjuge-varão, em preparação do casamento e em proveito

do casal (art. 263, VII, c/c o art. 269, N, do CC)" (TJMG, Ação Rescisória 80.809-7, Rel. Des. *Aluizio Quintão*, 17.06.1998).¹²

"Registro de imóveis. Hipoteca. Imóvel adquirido a prestações, mediante compromisso de compra e venda anterior ao casamento. Comunhão em relação às prestações vencidas após o casamento. Necessidade de inventariar a parte do cônjuge falecido. Inexistência de prova de que o imóvel teria sido adquirido com recurso exclusivo do recorrente. Registro denegado. Dúvida procedente. Recurso não provido. (...) A jurisprudência, tanto do STF como do TJSP, se inclina pela comunicação dos aqüestos usando como diferenciador o esforço comum (que se presume na sociedade conjugal) na aquisição do bem; não tendo o requerente feito qualquer prova de ter pago as prestações vencidas após o casamento com recursos próprios, presume-se que o foram com recurso da comunhão e portanto essa parte do imóvel, aquela paga após o início da sociedade conjugal, se comunicou. Têm razão o Oficial, Curadores e Juiz Corregedor Permanente" (TJSP, Ap. 11.544-0, Rel. Des. *Onei Raphael*, 10/09/1990).¹³

A dificuldade prática surge na liquidação desta parte adquirida na constância do casamento: será apurada pelo valor da soma das prestações pagas ou pelo percentual de quitação no saldo devedor a que correspondeu? Isso porque, pela maior parte dos sistemas financeiros habitacionais, grande parte das prestações equivalem a juros e só ao final, efetivamente, se começa a abater o saldo devedor. Com isso, a soma aritmética das prestações pagas não corresponde necessariamente ao valor final e venal do imóvel que foi pago. Considero prudente aplicar-se a regra da proporcionalidade sobre o realmente quitado na constância do casamento, em vez da soma aritmética das prestações, que poderia levar a números desproporcionais à realidade.

Aliás, questão semelhante tem surgido em relação às sociedades por cotas de responsabilidade limitada. Imagine-se que o marido antes de casar possuía 100 cotas da empresa ABC equivalentes a 50% de seu capital social, que então correspondia a R\$ 1.000,00. Após 20 anos de casamento, ele continua titular das mesmas 100 cotas, na mesma correspondência de metade do capital social que agora vale R\$ 1.000.000,00. Nesta hipótese, o patrimônio pessoal do marido permaneceu o mesmo (100 cotas); foi a pessoa jurídica ABC que cresceu. Neste caso, dificilmente a mulher conseguirá alguma participação sobre o crescimento da empresa.

Numa outra hipótese, em que o marido antes de casar tivesse 200 cotas da firma 123 de Oliveira, 7 correspondendo a 20% de seu capital social, e que no curso do casamento passou a ter 800 cotas, que agora equivalem a 80% do capital integralizado, a tendência seria a de reconhecer como comuns as 600 cotas adquiridas a título oneroso na constância do casamento e equivalentes a 60% do capital social da empresa. Neste sentido, recente decisão do STJ: "Direito

de a mulher receber a metade das quotas sociais que foram acrescentadas ao patrimônio do marido depois do casamento."¹⁴

3.2 Compra de imóvel anterior e registro posterior ao casamento

Outra questão que tem trazido discussões é a relativa ao imóvel que se adquire por promessa de compra e venda antes do casamento, quando se faz então o pagamento do preço, e a transcrição no registro de imóveis é feita já na constância do casamento.

Para *Levenhagem e Carvalho Santos*, se a pessoa prometeu comprar por escritura determinada propriedade, vindo a contrair casamento, quando vem receber a escritura definitiva, tal bem se comunica, pois embora a causa da compra seja anterior às núpcias, o título aquisitivo (art. 530, CC) foi obtido já na constância do casamento.

Zeno Veloso¹⁵ os critica dizendo que estão muito presos ao sentido técnico jurídico do título de aquisição. No Código a expressão está empregada como negócio que deu origem à aquisição, ato jurídico (*lato sensu*) que produz a aquisição do bem. O momento da aquisição, o fator temporal é que sobreleva para o deslinde da questão.

Basta que o título seja apto, idôneo, hábil para servir de base ou de fundamento para a futura transmissão da propriedade, e a promessa de compra e venda - que gera uma obrigação de fazer - é suficiente para tal. Aliás, tanto quanto seria a própria escritura de compra e venda, produzindo uma obrigação de dar, com eficácia, portanto, meramente obrigacional.

O compromisso de compra e venda, desde que irrevogável, e registrado no Registro de Imóveis, atribui direito real ao promitente comprador, podendo este requerer judicialmente a adjudicação compulsória, conforme tem decidido o STJ.¹⁶

Nos Tribunais se tem encontrado precedentes no sentido de que prevaleceria a data da transcrição no Registro de Imóveis, conforme se vê no seguinte caso:

"Compromisso de compra e venda - Partilha - Se o título aquisitivo de propriedade do imóvel foi lavrado na constância da sociedade conjugal, deve o bem ser partilhado igualmente entre os ex-cônjuges; o compromisso de compra e venda anterior ao casamento não impede tal partilha, pois o bem terá sido realmente adquirido quando o casal já havia casado sob o regime de comunhão parcial de bens" (TJSP, Ap. 172.940-1, 5ª CC, Rel. Des. *Marco César*, j. 03/08/1992, *m.v.*).

Correta é a posição do Professor *Zeno Veloso*, pois fiel ao espírito da comunhão parcial, em que os próprios partícipes sabem que só serão sócios daquele patrimônio que formarem juntos, até porque aqui se poderia invocar o fundamento de que são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título

uma causa anterior ao casamento (art. 272). Não é razoável que só o fato da posterior formalização do domínio, por si, torne comum ao casal o bem adquirido só por um.

3.3 Da prestação de contas entre cônjuges

Antes da igualdade introduzida pela Constituição Federal de 1988, que conferiu tratamento isonômico à mulher e ao marido, não se admitia a prestação de contas entre eles na constância do casamento.

Na medida em que ambos passaram a ter iguais poderes na administração dos bens, devendo manter uma co-gestão do patrimônio, tanto doutrina quanto jurisprudência passaram a admitir a prestação de contas entre cônjuges.

Portanto, dentro deste novo espectro de regência conjugal, nenhum ato de administração, e principalmente de disposição dos bens da massa conjugal, passa a ser praticado por um dos consortes sem a *vênia* do outro, cuja consulta propositadamente dispensada acarreta, ao contrário do passado, imediato direito à prestação de contas. É preciso concordar com *Sérgio Gischkow Pereira* quando aduz não ter sido intenção do legislador retardar a agilidade dos negócios da sociedade conjugal, tornada indispensável a reunião dos cônjuges para exteriorizar sua concordância. Apenas que a administração unitária, quando exercida por um dos cônjuges, por tradição o varão, já não mais se presta a deixar isento de render contas o administrador que exercita excessos e age, com evidência, na contramão dos interesses da sociedade matrimonial. Comentando a prestação de contas na sociedade conjugal, *Jaques Bushatsky* evoca o final do tempo em que a esposa percebia pensão alimentar provisória, mas não obtinha acesso algum aos bens conjugais postos sob a administração legal do esposo, do qual estava se separando judicialmente.¹⁷

A prestação de contas está prevista no Capítulo IV do Título I do Livro IV - Dos Procedimentos Especiais - do Código de Processo Civil, e visa ao acerto de contas entre os envolvidos, "sem importar o resultado", no dizer do Professor *Ernane Fidélis*.¹⁸ A lei não é taxativa no que tange às pessoas obrigadas às contas, generalizando como obrigação atribuída a todo aquele que for incumbido, em razão de negócio ou circunstância, da administração ou guarda de bem que não lhe pertença, em favor do dono da coisa, A prestação de contas ainda encontra certa resistência dos Tribunais na constância do casamento,¹⁹ mas tem sido admitida à unanimidade a partir da separação, mesmo que de fato, dos cônjuges²⁰

Este é um expediente extremamente importante, na prática, para aquele cônjuge que não se encontra na administração dos bens comuns, não sendo o inventariante no procedimento de partilha. Para assegurar seus direitos de

condômino e co-proprietário, chama o outro para prestar contas e, diante do que se apurar, requer o que for cabível.

3.4 Da possibilidade de rendimento/aluguel relativamente aos bens comuns enquanto não efetivada a partilha

Como o procedimento de partilha só tem início após a decisão sobre a dissolução da sociedade conjugal, o cônjuge-meeiro que não está na posse e administração dos bens comuns acaba se vendo numa situação extremamente desvantajosa e lesiva ao seu real direito de co-proprietário.

O processo de inventário e partilha, já moroso por natureza, acabará agravado de incidentes e de toda espécie de ato procrastinatório por parte do cônjuge que detém a administração dos bens, pois que sua posição será a de impedir a efetivação da partilha, para continuar usufruindo, sozinho, de todos os bens, o máximo de tempo possível.

Para amenizar o prejuízo do meeiro destituído da posse dos bens comuns, seria possível que ele viesse a reivindicar judicialmente a concessão de parte da renda dos bens que se encontram com o outro, direito que persistirá até a efetivação da partilha com a identificação do quinhão de cada um dos cônjuges.

Isso porque, como co-proprietário e condômino, além de ter direito à meação sobre todos os bens comuns, tem também direito aos frutos e rendimentos destes bens, vencidos no curso do processo de separação e partilha. Mesmo porque a posse é comum (art. 266, CC), e então um não poderia ser desapossado dos bens em favor do outro.

Segundo os artigos 265 e 271, V, do Código Civil, entram na comunhão, e portanto pertencem a ambos os cônjuges, todos os frutos dos bens comuns e até mesmo os frutos percebidos de bens particulares vencidos na constância do condomínio.

Conseqüentemente, todos os frutos dos bens comuns, enquanto não cessada a comunhão, pertencem igualmente ao casal, até em decorrência do artigo 226, § 5º, que investe os cônjuges dos mesmos direitos e deveres em relação ao patrimônio comum - e não só o administrador.

O artigo 4º, parágrafo único, da Lei 5.478/68, estabelece que enquanto não efetivada a partilha dos bens comuns, a renda dos mesmos deve ser dividida entre os cônjuges:

Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

O artigo 638 do Código Civil assegura aos condôminos:

Art. 638: Os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões.

Por tudo isso, o mestre *Yussef Said Cahali* já ensinava que não serão porém apenas medidas acautelatórias de direito que se permitem à mulher durante esse período, pois "se o marido ficou com todos os bens do casal após o desquite, a mulher tem direito a uma parte dos rendimentos"; do mesmo modo, "o cônjuge que, após o trânsito em julgado da sentença em desquite litigioso, continua a administrar bens do casal, está obrigado a prestar contas da administração"²¹

Se o imóvel pertence a ambos e é ocupado apenas por um deles, perfeitamente lícita é a pretensão de arbitramento de um valor locativo.²²

O STJ vinha negando o direito a cobrança de aluguel entre os cônjuges por considerar o condomínio entre eles especial,²³ posição que mudou recentemente com o seguinte julgamento:

"Separação judicial. Bem do casal. Partilha. Condomínio. Ocupação do imóvel pelo cônjuge varão. Cobrança de aluguel pela mulher. Cada consorte responde aos outros pelos frutos da coisa comum (Código Civil, art. 627). Na propriedade em comum, não se pode usá-la em detrimento do direito dos demais condôminos (REsp. 14.913, DJ 16/12/1991). Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp. 130.60S, Rel. Desig. Min. *Nilson Naves*, 1999).²⁴

Neste sentido têm decidido outros tribunais da Federação.²⁵

No curso da ação de separação ou divórcio, parte da renda do patrimônio comum pode ser pedida em ação de alimentos como previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 5.478/68.

Pode ainda o pedido de fixação da parte dos rendimentos dos bens comuns ser feito no curso do inventário, como pedido de antecipação de tutela ou através de medida cautelar incidental. Por tais meios não se obterá a retroatividade à data da separação de corpos ou de fato dos cônjuges, constituindo-se a obrigação só a partir da liminar.

Não há competência para a fixação de tal aluguel no juízo cível, estando prevento o juízo pelo qual está sendo processado o inventário.²⁶

A parte dos rendimentos dos bens do casal a que o não possuidor terá direito não tem necessariamente de corresponder a 50%, como bem decidiu o TJSP, levando em consideração o trabalho daquele que está gerindo e administrando o patrimônio, reduzindo a cota do outro cônjuge para o equivalente a 1/3 dos frutos produzidos pelos bens: "Separação consensual - Bens do casal - Permanência na posse do marido - Renda - Direito da mulher - Recurso provido em parte. Se o marido ficou com todos os bens do casal após o desquite, a mulher tem direito a uma parte do rendimento" (TJSP, Ap. Civ. 278.221, 2ª CC,

20/03/1979, Rel. Des. *Oliveira Lima*, RT 527/77). Vale ressaltar os esclarecimentos do voto do Relator:

"Além de derivar da própria circunstância de os bens serem comuns, o fato é que o parágrafo único, *in fine*, do artigo 4º da Lei 5.478 contribui para o adequado entendimento de que quem administra os bens comuns deve entregar ao outro comunheiro uma parte das rendas produzidas por estes bens. É o que, aliás, já decidiu o STF, no RE 75.194/SP (RTJ 71/455). (...) diante do documento de fls., o demandado ficou com a administração de ditos bens do casal, e evidentemente para usá-los, razão pela qual tem a mulher direito a uma parte da renda por eles produzida desde o desquite e até a efetiva partilha. (...) se o réu administrou tais bens, inclusive com seu trabalho, não é justo que a parte da autora, que com eles não trabalhou, corresponda à metade da renda líquida. Deve, sim, corresponder a 1/3 da mesma, correspondendo outro terço à remuneração do trabalho do demandado e o terço restante à renda deste."

Interessante julgado deu caráter indenizatório a este que seria *aluguel* da meação de um cônjuge, usada pelo outro:

"Ocupando a mulher sozinha o imóvel pertencente em condomínio a ambas as partes, tem a obrigação legal de pagar ao co-proprietário o valor correspondente à metade da renda presumível que a locação da coisa comum proporcionaria e produziria, se locada. Pouco importa se houve ou não convenção a esse respeito quando da separação. Se o apelante não renunciou ao seu direito, faz jus à remuneração, sem necessidade da extinção do condomínio. Enfim, o apelante tem direito à indenização prevista no artigo 627 do Código Civil, eis que, estando a mulher a usufruir, com exclusividade, o bem, cabe-lhe indenizar o outro condômino. Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para julgar procedente a ação, com a condenação da apelada ao pagamento da indenização na forma acima, a partir da citação, a ser apurado por arbitramento em execução de sentença, invertidos os ônus da sucumbência" (TJSP, Ac. un. da 6ª Câm. de Direito Privado, de 16/12/1999, Ap. Civ. 132.747.4/1, Rel. Des. Testa Marchi).²⁷

Com toda certeza, na medida em que o cônjuge que estiver na posse dos bens da sociedade conjugal tenha de pagar ao outro parte da renda obtida com o patrimônio, além de pensão alimentícia, que tem outra natureza, finalidade e origem, passará a ter mais interesse em encontrar uma solução amigável ou agilizar o processo litigioso. E, por seu turno, o cônjuge meeiro despido da sua parte nos bens não ficará tão prejudicado enquanto estiver recebendo parte da renda do patrimônio comum.

4. PERSPECTIVAS LEGISLATIVAS: O PROJETO DE CÓDIGO CIVIL

O Projeto de Código Civil traz algumas inovações relativamente ao regime de bens, o que evidentemente traz reflexo na partilha que sempre obedecerá à disciplina da opção feita pelos cônjuges.

1. *Possibilidade de alteração parcial do regime de bens:* atualmente o regime de bens é absolutamente irrevogável na constância do casamento, por expressa determinação do artigo 230 do Código Civil. Pretende-se, no entanto, possibilitar a sua alteração parcial, desde que mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros (art. 1.651, § 2º). Esta inovação atende à tendência universal de dar liberdade para os cônjuges regerem, como quiserem, às relações patrimoniais. Da forma prevista, atende-se à proteção dos cônjuges na medida da exigência da intervenção do Judiciário, quando se poderá verificar eventual influência de um cônjuge sobre o outro; por outro lado, foram preservados os interesses de terceiros.

2. *No regime da separação legal de bens não haverá possibilidade de comunhão de aqüestos,* como previsto hoje pela Súmula 377 do STF, por expressa vedação do artigo 1.653, *caput*. A doutrina sempre foi vacilante sobre a possibilidade da comunhão dos bens adquiridos no casamento pelo regime da separação de bens, devido à contradição existente: a lei impunha tal regime para punição de uns e proteção de outros, e os Tribunais, contra o texto da lei, acabaram por equidade aplicando aqui a tese da sociedade de fato estendida aos companheiros. Na interpretação atual do STJ para aplicação da Súmula 377 do STF é necessária a comprovação do esforço comum na formação dos aqüestos para se reconhecer o direito à meação. Aliás, se remontarmos à história, verificaremos que a teoria francesa da sociedade de fato foi aplicada primeiro a cônjuges (italianos) que eram casados pelo regime da separação legal de bens mas tiveram toda uma comunhão de vida e de interesses, de ajuda recíproca, no maior afeto e companheirismo. A inovação do projeto melhor se coaduna com a preferência do legislador em impor como o melhor regime o da separação, para aqueles de quem retira a liberdade de escolher a disciplina de bens.

3. *Atendendo à isonomia de direitos do homem e da mulher constitucionalmente assegurada, a idade para ambos os sexos a partir da qual se perde a liberdade de escolha de regime de bens passa a ser a de 60 anos* (art. 1.653, II). Apesar de abalizadas opiniões, como as dos Professores *Silvio Rodrigues* (para quem tal restrição é atentatória à liberdade individual, consubstanciando tutela excessiva por parte do legislador) e *João Baptista Villela* (que considera um preconceito contra os da terceira idade), o legislador manteve o limite de idade, após a qual não se tem mais direito de optar por qualquer regime de bens.

4. *Torna-se possível no regime da separação absoluta de bens "alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis",* como aliás para nenhum ato se exigirá a outorga conjugal neste regime (art. 1.659, em especial o inciso I, e art. 1.699). Com esta inovação o regime da separação de bens se tornará pleno, pois sem a restrição da exigência da outorga conjugal. Em princípio esta inovação

parece privilegiar a propriedade sem condicioná-la à finalidade social. Basta imaginarmos um casal morando num imóvel adquirido na constância do casamento, em nome só do marido. Ele discute com a mulher e a manda sair dali com os três filhos do casal, pois, afinal, ele é o titular do domínio. Ela se recusa, então ele vende o imóvel e, de repente, em poucos meses, judicialmente haverá uma ordem para compeli-la a deixar aquele bem. Será justo? O sistema atual vem funcionando bem tanto para o cônjuge proprietário do bem particular quanto para o outro cônjuge, pois que, em caso de recusa da venda, o juiz pode suprir o consentimento. Na medida em que um dos cônjuges tenha nas mãos um poder arbitrário para tomar sozinho decisões desta envergadura, as conseqüências poderão ser sérias.

5. *Passa a ser exigida a outorga conjugal para validade tanto da fiança como do aval*, como há muito clamavam os juristas (art. 1.659, III).

6. *Ficou estabelecido no regime da comunhão parcial e da universal que cada cônjuge terá a administração dos bens particulares*, salvo disposição diversa em pacto antenupcial (art. 1.677). E a administração dos bens comuns compete a qualquer dos cônjuges, o que significa que cada um poderá, isoladamente, praticar atos que não precisam ser conjuntos, à exceção de "atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns" (art. 1.675, § 2º).

Por outro lado, em "caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges" (art. 1.675, § 3º).

7. *A grande inovação realmente está na introdução do regime de participação final nos aqüestos*, previsto no Capítulo V, artigos 1.684 a 1.698, substituindo o regime dotal.

Este *regime de participação final nos aqüestos* é um parente próximo da comunhão parcial, com peculiaridades. A principal delas é que, no novo regime, o patrimônio "comum" adquirido na constância do casamento continua figurando no patrimônio pessoal de cada cônjuge, sem formar aquela massa de bens sobre a qual cada um teria sua cota-parte ideal, liquidável só ao final do regime de bens.

"No regime de participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, que lhe cabe" (art. 1.684), composto pelos "bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento" (art. 1.685).

"À época da dissolução da sociedade conjugal", cada cônjuge "terá direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento" (art. 1.684, parte final), sendo que este montante comum apura-se "excluindo-se da soma dos patrimônios próprios: I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; II - os que

sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; III - as dívidas relativas aos bens" (art. 1.686).

Portanto, por este regime o que ocorre é um crédito em favor de um dos cônjuges, contra o outro, para igualar os acréscimos, os ganhos obtidos durante o casamento. É um regime que tem origem no Direito costumeiro húngaro e foi adotado pela Suécia, Finlândia, Dinamarca, Noruega, Alemanha e França.

Foi imaginado como uma fórmula transacional, como regime híbrido, misto, objetivando somar as vantagens da comunhão com as da separação. Os bens ficam separados, mas a comunicação (participação) é feita nos ganhos, nos lucros, nos sobejos, nos acréscimos.

Como cada um continua único titular do bem, poderá aliená-lo inclusive se for imóvel, na constância do casamento, sem consentimento do outro, já que, pelo artigo 1.668, "no pacto antenupcial poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares".

Só que, diante de tanta liberdade, o próprio legislador acabou por prever a possibilidade de o cônjuge lesado ser compensado de doações e alienações que tiverem sido feitas pelo outro, sem o seu consentimento, já que estes bens deverão entrar no monte-mor pelo valor que tiverem quando da dissolução, ou até mesmo reivindicar tais bens, anulando o ato jurídico que tiver sido praticado, em evidente detrimento do direito de terceiros (art. 1.687 e 1.688).

Bem adquirido diretamente em condomínio com o trabalho conjunto, presume-se sempre pertencer metade a cada um (art. 1.691), Interessante a proibição legal de haver "renúncia, cessão ou penhora" da meação na vigência do regime matrimonial (art. 1.694), pois se choca com a possibilidade de alteração parcial do regime de bens, De nada adianta a regra limitativa na vigência do casamento se, quando for feita a partilha e liquidação dos bens, por se tratar de direito disponível, poderá haver transação que implique renúncia ou cessão pelo menos de parte dos bens comuns!

Diz-se que com este regime facilita-se que ambos os cônjuges tenham atividades autônomas, mas com certeza irá dificultar a vida dos Magistrados, advogados e partes que tenham de fazer a complexa aritmética da liquidação deste regime.

A fórmula para a liquidação está no artigo 1.696:

Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro, serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados tantos bens quantos bastarem.

Certamente que, na prática, este regime de bens trará grandes dificuldade para sua liquidação, o que poderá redundar em prejuízo que sempre recairá sobre a parte mais fraca, sem poder sobre os bens.

Pessoalmente acredito que o regime da comunhão parcial de bens é atual e consentâneo com o bom senso e as expectativas sociais, cumprindo

bem a função de tornar todo o produto do trabalho dos cônjuges como sendo de ambos, não havendo, em princípio, justificativa para este novo regime, cujas vantagens seriam discutíveis.

Se os processos de partilha já são morosos e complexos, com este regime se tornarão impraticáveis.

5. CONCLUSÃO

A solução amigável para todas as fases de um processo de separação, divórcio ou dissolução de união estável será sempre a que melhor atenda aos interesses das partes envolvidas. No que tange à partilha, por se tratar de direito disponível, podem os cônjuges definir a divisão dos bens como melhor se adequar ao casal. Com boa vontade saberão decidir melhor que qualquer magistrado, alheio à identificação pessoal de cada cônjuge a tal ou qual bem, minorando os prejuízos decorrentes de uma ruptura.

O procedimento de partilha contencioso é extremamente moroso, tendo de muitas vezes passar por uma liquidação por artigos que fará com que a prestação jurisdicional não tenha a agilidade que os separandos gostariam que tivesse, o que frustra muito o profissional do Direito.

Em princípio, são boas as inovações relativamente aos bens no Projeto de Código Civil, sendo prudente repensar o regime de "participação final nos aqüestos", uma vez que trará dificuldades para sua liquidação, na prática. Em teoria pode ser interessante, mas quem está nas lides forenses, constantemente vendo os dramas que se eternizam nos procedimentos de partilha, certamente pode antever o quão difícil se tornará uma partilha litigiosa decorrente de tal regime.

Enquanto as partes não chegam a um ponto de equilíbrio (que seria a solução ideal), para que sejam minorados os prejuízos com a demora da solução da partilha, nada mais sensato, justo e legal do que se admitir que o possuidor/administrador dos bens comuns tenha de pagar ao outro cônjuge parte da renda ou dos benefícios que retira do patrimônio sob o seu poder.

Poderia ser pensada uma forma de utilização da mediação e/ou do juízo arbitral, evidentemente adaptados à hipótese, como auxiliares para que os processos de partilha tenham um fim mais ágil e com melhor prestação jurisdicional para os próprios envolvidos.

NOTAS

1. MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Livraria do Advogado, 1999. p. 24.
2. PHILADELPHO, Azevedo. Um triênio *de judicatura*, I, n. 143, p. 347.
3. VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 136.

4. "Separação judicial - Partilha- Divergência Inexistindo consenso entre os cônjuges sobre a partilha dos bens, ainda não avaliados, aplica-se a regra do artigo 1.121 do Código de Processo Civil. Recurso conhecido em parte e provido para excluir da sentença a partilha dos bens (...)." "2. - A partilha dos bens não poderia ter sido objeto do julgamento da ação de separação, pois sobre a repartição os cônjuges não haviam chegado a um consenso, nem o patrimônio fora devidamente avaliado. Nesse caso, impunha-se adotar o procedimento recomendado pelo artigo 1.121 do CPC. É certo que tal disposição está no capítulo reservado à separação consensual, mas é "intuitivo que idêntica norma terá de ser seguida, como tem sido, em se tratando de inventário decorrente de separação judicial (...)." (STJ, 4ª T., REsp. 46.626-I JPI, Rel. Min. Ruy Rosada de Aguiar, v u., j. 30/08/1994).
5. "Dissentindo as partes quanto à partilha de bens, deve ser reformada a sentença de separação que a contemplou, para que seja realizada nos moldes previstos nos artigos 982 e seguintes do Código de Processo Civil. 3. A condenação do cônjuge varão em 10% sobre o valor dado à ação de separação julgada em seu desfavor encontra-se em harmonia com a previsão contida no artigo 20 do CPC, devendo por isso ser mantida Provido parcialmente por unanimidade." (TJGO, Ap. Civ. 3750.5.188, Rel. Des. Jamil Pereira de Macedo. j. 12/12/19951).
6. PONTES DE MIRANDA, F. C. Comentários ao *Código de Processo Civil*, XIV, p.7.
7. CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e Separação*. 3. ed., São Paulo: RT, t. 2, p. 899.
8. "Partilha – Separação judicial – Procedimento – Bens a partilhar – Litígios e divergências – Liquidação por artigos - Aplicabilidade do princípio da economia processual. Havendo divergência e litígio entre os cônjuges em torno da natureza, qualidade e quantidade dos bens, na separação judicial, a partilha far-se-á depois de decretada a separação, na forma estabelecida no Código de Processo Civil, artigos 982 e 1.045. Todavia, antes do inventário, os bens, inclusive os já arrolados em procedimento cautelar, devem ser submetidos à prévia liquidação por artigos, quando, então, serão solucionados os alegados litígios e divergências. E que, através desse procedimento, obter-se-á, a final, a partilha, sem ofensa alguma a qualquer direito das partes, material ou processual, aplicando-se o princípio da economia processual que norteia, dentre outros, a proveitosa e útil aplicação das regras processuais" (TJMG, Ap. Civ. 52.984-2, Rel. Des. *Rubens Xavier Ferreira*, publicado no MG, de 06/12/1996; Ementário de Jurisprudência do mês de dezembro de 1996, MG, DJ 31/12/1996).
9. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 899.
10. Idem, p. 901.
11. 2ª Turma Cível, m. v., IOB 3/14.621, 1998, p. 311.
12. 2º Grupo de Câ. Cível, I. I *Informe Jurídico*, v. 18.
14. Ac. da 4ª T., do STJ, REsp. 234.482/SP, Rel. Min. *Ruy Rosado de Aguiar*, j. 02/12/1999, DJU 14/02/2000, p. 42, publicado na IOB 7/2000, p. 141, nº 16.613.
15. VELOSO, Zeno. Regimes matrimoniais de bens. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey 1997 p. 180.
16. REsp. 9.945-SP, 4ª T., Rel. Min. *Athos Carneiro*, DJ 30/09/1991, p. 13.492.
17. MADALENO, Rolf. *A disregard e a sua efetivação no juízo de família*. Livraria do Advogado, 1999, p. 35-36.
18. Manual de *direito processual civil*. 3. ed., 1994, v. 3, p. 31.
19. "Processo Civil. Ação de prestação de contas ajuizada pela ex-esposa em face do ex-marido, referente a fatos ocorridos durante a estabilidade do convívio conjugal. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Extinção do processo sem julgamento de mérito. A ação de prestação de contas pode ser manejada pelo ex-casal, pelos atos de gestão e administração do patrimônio comum, em uma única hipótese excepcional que ocorre com a disposição dos bens móveis e imóveis durante o período compreendido entre a separação de fato e a partilha de bens da sociedade conjugal, sem a autorização do outro cônjuge. A alienação de bens comuns durante o convívio presume-se em benefício de ambos os cônjuges, não podendo ser o ex-marido a demonstrar o retorno de parte da renda auferida com a venda para a esfera de disposição de sua ex-esposa, que se mostra arrependida após a efetivação do negócio jurídico perfeito e acabado (TJDF, Ap. Civ. 45318-97/DF, j. 23/03/1998 2ª Turma Cível Relª. Desª. *Nancy Andrighi*).
20. "Se o apelante alienou bem do casal quando já separados de fato e não entregou à mulher a parte que lhe cabia, admissível é a prestação de contas. Compensação inadmissível com despesas efetuadas, face ausência de prova do benefício pela outra parte. Não havendo prova de que entregou à beneficiária valores iguais ao da venda, deve entregar metade do que auferiu com a

alienação, ao preço da época do negócio, e não ao preço de mercado atual" (TJRJ, Ap. Civ. 5.277/98, Rel. Des. *Joaquim de Brito*, pub. 10/06/1999).

21. CAHALI, Youssef Said. *Op. cit.*, p. 903.

22 TJSP, 8ª Câm. Cível, RT 672/105.

23 "Casamento - Regime de comunhão universal de bens - Direito ao uso destes. A comunhão resultante do matrimônio difere do condomínio propriamente dito, porque nela os bens formam a propriedade de mão comum, cujos titulares são ambos os cônjuges. Cessada a comunhão universal pela separação judicial, o patrimônio comum subsiste enquanto não operada a partilha, de modo que um dos consortes não pode exigir do outro, que estiver na posse de determinado imóvel, a parte que corresponderia a metade da renda de um presumido aluguel, eis que essa posse, por princípio de direito de família, ele exerce *ex proprio jure*. Recurso conhecido pela letra c e provido" (STJ, REsp. 3710/RS, Min. Antônio *Torreão Braz*, 21/06/1995, 4ª T., DJ 28/08/1995, p. 26.636).

24. 3ª T., *m.v.*, DJU 01/03/1999; IOB 3/15397, 1999, p. 163.

25. "Condomínio - Arbitramento de aluguel - Imóvel comum pertencente a ex-cônjuges - Ocupação, a título gratuito, pela ex-mulher - Alegação do bem encontrar-se abandonado, carecendo de inúmeras reformas feitas pela condômina ocupante - Ausência de comprovação - Uso exclusivo a tirar todos os frutos da coisa comum - Ação procedente - Recurso não provido" (TJSP, Ap. Civ. 36.768-4, Campinas, 7ª Câm. de Direito Privado, Rel. *Rebouças de Carvalho*, 27/05/1998, *v.u.*). "Enquanto não partilhado o patrimônio comum, em processo de separação judicial contenciosa, os rendimentos auferidos com aluguéis devem ser repartidos meio a meio ente os ex-cônjuges. O fato de ter sido a prole confiada à guarda da mãe não é bastante para que tais alugueres a ela caibam com exdusividade, posto que não integram o montante da pensão imposta ao outro cônjuge" (TJDF, Agravo de Instrumento DF, Acórdão 62966, 2ª Turma Cível, 18/03/1993, Rel. *Natanael Caetano*, *Diário da Justiça do DF*, 06/04/1993, p. 12004).

26. "Competência - Aluguel - Coisa comum - Ocupação exclusiva por um dos cônjuges - Ação de arbitramento - Acessoriedade com as ações de alimentos e separação judicial já ajuizadas - Competência da Vara da Família e das Sucessões e não da Vara Cível. Recurso provido" (TJSP, AgIn. 41.224-4, Rel. Des. *Quaglia Barbosa*, 08/04/1997, *Revista Oficial Lex* 195/209, JTJ, In: *Informe Jurídico*, v. 18).

27. Acórdão publicado na Coad/Adv 10/2000, p. 156, n. 91.487.

(in, A Família na Travessia do Milênio, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 497/516)