

Divórcio, mancomunhão e taxa de ocupação: questões relevantes

Dissolução conjugal e seus reflexos enquanto pendente partilha de bens

Raphael Le Cocq*

Sumário

1. Introdução. 2. Da dissolução da sociedade conjugal e da extinção do vínculo conjugal. 3. Do Estado de Mancomunhão de Bens e da Universalidade de Bens. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Ementa

Dissolução da Sociedade Conjugal e Dissolução do Vínculo Conjugal. Emenda Constitucional nº 66. Separação Judicial e Divórcio. Partilha de bens. Mancomunhão. Taxa de Ocupação. Universalidade de Bens. Frutos Civis.

1. Introdução

Ao longo de minha empreitada jurídica como advogado no ramo do Direito de Família (ou Direito das Famílias), um dos problemas mais tormentosos, quando do término da relação de conjugalidade, reside na *quaestio* inerente ao combate ao não locupletamento indevido de uma das partes em detrimento da outra pelo exercício da posse exclusiva de bens que ainda se encontram em estado de mancomunhão ante a ausência de partilha.

Dizemos isto, pois, certo é que, em divórcios litigiosos, que nada mais são que partilhas litigiosas, enquanto pendente o desfecho judicial da partilha dos bens advindos da relação conjugal desfeita, quase sempre, uma das partes litigantes passa a exercer a posse exclusiva dos bens ou ao mínimo de determinados bens, sem nada pagar por isso.

Como é notoriamente sabido, no âmbito das Varas de Família, resta quase que uníssono o entendimento jurisprudencial pelo qual se consagra a tese de que, enquanto pendente o desfecho de eventual partilha de bens, descabido será o pleito,

* Pós-Graduado em Direito Econômico Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialização em Direito Público e Privado para a Carreira da Magistratura pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Advogado.

manejado por aquele que se vê alijado dos bens, de reparação financeira frente aquele que utiliza e exerce a posse do bem (ou dos bens) com exclusividade.

Não são raros os casos em que, após a separação de fato do casal, apenas um dos cônjuges permanece a residir no único imóvel pertencente ao casal.

Não são raros os casos, também, em que há apenas bens móveis a serem partilhados (ex.: um único automóvel) e estes bens restam na posse exclusiva de apenas uma das partes sem que a outra possa usar ou fruir do bem.

Trata-se de bens indivisíveis por natureza e que impossível a composses em decorrência lógica da extrema animosidade presente em divórcios litigiosos.

Temos assim, situação fática e real que deve ser solucionada pelo Poder Judiciário de modo a impedir que abusos sejam cometidos e locupletamentos sem causa sejam perpetrados por quaisquer das partes litigantes enquanto pendente eventual partilha de bens.

Neste contexto é que traçamos estas breves linhas, visando não só esclarecer as questões jurídicas que norteiam a problemática aqui relatada, mas, também, para tentar trazer reflexões e conclusões que busquem um resultado justo a impedir o locupletamento indevido de quaisquer das partes litigantes enquanto pendente o demorado processo judicial de partilha litigiosa de bens.

Feita a delimitação do tema, iniciamos nosso estudo.

2. Da dissolução da sociedade conjugal e da extinção do vínculo conjugal

De início, cumpre lembrar ao leitor pequena (mas importantíssima) distinção existente entre o fim da sociedade conjugal e o fim do vínculo conjugal propriamente dito. Dizemos isso, pois, apesar de embrionariamente ligados, o vínculo conjugal e a sociedade conjugal representam, em si, profunda distinção conceitual.

O estado de conjugalidade, no sentido de comunhão de desígnios para em união perseguir o objetivo de constituir família (e patrimônio) em comunhão de esforços, pode ser em si encontrado até mesmo na ausência formal de um casamento. Encontrar-se-á verdadeira sociedade conjugal em Uniões Estáveis nas quais por uma realidade fática percebe-se a união de esforços entre pessoas, ligadas primordialmente pelo afeto, para constituir patrimônio único a dar sustentabilidade à família que se está a constituir ou que já resta constituída.

Perceba que a sociedade conjugal nada mais é que uma sociedade advinda de situação fática existente em qualquer esboço familiar, seja em Uniões Estáveis ou em Casamentos formais.

Neste diapasão, deve restar claro que *uma vez percebida, no mundo fático, a comunhão de desígnios ao fim precípua de constituir uma família, estaremos diante de uma sociedade conjugal.*

Ressalte-se que, *antes do surgimento do instituto da União Estável, amparavam-se todos aqueles que não eram casados, mas que indubitavelmente constituíram um corpo*

familiar de fato, *no instituto importado do direito comercial (hoje denominado de direito empresarial), assim denominado “sociedade de fato”,* que nada mais representa para o direito comercial/empresarial, que a sociedade informal desprovida de personalidade jurídica ante a ausência do cumprimento de formalidades legais para sua legal e legítima constituição (tal como a ausência de registro junto a repartição pública competente – Junta Comercial ou Registro Civil de Pessoas Jurídicas).

Em razão da presente realidade fática de que sociedades comerciais/empresariais eram, e ainda são, formadas a todo tempo sem o cumprimento das formalidades legais, muitas das vezes, até mesmo sem contratos ou atos constitutivos, em que apenas relações fáticas demonstravam o desígnio único de todos aqueles que se juntaram em sociedade, fora criada a assim denominada “sociedade de fato” e estabeleceram-se regras mínimas para que o Poder Judiciário pudesse com amparo legal solucionar os litígios advindos das relações existentes daquelas pessoas que de fato formaram uma sociedade.

Não diferente de qualquer norma de direito material de cunho patrimonial, *visa ao instituto jurídico da sociedade de fato evitar abusos e o locupletamento indevido.*

Todavia, nas relações de direito de família, não estamos diante de uniões meramente patrimoniais, estamos diante de relações de cunho afetivo que se distanciam em muito das relações societárias com fins meramente comerciais/empresarias.

Em razão dessa clara e inequívoca realidade, fez-se perceber a necessidade de se criar instituto jurídico próprio do direito de família apto a regular de maneira adequada as relações patrimoniais e de afeto não consumadas pela via formal do casamento, surgindo em nosso ordenamento jurídico o instituto assim denominado “União Estável”.

Feitos esses esclarecimentos, resta claro e evidente que a sociedade conjugal, entendida como a sociedade de fato formada com o desígnio de constituir família independente do vínculo formal do casamento, representa, em verdade, situação fática juridicamente relevante.

Neste diapasão, resta claro, por via de consequência, que, uma vez operada a inequívoca separação fática dos que assim viviam em família, independente da forma legal à que estavam subsumidos, União estável ou Casamento, rompida estar-se-á a sociedade conjugal, pondo-se fim incontestemente à relação patrimonial até então existente.

Assim sendo, *deve restar claro, ao leitor, que o fim da sociedade conjugal se opera de forma fática. Em dissonância completa ao vínculo conjugal, o qual deve ser desconstituído por ato voluntário formal e/ou por sentença desconstitutiva de divórcio.*

Deixe-se claro:

- *A separação de fato põe fim à sociedade conjugal, ante a ausência da affectio maritalis* necessária e imprescindível ao reconhecimento da existência de uma sociedade conjugal.

- A decretação do divórcio põe fim ao vínculo conjugal, extirpando todos os direitos até então existentes de cunho não societário, tal como o direito de sucessão *causa mortis*.

Necessária a presente explanação ante a indubitosa relevância destes conceitos paradigmas para que possamos buscar, aqui, a solução adequada ao problema existente em sociedades conjugais desfeitas e nas quais pendente a decretação de divórcio e pendente, ainda, a necessária e imprescindível partilha de bens, para que as partes litigantes possam pôr fim irremediável ao litígio estabelecido após o fim da relação afetiva.

Para não nos alongarmos em demasia e desnecessariamente, não enfrentaremos aqui as questões jurídicas decorrentes da Emenda Constitucional nº 66, alteração constitucional que, se não pôs fim ao Instituto da Separação Judicial, ao menos retirou quase por completo sua utilidade na prática forense, uma vez que possibilitou o requerimento de Divórcio Direto sem a necessidade de prévia Separação Judicial.

Apesar de irrelevante para o tema que pretendemos elucidar por meio do presente artigo, deixemos clara nossa posição de que, apesar de ter a Emenda Constitucional nº 66 suprimido em muito a utilidade do processo de Separação Judicial, entendemos que ainda se mostra vigente o instituto, a uma, pela ausência de ab-rogação expressa, a duas, porque o Novo Código de Processo Civil, promulgado posteriormente à aludida alteração constitucional manteve em seu texto de forma expressa o aludido instituto processual e, por fim, (3) pela sua inequívoca utilidade para os casos em que haja a discussão judicial de culpa pela dissolução conjugal ao fim específico de se buscar que eventuais alimentos entre cônjuges sejam devidos no grau mínimo para subsistência básica do cônjuge culpado. (Lembre-se que o cônjuge inocente, diferentemente de casos nos quais não se discute culpa, deve tão somente alimentos mínimos necessários à subsistência do cônjuge culpado, sendo, neste caso específico, irrelevante a condição social das partes e o padrão de vida até então ostentado pelas partes enquanto viviam em conjugalidade.).

Visto isso, passemos à análise da necessária partilha para a efetiva extinção do estado de mancomunhão.

3. Do Estado de Mancomunhão de Bens e da Universalidade de Bens

Como visto linhas acima, a sociedade conjugal e os efeitos patrimoniais daí decorrentes concernentes à comunicabilidade (ou não) de bens encerram-se indubitavelmente no momento em que se mostra inequívoca a ausência de *affectio maritalis*, o que indubitavelmente resta caracterizado pela efetiva Separação de Fato das partes até então casadas ou em união estável.

Uma vez ocorrida a separação de fato, extinta a sociedade conjugal.

Finda-se o desígnio mútuo de constituir família e patrimônio. Finda-se a sociedade.

Ocorre que acontecimentos de toda ordem rodeiam a Separação de Fato e o fim da sociedade marital até então existente. Não raras as vezes, enquanto não chegam as partes a um consenso ou, se litigiosa a questão, enquanto não se obtém a efetiva decisão judicial concessiva da partilha de bens, certo é que apenas uma das partes permanecerá na utilização e na posse exclusiva dos bens que, por natureza, são indivisíveis.

Situação que força a parte alijada dos bens a suportar despesas extraordinárias de toda ordem, como, por exemplo, a locação de uma nova morada, quando o imóvel em que residia enquanto casado e/ou convivente e que fora adquirido, em tese, em igualdade de condições e em comunhão de esforços, encontra-se na posse exclusiva de seu(ua) ex-cônjuge / ex-convivente.

Observe-se que, enquanto ausente a efetiva partilha de bens, certo é que não há como saber à quem caberá cada bem a ser partilhado ou se os bens ficarão em copropriedade ou mesmo se alguma das partes abrirá mão de seu patrimônio ou parte dele em favor do outro. Diante disso, os bens a serem partilhados permanecem no que assim se denomina de Estado de Mancomunhão.

O Estado de Mancomunhão resta caracterizado pelo dever que recai sobre ambos os cônjuges de manter o patrimônio, dividindo os frutos e rateando despesas.

Nenhum problema existiria em aguardar a partilha dos bens se, e somente se, ambas as partes estivessem na posse igualitária de bens ou se ninguém detivesse a posse exclusiva de quaisquer dos bens. Situação esta quase utópica e que não se enquadra na realidade fática de casais que se encontram em litigiosidade ante o fim do afeto marital.

Em grande parte das vezes, infelizmente, a partilha de bens torna-se uma arma para atingir e prejudicar a parte que decidiu não mais dar prosseguimento à relação. Por vezes outras, torna-se o momento adequado para a efetivação de barganhas e locupletamentos indevidos pela parte emocionalmente mais forte ou por aquela parte que financeiramente não depende do resultado da partilha para prosseguir com sua vida em estado de normalidade.

Certo é que situações de todo tipo e comportamentos imorais, quando não ilegais, bem como abusivos, são vistos no decorrer do lento e demorado processo judicial de partilha de bens.

Todavia, uma das situações fáticas mais comuns em litígios envolvendo partilha de bens certamente é aquela em que se figura presente o exercício da posse exclusiva, por apenas uma das partes, do único imóvel a ser partilhado (imóvel onde residiam ambas as partes antes do fim da sociedade conjugal). Situação esta que obriga a parte alijada da posse a suportar gastos extraordinários para a manutenção de uma nova moradia e que se vê impedida, em tese, de pleitear qualquer valor à parte possuidora do bem até que se ultime a partilha em razão do entendimento de que descabido o pedido de ressarcimento enquanto o bem permanecer em mancomunhão. Situação que, a nosso ver, se mostra em afronta ao basilar ao dogma jurídico da vedação ao

locupletamento indevido. Situação que, aos nossos olhos, fere qualquer conceito de justiça que possa estar ao nosso alcance.

Diante disso, pela jurisprudência hoje dominante, figura-se incabível o pleito de taxa de ocupação pelo ex-cônjuge enquanto pendente o julgamento de partilha em razão de estarem os bens ainda em mancomunhão.

Ou seja, em razão da necessidade de se ultimar a partilha para saber a quem caberá cada bem ou a proporção específica que de cada bem caberá a cada qual das partes litigantes, impedida estaria a parte alijada da posse do bem de cobrar do outro qualquer verba ressarcitória pela posse que está a ser exercida de forma exclusiva.

O locupletamento sem causa nos parece evidente.

Enquanto uma das partes permanece na posse dos bens, sem nada pagar por isso, a outra parte permanece alijada de qualquer benefício que aquele patrimônio poderia lhe propiciar, seja usar, fruir ou dispor.

A título exemplificativo, um casal que se encontra separado de fato e possui um único bem imóvel poderia locar o bem a terceiro e ratear os frutos. Todavia, caso umas das partes permaneça no bem, tornar-se-á impossível a locação e não haverá frutos a serem rateados.

Como resolver a questão sem que haja prejuízo a qualquer das partes?

A resposta é simples: ultime-se a partilha e separe-se o patrimônio!

Todavia, seria fácil se não tivéssemos um sistema judiciário moroso e um rito processual abarrotado de recursos e defesas inesgotáveis.

Diante disso, necessário se faz encontrarmos novas respostas, pois, certo é que deve o julgador, mesmo ante a omissão legal, buscar meios para que abusos e locupletamentos indevidos sejam reprimidos.

Diante dessa problemática, surgem julgados que tentam flexibilizar a necessidade de partilha para que seja possível a cobrança de ressarcimento pelo uso exclusivo do bem por apenas uma das partes.

Todavia, no julgado paradigma, sobre o tema de lavra da célebre Ministra Nancy Andrighi, exarado no bojo do Recurso Especial nº 1.375.271 - SP, resta claro que, apesar da ausência de partilha, necessário estar acordada e certa a forma como serão partilhados os bens em exata proporção. Situação que, por certo, não abarca a maior parte dos casos.

Na grande e esmagadora maioria dos casos, até que se ultime a partilha, não se sabe o que caberá a cada qual das partes litigantes. Logo, não seria justo condenar qualquer das partes a pagar qualquer valor à outra parte se não se sabe a quem caberá o quê em especificidade, uma vez que poderá estar condenando a pagar algo a quem nenhum valor é dividido (Exemplo: como no caso de o imóvel a ser partilhado for considerado, ao final da partilha, bem exclusivo daquele que ocupou o bem durante todo o processo. Caso em que, sem sombras de dúvidas, incabível qualquer pagamento.)

Neste diapasão, propugnamos que, até que seja ultimada a partilha, os bens incontestados, como sendo parte do monte a ser partilhado, devem ser vistos como verdadeira universalidade de bens. Bens em mancomunhão ligados por um estado de indivisibilidade caracterizado pela universalidade de fato instaurada ante a pendente partilha.

Neste diapasão, entendemos que possível seria a condenação daquele que ocupa ou tem a posse exclusiva de determinado bem ao pagamento de valores pelo seu uso exclusivo, todavia, descabido o pagamento direto à outra parte litigante. O valor a ser pago é, em verdade, devido à universalidade instaurada, valor representativo de verdadeiro fruto civil decorrente do bem em questão. Fruto que deve ser incorporado em toda sua extensão à universalidade instaurada.

No que concerne ao *quantum* a ser pago pela utilização exclusiva do bem, também não nos resta dúvidas de que será devido por aquele que individualmente exerce a posse do montante integral correspondente a 100% do valor que seria devido caso a coisa fosse locada a terceiros.

Com isso, os frutos se uniriam à universalidade e posteriormente seriam partilhados na exata proporção devida a cada qual das partes que integram os polos da demanda, em igualdade com o que efetivamente ocorre em processos de inventário e partilha junto aos Juízos de Sucessões.

Evitaríamos, deste modo, chicanas processuais e locupletamentos indevidos de toda a sorte.

4. Conclusão

Levantado o quadro fático e jurídico que abraça a *quaestio* objeto deste estudo, entendemos que o estado de coisas não pode permanecer sem solução.

Pretendemos buscar solução juridicamente possível para o enfrentamento do problema hoje existente e que, a nosso ver, ainda não restou solucionado pela doutrina e jurisprudência de forma adequada.

Considerando que o locupletamento indevido representa um dos maiores estigmas sociais mais graves existentes, não podemos fechar os olhos para o que efetivamente vem ocorrendo em inúmeros Juízos de Família em todo o território nacional.

Não podemos aceitar que qualquer das partes que esteja envolvida em litígio judicial seja prejudicada pela morosidade e complexidade inerente ao feito. Devemos sempre buscar soluções para não só dar efetividade ao processo, devemos buscar soluções para que enquanto seja necessário durar o processo não ocorram lesões outras em decorrência do simples fato de existir um processo.

Neste diapasão, serve o presente estudo como fonte para uma possível mudança na ótica e no proceder frente à *quaestio* aqui aventada.

Assim sendo, considerando a existência de bens comuns incontroversos a serem partilhados, entendemos que estes bens, que são de forma incontroversa patrimônio comum a ser partilhado, devem ser vistos como verdadeira universalidade de bens e, como tal, incidentes serão todas as regras e normas incidentes sobre toda e qualquer universalidade.

Logo, aquele que tem a posse exclusiva de bem incontroversamente incomum deverá depositar em Juízo o valor devido pela utilização da coisa, como se terceiro fosse e em sua integralidade desde o momento em que se iniciou a posse exclusiva até ultimar-se a partilha.

Os valores eventualmente pagos, na condição de frutos civis que são, somam-se ao acervo universal e serão também rateados em partilha de forma justa e dentro das proporções dos quinhões estabelecidos a cada qual das partes pelo Juízo competente ao julgamento da causa.

Não esperamos resolver toda a problemática fática e jurídica que envolve o tema. Todavia, acreditamos que ao mínimo estamos contribuindo para que soluções sejam buscadas, mesmo que não seja o caminho traçado netas linhas o escolhido pelos futuros julgados.

Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Código Civil*. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 set. 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. *Direito de Família*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 211/212.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o Novo Código Civil*. São Paulo: Del Rey.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva. vol. 5.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A Família no Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Bookseller.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família – Curso de Direito Civil*. São Paulo: Renovar.

LÔBO, Paulo. *Famílias*. São Paulo: Saraiva.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Bookseller.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva. vol. 7.

PAULO FILHO, Pedro; PAULO, Aparecida de Castro Rangel. *Novo Direito de Família*. São Paulo: Bookseller.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Forense. vol. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense. vol. XX.