

Disputa de bens na separação de fato do casal.

EUCLIDES DE OLIVEIRA

Juiz aposentado do 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

Meu bem, meus bens.

Casamento é ato de amor, não um jogo de interesses patrimoniais. Desde o mágico momento inicial em que prepondera a atração física ("amor à primeira vista), desenvolve-se natural afeição entre os enamorados, com amadurecimento e desponte na união de vida a dois, podendo oficializar-se pelo cerimonial da lei.

Para que o casamento perdure e se torne realmente uma união feliz, necessita do cultivo de mútua afeição. Há de subsistir entre os cônjuges a *affectio societatis*, na busca de realização do projeto de vida familiar que envolve, também, a conquista de um patrimônio comum ("quem casa quer casa").

Desde os bens que cada um traz para o enriquecimento do lar, até os adquiridos na constância da vida em comum, múltiplos interesses se põem em confronto, seja quanto à administração do patrimônio ou no que respeita a atos de disposição.

Disso cuida a lei ao prever modelos de regimes matrimoniais de bens. Deixa aos nubentes certa margem de escolha, pela celebração do pacto antenupcial, mas contempla regras básicas que devem ser observadas, sob pena de se considerarem não escritas (CC, arts. 256 e 257). Na falta de contrato, aplica-se o regime da comunhão

parcial de bens (CC, art. 258). Tudo o que for adquirido durante o casamento, a título oneroso, pertence a ambos os cônjuges.

Mas na hora em que cessa a mútua afeição, quando vira cinzas o fogo do amor, abre-se campo, não raro, a lamentáveis guerrilhas domésticas. A controvérsia poderá crescer e se avolumar em caso de dissolução da sociedade conjugal, pela incontornável disputa na partilha dos bens amealhados.

Nesse entretanto, ainda, não raro acontece de virem os cônjuges a romper a vida em comum, mantendo-se casados apenas no papel. O homem larga da mulher, ou esta simplesmente sai de casa. Cada qual passa a viver sozinho, ou quem sabe se une a outra pessoa, mantendo, no entanto, o primitivo laço conjugal.

Nessa situação, cessada a convivência entre marido e mulher, e a partir desse tempo, como ficarão os bens adquiridos individualmente pelos separados de fato? Aplica-se a eles o regime de bens adotado por ocasião do casamento? Haverá partilha igualitária de tais bens se vigorava o regime da comunhão?

São questões difíceis, das mais tormentosas no estudo dos efeitos materiais do casamento. Põe-se em confronto, de um lado, a regra legal de que o regime de bens somente termina com a dissolução da sociedade conjugal e, de outro, o princípio jurídico do não enriquecimento sem causa, desdobramento da justiça como sinônimo de “dar a cada um o que é seu”, a exigir, sob este aspecto, que não se reparta, com o cônjuge separado, aquilo que o outro adquiriu com esforço exclusivamente próprio.

Término da comunhão de bens

Os efeitos da separação judicial se operam a partir do trânsito em julgado da sentença que julgar a separação ou a da decisão que tiver concedido a separação cautelar (Lei nº 6.515/77, art. 8º). Cessam os deveres pessoais, de fidelidade e de coabitação, e também o regime patrimonial, de modo que finda, inexoravelmente, a regra da comunhão de bens no casamento desfeito.

Os fundamentos desse dispositivo repousam na presunção de colaboração entre os cônjuges na formação de seu patrimônio, enquanto casados e mantendo a vida em comum. Os bens pertencem aos dois porque adquiridos pelo esforço conjunto, o que se presume pelo só fato da convivência. Desde o momento em que a sociedade conjugal deixa de existir, claro está que também desaparece o regime patrimonial entre os descasados. A mesma consequência se dá, em caráter retroativo, desde que autorizada a separação de corpos (alvará judicial). Daí ser possível afirmar que refogem à partilha, pelas mesmas razões, os bens adquiridos individualmente por este ou aquele cônjuge, sem mútua colaboração, após longo tempo de separação de fato do casal, mesmo sem prévia medida cautelar.

Entende-se por separação de fato a ruptura da vida em comum, em caráter prolongado e contínuo, que denote intenção de rompimento da sociedade conjugal. Prolongando-se por mais de um ano, serve de motivo para separação judicial, independentemente de quem seja o cônjuge culpado (Lei nº 6.515/77, art. 5º, § 1º). Se superior a dois anos, motiva o divórcio direto (Lei nº 6.515/77, art. 40). Trata-se de quebra do dever de coabitação, praticada por um ou por ambos os cônjuges, independentemente de autorização judicial.

O regime da comunhão pressupõe efetiva convivência do marido e da mulher, fazendo presumir a colaboração na aquisição dos bens, se o regime era o da comunhão. Diante da separação de fato, cada um passando a agir isoladamente na prática do esforço para aumento do patrimônio, não faz sentido, a não ser por puro rigor formal, exigir

partilha dos bens dos separados de fato, especialmente quando já tenham novas uniões.

Como assinala SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, criticando a posição de resistência em admitir cesse a regra da comunhão após prolongada e indiscutível separação de fato, *“se o essencial desapareceu, ou seja, o amor, o respeito, a vida em comum, o mútuo auxílio, que sentido de justiça há em privilegiar o secundário, que é o prisma puramente financeiro, patrimonial, material, econômico?”*⁽¹⁾

Sem sociedade não há comunhão

Essas lições foram bem lembradas em acórdão da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, relator des. SILVÉRIO RIBEIRO, ressaltando: *“...não coaduna com os princípios de Justiça efetuar a partilha de patrimônio auferido por apenas um dos cônjuges, sem a ajuda do consorte, em razão de separação de fato prolongada, situação que geraria enriquecimento ilícito àquele que, de forma alguma, teria contribuído para a geração de riqueza. O fundamental no regime da comunhão de bens é o animus societatis e a mútua contribuição para a formação de um patrimônio comum. Portanto, sem a idéia de sociedades e sem a união de esforços do casal para a formação desse patrimônio, afigurar-se-ia injusto, ilícito e imoral proceder ao partilhamento de bens conseguidos por um só dos cônjuges, estando o outro afastado da luta para a aquisição dos mesmos”*.⁽²⁾

A casuística se estende a inúmeras situações que deixam patente o sentido do justo em não mais aplicar regras de comunhão de bens quando falte, entre os cônjuges separados de fato, aquele vínculo associativo inerente à constância da vida em comum. Não raro a aquisição de determinado bem se dá com a ajuda de terceiro, com quem o separado passou a viver maritalmente.

Assim, em caso de pedido de alvará para alienação de bem não mencionado no processo de divórcio, comprovada a aquisição pela mulher após a separação de fato do casal, sem qualquer contribuição do marido, o tribunal entendeu que não houve comunicação de referido bem, o que autoriza sua venda pela titular, pois *“os bens adquiridos por um dos cônjuges, no período de comprovada separação de fato, não se comunicam, independentemente do regime”*.⁽³⁾

De igual forma, em hipótese de bem recebido pela mulher por herança paterna, após vários anos de separação, entendeu-se não caber ao marido qualquer direito de meação sobre aquele quinhão hereditário.⁽⁴⁾

Mesmo em caso de bigamia, não obstante a nulidade do segundo casamento, admitiu-se meação exclusiva do bem pela segunda mulher, já que a primeira se achava separada de fato do marido há muitos anos, sem qualquer colaboração na aquisição do patrimônio em disputa. Na fundamentação do acórdão constou que *“a lide deve ser solucionada não pelo dogma da moralidade do matrimônio, mas sim pelo direito das obrigações...”* e que decorre da *“juridicidade da coabitação e pela lógica do sentido familiar”* inerente à segunda união, quando adquiridos os bens.⁽⁵⁾

⁽¹⁾ *“Tendências Modernas do Direito de Família”, RT 628/30.*

⁽²⁾ TJSP, 3ª Câm., Ap. Cível nº 188.670-1/4, j. 11.05.93, v.u. No mesmo sentido: TJSP, 7ª Câm., Ap. Cível nº 170.028-1, rel. CAMPOS MELLO, v.u., j. 05.08.92, *RJTJ/ESP* 141/82. Confirmando a tese: STJ, 4ª Turma, REsp. nº 86.302/RS, rel. min. BARROS MONTEIRO, j. 17.06.99, v.u.

⁽³⁾ TJSP, 1ª Câm. de Direito Privado, Ap. nº 53.656-4, rel. LAERTE NORDI, j. 08.09.98, v.u., *JTJ* 213/9.

⁽⁴⁾ TJSP, 8ª Câm. de Direito Privado, Ap. Cível nº 6.994-4, rel. CESAR LACERDA, j. 11.02.98, v.u., *JTJ* 213/17.

⁽⁵⁾ TJSP, 3ª Câm. de Direito Privado, Ap. nº 041.784-4/1, rel. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, j. 11.08.98, v.u., *RT* 760/232.

Do Superior Tribunal de Justiça colhem-se reiterados julgamentos nesse mesmo tom de incomunicabilidade dos bens em casos de longa separação de fato do casal, sempre em resguardo ao princípio de que o casamento, *“para dar azo aos efeitos jurídicos do regime matrimonial estabelecido, pressupõe coabitação. Sem convivência, inexistente casamento gerando direitos e obrigações”*.⁽⁶⁾

Como bem pondera TEREZA ARRUDA ALVIM, em lúcido parecer sobre o tema, *“a ratio essendi das regras relativas à comunhão de bens entre cônjuges é a existência real e concreta da vida em comum”*, por isso que *“carece de sentido, quer jurídico, quer moral, aplicar-se um regime de comunhão a um ‘casal’ que nem mais ‘casal’ é, ou era, por ausência absoluta de affectio maritalis...”*. Anota que *“a doutrina e a jurisprudência mais atuais têm propendido, embora às vezes de forma não expressa, a estabelecer uma diferenciação nítida entre o casamento que existe formalmente e de fato (= casamento formalizado + vida em comum) e o casamento que não existe, senão formalmente”*.⁽⁷⁾

Com efeito, já não há contemplar regras de comunhão quando *“a separação de fato representa a ruptura do elemento ético”* no casamento.⁽⁸⁾

Dar a cada um o que é seu

Trata-se, simplesmente, de aplicar a Justiça, dando-se adequada resposta aos casos concretos, como bem justifica MARIA ARACY MENEZES DA COSTA, após lembrar as diversas tendências da jurisprudência, relativamente ao regime de bens na separação de fato. Ressalta que a regra quanto ao momento para cessação do regime de bens é a separação judicial. Mas subsiste a exceção da separação de fato, que, não sendo eventual nem provisória, merece atenção do julgador, para que não se comuniquem os bens adquiridos durante esse tempo.⁽⁹⁾

Nas sábias palavras de ROLF MADALENO, *“o animus dissociativo da sociedade conjugal, rota pelos corpos e espíritos que se afastam e dispersam, quando os casados se desgarram, confere ao ato da fática separação efeitos que se operam tão sólidos como se da própria separação já se antecipasse”*.⁽¹⁰⁾

Em suma, ressalvado o entendimento da doutrina tradicional que, apegado à regra da irrevogabilidade do regime de bens (CC, art. 230), via no casamento subsistência de todos os efeitos matrimoniais enquanto não ocorresse a sua efetiva dissolução,⁽¹¹⁾ tem-se a concluir, na esteira dos precedentes e dos ensinamentos mais atuais, que não faz sentido perpetuar a regra da comunicabilidade dos bens diante de casamento que já se encontre desfeito na prática, pela separação de fato do casal, sob pena de indébito locupletamento do cônjuge que não deu colaboração ao ato aquisitivo do patrimônio acrescido.

⁽⁶⁾ REsp. nº 86.302/RS, 4ª Turma, rel. min. BARROS MONTEIRO, j. 17.06.99, v.u., lembrando precedentes: REsp. nº 60.820-1/RJ e REsp. nº 127.077/ES, relatados pelo min. RUY ROSADO DE AGUIAR.

⁽⁷⁾ *“Menção de patrimônio adquirido por um dos cônjuges durante a separação de fato”*, parecer na Revista de Processo 70/166.

⁽⁸⁾ MOURA, Mario Aguar. *“Separação de fato dos cônjuges e efeitos do regime de bens”*, Repertório IOB de Jurisprudência nº 12/91, p. 252. Sua conclusão: *“Se qualquer dos cônjuges adquire bens, a título oneroso ou a gratuito, os bens deverão pertencer-lhe com exclusividade, não entrando no elenco dos bens, porventura comunicáveis, por terem sido adquiridos ao longo do casamento íntegro”*.

⁽⁹⁾ *“O regime de bens na separação de fato”*, Ajuris nº 68/191.

⁽¹⁰⁾ *“Casamento - Regime de bens. Efeito patrimonial da separação de fato”*, RJ 234/5.

⁽¹¹⁾ Para EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, invocando lições doutrinárias, os efeitos do casamento prosseguem até a separação ou o divórcio judicial, não gerando efeito algum a mera separação de fato (*“Aquisição de bens durante a separação de fato”*, Revista de Direito Civil nº 59/139).