

**“a nova lei do concubinato e seus reflexos no mercado imobiliário”**

**Palestra proferida no V Encontro Nacional de Advogados do Mercado Imobiliário, Rio de Janeiro, em 05/12/96**

LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES

*Juiz do Tribunal de Alçada Cível - RJ*

*Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense*

**SUMÁRIO:**

I - Premissas Gerais sobre a União Estável (Lei nº 9.278/96). Os Enunciados dos Juízes Cíveis, de Família e Orfanológicas do Estado do Rio de Janeiro.

II - A aquisição da propriedade dos imóveis pela transcrição e a constituição dos direitos reais sobre coisa alheia imóvel por seu registro. A relevância da hipoteca no mercado imobiliário.

III - Concessões à boa-fé do terceiro adquirente, na doutrina e na jurisprudência.

IV - A constituição de direitos reais sobre imóveis e a segurança das relações jurídicas. O Registro Imobiliário.

V - Aqueles direitos e as situações de fato. Inconciliabilidade entre sua constituição e estas.

VI - O condomínio da Lei nº 9.278/96 e a transferência de direitos sobre imóveis.

VII - Repercussões da nova Lei em matéria locatícia: na fiança, na outorga de vênua para as ações reais imobiliárias e outras.

VIII - A posse e a união estável. O casamento e a propriedade.

**I - Premissas Gerais da Lei sobre a União Estável (Lei nº 9.278/96). Os Enunciados dos Juízes Cíveis, de Família e Orfanológicas do Estado do Rio de Janeiro**

1. Visou a nova Lei, como dispõe sua ementa, a regular o § 3º do art. 226, da Constituição Federal, que reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade famílias, devendo a norma facilitar sua conversão em casamento.

Prescreveu, no art. 1º, ser reconhecida como tal a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família. Discriminou, no art. 2º, direitos e deveres iguais dos conviventes, estabelecendo, no art. 5º, que "os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum,

passando a pertencer a ambos, em condomínio em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito". Ressalvou, no § 1º, cessar a presunção, se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. No § 2º, fixou competir a administração do patrimônio comum dos conviventes a ambos, salvo também estipulação contratual adversa.

No parágrafo único do art. 7º, que previu a dissolução da união estável por rescisão, com efeitos alimentares, instituiu, em caso de sua extinção por morte de um dos conviventes, o direito real de habitação, enquanto o outro viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Prescreveu, no art. 8º, poderem, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer os conviventes a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

2. Em saudável labor de exegese construtiva, sob a iniciativa do pranteado Desembargador PAULO ROBERTO DE AZEVEDO FREITAS, Juízes do Estado firmaram Enunciados em torno da Lei, divulgados no Aviso nº 137/96, da Corregedoria-Geral da Justiça.

No tocante à temática da exposição, destaquem-se os seguintes:

nº 1: "A Lei nº 8.971/94 está ab-rogada pela Lei nº 9.278/96, tendo em vista que regulou inteiramente toda a matéria tratada na lei anterior (art. 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil) (maioria)."

nº 2: "É indispensável a convivência sob o mesmo teto, *more uxorio*, para caracterização da união estável (maioria)."

nº 3: "A circunstância de serem um ou ambos os conviventes separados de fato do respectivo cônjuge descaracteriza a estabilidade da união (maioria)."

nº 4: "Considerando o ideal de uniformização dos entendimentos judiciais, indica-se o prazo de 5 (cinco) anos, consagrado pela consciência jurídica nacional e por diversos textos legais, como critério para a configuração da convivência duradoura, salvo quando as peculiaridades de cada caso concreto recomendarem o contrário (maioria)."

(...)

nº 6 - "Os efeitos patrimoniais decorrentes da Lei nº 9.278/96 somente se verificam a partir da sua vigência para resguardar o direito adquirido na ordem jurídica anterior (maioria)."

nº 7 - "O art. 8º da Lei nº 9.278/96 (que trata da conversão da união estável em casamento) não é auto-aplicável (unânime)."

## **II - A aquisição da propriedade dos imóveis pela transcrição e a constituição dos direitos reais sobre coisa alheia imóvel por seu registro. A relevância da hipoteca no mercado imobiliário.**

3. Constitui modo primacial de aquisição da propriedade imóvel entre vivos, em nosso Direito, a transcrição do respectivo título de transferência no Registro Imobiliário (art. 530, I, do Código Civil), dando-se o mesmo com os direitos reais sobre imóveis alheios (art. 676, do Código citado).

Tem-se conhecimento da controvérsia suscitada, após a promulgação do Código Civil, no tocante à eficácia da transcrição, se absoluta, como no sistema germânico, ou relativa, como veio a preponderar, podendo o registro ser desconstituído, deixando de prevalecer se se trata de aquisição *a non domino*, ou, de modo geral, não corresponde à realidade do título (cf. a sintética e conclusiva exposição do Prof. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, in "Curso de Direito Civil", Freitas Bastos, vol. VI, 3ª ed., págs. 524 e segs.). Neste caso, a regra do art. 859 de presumir-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu, cede diante de prova em contrário, o que não põe a salvo de reivindicação do verdadeiro dono o terceiro adquirente de boa-fé (cf. as conclusões do Prof. CLÓVIS PAULO DA ROCHA, em sua magnífica tese de cátedra, "Eficácia da Transcrição").

4. Sabe-se, por outro lado, da relevante função desempenhada pela hipoteca no sistema imobiliário, a partir da ciência de que o próprio sistema registral deve, dentre suas razões de ser, permitir ser ela constituída, com segurança para terceiros (cf. a citada tese), além de que a primeira lei publicitária, no Direito brasileiro, de nº 1.1237, de 24/09/1864, tinha, dentre seus pontos substanciais, dispor sobre a inscrição da hipoteca, convencional ou legal (cf. SERPA LOPES, ob. cit., pág. 524).

Hoje, mais se destaca sua função de estimular o crédito para a aquisição de moradias pelo especial relevo que se lhe concede na Lei nº 4.380/64 (Sistema Financeiro da Habitação), Lei nº 4.864/64 (de estímulos à construção civil) e consectários (cédula hipotecária, Decreto-Lei nº 70/66), com a execução extrajudicial, pelo agente fiduciário, daqueles créditos, e as modificações introduzidas no sistema pela Lei nº 8.004/90 e, recentemente, pela Medida Provisória nº 1.520, de 24/09/96, visando regularizar os proliferados "contratos de gaveta", todos tendo por objeto transmissões de direitos sobre imóveis adquiridos mediante financiamento garantido por hipoteca.

Vê-se daí a relevância do tema.

## **III - Concessões à boa-fé do terceiro adquirente, na doutrina e na jurisprudência.**

5. A par da corrente que sustentou, entre nós, após a vigência do Código Civil, inspirá-lo a corrente germânica de eficácia absoluta da transcrição, que punha a salvo de reivindicações o terceiro adquirente de boa-fé (ALMEIDA PRADO, ARNOLDO MEDEIROS, FILADELFO AZEVEDO, LISIPO GARCIA, colocando-se em dúvida mesmo a posição de CLÓVIS BEVILÁQUA - cf. SERPA LOPES, *ibidem*, pág. 529 e nota 31 ), hodiernamente, por força da segurança reclamada dos cadastros registrais, sobretudo em zonas populacionais de grande densidade, os Tribunais, vez por outra, admitem prevalecer o que deles constou, mesmo em face do verdadeiro dono, em prestígio à boa-fé do adquirente.

Conforme, dentre outros, o aresto da Eg. 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de nosso Estado, Relator o saudoso Desembargador RENATO MANESCHY, invocando as lições dos juristas pátrios citados, acolheu-se a inteligência, em torno do art. 859 do Código Civil, de gerar o registro de promessa de venda de lote, cuja averbação foi posteriormente cancelada, presunção *iuris et de iure* em favor do promitente-comprador.

Recentemente, o Eg. Superior Tribunal de Justiça, em sua 4ª Turma, Relator o Ministro FONTES DE ALENCAR, ao julgar o Rec. Especial nº 53.480-1-SP, enunciou que "o terceiro adquirente do imóvel, a título oneroso e de boa-fé, não é alcançável por decisão em processo de que não fora parte" (Ementa nº 75.905, in ADV - Jurisprudência, Informativo nº 43/96).

Fundam-se aqueles julgados na inviabilidade da reivindicação do bem imóvel dado em pagamento indevido, alienado em boa-fé, por título oneroso, a terceiro pelo *accipiens* (art. 968 do Código Civil).

#### **IV - A constituição de direitos reais sobre imóveis e a segurança das relações jurídicas. O Registro Imobiliário.**

6. Fez o Direito brasileiro a opção pelo sistema registral, de proveniência germânica, em lugar da constituição daqueles direitos por via do contrato, como, de modo geral, no Direito francês, italiano e português, em que não se dispensa, todavia, sua divulgação, tendo em vista conferir o primeiro segurança no tocante à instituição daqueles direitos (neste sentido, cf. ainda a tese do Prof. CLÓVIS PAULO DA ROCHA, a obra cit., de SERPA LOPES e seu "Tratado dos Registros Públicos", Freitas Bastos, vol. 1, 5ª. ed., págs. 27 a 88). Sem contar a lição de CLÓVIS BEVILACQUA ("Direito das Coisas", For., 5ª ed., págs. 321 e segs.), que ao Registro de Imóveis se reporta como "aparelho de publicidade refletindo as mutações da propriedade e as modificações dos direitos reais".

Daí seu valor jurídico-social, refletido nos atributos, que o consagram como modo de aquisição de imóveis entre vivos e de constituição e transferência de direitos reais sobre imóveis alheios, provando-os e ao domínio, legalizando, desta forma, os atos constitutivos e translativos de direitos reais.

## **V - Aqueles direitos e as situações de fato. Inconciliabilidade entre sua constituição e estas**

7. Com ressalva do usucapião que, pela posse prolongada no tempo, conduz à aquisição do domínio e de direitos reais, a constituição destes, pelos requisitos de segurança que reclama, não se compadece com a exclusiva situação de fato, sempre pendente de prova, difícil e controvertida por vezes, sob pena de não infundirem certeza àqueles.

Desta forma, fazer o domínio carecer de comprovação de uma convivência prolongada equivale a torná-lo instável para fins de sua transferência e de constituição, sobre ele, de direitos reais em favor de outros.

Menos tranqüila se revela a posição de quem adquire de homem ou mulher, solteiros, divorciados ou viúvos, relativamente aos quais poderá sobrevir alegação e prova de união estável.

Nesta hipótese, segundo o art. 5º da Lei nº 9.278/96, reputam-se os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união e a título oneroso, fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio em partes iguais, salvo estipulação contratual.

Se terceiro adquiriu apenas de um deles, e poderia tê-lo feito, sobrevindo, porém, o reconhecimento da união estável, durante a qual foi o bem adquirido em nome do convivente alienante, uma vez formado o condomínio, legal, poderia o condômino, por força dos arts. 524 e 623, II, do Código Civil, dele reivindicá-lo ou a boa-fé, que confiou no registro, seria apta a deter a reclamação?

Em suma, nesta hipótese, surtiria o registro eficácia absoluta ou, continuaria, consoante jurisprudência prevalente, a produzi-la de forma relativa, de sorte a ensejar ao verdadeiro dono a reivindicação da coisa?

Vê-se, pois, que a instituição de um condomínio legal, obrigatório, sobre cuja dissolução não se dispôs, dependente de comprovar-se situação de fato, torna suscetíveis de impugnação transferências legitimamente realizadas em face do Registro.

Esta verificação serve para mostrar certa inconciliabilidade entre o direito derivado de comunhão que, no casamento, se origina, no regime comum, do vínculo criado pelo ato jurídico, e sua constituição derivada apenas de situação fática, pendente de comprovação.

Perdem o registro e a constituição do domínio a segurança que deles se exige e lhes é inerente.

## **VI - O condomínio da Lei nº 9.278/96 e transferência de direitos sobre imóveis**

8. Como se expôs, a lei trouxe insegurança, incompatível com a estabilidade que se requer das relações jurídicas nas transmissões de direitos imobiliários, com a instituição de condomínio que não decorre de situação jurídica, mas exclusivamente fática.

Sequer supriria esta lacuna exigir-se do alienante declaração de não conviver em união estável nem de testemunhas no mesmo sentido, eis que, se direito tem o outro convivente quanto a bem sobre que recaia condomínio, na forma do art. 5º da lei, poderá ele, como emanção de seu direito, reivindicá-lo de terceiro.

Diga-se o mesmo no tocante à constituição de outros direitos reais e, neste passo, menciona-se a hipoteca, pela relevante função desempenhada no mercado imobiliário. Seria ineficaz por ser indivisível, se constituída sem o assentimento do condômino (art. 757 do Código Civil: "a coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos ...")

Do mesmo matiz seriam as conseqüências relativamente às promessas de venda, cessões e respectivas promessas, de imóveis, que se afigurariam, no mínimo, ineficazes em relação ao condômino que delas não participou, não ensejando a adjudicação compulsória do contrato prometido.

Percebe-se, uma vez mais, a inconciliabilidade entre situações jurídicas, a reclamarem definição, originárias de um título, ato constitutivo ou translativo dos respectivos direitos, e mera situação de fato, que não pode infundir aquele efeito.

A admissibilidade, pois, de um condomínio dela decorrente, com repercussões ulteriores, rompe o nível de segurança conferido ao mercado imobiliário pelo modo tradicional de constituição e transferência dos direitos reais.

## **VII - Repercussões da nova lei em matéria locatícia: na fiança, na outorga de vênua para as ações reais imobiliárias e outras.**

9. Fáceis são dessumirem-se aquelas conseqüências em sede de locação. Inicialmente, no tocante à fiança, já não bastaria sua outorga pelo fiador que se enquadrasse nas disposições da lei. Não se sabe se imóvel seu poderia ser alvo de excussão, na hipótese de invocar-se união estável.

Diga-se o mesmo relativamente ao ajuizamento de ações reais imobiliárias. A própria locação depende, a teor do art. 635 do Código Civil, da anuência do condômino.

Sempre, pois, que esteja em jogo bem imóvel de quem se qualifique como possível de figurar em união estável, haverá a incerteza no concernente à disposição de faculdades inerentes ao domínio, apenas por si.

## **VIII - A posse e a união estável. O casamento e a propriedade.**



10. Tem-se traçado certo paralelismo entre o concubinato e a posse. Em excelente estudo sobre "O Casamento antes do Concílio Ecumênico de Trento", in "Revista de Direito do Ministério Público do antigo Estado da Guanabara", vol. 20, págs. 11/20, o Prof. CLÓVIS PAULO DA ROCHA, após assinalar as opiniões de ARANGIO-RUIZ (*Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed., pág. 420), do Desembargador e Professor EBERT CHAMOUN ("Da Natureza Jurídica do Matrimônio", Revista Forense, vols. 183, 184 e 185), do Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES ("Direito Romano", vol. II, pág. 348, 1966 - Borsoi) de que era o matrimônio em Roma uma situação de fato, que se iniciava sem quaisquer formalidades, assinala, com outras referências:

"Cabe aqui salientar que, na evolução histórica, o casamento, o contrato e a transmissão da propriedade se cruzam, deixando marcadas influências recíprocas. Foi no direito canônico que a doutrina contratualista, que surgiu em oposição à doutrina da *copula carnalis*, como informa ANGELO DE VICENTI (*La Giurisdizione Ecclesiastica e Laica in Materia Matrimoniale*, pág. 9), estudou profundamente o consentimento e identificou o consenso com o contrato, permitindo, mais tarde, aparecer o conceito de SAVIGNY, considerando contrato todo o acordo de vontades para criar relações jurídicas de qualquer espécie."

Continuando:

"A identidade da transmissão da propriedade imóvel e do matrimônio através de banhos nas missas paroquiais é outra circunstância digna de ser mencionada, embora a matéria seja objeto de outros estudos."

11. Não se pode, pois, desprezar certo paralelismo entre posse e concubinato (ou, na dicção constitucional, união estável), e casamento e propriedade e, por via de conseqüência, a constituição de direitos reais que, no caso, têm origem nos respectivos Registros.

Pretender, pois, aplicar aos efeitos dos direitos conseqüências da posse, assim como do casamento à união estável, pode resultar em desequilíbrio do regime jurídico de ambos, confundindo-os com repercussões desfavoráveis em seus conceitos e derivações.

As situações fáticas devem ser tratadas no plano em que se situam. Os direitos, no das relações jurídicas geradas.

(in **Seleções Jurídicas, ADV-COAD, Fevereiro/97, págs. 29/32**)