

As relações fora do casamento e a nova ordem jurídica

SERGIO *COUTO*
Editor Jurídico - COAD

SUMÁRIO

1. A subsistência da Súmula 380 do STF. **2.** A irretroatividade da Lei 9.278, de 1996, sob a ótica do Pretório Excelso e sua iminente revogação. **3.** A tormentosa questão possessória. **4.** Conclusão.

1. A Súmula 380 do STF

Com todas as vênias, parece-nos que há uma posição equivocada que se vem manifestando notadamente no tribunal gaúcho, ao qual sempre rendemos homenagens pela linha filosoficamente avançada e erudita que adota ao julgar casos momentosos e controvertidos sobretudo na área de família. E essa observação a fazemos, singular e respeitosamente, porque bem conhecemos a estirpe dos eminentes membros que integram os órgãos julgadores especializados na matéria.

Efetivamente, não se pode admitir a presunção legal do esforço comum para a aquisição de bens que dispensa a prova da efetiva contribuição, ficando em condomínio os bens adquiridos onerosamente na constância da relação concubinária.

Sustenta o tribunal gaúcho: "Ante a Carta Magna vigente, que reconheceu a união estável como entidade familiar, está revogada a Súmula 380 do STF, sendo prescindível a comprovação de contribuição efetiva de qualquer dos conviventes para a aquisição do patrimônio comum." (Ap. Cív. 597.083.468, sendo relator o Des. ELISEU GOMES TORRES.)

Queremos crer, pelo senso agudo de justiça que norteia esse ínclito julgador, que o caso concreto revela que as partes mantiveram relação estável prolongada, por quase duas décadas, e essas peculiaridades pareciam haver influenciado o julgamento. Sucede que no interior do julgado sub *examen* encontramos precedente indicado pelo mesmo relator, que assinala, sem rebuscos:

"Assim, irrelevante a alegação contida no recurso, no sentido de não haver nos autos qualquer prova acerca da participação da recorrida na aquisição dos bens, durante a vigência da união. Tal exigência não é feita aos cônjuges e, por conseguinte, não pode ser feita aos conviventes. Aplica-se a estes últimos o regime legal de bens, devendo ser partilhado em igualdade o patrimônio comum."

Essa posição, que reconhecemos uníssona nos rincões gaúchos, põe-se em manifesta dissidência com as Cortes paulistas e cariocas,

que sustentam a necessidade da comprovação do esforço, não escapando, ao Des. SYLVIO CAPANEMA, do Rio de Janeiro, a seguinte ilação na interpretação das implicações da Lei 9.278, com a qual nos alinhamos, *verbis*:

"É evidente que tal regime, que inclui tanto os bens móveis quanto os imóveis, só se aplica a partir da vigência da Lei 9.278. Assim sendo, aqueles bens adquiridos por um dos companheiros antes de 10 de maio de 1.996 não serão alcançados por esta presunção de esforço comum, não se considerando em condomínio, e sua partilha, entre os companheiros, uma vez dissolvida a união, obedecerá às regras do sistema antigo, **aplicando-se a Súmula 380 do STF, que exige a prova da efetiva contribuição para a aquisição.**

A lei atual só afasta a presunção e o sistema de condomínio em duas hipóteses: se os bens foram adquiridos com o produto da venda de bens anteriores ao início da união estável, ocorrendo, assim, uma sub-rogação real, ou se as partes, mediante contrato escrito, decidirem afastar os efeitos da referida lei."

Essa posição ajusta-se admiravelmente com a jurisprudência do Pretório Excelso, que até então não se havia manifestado em razão da recenticidade da Lei 9.278, até que o Min. MARCO AURÉLIO, em notável decisão de 7-3-98, fez espraiar o norte que tanto se esperava na tentativa da pacificação social ao considerar, embora em sede de despacho denegatório de recurso extraordinário, *in litteris*:

"Conquanto atendidos os pressupostos de recorribilidade, este extraordinário não está a merecer seguimento. Em primeiro lugar, registre-se que consubstanciam institutos distintos o casamento e o concubinato.

Tanto é assim que o § 3º do art. 226 da CF, tido como vulnerado pela recorrente, sinaliza no sentido de a lei facilitar a conversão da união estável em casamento. Por outro lado, na cláusula alusiva à proteção pelo Estado, não se tem tal igualação no campo patrimonial, com a partilha dos bens pelo simples fato de haver ocorrido a convivência comum. A referência à citada proteção e ao reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar não é conducente a, por si só, levar à conclusão sobre a meação. Assim é, porquanto, até mesmo no casamento, é possível a adoção do regime de separação total dos bens. **Logo, permanece íntegra a jurisprudência do STF revelada no teor do verbete nº 380 da respectiva súmula**, a saber:

Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Conforme consignado pela Corte de origem, a recorrente não logrou efetuar prova de haver concorrido para a formação do patrimônio do

recorrido, sendo certo que o que percebia era destinado à sua manutenção e a de seu filho.

Por tais razões, concludo que a decisão proferida é harmônica com a ordem jurídico-constitucional em vigor, razão pela qual nego seguimento a este recurso extraordinário."

2. Direito Intertemporal

E, no que respeita ao direito intertemporal, a 1ª Turma do Pretório Excelso, em decisão unânime relatada no RE 198.291-8-RS, pelo Ministro CELSO DE MELLO, não deixa dúvidas ao reafirmar ponto pacífico naquela Corte, segundo o qual:

"Os contratos submetem-se; quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento da sua pactuação. Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT547/21 5) - acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da CF."

O Pretório Excelso, portanto, proclama às expressas e definitivamente que, em matéria de direito intertemporal, é impossível aplicar-se lei nova a fatos pretéritos. As elucubrações, por mais respeitáveis, que se põem em contraste com o princípio referido, não têm qualquer validade científica e merecem ser desprezadas, data maxima *venia*. Seria um contra-senso advogar teses que se contrapõem aos princípios jurídicos adotados pelo STF pela sua manifesta inocuidade.

Ainda no que concerne ao direito intertemporal, é muito importante verificar-se o termo inicial da relação concubinária, não obstante as dificuldades que se apresentam na fixação desse lapso temporal, porque as circunstâncias que definem tal relação é matéria fática, de difícil aferição probatória. Há, porém, que se estabelecer paralelo com o casamento formal, no que respeita tão-somente às questões patrimoniais que têm sido uma *via crucis* para os aplicadores do Direito. Os princípios vigentes à época da celebração (união fática ou formal) é que deverão incidir na solução dos impasses futuros.

É claro que a decisão recente do STF ora noticiada põe os "pingos nos iis" na questão tormentosa de que estamos cuidando, reenfatizando a plena vigência da Súmula 380. E no que pertine ao direito intertemporal, antes referida como vimos, reafirma a posição do Pretório Excelso, inúmeras vezes manifestada nos casos particulares que lhes eram submetidas, valendo destacar luminoso acórdão relatado pelo Min. MOREIRA ALVES, em sessão plenária,

publicada em 9-3-90, com o pronunciamento de cada um de seus pares em judiciosas declarações de voto, que mereceu publicação integral nas Seleções Jurídicas ADV/COAD, de junho/90, pp. 15/31.

Impende acentuar, consoante o aresto mencionado, que a nossa Carta Magna fez insculpir o princípio da irretroatividade da lei, abrangente do direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. O princípio geral é de que as leis são editadas para regular situações futuras, sendo certo que é de considerar-se adequada a solução proposta por VICENTE RAO (*O Direito e a Vida dos Direitos*, Ed. 1952, pp. 459/460, onde aborda o direito de família frente ao direito intertemporal, fazendo distinguir os direitos pessoais puros, dos direitos pessoais relativos ou patrimoniais. Quanto aos primeiros, por envolverem normas de direito público, têm aplicação imediata (v.g. relações pessoais entre cônjuges, normas sobre pátrio poder, alimentos, tutela, curatela). No que concerne à segunda categoria (Direitos pessoais relativos ou patrimoniais), mas vinculados ao direito de família ou dele decorrentes, biparte sua qualidade: uns, cuja constituição a lei anterior deixava ao livre arbítrio das partes, por predominarem os interesses individuais; outros, são direitos em que prepondera o interesse social. Aí apresenta a solução:

"Os primeiros continuam submetidos à lei sob a qual nasceram, ao passo que os últimos são atingidos, em seus efeitos, pela lei nova, desde o momento em que esta entre em vigor."

Destarte, a lei que rege as relações pessoais entre os cônjuges, mormente no tocante aos direitos e deveres, tem aplicação imediata. **O mesmo não ocorre, no entanto, relativamente ao regime matrimonial, pois devem subsistir os princípios que o regeram, quando da celebração do casamento (ou no início da relação fática entre os concubinos). Trata-se de vínculo patrimonial, liberada que estava à vontade das partes para optarem por um ou outro regime.**

Insistimos que o início da relação concubinária precisa ser positivada, porque, a partir daí, desenha-se no futuro a configuração da união estável no período quinquenal estabelecido pelo legislador. O regime de bens e as condições da partilha em eventual desfazimento do tálamo, precisam ser instrumentalizadas em cartório, sob pena de militar a presunção legislativa da comunicabilidade, quando não era essa a intenção do convivente-proprietário(a), e que por isso não poderá reclamar de sua sorte, por quedar-se inerte.

É a insuspeitada opinião de PONTES DE MIRANDA, segundo a qual "a lei nova, que estabeleceu outro regime legal, ou que modifica o existente até então, não alcança os casamentos celebrados antes dela, **salvo regra explícita em contrário**" (*in Tratado de Direito Privado*, n° 8/893, p. 281.)

Não há dúvida de que, acompanhando a evolução social, a Constituição de 1.988 ampliou o conceito de família, abrangendo não somente a

originária do casamento, mas toda união estável entre homem e mulher. Contudo, a existência de concubinato não induz ao reconhecimento de uma sociedade de fato entre um casal, a fim de que, no caso de eventual separação, sejam repartidos os bens adquiridos durante a vida em comum.

O concubinato caracteriza-se pela união entre um homem e uma mulher que vivem juntos, **como se casados fossem, porém, sem o serem**. Se não são casados, é evidente, não estão legitimados a invocar os institutos de Direito de Família para proteção de seus direitos. Querer considerar a concubina meeira é o mesmo que equipará-la a cônjuge (mulher casada), que certamente é meeira, porque este é um dos apanágios decorrentes da união legalizada. A teor da Súmula 380 do STF, é preciso que a concubina demonstre cabalmente o seu esforço na formação do patrimônio cuja meação é reivindicada, porque, se isso não acontecer, não lhe assiste qualquer direito, porque a lei não pode conceder à concubina vantagens idênticas ou superiores as da mulher casada, o que constituiria flagrante injustiça e aberração jurídica. A paridade é defesa em lei.

Fundado nessas premissas, impõe-se a ilação que o constituinte de 1988 em momento algum equiparou as uniões estáveis ao casamento, tanto é que no art. 226, § 3º, deixou bem clara a dissimetria existente entre as duas figuras, quando declarou, sem vacilar, "... devendo a lei favorecer a conversão em casamento". Ora, se o constituinte protege a união estável, mas quer que a mesma seja convertida em casamento, é evidente, e muito evidente, que as situações são distintas e merecem, pois, tratamento diverso. Desse igual sentir manifesta-se o civilista EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE, que teve ocasião de enfatizar que, em recente Congresso realizado em Curitiba, teve a grata satisfação de ouvir do Senador JOSAPHAT MARINHO (atual relator do Projeto do Código Civil) que, "em momento algum o art. 226, § 3º, se referiu ao concubinato, mas tão-somente às uniões estáveis, ou seja, o que o constituinte protegeu foram as uniões fáticas **sem impedimento**, que, certamente, nada têm a ver com o concubinato, onde há impedimento ("como se casados fossem, porém, sem o serem"). Logo, não há como guindar estas uniões ao nível do casamento e, muito menos, daí fazer ilações capazes de colocar as duas realidades, essencialmente díspares, num só patamar. Penso que concubinato e união estável expressam a mesma coisa, tendo a mesma acepção. Não adianta o legislador criar uma figura nova como **união estável** se na prática tem a mesma conotação jurídica da figura velha designada como **concubinato**. Ora, se a relação concubinária reveste-se de todos os requisitos para a sua configuração, com a prova da mútua assistência prestada entre os companheiros, com relações afetiva, material, moral e de fidelidade recíproca, certamente, como sempre aconteceu à moda antiga, merecerá tal fato guarida dos Tribunais, sem que fosse preciso a criação de figuras novas e sofisticadas que nada expressam, tipo **entidade familiar** ou **união estável**, como justificativa para criar situações de desconfiança entre o casal, nas

relações longevas já existentes e nas novas em que impera o medo um do outro, em que o porvir pode significar algo tão desconfortável e ameaçador que é preferível negar, desde logo, a relação, no nascedouro, estabelecendo-se a gratuidade, a efemeridade e o "desacontecimento" da relação amorosa, o que é lamentável, constituindo elemento desestabilizador da família, mas que aos olhos do casal, (se assim pode ser considerado) tal postura é um imperativo indeclinável como elemento de segurança, eficaz e neutralizador contra as tentativas do golpe do baú, um em relação ao outro.

Nada mais desanimador ...

Reafirmamos, portanto, que a Constituição Federal de 1988, não equiparou a união estável ao casamento. A proteção e o reconhecimento ao concubinato já eram antes assegurados, e temos de reconhecer, tecendo loas aos nossos Tribunais, que muito se fez na elaboração de regras que compõem o mosaico assegurador da relativa paz social, porque, em verdade, em situações tais, não há vencedores, todos saem perdendo de uma certa forma.

Quando se discute a questão da partilha de bens, tem-se o balizamento constitucional da igualdade jurídica entre o homem e a mulher, tornando incidente a regra consubstanciada no art. 1.363 do Código Civil, que dispõe: "Celebram contrato de sociedade as pessoas, que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns". Esse dispositivo é por demais amplo, pode ser a sociedade entre dois homens, duas mulheres, e pode ser até entre dois homossexuais, e esta última já foi reconhecida em recente decisão pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

A sociedade de fato, portanto, pressupõe a realização de um trabalho conjunto para a aquisição do patrimônio comum. Há uma presunção relativa quanto à contribuição dos concubinos na construção do patrimônio, presunção esta que necessita ser demonstrada, sempre que negado o fato. A verdade é que a legislação, ao estabelecer uma nova ordem, estimula a pactuação, a instrumentalização por escrito com registro em cartório das condições gerais da convivência entre os companheiros, de molde a não existirem quaisquer dúvidas emergentes ao ensejo de eventual rompimento da relação, evitando-se a situação de perplexidade instalada no País após as Leis 8.971 e 9.278. Temos sustentado que essas leis jamais deveriam ter sido editadas, deixando ao prudente arbítrio dos magistrados a solução adequada aos interesses em conflito. Toda vez que o legislador atua nessa área sensível, por absoluto despreparo, lamentavelmente faz recrudescer as suas dificuldades, criando outras em um feroz encadeamento insuportável não só para os jurisdicionados, como para aqueles que têm a sagrada missão de administrar a Justiça. Sabemos que, em tema de família, cada caso é um caso, com sua peculiaridade. É um poderoso caleidoscópio social, com enormes conflitos de interesse em que o julgador é premido, por dever de ofício, a pronunciar-se, desatando as relações

controvertidas como se fosse um cientista social com poderes excepcionais de dizer o direito, máxime quando a legislação é precária e divorciada da realidade social.

3. Da Questão Possessória

Outra questão freqüente, diz respeito à presença da ex-concubina no imóvel, sobretudo quando tem filhos menores, apartando-se o companheiro do lar, rompendo definitivamente a relação amorosa.

Há nesse caso, por parte dos juízes de primeiro grau, tendência quase generalizada de, por motivos altruistas e generosos, manter-se a situação intacta, tal como se apresenta, no procedimento possessório, evitando-se a concessão da liminar com mandado de reintegração em favor do ex-concubino-proprietário(a) até que em ulterior decisão na ação de reconhecimento de sociedade de fato em que a ex-concubina postula a meação, seja o feito dirimido.

O curioso é que em qualquer hipótese, o **mandado de evacuando** torna-se um imperativo: ou, porque o ex-concubino(a) cumpre cabalmente o dever jurídico de atender às despesas pertinentes aos alimentos de seus filhos e deseja o imóvel questionado para reencetar nova relação, se for o caso, mesmo que seja uma meação; ou, diante do sucesso da ex-concubina(o) não havendo acordo, o imóvel é levado a hasta pública, que resultará, irrefragavelmente, na liquidação do imóvel, ressaltando-se às partes litigantes a metade de cada qual.

Os princípios jurídicos que presidem tal situação foram magnificamente expostos pelo Desembargador gaúcho TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO, que em trabalho sobre Comosse e Concubinato, estampado na AJURIS, nº 36/86, assim preleciona:

No caso de rompimento das relações amorosas , **o concubino dono do objeto da comosse mantém a relação possessória com a coisa. E a mantém com justo título, como a sempre teve. A causa eficiente de sua posse não estava na relação concubinária; sim, era reflexo de seu direito de propriedade. Por ser titular do domínio, é que possuía. Como mantém a titularidade dominical, continua possuidor com justo título, com causa eficiente. O concubino simplesmente comossuidor o era com causa eficiente fulcrada no concubinato. Extinto este, desaparece o justo título da posse, embora esta, como fato, se mantenha. Ressalta-se que a posse, sendo situação de fato, se mantém se a relação fática não for desfeita. De titulada, porém, passa a ser não titulada, visto não ter ocorrido qualquer causa de perda da posse, cujo elenco se encontra no art. 520 do CC. A única alteração operada, portanto, é que a posse passa a não ter causa eficiente.**

Posse que teve cessada sua causa é posse que deve ser desfeita, com a restituição da coisa. Assim, extinto o contrato de comodato, o comodatário, que ainda tem a posse da coisa, tem de restituí-la ao comodante.

A não-devolução do bem importa em se tornar a posse injusta, por precariedade, e de má-fé, por conhecimento do vício.

4. Conclusão

Voltando ao tema inicial e, agora, para finalizar com a necessária veemência: deixemos aos Tribunais, com sua experiência sedimentada, a solução dos conflitos decorrentes dos temas intrincados de família, pela inoperância das mencionadas leis que ainda estão em vigor e que resultaram de apressada elaboração por quem não é do ramo e aprovação igualmente açodada pelo Congresso.

Dois diplomas promulgados no intercurso de poucos meses, cada um mais desastrado do que o outro, o que bem mostra o nível dos que elaboram e dos que promulgam leis nos últimos governos, na oportuna observação do Prof. ANTÔNIO CHAVES (in *União estável, entre homem e mulher*, Seleções Jurídicas, ADV/COAD, agosto/96, pp. 10/16). E há, apesar disso, os que entendem - embora opiniões respeitáveis, conforme indicação do insigne Professor da USP "não se deve mais falar em concubinato, em sociedade de fato, são termos que têm de ser arquivados, assim porque quis o constituinte que seja a união estável entre o homem e a mulher considerada como entidade familiar". Mas como, se essas expressões subsumidas nas pretensões deduzidas em Juízo têm sido a inapartável, freqüente e invariável postura sempre constantes nas pautas de julgamento? Não se pode, simplesmente, olvidar num "passe de mágicas" a gritante realidade que transborda dos corredores febricitantes das Varas de Família, para adotar-se, desde logo, uma nova figura legislativa que é absolutamente inócua nos seus conceitos e conteúdo, abandonando a laboriosa e secular construção pretoriana. O Direito não pode afastar-se da realidade social que o inspira.

De qualquer maneira, por serem fáticas tais questões, cabe ao julgador a seu talante, discricionariamente, verificar cada caso, dando-lhe solução adequada, já muito bem equacionada pelo Código de 1916.

A prioridade agora é revogar as Leis 8.971 e 9.278, o que acontecerá brevemente, uma vez que o novo projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara. Esperamos, sinceramente, que o novo ordenamento possa garantir a tranqüilidade jurídica de que tanto necessita a família brasileira.

É preciso reverter o quadro de perplexidade instalado no país, sob pena de esboroarem-se (o que vem acontecendo) os pilares que sustentam a família, sem os quais a sociedade vai flutuar em direção ao nada, o que compromete os mais sagrados postulados da cidadania e do bom-viver.

(in “Nova Realidade do Direito de Família”, Coordenação Científica Sérgio Couto, Rio de Janeiro: COAD, Tomo 1, SC Editora Jurídica, 1999, p. 58/62)