

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.250.362 - RS (2011/0093097-9)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO

RECORRENTE : A S C K

ADVOGADO : GILTON COMPANHONI E OUTRO(S) - RS048684

RECORRIDO : A C K

ADVOGADO : CARLOS FERNANDO ARAGONEZ DE VASCONCELLOS E OUTRO(S)  
- RS050736

## VOTO-VISTA (VENCIDO)

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA: Pedi vista dos autos diante da manifesta divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de arbitramento de indenização pelo uso exclusivo da coisa imóvel comum durante o período compreendido entre a separação de fato e a realização da partilha efetiva dos bens do ex-casal.

Noticiam os autos que A. C. K. propôs ação de divórcio litigioso em desfavor de A. S. C. K., com quem casou em 30 de outubro de 1998 (certidão de casamento à e-STJ fl. 6), sob o regime da comunhão parcial de bens e de quem está separado desde abril de 2004. Na inicial, oferta R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a título de alimentos a cada um dos dois filhos menores (A. C. K. e A. C. K.) frutos da união, totalizando R\$ 800,00 (oitocentos reais) por mês, e requer que a guarda dos filhos permaneça com a genitora.

Extrai-se da exordial que

*"(...) O Autor é mecânico e tem renda mensal variável em torno de R\$ 1.600,00 mensais. O Autor possui registrado em seu nome a empresa ANTONIO C KOSLOWSKI-ME, CNPJ sob nº 94.060.589/0001-67, que embora não esteja juridicamente encerrada, faticamente está sem atividades, visto ser uma empresa sem movimento operacional ou financeiro.*

*Atualmente o autor está sem serviço, eventualmente prestando algum serviço de forma autônoma na empresa de seu pai, no caso a Mecânica Koslowski Ltda, donde advém seu único rendimento. O autor encontra-se totalmente preocupado, eis que, em sua profissão não consegue mais a renda que anteriormente recebia, quando possuía negócio próprio, sendo certo que, atualmente encontra dificuldade, inclusive, para atendimento e custeio de suas necessidades básicas. Por óbvio que em momentos de crise financeira, como é o atual momento no País, os primeiros afetados são os prestadores de serviço. Desnecessário dizer que a clientela do autor baixou expressivamente, bem como teve que reduzir drasticamente o preço de seus serviços, sob pena de ficar sem clientes" (e-STJ fl. 2).*

Por fim, pede que a partilha dos bens seja realizada oportunamente.

O juízo da 8ª Vara de Família e Sucessões da Comarca de Porto Alegre/RS homologou acordo entre as partes acerca da guarda dos filhos do ex-casal (e-STJ fl. 23).

Em contestação, a ex-mulher requereu (e-STJ fls. 30-33) a revisão da decisão judicial que fixou os alimentos provisórios, alterando-os para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais),

# Superior Tribunal de Justiça

bem como que fosse novamente regulamentado o direito de visitas do autor, que vinha se escusando de participar da vida dos filhos, delegando a tarefa a terceiros.

Tendo em vista a insuficiência do montante ofertado (e-STJ fl. 84), acolheu-se a solicitação referente ao valor pago a título de alimentos. O Tribunal local, em agravo de instrumento interposto pelo alimentante (e-STJ fls. 182-186), manteve tal decisão.

Por sua vez, em reconvenção (e-STJ fl. 72-74), o cônjuge varoa aduziu que o autor reconvinde reside e trabalha no imóvel que é de propriedade do casal, utilizando o escritório como residência e o pavilhão para trabalhar. Sustentou que, como o autor dispõe integralmente do patrimônio do casal, tem direito à fixação, de imediato, em seu favor, de um valor correspondente ao aluguel desse patrimônio, não inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), tendo em vista seu direito à meação. Requereu, ainda, a imposição de restrições judiciais junto à matrícula desse bem a fim de evitar a sua alienação.

Ao exercer o contraditório, o autor respondeu à reconvenção, salientando ser o único proprietário da pequena empresa ANTONIO KOSLOWSKI-ME, a qual foi constituída em 27 de maio de 1991, conforme declaração de firma individual, e que se encontra com dívidas fiscais, *"das quais a reconvinte é agora chamada a participar, a qual em tese teria o ferramental e móveis alegados em reconvenção, mas que, em verdade não lhe pertencem, pois são de propriedade da oficina do pai do reconvinte"* (e-STJ fl. 119). Salaria que a empresa se encontra em dificuldades financeiras para legal encerramento, em especial perante a União e o Estado, em decorrência do passivo fiscal.

Por sua vez, aponta que a reconvinte não trouxe aos autos bens do casal, que pretende sonegar, tais como dois carros e o fato de possuir participação social de 50% (cinquenta) por cento na empresa ENGEMARS SERVIÇOS DE INSTALAÇÃO DE ALARME LTDA., além de participação social em empresas familiares na cidade de Joaçaba/SC.

Ao final, requereu a improcedência da reconvenção, bem como que a reconvinte seja intimada a trazer aos autos o valor de venda dos automóveis arrolados e cópia do balanço da empresa mencionada, bem como que seja oficiado à Receita Federal para que remeta ao Juízo cópia das últimas 5 (cinco) declarações de renda em nome de A. S. C. K. (e-STJ fl. 120), com a quebra de sigilo bancário da ex-mulher, a fim de demonstrar sua elevada movimentação financeira, no período e na constância do matrimônio.

O Ministério Público estadual opinou pelo

*"(...) indeferimento dos pedidos liminares formulados pela reconvinte. Enquanto não formalizada a partilha do patrimônio comum, não há que se falar em pagamento de aluguel por aquele que ficou com o uso exclusivo do imóvel. Também não estando o imóvel cujas restrições pretende a reconvinte inscrever registrado em nome do casal ou de um dos cônjuges, não pode o pedido ser*

# Superior Tribunal de Justiça

acolhido" (e-STJ fl. 203).

No mérito, exarou parecer pela parcial procedência da ação e da reconvenção, fixando os alimentos definitivos em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) mensais em favor dos filhos menores e determinando a partilha do patrimônio adquirido em comum (e-STJ fls. 226-232).

A sentença (e-STJ fls. 234-244) determinou, no que interessa, a partilha de 50% (cinquenta por cento) do imóvel *sub judice*, incluindo, além do terreno, as benfeitorias edificadas (moradia e oficina), o maquinário da oficina e o veículo GM/CELTA, excluindo o automóvel Gol e as quotas da empresa ENGEMARS LTDA., porquanto adquiridos antes da celebração do casamento.

Ambas as partes apresentaram apelação (e-STJ fls. 258-261 e 263-269).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul desproveu os recursos nos termos da seguinte ementa:

*"APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DIVÓRCIO. PARTILHA. BENS MÓVEIS. POSSE. Os bens móveis se transmitem pela tradição. Estando o maquinário da empresa na posse do autor, a presunção é de lhe pertencerem, devendo ser mantidos na partilha do casal. Art. 1.226 do CC. Precedentes.*

*ALIMENTOS. FILHOS MENORES. Impõe-se manter a quantia fixada a título de alimentos em favor dos filhos menores, se representam a mesma quantia que o varão já vinha alcançando espontaneamente após a separação de fato do casal e diante da ausência de prova da Incapacidade do prestador.*

*Descabe fixação de juros moratórios para o caso de inadimplemento da verba, antecipadamente nesta ação.*

*PAGAMENTO DE LOCATIVO PELO USO EXCLUSIVO PELO VARÃO DO IMÓVEL DO CASAL. DESCABIMENTO. Enquanto não levada a efeito a partilha dos bens pertencentes a ambos os cônjuges ou ex-cônjuges, os quais se mantêm em estado de mancomunhão, não é cabível fixação de indenização ou aluguel em favor da parte que deles não usufrui. Precedentes.*

*APELAÇÕES CÍVEIS DESPROVIDA" (e-STJ fl. 318 - grifou-se).*

Extraí-se da fundamentação do acórdão de apelação que o direito ao pagamento de aluguel somente seria devido após o trânsito em julgado da homologação da partilha, como se vê, no que interessa:

*"(...) De fato o pedido da autora de pagamento de aluguel pelo réu, por utilizar com exclusividade o imóvel do casal, contraria entendimento dominante deste Tribunal de Justiça, no sentido de que, enquanto não levada a efeito a partilha dos bens tidos em comunhão, pertencem a ambos os cônjuges ou ex-cônjuges em estado de mancomunhão, não se mostrando cabível eventual fixação de indenização em favor da parte que deles não usufrui.*

*Com efeito, enquanto não realizada a partilha dos bens conjugais, o que implica apenas na mancomunhão do acervo adquirido pelo casal na constância do matrimônio, e não em condomínio, este que só se constituirá após a partilha de bens, descabe o pagamento de locativos ou indenização por um dos litigantes pela ocupação exclusiva do imóvel. Assim, não tem aplicação no presente caso, por ora,*

# Superior Tribunal de Justiça

o art. 1.314 do CC/02, suscitado pela apelante" (e-STJ fls. 325-326).

Os embargos de declaração opostos por A. S. C. (e-STJ fls. 334-336) foram rejeitados (e-STJ fls. 338-342).

Nas razões recursais, A. S. C. (e-STJ fls. 346-354) alega, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 458, III, e 535, II, do Código de Processo Civil de 1973. Sustenta, em síntese, que enquanto não realizada a partilha dos bens amealhados durante a relação conjugal, possui direito à percepção de aluguel em virtude da exclusiva utilização de imóvel pelo cônjuge varão, apontando, para respaldar sua tese, o seguinte precedente da lavra da ilustre Ministra Nancy Andrichi:

*"Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de cobrança de indenização entre ex-cônjuges, em decorrência do uso exclusivo de imóvel ainda não partilhado. Estado de condomínio. Indenização correspondente a metade do valor da renda de estimado aluguel, diante da fruição exclusiva do bem comum por um dos condôminos. Concorrência de ambos os condôminos nas despesas de conservação da coisa e nos ônus a que estiver sujeita. Possível dedução. Arts. 1.319 e 1.315 do CC/02.*

*- Com a separação do casal cessa a comunhão de bens, de modo que, embora ainda não operada a partilha do patrimônio comum do casal, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir do outro, que estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, a título de indenização, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação.*

*- Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art. 1.319 do CC/02. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa.*

*- Subsiste, em igual medida, a obrigação de ambos os condôminos, na proporção de cada parte, de concorrer para as despesas inerentes à manutenção da coisa, o que engloba os gastos resultantes da necessária regularização do imóvel junto aos órgãos competentes, dos impostos, taxas e encargos que porventura onerem o bem, além, é claro, da obrigação de promover a sua venda, para que se ultime a partilha, nos termos em que formulado o acordo entre as partes.*

*Inteligência do art. 1.315 do CC/02.*

*Recurso especial parcialmente provido" (REsp nº 983.450/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 10/02/2010).*

Após as contrarrazões (e-STJ fls. 371-375), o recurso especial foi admitido (e-STJ fls. 378-383), ascendendo os autos a esta Corte.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou, por meio do seu representante legal, o Subprocurador-Geral da República João Pedro de Saboia Bandeira de Mello Filho, pelo parcial provimento do recurso especial nos termos da seguinte ementa:

*"RECURSO ESPECIAL. ART. 105, III, ALÍNEA 'A' E 'C' DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS.*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*- É permitido o estabelecimento de um aluguel a ser pago pelo cônjuge que continuar morando no imóvel do casal. Precedente.  
Parecer pelo parcial provimento do recurso especial" (e-STJ fl. 396).*

Distribuídos os autos ao Ministro Raul Araújo, primeiramente negou-se movimento ao recurso especial (e-STJ fls. 401-405) por incidir o teor da Súmula nº 83/STJ, visto que *"o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte, que entende pela impossibilidade de arbitramento de aluguel antes da ocorrência da partilha, pelo uso exclusivo por um dos ex-cônjuges de imóvel de propriedade comum"* (e-STJ fl. 403).

A. S. C. interpôs agravo regimental (e-STJ fls. 409-415), que não foi provido pelo relator, motivo pelo qual a Ministra Maria Isabel Gallotti pediu vista dos autos.

Prosseguindo o julgamento, a Quarta Turma, por unanimidade, decidiu afetar o julgamento do recurso especial à Segunda Seção em virtude de existirem precedentes divergentes entre a Terceira e Quarta Turmas quanto à eventual fixação de aluguéis por uso exclusivo de imóvel comum de casal separado enquanto pendente a partilha (e-STJ fl. 423).

Levado o feito a julgamento pela egrégia Segunda Seção, em 28/9/2016, e após a prolação do voto do relator, Ministro Raul Araújo, conferindo provimento ao recurso especial para reconhecer o direito de a recorrente ser indenizada pelo ex-marido pela utilização exclusiva do imóvel comum na pendência da partilha, pedi vista antecipada dos autos.

É o relatório.

Consoante se colhe do voto proferido pelo Ministro relator, há, de fato, divergência entre precedentes da Terceira e Quarta Turmas quanto ao tema posto, o que gera inequívoca insegurança jurídica.

Inicialmente, registre-se inexistir no ordenamento pátrio norma expressa regulamentando o direito do cônjuge que deixa o lar de ser indenizado pela impossibilidade de usar acervo patrimonial ainda pendente de efetiva divisão. Em outras palavras, não há, no sistema jurídico nacional, previsão de ressarcimento para a mera ruptura do casamento.

Há julgados nesta Corte que preconizam o cabimento da indenização ao cônjuge preterido do uso da coisa comum após a separação de fato, mesmo antes da formalização da partilha, por incidirem as regras próprias do condomínio, enquanto outros precedentes afastam o direito aos denominados aluguéis, porquanto somente devidos após a efetivação da partilha, encontrando-se os bens em estado de mancomunhão. Nesse último caso, haveria falar na formação de uma massa juridicamente indivisível, que passaria a pertencer de forma indistinta e igualitária à comunhão formada pelos consortes, independentemente do responsável por sua aquisição.

# Superior Tribunal de Justiça

Ao elucidar o termo mancomunhão, Rodrigo da Cunha Pereira expõe que:

*"(...) mancomunhão é a expressão que define o estado dos bens conjugais antes da sua efetiva partilha. Difere do estado condominial, em que o casal detém o bem ou coisa simultaneamente, com direito a uma fração ideal, podendo alienar ou gravar seus direitos, observando a preferência do outro.*

*Na mancomunhão, o bem não pode ser alienado nem gravado por apenas um dos ex-cônjuges, permanecendo indivisível até a partilha. Enquanto não for feita a partilha dos bens comuns, eles pertencem a ambos os cônjuges em estado de mancomunhão".* (Dicionário de Direito de Família e Sucessões, Editora Saraiva, pág. 447 - grifou-se)

Válido salientar que a controvérsia tem nascedouro no REsp nº 3.710/RS, de relatoria do Ministro Antônio Torreão Braz, datado de junho de 1995, no qual rejeitou-se a pretensão do ex-cônjuge que pleiteava o pagamento de compensação financeira cabível apenas no caso de condomínio e que, no caso, por inexistir partilha dos bens, o que prevaleceria era o estado de mancomunhão.

Eis a ementa do mencionado *leading case*:

*"- 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 CONSORTE 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" (REsp nº 3.710/RS, Rel. Ministro ANTONIO TORREÃO BRAZ, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/1995, DJ 28/08/1995 - grifou-se).*

Desde então a tese tem encontrado soluções oscilantes nesta Corte, merecendo, por força, ser uniformizada.

Nos julgados que aparentemente refletem o posicionamento mais atual, a compensação financeira ao consorte que se vê privado pelo outro do uso da coisa comum somente seria possível após a partilha de bens, tendo em vista que a dissolução da entidade familiar não influenciaria no estado de mancomunhão dos bens. Já em outros precedentes, mais antigos, que retratam tese antagônica, reputa-se que a mera dissolução oficial da união do casal já autorizaria tal proceder, mesmo na pendência da partilha, admitindo que a mera dissolução da entidade familiar colocaria fim ao regime da mancomunhão e imporia a formação de um condomínio sobre os bens comuns, cuja utilização exclusiva acarretaria o enriquecimento indevido do consorte possuidor.

# Superior Tribunal de Justiça

Por sua vez, tive a oportunidade de analisar o tema ao julgar o REsp nº 1.470.906/SP (DJe 15/10/2015), tendo concluído, naquela ocasião, no mesmo sentido do precedente acima mencionado, ou seja, de que *"o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal, somente é possível nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel."*

Theotonio Negrão, ao explicitar o teor do art. 1.319 do Código Civil, que prevê que *"cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou"*, cita precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, que retrata quão antiga é a polêmica:

*"(...) Difere o condomínio propriamente dito, que é o chamado condomínio de quotas, de origem romana, da comunhão entre cônjuges, de origem germânica, que é a chamada comunhão de 'mãos juntas'. No primeiro, há uma cotitularidade sobre cada objeto individualizado, e sua essência é a possibilidade de alienação da respectiva parte ideal; no segundo, há uma cotitularidade sobre um conjunto de patrimônio, em que os comunheiros não têm uma determinada parte ideal na propriedade comum, mas apenas o direito de uso e gozo da coisa comum. Somente a cessação da comunhão pela partilha definirá os bens que caberão na meação de cada consorte, apreciando-se o patrimônio total existente na época da separação de fato. Enquanto tal não ocorrer, exerce a ré um direito de família próprio, de uso da coisa comum, não suscetível de ser remunerado, porquanto o autor, deixando o imóvel que era o lar conjugal para formar outro lar com outra mulher, renunciou ao seu uso (RT 784/232: TJSp, AP 105.964-4/9)". (Código Civil e Legislação Civil em Vigor, 2014, 33ª Edição, pág. 503)*

Após indicar o histórico dos precedentes desta Corte acerca do tema, o relator concluiu pelo provimento do recurso especial. Para tanto, o ilustre Ministro Raul Araújo assentou que

*"(...) o que importa no caso não é o modo de exercício do direito de propriedade, se comum ou exclusivo (mancomunhão ou condomínio), mas sim a relação de posse mantida com o bem, se comum do casal ou exclusiva de um dos ex-cônjuges. Ou seja, o fato gerador da indenização não é a propriedade mas sim a posse exclusiva do bem no caso concreto.*

*Logo, o fato de certo bem comum aos ex-cônjuges ainda pertencer indistintamente ao casal, por não ter sido formalizada a partilha, não representa empecilho automático ao pagamento de indenização pelo uso exclusivo por um deles, sob pena de gerar enriquecimento ilícito" (grifou-se).*

A partir dessa premissa, tece considerações de ordem prática para a aplicação do seu entendimento, tais como quem é a parte mais fraca da lide a merecer a devida proteção, se há alguém responsável pela procrastinação da partilha, e que, portanto, deve sofrer as consequências adversas de seus atos, e se o pagamento da indenização ou o uso exclusivo do bem representa prestação de alimentos *in natura*, por exemplo.

# Superior Tribunal de Justiça

Tais ponderações, para o relator, devem ser analisadas à luz do caso concreto, já que a indenização pelo uso exclusivo do bem por parte do alimentante poderia influenciar no valor da prestação de alimentos, a depender da hipótese fática analisada.

Assim, o ilustre relator deixa de aplicar os institutos da mancomunhão ou do condomínio (artigos 1.314, 1.315, 1.319 e 1.322 do Código Civil de 2002) para entender pela eventual possibilidade de pagamento de indenização por uso exclusivo de bem objeto de partilha por um dos cônjuges, configurando a mera posse um enriquecimento ilícito.

Por seu turno, a ilustre Ministra Maria Isabel Gallotti, ao se manifestar no presente feito, em voto proferido na Quarta Turma, acrescentou um argumento importante para a fixação da indenização pleiteada, qual seja, a efetiva privação do bem, concreta ou prática, por parte do possuidor, concluindo no sentido de que

*"(...) o fato de os bens do casal estarem ainda sob o instituto da mancomunhão, em razão de ainda não ter ocorrido a partilha, não impede o arbitramento de indenização em favor do ex-cônjuge que dele é privado de usufruir, sob pena de violação ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa (Código Civil, art. 884)"*(pág. 10 do voto - grifou-se).

Cite-se, por oportuno, que o enriquecimento sem causa está previsto no art. 884 do Código Civil, dispositivo que ora se transcreve:

*"Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários."*

*Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido"*(grifou-se).

Não obstante reputar incidir ao caso a teoria do abuso de direito, e não propriamente a do enriquecimento sem causa, compartilho do entendimento adotado pela eminente Ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto ao assentar que,

*"(...) em razão da vedação ao enriquecimento sem causa, se apenas um dos ex-cônjuges utilizar o bem de forma exclusiva, impedindo de forma concreta ou prática o usufruto do bem, independentemente de estar submetido ao estado de mancomunhão ou de condomínio, em face de já se ter operado a partilha ou não, surge o direito do outro de ser ressarcido, sob pena de enriquecimento ilícito, em ofensa ao art. 884 do Código Civil"*(pág. 10 do voto - grifou-se).

De fato, se um dos comunheiros impedir, injustamente, que o outro usufrua de imóvel comum, seja de forma concreta ou prática, como alertado pela Ministra Isabel Gallotti, é



# Superior Tribunal de Justiça

possível vislumbrar a possibilidade de pagamento de uma indenização, correspondente à metade da renda de um presumido aluguel pelo uso excludente da propriedade comum.

É a conduta ilícita por parte do possuidor exclusivo que faz nascer o direito do outro cônjuge. Por exemplo, se o possuidor proibir a entrada do outro cônjuge no imóvel, trocando as fechaduras das portas, ameaçá-lo por meio de violência física ou verbal, tornando o ambiente inseguro inclusive para eventual prole, ou convidar terceiros para coabitar no imóvel, impondo um convívio insuportável, entendo ser possível a fixação dos aluguéis *sub judice*.

Pontes de Miranda já alertava que

*"(...) o estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como quem põe objetos na mesma mala, ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer - quando se lançam na vida, quando se exercitam - têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros (...)"* (Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo LIII, Direito das Obrigações, Editora Revista dos Tribunais, pág. 115 - grifou-se).

E quanto à possibilidade de reparação civil, válido mencionar que

*"(...) seria ir demasiado longe afirmar a existência de uma espécie de imunidade entre os cônjuges. No entanto, esta possibilidade ocorrerá apenas nos casos em que o dano decorrer de violação de direito de personalidade. Ocorrendo, por exemplo, violências físicas ou injúrias graves poder-se-á invocar o dever de indenizar. Percebe-se, aqui, que a razão para o reconhecimento do dever de indenizar não repousa na ocorrência de violação de um dever pessoal de família. Reside, isto sim, na infração de um dever absoluto, que surge independentemente da existência ou não de vínculo familiar".* (Fábio Siebeneichler, A Reparação de Danos Morais por Dissolução do Vínculo Conjugal e Por Violação de Deveres Pessoais entre Cônjuges, Revista dos Tribunais, 802, agosto de 2002, pág. 25 - grifou-se)

Nessa toada, não vislumbro nenhum dano ao cônjuge que deixa o lar conjugal espontaneamente, seja por consenso do casal, seja escolha unilateral daquele que se ausenta. Ora, a mera posse exclusiva do bem objeto da partilha pelo cônjuge que remanesce de boa-fé no imóvel não enseja conduta apta a configurar uma ilicitude ou gerar um enriquecimento, especialmente porque não há falar em aumento patrimonial decorrente da saída do lar por um dos separandos.

A escolha pessoal de um dos cônjuges em desocupar o imóvel cujo usufruto faz jus

# *Superior Tribunal de Justiça*

não é fato gerador, a princípio, de nenhuma indenização, sob pena de onerar excessivamente aquele que remanesce lícitamente na posse do bem, que nem sequer está enriquecendo, mantendo-se no *status quo ante*, a despeito da opção pessoal exclusiva da outra parte, que teve o desejo de abrir mão provisoriamente daquele direito até que se ultime a partilha. Em outras palavras, a saída de um dos cônjuges da residência, independentemente da causa ou culpa para o desenlace, não permite vislumbrar o empobrecimento daquele que espontaneamente busca nova moradia, abrindo mão, por opção particular, do uso do imóvel.

Muitas vezes, o cônjuge que permanece no imóvel não possui outras rendas para arcar com a indenização ora pleiteada nem deseja o imóvel em si, pois também aguarda a partilha para realizar suas próprias opções de vida.

Nesse contexto, não há falar em prejuízo causado ao cônjuge que abdica gratuita e provisoriamente do direito de habitar no bem comum.

Assim, a circunstância de as partes não coabitarem no imóvel até a ultimação da partilha do bem, por motivos emocionais ou pessoais, já que ninguém é obrigado a conviver com o outro, importa fato do cotidiano da vida, que não tem o condão de impor, por si só, qualquer indenização. Aliás, tal encargo não possui nenhuma previsão legal, refugindo ao papel do Poder Judiciário a sua fixação, por representar inegável intervenção na vida privada das pessoas.

Não parece razoável, no contexto familiar, obrigar as partes a demonstrar as razões pelas quais não mais desejam ou podem conviver sob o mesmo teto. A propósito, é justamente para não mais conviverem habitualmente que os casais se separam. Dessa forma, presume-se que a incompatibilidade de convívio e de coabitação seja suficiente para demonstrar que a fruição e ocupação exclusiva da coisa por um dos cônjuges não priva, de plano, o outro de gozar do mesmo direito. A saída do imóvel é uma faculdade, mera liberalidade, que não deve onerar ninguém.

Registre-se, por oportuno, que o Código Civil de 2002 buscou proteger a pessoa humana nas relações privadas à luz dos princípios basilares da socialidade, operabilidade e eticidade, abandonando a visão excessivamente patrimonialista e individualista do Código anterior. Exige-se, por meio do princípio da boa-fé objetiva, cláusula geral do sistema, um comportamento de lealdade e cooperação entre as partes, porquanto aplicável às relações familiares. Impõe-se, dessa forma, o dever de os cônjuges cooperarem entre si, o que deve ser entendido também no sentido de não impedirem o livre exercício das faculdades alheias.

Cite-se, por oportuno, no que interessa, lição de Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel:

*"(...) as condutas desempenhadas pelos membros do grupo familiar*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*recebem uma conotação intuitu personae, ou seja, os deveres decorrentes dos vínculos estabelecidos terão que ser analisados considerando especialmente as pessoas envolvidas, o que nos leva a concluir que a qualidade e as características dos atos praticados são essenciais para a preservação do interesse da família e, em um contexto mais amplo, do próprio Estado na garantia do bem comum.*

*Em verdade, a maneira de agir dos indivíduos (ou até mesmo a omissão do sujeito em realizar aquilo que deveria ser feito) é questão a ser analisada principalmente no ambiente familiar. A atitude leal, a colaboração para uma convivência sadia e harmoniosa e a finalidade proba são exemplos de alguns dos elementos a serem tutelados e exigidos pelo Estado na busca do bem comum.*

*Nesse aspecto, a boa-fé objetiva e os deveres dela decorrentes coincidem com o bem comum e exigem, de certa forma, sacrifícios a interesses meramente individuais. Só há bem comum quando a convivência entre os indivíduos do núcleo familiar é harmônica e seja preservada a dignidade e o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um. É de interesse geral que os componentes do grupo familiar ajam conforme padrões éticos de conduta e que não sejam encorajados atos contrários à boa-fé ou aos preceitos de direito (...)*

*A flexibilidade e a abertura do sistema jurídico se destinam a criar mecanismos de restrição à atuação particular, limitando o exercício de posições jurídicas e vedando o abuso de direito. Por meio da análise concreta dos fatos, se faz necessário invocar determinados limites e princípios. É justamente neste aspecto que a boa-fé objetiva reflete o seu conteúdo nas relações jurídicas.*

*Não podemos, na realidade, querer restringir a aplicação de um princípio que, além de geral, é capaz de ditar a abertura e a flexibilidade do sistema jurídico. O significado da boa-fé objetiva não se compatibiliza com restrições segmentares dentro do sistema. O seu conteúdo é amplo, de caráter universalizante, confere flexibilidade ao direito e, portanto, deve ser aplicado aos diversos setores, desde que o real significado técnico do instituto não seja esquecido.*

*Desta feita, devemos estender o significado da boa-fé objetiva, ampliando o seu horizonte. Ou seja, a boa-fé objetiva não é apenas um dever objetivo de lealdade e probidade, mas também, critério de controle de legitimidade do exercício da autonomia privada em geral" (Direito de Família e o Princípio da Boa-fé Objetiva, págs. 127 e 132 - grifou-se).*

Assim, a boa-fé objetiva, princípio geral do direito, que impõe a honestidade, lealdade e probidade como norte das relações jurídicas, também direciona as familiares, cujas diretrizes e valores se alicerçam nesse fundamento de validade que permeia todo o ordenamento jurídico.

Incumbe, portanto, ao magistrado, diante do caso concreto, verificar sua incidência para a solução das inúmeras controvérsias que envolvem o direito de família, identificando os deveres de conduta acessórios e a necessidade de tipificação de exercícios de direitos subjetivos que porventura retratarem situações abusivas e intoleráveis.

Consoante já assentado, indubitavelmente existe a possibilidade de se prever a indenização quando se configurar um ilícito, havendo, entre a conduta (ação ou omissão) e o dano, o indispensável nexos causal. E, nesses casos, deve-se realizar uma compensação financeira, a ser avaliada perante o caso concreto, na medida dos ônus assumidos pelas partes

# Superior Tribunal de Justiça

envolvidas até o fim da partilha, tais como a assunção de encargos com o imóvel (IPTU e ITR, por exemplo) e dos alimentos devidos ao ex-cônjuge e à eventual prole.

De fato, eventual desequilíbrio patrimonial deverá ser minimizado no momento da divisão dos bens, tanto que as partes devem prestar contas mutuamente, até a ultimação da partilha, conforme precedente desta relatoria citado pelo relator em seu voto:

*"(...) A administração do patrimônio comum da família compete a ambos os cônjuges (arts. 1.663 e 1.720 do CC), presumindo a lei ter sido adquirido pelo esforço comum do casal, sendo certo que o administrador dos bens em estado de mancomunhão tem a obrigação de prestar contas ao outro cônjuge aliado do direito de propriedade (...)" (REsp 1.287.579/RN, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/6/2013, DJe 2/8/2013 - grifou-se).*

Portanto, apenas o cônjuge impedido, seja de forma direta (expulso, por exemplo) ou prática (ameaçado ou violentado), do usufruto da coisa comum fica de fato privado do exercício de legítimo interesse sobre a coisa em virtude da demora da partilha, motivo pelo qual tem direito à indenização por parte do ex-cônjuge que o utiliza de forma exclusiva, sob pena de abuso de direito (arts. 186 e 187 do CC de 2002).

Quanto ao conceito de ato ilícito, fato gerador do abuso de direito, explica Humberto Theodoro Júnior:

*"(...) Delito, seja em direito penal ou civil, é o ato contrário a direito, de modo absoluto. É algo diverso, portanto, do que se pratica por infração a dever perante alguém (violação do negócio jurídico, ou irradiação de ato jurídico stricto sensu, ou ato-fato jurídico, ou simples fato jurídico).*

*'Aquele que' - dispõe o art. 186 - 'por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente, comete ato ilícito'. Eis aí a matriz do delito civil, ou seja do ato ilícito em sentido estrito, gerador da obrigação de indenizar o dano acarretado a outrem.*

*Trata-se de ato ilícito absoluto porque, ao lesar o ofendido, o agente não viola nenhum dever oriundo de vínculo jurídico negocial preexistente entre ele e o ofendido, nem contraria obrigação alguma nascida de negócio jurídico, nem mesmo de específica regra legal anterior. É o direito, como um todo que não tolera o comportamento lesivo adotado, o qual encontra sanção na própria norma que o transforma em fonte da obrigação de indenizar (art. 927).*

*Este ato ilícito previsto e definido pelo art. 186 é, inevitavelmente, causa do dever de indenizar (responsabilidade civil), mas não é a única, como se demonstrou.*

*Entre ilicitude e ato ilícito (delito civil) há a relação de gênero e espécie. Tudo o que alguém pratica sem poder fazê-lo, na perspectiva da ordem jurídica, é ilícito. Mas só é ato ilícito em sentido estrito o que corresponde ao delito civil descrito no art. 186 e que, portanto, se apresenta como aquele que, por si mesmo, se põe como causa originária do vínculo obrigacional (dever de indenizar) e que se apóia na conduta culposa do agente (art. 927, caput).*

*Se houver ofensa a dever negocial na base da ilicitude do*

# Superior Tribunal de Justiça

*comportamento danoso, o caso será de responsabilidade contratual; se não se exigir o elemento subjetivo culpa, o caso será de ato-fato jurídico; e se nenhuma referência se fizer ao comportamento voluntário do responsável, o caso será de simples fato ilícito. Em nenhuma hipótese, porém, se terá o ato ilícito 'stricto sensu', tal como o tipifica o Código (art. 186). Pode ser até igual o efeito, e geralmente é, mas a causa tecnicamente, em cada um dos tipos de responsabilidade indenizatória, é de natureza distinta. Todos conduzem à indenização do prejuízo da vítima, mas é na distinção entre o ilícito absoluto e o relativo, que a jurisprudência se funda para resolver questões acessórias e complementares, como juros, verbas sucumbenciais, etc. e para orientar em tema importante como o ônus da prova" (págs. 25-26 - grifou-se).*

Por sua vez, compulsando detidamente os autos, verifica-se que o ex-cônjuge varão utiliza do imóvel, de boa-fé, para fins comerciais, além de moradia. E, no caso, não se afere do conjunto fático-probatório dos autos nenhuma atitude ilícita do cônjuge varão em relação à ex-mulher, motivo pelo qual reputo incabível o arbitramento de indenização.

Válido ressaltar que a mera violação dos deveres do casamento não enseja indenização, tendo em vista que a responsabilidade civil somente se identifica quando o ato ilícito acarrete, de fato, dano moral ou material exorbitante e desarrazoado, o que somente pode ser aferido diante do caso concreto.

Por fim, percebe-se da sentença que já houve a partilha dos bens (e-STJ fls. 237-242), inclusive do imóvel onde reside e trabalha o autor, "*partilhado na proporção de 50% para cada litigante*" (e-STJ fl. 240), motivo suficiente para afastar o pedido de fixação de aluguéis, o que, ao fim e ao cabo, patrimonializa excessivamente as discussões envolvendo relações familiares, que, em regra, devem ser regidas por outros princípios.

Ante o exposto, com a devida vênia do relator, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.