

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

**VOTO**

**MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI:** Senhor Presidente, reitero o voto que já havia proferido na Turma antes da afetação à Seção, na mesma linha agora do voto do Ministro Raul Araújo.

Trata-se de recurso especial interposto por A S C, com fundamento no artigo 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (e-STJ fl. 318):

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 DESPROVIDAS.

Nas razões do recurso especial, alega a recorrente violação aos artigos 458, III, e 535, II, do CPC, bem como dissídio jurisprudencial, argumentando que, ainda que não efetivada a partilha do patrimônio, é facultado ao ex-cônjuge exigir daquele que estiver na posse e uso exclusivo do imóvel comum do casal, a título de indenização, parcela correspondente à metade de um presumido aluguel do imóvel.

Assim posta a controvérsia, passo à análise da questão.

A jurisprudência do STJ admite a possibilidade de arbitramento de

indenização em favor do cônjuge privado de usufruir do imóvel comum quando já efetivada a separação judicial ou o divórcio e realizada a partilha. Entende-se, nesses casos, que, após a partilha, a mancomunhão que existia entre os cônjuges casados transforma-se em condomínio, o qual é regido pelo direito das coisas. A propósito, confira-se a ementa do EREsp 130.605, de relatoria do Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado pela 2ª Seção do STJ:

SEPARAÇÃO CONSENSUAL. Acordo sobre a partilha. Imóvel que permaneceu em comum. Uso pelo marido. Direito à indenização. Embargos de divergência. Aplicação do direito à espécie.

Convencionado na separação do casal que o imóvel residencial seria partilhado, tocando metade para cada cônjuge, e permanecendo em comum até a alienação, o fato de o marido deter a posse exclusiva dá à mulher o direito à indenização correspondente ao uso da propriedade comum, devida a partir da citação.

**Trata-se de condomínio, regulado pelas regras que lhe são próprias, desfazendo-se desde a partilha a mancomunhão que decorria do direito de família.**

Nos embargos de divergência, uma vez comprovado o dissídio, cabe à Seção aplicar o direito à espécie, podendo chegar a uma solução diversa da encontrada nos acórdãos em confronto. Embargos admitidos e parcialmente providos.

(EREsp 130605/DF, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/10/1999, DJe 23/4/2001 – grifou-se)

No presente caso, apesar de já efetivado o divórcio do casal (cf. e-STJ fl. 320 e acordo homologado e-STJ fl. 23), a partilha de bens ainda não foi efetuada. Diante dessas circunstâncias, o TJRS indeferiu o pedido adotando a tese segundo a qual não cabe o arbitramento de indenização pela ocupação exclusiva do imóvel, pois enquanto não realizada a partilha dos bens conjugais haverá a mancomunhão e não condomínio.

Verifico, todavia, que a jurisprudência do STJ não é pacífica sobre a questão.

A respeito do tema, a Quarta Turma já se pronunciou no sentido de admitir o arbitramento de indenização pela fruição exclusiva do bem comum por um dos ex-cônjuges em caso em que, apesar de ter havido a separação judicial do

casal, a partilha havia sido relegada para momento posterior, como se observa no voto do Min. Cesar Asfor Rocha no REsp 178.130.

Na oportunidade, a Turma assentou que “uma vez homologada a separação judicial do casal, a *mancomunhão* antes existente entre os ex-cônjuges transforma-se em *condomínio* regido pelas regras comuns da compropriedade”.

Ressaltou-se, ainda, a aplicabilidade do art. 627 do Código Civil de 1916, que corresponde ao artigo 1.319 do Código Civil de 2002, o qual dispõe que “cada consorte responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa comum”, consignando, ainda, que “a norma prestigia a proibição do enriquecimento sem causa”.

Na ocasião, o entendimento da Turma foi sintetizado na seguinte ementa:

ACÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUEL. IMÓVEL PERTENCENTE AO CASAL. SEPARAÇÃO JUDICIAL SEM **PARTILHA DE BENS QUE FICOU RELEGADA PARA MOMENTO POSTERIOR**. USO DO IMÓVEL COMUM POR APENAS UM DOS CÔNJUGES. DIREITO À INDENIZAÇÃO A PARTIR DA CITAÇÃO.

Ocorrendo a separação do casal e permanecendo o imóvel comum na posse exclusiva do varão, é de se admitir a existência de um comodato gratuito, o qual veio a ser extinto com a citação para a ação promovida pela mulher.

Daí ser admissível, a partir de então, o direito de a co-proprietária ser indenizada pela fruição exclusiva do bem comum pelo ex-marido. Precedente da eg. Segunda Seção: ERESP 130.605/DF, DJ de 23.04.2001.

Recurso especial conhecido pelo dissídio e parcialmente provido apenas para fixar a citação como termo inicial do retributivo devido à autora.

(REsp 178130/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 4/4/2002, DJe 17/6/2002)

No julgamento do REsp 436.935, de Relatoria do Min. Fernando Gonçalves, a Quarta Turma reafirmou tal entendimento. Não obstante o recurso não tenha sido conhecido pelo fato de a controvérsia ter sido decidida com fundamento em avença firmada entre as partes, adotou-se tese no mesmo sentido, conforme se depreende da seguinte ementa:

CIVIL. SEPARAÇÃO CONSENSUAL. IMÓVEL COMUM NÃO PARTILHADO. USO EXCLUSIVO. UM CÔNJUGE. INDENIZAÇÃO.

PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. HIPÓTESE DIVERSA. DECISÃO AMPARADA EM AVENÇA FIRMADA NA SEPARAÇÃO CONSENSUAL.

**1 - Segundo decidido pela Segunda Seção, o imóvel comum do casal, que não foi objeto da partilha, quando da separação consensual, na hipótese de uso exclusivo por um dos cônjuges, dá ao outro o direito de receber indenização, porquanto, neste caso, não subsiste mais a mancomunhão, mas, simplesmente, um condomínio, regido pelas normas que lhe são pertinentes e não pelo direito de família.**

2 - No caso, entretanto, a controvérsia foi decidida com apoio na avença firmada entre as partes, no processo de separação consensual, não havendo - rigorosamente - identidade fática com as hipóteses colacionadas, até porque o óbito do autor da demanda trouxe para o pólo ativo da causa as filhas do casal, descortinando outro e diferente debate.

3 - Recurso especial não conhecido

(REsp 436935/RS, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 27/9/2005, DJe 17/10/2005 – grifou-se)

O mesmo entendimento foi adotado pela Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 983.450, de relatoria da Min. Nancy Andrighi, cuja ementa tem o seguinte teor:

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 983450/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/2/2010, DJe 10/2/2010)

Há, por outro lado, precedentes, já lembrados na presente assentada, que condicionam a indenização ao ex-cônjuge privado do uso do bem à efetivação da partilha. Como se nota, a questão não é pacífica nesta Corte. A controvérsia consiste, portanto, em estabelecer se, mesmo após a separação judicial ou o divórcio, e embora ainda não realizada a partilha do patrimônio comum do casal, relegada para momento posterior, é facultado a um dos ex-cônjuges exigir daquele que utiliza o imóvel de forma exclusiva indenização correspondente à metade da renda de um presumido aluguel.

Como acima exemplificado, os acórdãos que adotam o entendimento de que é possível o arbitramento de indenização pelo uso exclusivo de imóvel comum entendem que a mancomunhão que rege os bens transforma-se em condomínio com a separação judicial do casal. Por outro lado, os precedentes que adotam a tese da impossibilidade de estabelecimento de tal indenização, entendem que a mancomunhão encerra-se apenas com a partilha de bens.

No presente caso, o acórdão recorrido e a jurisprudência colacionada no mesmo sentido, *a contrario sensu*, admitem que, estando os bens do casal submetidos ao instituto da mancomunhão, pelo fato de ainda não realizada a partilha, é permitido a um dos ex-cônjuges utilizar-se exclusivamente de imóvel que pertence a ambos sem retribuição ao privado da posse direta.

Registre-se, no tocante ao instituto da mancomunhão, a explicação de

Antônio Felipe do Amorim Cadete:

A mancomunhão implica a união e a co-titularidade de todos os efeitos emanados de uma relação jurídica – direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções – ensejando a conclusão de que se é mancomunheiro do todo, e não de parte do bem jurídico tutelado. Há no seu conceito a idéia de conjunção unidade e simultaneidade, negando qualquer alusão a quotas ou parcelas.

(...)

Quando desse patrimônio especial, composto pela reunião de relações jurídicas forem titulares duas ou mais pessoas de modo conjunto (b), denomina-se patrimônio em mão-comum. Citem-se os patrimônios, v.g., da sociedade ou associação sem personalidade jurídica, de bens comuns no regime de comunhão parcial, de bens comuns no regime de comunhão universal e de bens havidos na constância de união estável, a do patrimônio do cônjuge sobrevivente e dos separados e divorciados enquanto não feita a partilha.

(Apontamentos sobre a mancomunhão no direito privado brasileiro, Revista da ESMAPE, Tomo II, volume 12, número 25, Recife: janeiro/junho de 2007, p. 3 - 7)

Segundo o referido autor, a mancomunhão, em caso de casais separados ou divorciados, apenas extingue-se com a partilha do casal. A co-titularidade de ambos os ex-cônjuges sobre o bem, todavia, não pode implicar gravames não usuais ou em prejuízos ao outro comunheiro. Nesse sentido, afirma Amorim Cadete:

Depreende-se da própria conceituação da mancomunhão que a titularidade e o poder de disposição do crédito em mão-comum cabe aos titulares de modo conjunto. A simples administração do patrimônio pode dar-se por qualquer dos titulares isoladamente, desde que não acarrete gravames inusuais, disposição e alteração na titularidade de direitos, hipótese em que há uma “limitação no direito de administração”.

Em tais hipóteses, em havendo: a) impossibilidade, b) injusta recusa ou c) recusa em prejuízo dos demais, a anuência do mancomunheiro pode ser suprida judicialmente, pois como assevera Pontes de Miranda, “durante a mancomunhão, o uso [ou não-uso] por um dos comunheiros não pode prejudicar os demais”.

(Apontamentos sobre a mancomunhão no direito privado brasileiro,

Em consequência, a meu ver, 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).

A comunhão de bens pressupõe que a ambos os cônjuges seja dado o direito de deles usufruir, de modo que um deles não pode pretender a exclusividade na sua utilização. Na mesma linha de entendimento, esclarece a doutrina de Maria Berenice Dias:

(...) Depois da separação judicial, de fato ou mesmo do divórcio, sem a realização da partilha, os bens permanecem em estado de mancomunhão, expressão corrente na doutrina, que, no entanto, não dispõe de previsão legal. De qualquer sorte, quer dizer que os bens pertencem a ambos os cônjuges ou companheiros em 'mão comum'. Tal distingue-se do condomínio: situação em que o poder de disposição sobre a coisa está nas mãos de vários sujeitos simultaneamente. Esta possibilidade não existe na comunhão entre cônjuges, conviventes e herdeiros. Nenhum deles pode alienar ou gravar a respectiva parte indivisa (CC 1.314) e só pode exigir sua divisão (CC 1.320) depois da partilha.

Separado o casal, modo frequente, fica o patrimônio na posse de somente um dos cônjuges. Sendo dois os titulares e estando somente um usufruindo o bem, impositiva a divisão de lucros ou o pagamento pelo uso, posse e gozo. Reconhecer que a mancomunhão gera um comodato gratuito é cancelar o **enriquecimento injustificado**. Assim, depois da separação de fato, mesmo antes da dissolução do casamento e independentemente da propositura da ação de partilha, cabe impor o pagamento pelo uso exclusivo de bem comum. Mas uma distinção necessita ser feita. Permanecendo no imóvel quem faz jus a **alimentos** - seja o ex-cônjuge, sejam os filhos -, não cabe impor o pagamento, pois o uso configura alimentos 'in natura'. Porém, quando não existe encargo alimentar, quem permanece no imóvel deve pagar pelo uso exclusivo do bem comum a título de aluguel.

Ficando o patrimônio nas mãos e sob a administração de somente um dos cônjuges, o administrador tem a obrigação de prestar contas, bem como deve entregar parte da renda líquida ao outro (LA

# *Superior Tribunal de Justiça*

4º parágrafo único). Tal determinação tem cabimento não só no regime de comunhão universal de bens, mas em qualquer regime em que haja comunhão de aquestos.

(Maria Berenice Dias, Manual de Direito de Famílias, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais, págs. 324-325 - grifou-se)

Compartilho do entendimento de que, em razão da vedação ao enriquecimento sem causa, se apenas um dos ex-cônjuges utiliza o bem de forma exclusiva, impedindo de forma concreta ou prática o usufruto comum 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.

A ultimação formal da partilha, ato que, em geral, é o mais controvertido e demorado, sendo postergado para discussão após a concordância mútua quanto à inevitabilidade do divórcio, ao meu sentir, não é fundamento relevante para a definição do direito à indenização pelo uso exclusivo de imóvel comum.

Com efeito, é certo que, nos termos da jurisprudência hoje dominante, mesmo a mera separação de fato, embora não extinga a mancomunhão dos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, faz cessar deveres como a fidelidade, bem como o patrimônio que venha a ser adquirido por cada um dos ex-companheiros deixa de estar submetido à presunção legal de esforço comum.

Se, após a separação, o imóvel comum passar a ser utilizado exclusivamente por um dos ex-consortes, o prejuízo passível de indenização é a impossibilidade de um dos comunheiros - separado judicialmente, divorciado, ou mesmo separado de fato - usar o bem em decorrência de impedimento causado pelo outro comunheiro. Entendimento contrário estimularia, data maxima vênia, o detentor da posse do bem a retardar a partilha, causando prejuízo insusceptível de indenização ao ex-consorte.

No caso sob exame, o imóvel em causa, integrante do acervo de bens que compõe o patrimônio do casal, além do terreno, possui benfeitoria edificada com dois pavimentos, sendo um deles utilizado para moradia e o outro para o funcionamento da oficina em que trabalha o varão, ora recorrido, que ocupa o bem



exclusivamente.

Assim, uma vez definido pelo Tribunal de origem que o imóvel litigioso faz parte do patrimônio comum do casal, o uso exclusivo do bem pelo varão implica a fixação de indenização em favor do outro ex-cônjuge. Ressalto, ainda, que, no imóvel em questão, não residem alimentados, os quais estão sob a guarda da genitora, ora recorrente.

Assim, entendo que merece reforma o acórdão recorrido para estabelecer a obrigação de pagamento à recorrente de indenização correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor locativo do imóvel, a ser estabelecido em liquidação de sentença.

Quanto ao termo inicial para o ressarcimento, a Quarta Turma, no julgamento do já citado REsp 178.130, de relatoria do Min. Cesar Asfor Rocha, entendeu que “a anuência, ainda que tácita, de um dos condôminos para que o outro permaneça sozinho na posse do bem comum gera a presunção de existência de um comodato gratuito por prazo indeterminado, que pode ser extinto a qualquer momento seja por meio da notificação seja pela citação para ação de divisão ou, como no caso dos autos, de arbitramento de aluguel”. Na espécie, sendo o recorrido autor da ação de divórcio, entendo que o termo inicial para o arbitramento deve ser a data de sua intimação para responder à reconvenção, em que consta pedido de fixação imediata da referida indenização.

Em face do exposto, acompanho o voto do Relator para prover o recurso especial.