

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)
RECORRIDO : A C K
ADVOGADO : CARLOS FERNANDO ARAGONEZ DE VASCONCELLOS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Colhe-se dos autos que A S C K ajuizou ação de divórcio litigioso direto contra A C K, relatando a separação de fato desde abril de 2004 e oferecendo alimentos aos dois únicos filhos do casal (menores) que estão sob a guarda da genitora, no valor de R\$ 400,00 mensais para cada um (na fl. 1).

Relatou o autor que *"é mecânico e tem renda mensal variável em torno de R\$ 1.600,00 mensais"* e que *"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"* (na fl. 2).

A requerida contestou o feito, alegando a insuficiência do valor ofertado a título de alimentos, postulando, em reconvenção, a partilha dos bens adquiridos pelo casal e a fixação de aluguel pelo uso exclusivo do único imóvel do casal pelo varão (nas fls. 22/27).

Contestando a reconvenção, o promovente alegou estar passando por dificuldades financeiras, salientando que seu rendimento mensal gira em torno de R\$ 1.600,00, enquanto a reconvinte, engenheira civil, percebe rendimentos mensais em torno de R\$ 7.400,00 (nas fls. 82/85).

A sentença julgou o pedido parcialmente procedente para *"fixar a pensão alimentícia aos dois filhos menores do casal, no valor de R\$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), 50% para cada filho"*, *"determinando a partilha do patrimônio adquirido em comum"* (nas fls. 272/243).

Ambos apelaram, sendo que o cônjuge virago, para o que interessa ao presente, insurgiu-se a contra a *"não fixação de um valor de locação, postulado na fl. 66 dos autos em razão do fato de que o varão vem utilizando, exclusivamente, do único imóvel pertencente ao casal"*, explorando-o como comércio (oficina mecânica no primeiro andar) e como residência

Superior Tribunal de Justiça

(segundo andar) - (na fl. 265).

Nesse passo, salientou que *"a própria sentença, na fl. 199, verso, já determinara a partilha do patrimônio comum, dentre esse o imóvel com benfeitorias, onde reside e trabalha o autor (oficina mecânica)"* (na fl. 265).

Todavia, a col. Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul negou provimento às apelações em aresto assim ementado:

"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." (grifou-se, fl. 318)

Irresignada, A S C K interpôs o presente de recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal (nas fls. 346/354).

De início, alega *"violação direta ao artigo 535, inciso II, do CPC (omisso), bem como ao artigo 458, inciso III, do CPC"*, requerendo a anulação das *"decisões do Tribunal a quo sobre a matéria em questão, determinando-se o retorno dos autos à aludida instância para o enfrentamento do seguinte ponto: se a eg. Turma interpreta ou não que a r. sentença autoriza a dedução do empréstimo* (que o ora recorrido alega haver contraído junto ao pai para aquisição do imóvel) *e em que termos vai isso autorizado, posto que inexistente tal autorização no dispositivo da sentença e sendo o caso de dedução parcial ou integral do empréstimo, que tal acerto financeiro seja levado à liquidação de sentença, mediante a comprovação da movimentação financeira havida em benefício da entidade familiar"* (grifou-se, na fl. 351).

Noutro passo, sustenta divergência jurisprudencial com relação à *"fixação de valor de aluguel em face da utilização exclusiva de imóvel pertencente ao casal, o qual vem*

Superior Tribunal de Justiça

sendo usufruído apenas pelo cônjuge-varão" (na fl. 351).

O aresto apontado como paradigma da divergência possui a seguinte ementa:

"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 983.450/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe de 10/02/2010 - grifou-se)

Assim, a recorrente requer a reforma do aresto recorrido *"para autorizar a fixação de um valor mensal de aluguel a favor da recorrente, a ser fixado e calculado em liquidação de sentença, cujo pagamento pede que ocorra desde a citação ou no caso, desde a data de publicação da decisão de fi. 75 que fixou prazo para o recorrido falar sobre a reconvenção de fi. 66, onde se postula o pagamento de aluguel a favor da ora recorrente "* (na fl. 353).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 371/375).

O recurso foi admitido na origem (fls. 378/383).

Superior Tribunal de Justiça

Instado a se manifestar, o il. representante do Ministério Público Federal opinou pelo provimento parcial do recurso especial (fls. 396/399).

Em virtude do provimento de agravo regimental, a col. Quarta Turma desta Corte, na sessão do dia 17/12/2015, decidiu afetar o julgamento da lide à eg. Segunda Seção.

É o relatório.



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)
RECORRIDO : A C K
ADVOGADO : CARLOS FERNANDO ARAGONEZ DE VASCONCELLOS E OUTRO(S)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

De início, não se verifica violação aos artigos 458, III, e 535, II, do CPC/73, pois, como ambas as apelações foram desprovidas, foi integralmente confirmada a sentença que negou a pretensão de deduzir dos bens partilháveis empréstimo supostamente concedido pelo pai do cônjuge varão para possibilitar a aquisição do único imóvel do casal. Assim, como a sentença foi inteiramente favorável aos interesses da recorrente, falta-lhe interesse recursal nesse particular.

Noutro passo, no que tange ao imóvel, cujas consequências do uso exclusivo pelo varão é o objeto do litígio, verifica-se que a sentença, decretando o divórcio, determinou sua divisão na "*proporção de 50% para cada litigante*", deixando, todavia, de arbitrar indenização pela ocupação exclusiva, pelo cônjuge alimentante, do imóvel comum ainda não partilhado de fato.

Assim, como o recurso especial, em sua parte remanescente de apreciação, foi manejado apenas para discutir o cabimento da indenização pelo uso exclusivo do imóvel, operou-se a preclusão com relação ao divórcio e à própria partilha dos bens formalizada na sentença.

Logo, não restam dúvidas de que, desde a sentença, cada um dos litigantes tem o inequívoco conhecimento da exata porção do imóvel que lhe cabe, ainda que a partilha não tenha sido formalizada.

Desse modo, destaque-se que o indigitado imóvel, em que pese ainda não ter sido partilhado formalmente, virtualmente já foi dividido, tendo cada ex-cônjuge certeza inequívoca da parte que lhe toca, nos moldes em que determinado na sentença que, nesse particular, não foi impugnada pelos litigantes.

Por via de consequência, a recorrente defende ser cabível a "*fixação de valor de aluguel em face da utilização exclusiva de imóvel pertencente ao casal, o qual vem sendo usufruído apenas pelo cônjuge-varão*" (na fl. 351).

Por sua vez, o colendo Tribunal de origem afastou a pretensão indenizatória, por

Superior Tribunal de Justiça

encontrar impedimento no "estado de mancomunhão" dos bens comuns, que somente cederia lugar ao "estado de condomínio", que permitiria a compensação, depois de ultimada formalmente a partilha dos bens do casal. Eis a fundamentação contida no acórdão recorrido:

"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, o art. 1.314 do CC/02, suscitado pela apelante." (grifou-se, na fl. 326)

Diversamente, o precedente citado pela recorrente como paradigma da divergência entende que, *"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, indenização essa que pode se dar mediante o pagamento de valor correspondente a metade do valor estimado do aluguel do imóvel"* (REsp 983.450/RS, Rel. Min. **NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, DJe de 10.2.2010).

Dessa maneira, o precedente da egrégia Terceira Turma afirma que, conquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce sob as regras que regem o instituto do condomínio, autorizando, desde logo, a indenização pelo seu uso exclusivo.

Na mesma linha desse paradigma, importa destacar o julgamento de embargos de divergência que, em tese, pacificou o entendimento da eg. Segunda Seção, assentando a possibilidade de se fixar indenização pelo uso exclusivo por um dos ex-cônjuges de imóvel de propriedade comum, independentemente da efetiva partilha. Confira-se a ementa do julgado:

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.

Superior Tribunal de Justiça

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 130.605/DF, **Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR**, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/10/1999, DJ de 23/04/2001, p. 115)

Perfilados a esses julgados, outros arestos desta Corte também preconizam o cabimento da indenização mesmo antes da formalização da partilha:

AÇÃO 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.

Dá 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 178.130/RS, **Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA**, QUARTA TURMA, julgado em 04/04/2002, DJ de 17/06/2002, p. 266)

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 436.935/RS, **Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES**,

QUARTA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ de 17/10/2005, p. 296)

Todavia, a despeito dos precedentes citados, um deles oriundo da própria Segunda Seção e, em tese, uniformizador da jurisprudência, verifica-se que a questão continua um tanto controvertida nesta Corte, pois outros julgados consignam a possibilidade de arbitramento da indigitada indenização somente depois da ocorrência da partilha.

Confiram-se:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PATRIMÔNIO COMUM DO CASAL. POSSE EXCLUSIVA. DE UM DOS EX-CÔNJUGES. ALUGUÉIS. PENDÊNCIA DE PARTILHA. INDENIZAÇÃO AFASTADA. DEVER DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. LOCUPLETAMENTO ILÍCITO. VEDAÇÃO. MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO.

1. 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.

2. A ruptura do estado condominial pelo fim da convivência impõe a realização imediata da partilha, que, uma vez procrastinada, enseja a obrigação de prestar contas ao outro cônjuge alijado do direito de propriedade no momento processual oportuno.

3. A administração do patrimônio comum da família compete a ambos os cônjuges (arts. 1.663 e 1.720 do CC), sendo certo que o administrador dos bens em estado de mancomunhão tem o dever de preservar os bens amealhados no transcurso da relação conjugal, sob pena de locupletamento ilícito.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.470.906/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 15/10/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL. IMÓVEL DE PROPRIEDADE COMUM DOS CÔNJUGES. SEPARAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. INEXISTÊNCIA DE PARTILHA DE BENS. IMPOSSIBILIDADE DA COBRANÇA DE ALUGUEL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. DECISÃO MANTIDA.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, é possível o pedido de arbitramento de aluguel pela ocupação exclusiva do imóvel por um dos ex-cônjuges somente após a separação judicial e a partilha dos bens. Precedentes.

2. O recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido suficiente para mantê-lo não deve ser admitido, a teor da Súmula n. 283/STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Superior Tribunal de Justiça

(AgRg no REsp 1.278.071/MG, Rel. **Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA**, QUARTA TURMA, DJe de 21/06/2013 - grifei)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL COMUM UTILIZADO POR APENAS UM DOS CÔNJUGES. RECEBIMENTO DE ALUGUEL POR UM DOS CÔNJUGES. POSSIBILIDADE. CONDIÇÃO. PARTILHA DOS BENS. SÚMULA N. 83/STJ.

1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade.

2. É possível o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal, apenas nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel.

3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ).

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.

(EDcl no Ag 1.424.011/BA, Rel. **Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**, TERCEIRA TURMA, DJe de 16/09/2013)

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SEPARAÇÃO JUDICIAL - RECONVENÇÃO - IMÓVEL COMUM UTILIZADO POR APENAS UM DOS CÔNJUGES - INDENIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

I - O conteúdo normativo do dispositivo tido por violado não foi objeto de debate no v. Acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário prequestionamento viabilizador do Recurso Especial, nos termos da Súmula 211 desta Corte.

II - A jurisprudência desta Corte admite o arbitramento de aluguel, bem como o ressarcimento pelo uso exclusivo de bem integrante do patrimônio comum do casal apenas nas hipóteses em que, decretada a separação ou o divórcio, e efetuada a partilha, um dos cônjuges permaneça residindo no imóvel.

III - Nos termos do artigo 1.571, III, do Código Civil, a sociedade conjugal apenas termina pela separação judicial, razão pela qual não há que se falar em ato ilícito gerador do dever de indenizar durante a constância do casamento, sendo o uso exclusivo do imóvel decorrente de cumprimento de ordem judicial que determinou a separação de corpos.

IV - O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

Agravo Regimental improvido.

(AgRg no Ag 1.212.247/SP, Rel. **Ministro SIDNEI BENETI**, TERCEIRA

Superior Tribunal de Justiça

TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe de 12/05/2010)

Como se vê nos precedentes imediatamente arrolados, os julgamentos mais recentes desta Corte condicionam o dever de indenizar à ultimação da partilha dos bens, pois, segundo defendem, é esta, e não a separação, que encerra a "mancomunhão" sobre os bens e, sendo assim, *"o patrimônio comum subsiste sob a administração do cônjuge que tiver a posse dos bens"* (AgRg no REsp 1.278.071/MG).

Todavia, a primeira, e mais antiga, linha de raciocínio, representada pelos acórdãos juntados mais ao início, admite a referida indenização antes da formalização da partilha porque, segundo defende, *"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"* (REsp 178.130/RS, Rel. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**).

A propósito, confirmam-se os artigos do Código Civil/2002 pertinentes ao tema:

Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consenso dos outros.

Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.

Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.

Art. 1.319. Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou.

Art. 1.322. Quando a coisa for indivisível, e os consortes não quiserem adjudicá-la a um só, indenizando os outros, será vendida e repartido o apurado, preferindo-se, na venda, em condições iguais de oferta, o condômino ao estranho, e entre os condôminos aquele que tiver na coisa benfeitorias mais valiosas, e, não as havendo, o de quinhão maior.

Parágrafo único. Se nenhum dos condôminos tem benfeitorias na coisa comum e participam todos do condomínio em partes iguais, realizar-se-á licitação entre estranhos e, antes de adjudicada a coisa àquele que ofereceu maior lance, proceder-se-á à licitação entre os condôminos, a fim de que a coisa seja adjudicada a quem afinal oferecer melhor lance, preferindo, em condições iguais, o condômino ao estranho.

Superior Tribunal de Justiça

Esse entendimento encontra coro na doutrina de **Maria Berenice Dias**:

"O fim da vida em comum leva à cessação do regime de bens, independentemente do regime adotado, porquanto já ausente o ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial.

(...)

Ainda que se cogite que os bens permaneçam juridicamente em mancomunhão, o intuito de manter patrimônio comum não mais interessa aos agora ex-cônjuges, pelo que não se pode um utilizar do patrimônio do outro sem a justa contraprestação.

Se não é do interesse de uma das partes dispor de seu patrimônio gratuitamente, não pode a lei nem os institutos jurídicos obrigá-lo, sem justa causa.

(...)

A doutrina chama de mancomunhão o estado de indivisão patrimonial decorrente do regime de bens. Tal orientação leva boa parte da jurisprudência a negar à separação de fato e à separação judicial a possibilidade de romper o regime de bens, o que só ocorreria com a ultimação da partilha. Esta posição pode levar à injustiças enormes, pois, estando o casal separado, a posse de fato dos bens por um deles sem se impor a ele qualquer dever pelo uso, gera injustificável locupletamento." (Manual de Direito de Famílias. 5ª ed., Ed. RT., São Paulo, 2009, pp 279/280).

Saliente-se, nessa toada, que admitir a indenização antes da partilha tem o mérito de evitar que a efetivação dessa seja prorrogada por anos a fio, relegando para um futuro incerto o fim do estado de permanente litígio que pode haver entre os ex-cônjuges, senão, até mesmo, aprofundado esse conflito, com presumíveis consequências adversas para a eventual prole.

Por certo, *"o perigo da demora deve ser avaliado de forma igualitária para ambas as partes"*, pois, *"com o fim da vida em comum pela ausência do ânimo socioafetivo, real motivação da comunicação patrimonial, há a cessação do regime de bens"*, então *"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 alijado do direito de propriedade"*, logo *"atenta contra a igualdade constitucional conferir indistintamente, na constância do casamento, a qualquer dos consortes a administração exclusiva dos bens comuns"* (REsp 1.287.579/RN, Rel. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe de 02/08/2013).

Porém, nesta oportunidade, não obstante as ponderáveis razões que arrimam uma e outra orientação, defende-se que a solução para casos como este deve ser atingida a despeito da

categorização civilista da natureza jurídica dos bens comuns do casal que, apesar de separado, ainda não formalizou a partilha do patrimônio.

Deveras, 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.

Também essa é a lição de Maria Berenice Dias, citada pela eminente **Ministra Maria Isabel Gallotti** na sessão de julgamento do Agravo Regimental anteriormente citada:

*"Separado o casal, modo frequente, fica o patrimônio na posse somente de um dos cônjuges. Sendo dois os titulares e estando somente um usufruindo o bem, impositiva a divisão de lucros o pagamento pelo uso, posse e o gozo. Reconhecer que a mancomunhão gera um comodato gratuito é chancelar 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 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."* (Manual de Direito de Famílias. 6ª Ed. Ed. RT., São Paulo, 2009, pp. 324/325).

Nessa toada, propõem-se as seguintes afirmações: a) a pendência da efetivação da partilha de bem comum não representa automático empecilho ao pagamento de indenização pelo seu uso exclusivo, desde que a parte que toca a cada um dos ex-cônjuges tenha sido definida por qualquer meio inequívoco, sempre suscetível de revisão judicial e fiscalização pelo Ministério Público; e b) o indigitado direito à indenização também não é automático, sujeitando-se às peculiaridades do caso concreto sopesadas pelas instâncias de origem.

Logo, a título de exemplo, é atribuição das instâncias ordinárias determinar quem é a parte mais fraca da lide a merecer a devida proteção; quem está procrastinando a efetivação da partilha e que, portanto, deve sofrer as consequências adversas de seus atos; se o pagamento

Superior Tribunal de Justiça

da indenização ou o uso exclusivo do bem representa prestação de alimentos *in natura*, etc.

No caso em comento, tornado certo pela sentença o quinhão que cabe a cada um dos ex-cônjuges, aquele que utiliza exclusivamente o bem comum deve indenizar o outro, pois é certo que usufrui, ainda que parcialmente, de propriedade que é subjetivamente alheia.

Contudo, alerte-se desde já que a indenização pelo uso exclusivo do bem por parte do alimentante pode influir no valor da prestação de alimentos, pois afeta a renda do obrigado, devendo as obrigações serem reciprocamente consideradas.

A consequência necessária do entendimento que ora se adota é a de que o valor da indenização pelo uso exclusivo do bem deve ser levado em conta no momento da fixação ou da revisão dos alimentos que, como de sabença, sempre depende de possibilidades e necessidades, circunstâncias do caso concreto.

Todavia, em face do princípio da proibição da *reformatio in pejus*, deixa-se de determinar concretamente a modificação ou a revisão dos valores fixados a título de alimentos, destacando-se, no entanto, que o entendimento ora adotado é suficiente para que o alimentante, se desejar, peça a revisão da condenação alimentar.

Fixados esses entendimentos, resta determinar o termo inicial para o ressarcimento que, conforme já proposto pela eminente **Ministra Maria Isabel Gallotti** na sessão de julgamento do Agravo Interno, no âmbito da egrégia Quarta Turma, que determinou a afetação do presente a julgamento por este colendo Colegiado, deve ser a data da intimação do recorrido para responder à reconvenção na qual foi feito o pedido de indenização, momento em que este teve conhecimento inequívoco da pretensão em tela.

De fato, como destacado pela ilustre Ministra, "*a Quarta Turma, no julgamento do já citado REsp 178.130/RS, da relatoria do Min. César 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'*".

Assim, o recurso deve ser provido para reconhecer o direito da recorrente de ser indenizada pelo recorrido pela utilização exclusiva do imóvel comum do ex-casal, apurando-se em liquidação o valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) do valor de mercado de aluguel mensal do imóvel, deduzidas as despesas de manutenção do bem, inclusive tributos incidentes, suportados pelo recorrido no período considerado, a ser pago a partir da ciência do

Superior Tribunal de Justiça

pedido da parte contrária que, no caso, deu-se com a intimação do recorrido para responder à reconvenção na qual foi feito o pedido de indenização.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso especial, nos moldes acima delineados.

É como voto.

