

ARBITRAMENTO DE ALUGUEL POR USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL COMUM

Autor: Franz Mosqueira Furtado de Mendonça¹

Orientador: Prof. Hugo Martins Quintão²

SUMÁRIO: Introdução. 1. Casamento e união estável. 2. Regime de bens. 3. O divórcio e a dissolução da união estável. 4. Condomínio: antecedentes históricos e sua natureza. 5. Arbitramento de aluguel: a controvérsia entre os tribunais. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho analisa, sob a ótica da metodologia da revisão, a possibilidade de arbitramento de aluguel pelo uso exclusivo de imóvel comum ainda não partilhado e utilizado por apenas um dos cônjuges ou companheiros. Discorre, brevemente, sobre os institutos do casamento e da união estável, os regimes de bens, especificamente o da comunhão parcial e universal, o estado de mancomunhão dos bens que compõem o acervo patrimonial enquanto não efetivada a partilha, o condomínio de bens entre os cônjuges ou companheiros, bem como a controvérsia nos tribunais da Federação sobre a questão da cobrança de aluguel por uso exclusivo de imóvel comum ainda não partilhado. Especificamente, busca demonstrar, através de citações jurisprudenciais, a possibilidade de arbitramento de aluguel daquele que usufrui com exclusividade de imóvel comum, antes de ultimada a partilha, em ações de divórcio e dissolução de união estável, estribando o posicionamento esposado na dignidade da pessoa humana, nos princípios da igualdade das relações jurídicas, da boa-fé e da vedação do enriquecimento sem causa. A morosidade da justiça brasileira, por seu turno, também é abordada no presente trabalho como um dos fatores determinantes a justificar o arbitramento do aluguel ao cônjuge ou companheiro desapossado do bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitramento de Aluguel. Imóvel Comum. Mancomunhão. Partilha

1- Graduando em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), Ubá, Minas Gerais. Servidor Público. franz_mosqueira@hotmail.com

2- Professor da Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), Ubá, Minas Gerais. Graduado e Especialista em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes/RJ. Advogado. hugomquintao@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos, o número de divórcios no país aumentou significativamente, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

A despeito da legislação ter diminuído consideravelmente a burocracia para a sua formalização, muitas das vezes os cônjuges ou companheiros não chegam a um consenso na hora de se divorciar ou de por termo à união estável havida entre ambos.

A ausência de acordo no que tange à partilha dos bens do casal, constitui, sem sombra de dúvidas, um dos motivos principais para o acionamento da máquina judiciária.

Para agravar a situação, o casal, em muitos casos, possui apenas um imóvel, não dispondo o cônjuge ou companheiro, que deixou de residir no imóvel comum, seja por ato voluntário ou decisão da justiça, condições financeiras de arcar sozinho com o pagamento de um aluguel até o desfecho do processo litigioso.

Nestes casos, o cônjuge que fica desapossado do único imóvel que integra o acervo patrimonial do casal acaba ficando em uma situação lesiva e desvantajosa em relação ao seu real direito de co-proprietário, devido à morosidade da justiça brasileira, que não está aparelhada para receber o grande volume de processos em virtude do reduzido número de juízes, promotores, defensores e serventuários da justiça, bem como da legislação inadequada e do número exagerado de recursos, que permite ao litigante percorrer várias instâncias jurisdicionais até a sentença transitar em julgado.

Devido ao considerado lapso temporal entre a separação de fato e a efetivação da partilha, aquele que se encontra privado da fruição do imóvel comum acaba tendo, nesse interregno, que bater às portas do judiciário para pleitear uma indenização, a título de aluguel, por não estar usando e gozando de sua co-propriedade, como forma de reparar o desequilíbrio da relação patrimonial.

Há controvérsia na jurisprudência acerca da possibilidade do arbitramento a título de aluguel por uso exclusivo de imóvel por apenas um dos cônjuges enquanto não efetivada a partilha.

Para alguns tribunais, enquanto o bem estiver em comunhão, ou seja, enquanto não efetivada a partilha, descabe a fixação de aluguel pelo uso exclusivo do imóvel comum, sob o argumento de que o bem se encontra em estado de mancomunhão.

Já para outros, é possível a fixação de aluguel, sob a justificativa de que,

enquanto não dividido o bem comum, a propriedade do casal sobre o bem remanesce sob as regras que regem o instituto do condomínio, ou seja, cada consorte responde aos outros pelos frutos da coisa comum e pelo dano que lhe causou, nos termos do art. 1319 do CC/02.

O presente artigo, portanto, tem por escopo abordar aludido tema, procurando demonstrar, outrossim, sob a ótica da metodologia de revisão, a possibilidade da cobrança de aluguel por parte do cônjuge ou companheiro(a) que deixou o lar conjugal em face do outro consorte que ficou residindo, com exclusividade, no imóvel comum ainda não partilhado.

A partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, o trabalho analisa o quanto é importante o tema, visto que as posições doutrinárias são divergentes na aplicação do arbitramento do aluguel ao cônjuge desapossado do imóvel comum.

1. Casamento e união estável

Antes de se adentrar no tema alvo de debate, mister tecer algumas considerações acerca dos institutos do casamento e da união estável.

Como bem preleciona Maria Helena Diniz, “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição e uma família.” (Curso de direito civil brasileiro. Direito de Família. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 5) . Já para Paulo Luiz Netto Lôbo, “O casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado” (Famílias. São Paulo: Saraiva, 2007).

Dentre os dispositivos que tratam do instituto no Código Civil de 2012, o art. 1.511 prevê que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

Durante muito tempo o legislador viu no casamento a única forma de constituição da família, negando efeitos jurídicos à união estável, que atualmente assumiu um importante papel como entidade familiar, uma vez que muitas pessoas têm optado por essa forma de união em detrimento do casamento.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 226, § 3º, passou a reconhecer a união estável como relação válida, com reflexos e consequências jurídicas, nos

seguintes termos: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

O conceito atual de união estável encontra-se no art. 1.723 do Código Civil, *in verbis*:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

2. Regime de bens

Como é cediço, a união pelo casamento ou em regime de união estável traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, principalmente após o desfazimento do respectivo vínculo.

O regime de bens rege as relações patrimoniais derivadas do casamento e da união estável. Segundo Clóvis Beviláqua, o regime de bens é “o complexo de princípios jurídicos reguladores das relações econômicas entre marido e mulher” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, ed. Histórica, Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1975, v. 2, p. 581.) Para Orlando Gomes, “regime patrimonial é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges” (Direito de Família, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 173.).

Nosso Código Civil adota, como regra geral, a liberdade de escolha pelos cônjuges do regime patrimonial no casamento, em seu art. 1.639, *in verbis*: “É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”.

A respeito dos efeitos patrimoniais da união estável, o Código Civil introduziu o seguinte regramento, em seu art. 1.725: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Se o regime de bens adotado pelos cônjuges ou companheiros for o da comunhão parcial ou universal, durante o casamento ou união estável, forma-se uma massa de bens comuns, uma só unidade. Os referidos bens pertencerão à sociedade

conjugal, e não propriamente aos cônjuges ou companheiros, não sendo possível identificar, na constância do casamento ou da união estável, quais os bens que pertencem individualmente a cada um, não se tratando do condomínio propriamente dito, uma vez que nesse interregno nenhum dos cônjuges ou companheiros pode dispor de sua parte e nem exigir a divisão dos bens comuns, tratando-se de um estado de mancomunhão, ou seja, de um regime de propriedade coletiva ou exercida de mão comum também chamado “*communio juris germanici*”.

Neste sentido, leciona o doutrinador Zeno Veloso (Regimes matrimoniais de bens, Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 136):

Estabelece-se entre os cônjuges um condomínio, valendo alertar que se trata de um condomínio especial, peculiar, decorrente do regime matrimonial de bens, e diverso, em sua origem, conteúdo e efeitos, do condomínio que resulta do Direito das Coisas. Embora condôminos, nenhum cônjuge pode dispor de sua fração ideal, nem requerer a divisão dos bens que integram o patrimônio comum, não se aplicando os arts. 623, III, e 629, *caput*, do Código Civil.

O regime da comunhão parcial de bens é o regime legal para traçar o destino dos bens dos cônjuges ou companheiros, quando os mesmos não optem por algum dos outros tipos previstos na legislação.

O art. 1.659 da codificação vigente elenca os bens que são excluídos da comunhão parcial: os que cada cônjuge/convivente possuir ao casar/formar união estável, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento/união estável, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges/conviventes em sub-rogação dos bens particulares; as obrigações anteriores ao casamento/união estável; as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge/convivente; e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

O regime da comunhão universal de bens é aquele que todos os bens, presentes e futuros, individuais e comuns, antes ou depois do matrimônio/união estável, e as dívidas passivas comuns tornam-se apenas uma só massa ou unidade. Trata-se do regime que se instala a mancomunhão, a chamada comunhão de mãos juntas.

O Código Civil de 2002 estabeleceu exceções à comunicação de bens, excluindo-se dos efeitos patrimoniais do regime da comunhão universal os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; as dívidas anteriores ao casamento/união estável, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum; as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges/conviventes ao outro com a cláusula de incomunicabilidade; os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge/convivente; e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

3. O divórcio e a dissolução da união estável

A dissolução do casamento civil está mais fácil no Brasil. Por força da Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, foi suprimido o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos.

O referido parágrafo possuía a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.". Agora, ficou assim: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.".

O desfazimento da convivência estável, por sua vez, assim como no divórcio, pode se dar por iniciativa de um ou de ambos os conviventes.

Se não houver estipulação de contrato de convivência, haverá, na maioria das vezes, necessidade de ação de reconhecimento da sociedade de fato.

4. Condomínio: antecedentes históricos e sua natureza

Fonte de discórdias, brigas e demandas, o condomínio é formado quando mais de uma pessoa possui o exercício da propriedade sobre determinada coisa. Segundo Silvio Rodrigues:

Dá-se o condomínio quando, em uma relação de direito de propriedade, diversos são os sujeitos ativos. Definindo o domínio, na forma do art. 524 do Código Civil, como o direito de usar, gozar, dispor de um bem e de reavê-lo de quem injustamente o detenha, fácil é chegar à ideia de condomínio, imaginando plural, e não singular, o sujeito deste direito. (Direito Civil –

Direito das Coisas, 25. Ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. 5, p. 189.)

Caio Mário da Silva Pereira, com outro enfoque, discorre sobre o condomínio:

Verifica-se o condomínio quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito, idealmente, sobre o todo e cada uma das partes. O poder jurídico é atribuído a cada condômino, não sobre uma parte determinada da coisa, porém sobre ela em sua integralidade, assegurando-se a exclusividade jurídica ao conjunto de comproprietários, em relação a qualquer pessoa estranha, e disciplinando-se os respectivos comportamentos bem como a participação de cada um em função da utilização do objeto. (Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições*, cit., 14. ed., v. 4.)

Segundo Clóvis Beviláqua, “o condomínio ou co-propriedade é a forma anormal da propriedade, em que o sujeito do direito não é um indivíduo, que o exerce com exclusão dos outros. São dois ou mais sujeitos, que exercem o direito simultaneamente” (Ob. Cit., v. 3, p. 1093).

O sistema germânico entende o condomínio como comunhão de mão comum. Vale dizer, cada consorte tem direito conjunto de exercer o domínio sobre a coisa. Não há nessa comunhão a noção de parte ideal, conforme precisa lição de Sílvio de Salvo Venosa:

Ao contrário do sistema romano, o condomínio germânico impede que cada condômino, por exemplo, venda ou grave sua parte, ou até peça a divisão da coisa comum. Não existem quotas, porque a coisa toda é objeto de uso e gozo comum. Nosso direito ancorou-se na tradição romana, baseando o condomínio na fração ideal. Há entre nós, contudo, traço da concepção germânica, o que facilita o seu entendimento, na comunhão universal que se estabelece em razão do casamento, em que todos os bens pertencem simultaneamente a marido e mulher, sem determinação da quota de um ou outro cônjuge. (Wald, 1991:130)

Para Pontes de Miranda, “a comunhão matrimonial de bens é do tipo germânico, e não romano, em que os comunheiros não têm uma determinada parte ideal na propriedade comum, mas apenas o uso e gozo da coisa comum” (Tratado de Direito Privado, Borsoi, 1995, tomo XII, pp. 12/13).

5. Arbitramento de aluguel: a controvérsia entre os tribunais

A cobrança de aluguéis, em razão da ocupação exclusiva de imóvel ainda não partilhado, não encontra sintonia na jurisprudência pátria.

Consoante já sublinhado linhas volvidas, uma corrente entende que inexistente

título que autorize a cobrança de aluguel contra o cônjuge que ficou residindo no imóvel comum após a separação de fato, sob a alegação de que, até ultimada a partilha, os bens que compõem o acervo patrimonial do casal se encontram em estado de mancomunhão, e não em condomínio, figura do Direito da Coisa, que só se constituirá após a efetivação da partilha, consequentemente, incabível a fixação de aluguel.

A propósito, preconiza nossa jurisprudência:

[...] a circunstância de ter permanecido o imóvel comum na posse exclusiva da apelada e ainda não efetivada a partilha de bens, posto que em trâmite a separação judicial litigiosa, impossibilita o ajuizamento de ação de arbitramento de aluguel.

Isto porque atinge o imóvel em questão o atributo da indivisibilidade, próprio não da existência de um condomínio convencional, mas sim, de verdadeira comunhão de bens, regime no qual não possuem os ex-cônjuges direitos inerentes a frações ideais, mas sim e tão-somente, direito recíproco de uso e gozo dos bens comuns.

Anote-se a lição do eminente Pontes de Miranda:

"Os cônjuges são senhores pro indiviso dos bens comunicados. Nenhum dos dois os tem e possui só por si, dão-se, caracteristicamente, os fatos jurídicos da composses e do condomínio. Porém composses e condomínio mais íntimos e, ao mesmo tempo, mais independentes do que a composses e o condomínio ordinários: os cônjuges não podem alienar ou gravar as suas partes (metades ideais), nem a composses dos bens comunicáveis permite o exercício sobre uma das partes dos bens, nem mesmo a separação. Trata-se de absoluta indivisão de bens presentes e futuros". (Tratado de Direito Privado – Vol VIII, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Borsoi, 1971, p. 428).

Assim, para que haja um eventual arbitramento de aluguel pelo uso de bens comuns, é necessário que esteja resolvida a questão pertinente à partilha (Apelação Cível n. 595.329.4/1-00, de Piracicaba, Tribunal de Justiça de SP, Rel. Des. Percival Nogueira, j. 26-3-09).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE ALUGUEL EM FAVOR DE UM DOS LITIGANTES. IMPOSSIBILIDADE. MANCOMUNHÃO DOS BENS QUE VIGE ATÉ A PARTILHA. Descabe o pagamento de locativos por um dos cônjuges pela ocupação exclusiva de imóvel, uma vez que a mancomunhão dos bens resultante do casamento subsiste até a partilha. Precedentes. RECURSO DESPROVIDO.” (SEGredo DE JUSTIÇA) (Agravado de Instrumento Nº 70033612334, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 28/01/2010).

“APELAÇÃO CÍVEL - PEDIDO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE ALUGUEL - CASAL SEPARADO - IMÓVEL COMUM A AUSÊNCIA DE PARTILHA - RECURSO DESPROVIDO. Enquanto não formalizada a partilha dos bens, quando então será consolidada a quota parte de cada ex-cônjuge sobre o patrimônio comum, inexistente título jurídico que autorize a cobrança de aluguel contra aquele que ficou residindo no imóvel comum.” (TJPR, Apelação Cível nº 352.826-3, 11ª C. Cível, Rel. Luiz Antônio Barry, j. 23/08/2006, DJ 15/09/2006).

“APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO DE ALUGUEL. IMÓVEL EM MANCOMUNHÃO. IMPROCEDÊNCIA. 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 usufruiu. Precedentes. APELAÇÃO PROVIDA

EM PARTE.” (SEGredo DE JUSTIÇA) (Apelação Cível nº 70029720752, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 25/11/09).

Vale dizer: até a formalização da partilha dos bens, descabe pagamento a título de aluguel por uso exclusivo de bem comum porque nesse interregno não se trata do condomínio propriamente dito, figura do Direito da Coisa, regulado pelas regras que lhe são próprias e regulamentado no art. 623 do Código Civil, mas sim do condomínio germânico em que os cônjuges não podem alhear a respectiva parte indivisa ou gravá-la (Código Civil, art. 623, III).

Para essa corrente, somente após a homologação da partilha que a mancomunhão existente entre os cônjuges transforma-se em condomínio romano, conforme leciona o Prof. José Lamartine Corrêa de Oliveira:

"A doutrina distingue claramente a comunhão dita "de mãos juntas", regulada pelo princípio da "gesamthand" (comunhão germânica) da comunhão por quotas, de tipo romano, de que é caso modelar o condomínio. Na primeira, sustenta-se hoje ter importância secundária a questão consistente em saber se há ou não quotas: o que importa é a impossibilidade, em princípio, de atos de disposição isolados, de um ou de alguns dos comunheiros sobre a respectiva quota. Segundo a doutrina alemã, são três os exemplos clássicos de comunhão "de mãos juntas": o espólio, ou comunhão entre herdeiros, a comunhão de bens entre marido e mulher, e a sociedade civil ou mercantil de pessoas. Com abstração do último exemplo, uma vez que tais sociedades, no direito brasileiro, são pessoas jurídicas, ao contrário do que sucede no direito alemão, é perfeitamente suscetível de transposição para o nosso direito a lição da doutrina germânica, que reconhece que o princípio da inalienabilidade de quota sobre o patrimônio conjunto tem rigorosa aplicação no caso da comunhão entre cônjuges. Lá como aqui, não pode o marido, como não pode a mulher, dispor de sua parte sobre os bens comuns, de tal forma a criar comunhão entre o cônjuge e terceiro. Ao contrário, essa possibilidade de alienação da parte ideal é da essência do condomínio, regido pelos princípios da comunhão romana, e isso resulta claro, entre nós, do teor do artigo 623, III, do Código Civil. É que a comunhão de mãos juntas, de que é exemplo a comunhão entre cônjuges, envolve a co-titularidade sobre um conjunto de patrimônio, enquanto que a comunhão romana e, portanto, o condomínio, envolve uma co-titularidade sobre cada objeto individualizado." (STJ - REsp 399640 / SP RECURSO ESPECIAL 2001/0192276-7).

De outra banda, o colendo Superior Tribunal de Justiça, que negava o arbitramento de aluguel entre cônjuges por entender de se tratar de condomínio especial, mudou seu posicionamento e tem entendido que aquele que ocupa com exclusividade o imóvel comum tem o dever de indenizar o co-proprietário, ainda que não realizada a partilha do imóvel, porque entre a separação de fato e a partilha a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, *in verbis*:

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. (REsp 983.450/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 02/02/2010, DJe 10/02/2010).

SEPARAÇÃO JUDICIAL. BEM DO CASAL. PARTILHA. CONDOMÍNIO. OCUPAÇÃO DO IMÓVEL PELO CÔNJUGE VARÃO. COBRANÇA DE ALUGUEL PELA MULHER.

Cada consorte responde aos outros pelos frutos da coisa comum (Código Civil, art. 627). Na propriedade em comum, não se pode usá-la em detrimento do direito dos demais condôminos (REsp. 14.913, DJ 16/12/1991). Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp. 130.605, Rel. Desig. Min. Nilson Naves, 1999).

Nesse sentido, ensina Maria Helena Diniz:

Os condôminos poderão usar da coisa comum, retirando seus frutos, sendo que cada um responderá perante os outros pelas vantagens ou frutos que vier a perceber, sem a devida autorização, bem como pelos prejuízos que lhes causar. Assim, se um deles habitar a casa comum, deverá pagar aos demais a título de aluguel a parte correspondente ao quinhão de cada um. (Código Civil Anotado. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.1061).

Na mesma senda, têm decidido outros tribunais da Federação:

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. 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: ERES 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, 04/04/2002)

SEPARAÇÃO LITIGIOSA. ALUGUEL PELO USO DE IMÓVEIS EM COMUM, UTILIZADOS POR UM DOS CÔNJUGES. POSSIBILIDADE.

Ainda que não ultimada a partilha, decorrido certo tempo de tramitação e verificado o desequilíbrio da relação patrimonial vivenciada pelos separandos, justifica-se a fixação. Sobretudo sendo um dos imóveis explorado para o exercício profissional pelo separando, com o outro servindo para sua residência e não da prole. Pertinência da medida como forma de desestimular a procrastinação do processo. Pagamento de aluguel ao cônjuge que não usufrui dos bens comuns, na proporção de sua meação. Valor dos alimentos alcançados a filho menor irrelevante para elidir, obrigação decorrente da relação de parentesco. Aferição do preço de mercado na origem. Agravo provido. (Agravo de Instrumento Nº 70035896398, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 17/06/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. IMÓVEL COMUM COM FRUIÇÃO EXCLUSIVA PELA MULHER. PEDIDO DE PAGAMENTO DE ALUGUÉIS (INDENIZAÇÃO). PRECEDENTE DO STJ. 1. Aquele que não usufrui do bem que detém com a ex-companheira pode reivindicar compensação pecuniária em face dos benefícios auferidos exclusivamente pela mulher. 2. Mesmo antes de ser concluída a partilha de bens e estando a mulher na posse e uso exclusivo do imóvel, cabível ressarcir o outro, a título de indenização, na quantia correspondente à metade da renda de um presumido aluguel. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento Nº 70039090295, Oitava Câmara Cível, TJRS, Relator Luiz Felipe Brasil Santos, 18/11/2010).

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. PARTILHA DE IMÓVEL. DOAÇÃO EXCLUSIVA A UM DOS CÔNJUGES NÃO PROVADA. FIXAÇÃO DE LOCATIVO PELO USO POR PARTE DE UM DOS CÔNJUGES.

Não demonstrada a doação, tampouco que beneficiaria somente o cônjuge varão, entra na comunhão e deve ser partilhado o imóvel adquirido na constância do casamento, celebrado sob o regime da comunhão parcial do bem (art. 271, III, CC/16). Dentro da visão mais moderna do Código Civil de 2002, cabe a fixação de locativo pela ocupação exclusiva de um dos cônjuges do imóvel comum, sob pena de enriquecimento ilícito, ainda que ele esteja sob mancomunhão. Apelação desprovida. (Acórdão Nº 70013999925, TJRS, Relator José Ataídes Siqueira Trindade, 09/03/2006).

CONCLUSÃO

Conforme já sublinhado anteriormente, o tema é controvertido. Não obstante respeitáveis posições em contrário, deve ser admitida a cobrança de aluguel proporcional do cônjuge ou companheiro que utiliza com exclusividade do imóvel comum.

Não é justo que o cônjuge ou companheiro que ficou desapossado do bem, seja por ato voluntário ou por decisão judicial, fique sem receber do outro consorte uma respectiva indenização, a título de aluguel, pelo uso gratuito do imóvel comum, até que seja efetivada a partilha.

Em muitos casos, o cônjuge ou companheiro não dispõe de outra moradia e terá que alugar um imóvel ou mesmo hospedar-se em hotéis, necessitando, assim, de uma justa contraprestação daquele(a) que permaneceu no imóvel comum, para honrar seus novos compromissos.

Por outro lado, a separação de fato provoca efeitos jurídicos. Com ela, o casamento perde o seu caráter social, eis que a família deixa de subsistir, podendo, inclusive, o separado de fato manter união estável com terceiro. A separação de fato, também, altera drasticamente a sucessão, por força do polêmico art. 1.830 do CC e, para muitos renomados doutrinadores, como Maria Berenice Dias (Manual de Direito das Famílias, 2007, p. 272), é a data da separação de fato que põe fim ao regime de bens. Nesta esteira, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que os bens havidos após a ruptura da vida em comum não integram a partilha.

Assim, dentro de uma percepção mais moderna e humanista, o novo Direito Civil Constitucional busca, cada vez mais, preservar o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana - fundamento do nosso Estado Democrático de Direito – e o princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5º, da CF e art. 1.511 do CC), bem como resguardar o princípio da boa-fé objetiva, da eticidade e da isonomia nas relações jurídicas, e vedar todo e qualquer enriquecimento ilícito ou sem causa e o abuso de direito, não havendo, portanto, razão lógica para não se admitir a possibilidade de arbitramento de aluguel enquanto não efetivada a partilha, uma vez que o cônjuge ou companheiro desapossado do bem comum encontra-se em uma situação extremamente lesiva e desvantajosa nesse interregno.

Como é cediço, a tramitação de ações de divórcio e de dissolução de união estável quando não há consenso entre as partes perdura longos anos nos tribunais, sendo certo que eventual indeferimento de pedido de arbitramento de aluguel por parte do cônjuge ou companheiro afastado da moradia comum, antes de se ultimar a partilha, sob o argumento de se encontrar o respectivo bem em regime de mancomunhão, indubitavelmente lhe acarretará danos irreparáveis.

Destarte, para estabelecer-se o equilíbrio entre os cônjuges ou companheiros, nada mais sensato que aquele que ficou na posse do imóvel pague ao outro que se encontra privado da fruição da coisa comum, a título de indenização, parte correspondente à metade do valor estimado de que o imóvel produziria se estive locado a um terceiro, pela ocupação exclusiva da coisa que pertence a ambos, até que sua partilha seja efetivada, o que evitará, também, que a ação se prolongue, porque, em tese,

aquele que fica com o uso exclusivo do imóvel sem ressarcir ao outro cônjuge, não tem interesse em partilhar o bem comum, e interpõe recursos com objetivo manifestamente protelatórios, opondo resistência injustificada ao andamento do processo.

Segundo estatui o art. 1.660, V, do Código Civil, entram na comunhão, e, portanto, pertencem a ambos os cônjuges, todos os frutos dos bens comuns e até mesmo os frutos percebidos de bens particulares vencidos na constância do condomínio.

Consequentemente, todos os frutos dos bens comuns, enquanto não cessada a comunhão de bens, pertencem igualmente ao casal, até em decorrência do artigo 226, § 5º, que investe os cônjuges dos mesmos direitos e deveres em relação ao patrimônio comum - e não só o administrador.

Outrossim, o parágrafo único do art. 4º, parágrafo único, da Lei 5.478/68, estabelece que enquanto não efetivada a partilha dos bens comuns, a renda dos mesmos deve ser dividida entre os cônjuges:

“Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor”.

O art. 1.326 do Código Civil assegura também aos condôminos o direito à partilha dos frutos da coisa comum, na proporção dos quinhões: Já o art. 638 dispõe que “os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões”.

Ante o exposto, afigura-se perfeitamente possível a cobrança de aluguel proporcional do cônjuge ou companheiro que utiliza com exclusividade do imóvel comum, uma vez que entre a separação de fato e a partilha, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, figura do Direito da Coisa, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou, nos termos do art. 1.319 do Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, ed. Histórica, Rio

de Janeiro, Ed. Rio, 1975, v. 2.

- *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

- *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de Família. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 5.

- GOMES, Orlando. *Direito de Família*, 13. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 173.

- IBGE: Casamentos diminuem no Brasil e número de divórcios aumenta. Disponível em: <http://g1.globo.com/globo-news/noticia/2012/10/ibge-casamentos-diminuem-no-brasil-e-numero-de-divorcios-aumenta.html>

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 1995, tomo XII.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições*, cit., 14. ed., v. 4.

- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil – Direito das Coisas*, 25. Ed., São Paulo, Saraiva, 2000, v. 5.

- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direitos Reais*, 7. Ed., São Paulo, Atlas, 2007.

- VELOSO, Zeno. *Regimes matrimoniais de bens*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 136.