



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ARBITRAMENTO E COBRANÇA DE ALUGUÉIS. ÔNUS DA PROVA. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. INADMISSIBILIDADE. COMODATO EVIDENCIADO.**

Ficando evidenciado nos autos que o demandado mantinha com o *de cujus*, proprietário do imóvel e irmão da autora, relação *homoafetiva* que originou sua moradia no bem por longos anos, inclusive após o falecimento do mesmo e com a concordância da demandante, resta descaracterizada a alegada locação e demonstrada a existência de comodato tácito.

**Apelo desprovido, por maioria.**

APELAÇÃO CÍVEL

DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL

Nº 70026514919

COMARCA DE PORTO ALEGRE

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

APELANTE

APELADO

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, **por maioria, em desprover o apelo.**

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES.<sup>a</sup> ANA MARIA NEDEL SCALZILLI E DES. PAULO SERGIO SCARPARO.**

Porto Alegre, 30 de abril de 2009.

**DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA,**  
Relator.

## **RELATÓRIO**



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

**DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA (RELATOR)**

Trata-se de apelação interposta por \_\_\_\_\_ em face de sentença que julgou improcedente a ação de cobrança de alugueis ajuizada contra \_\_\_\_\_.

Faz breve resenha dos fatos e refere ter herdado 50% do imóvel a em razão do falecimento de seu irmão. Explica que o demandado vem a ser ex-companheiro do *de cujus* e apenas permitiu que esse residisse no imóvel 'até as coisas se ajeitarem', mas o réu nunca desocupou o local e sequer pagou valores locativos por sua permanência lá. Refere que o *de cujus* chegou a deixar cheque em branco ao réu para pagamento dos valores relativos ao seu funeral, mas foi a apelante quem acabou arcando com essas despesas. Reitera que apenas autorizou a permanência do demandado no imóvel, durante os primeiros meses, após o falecimento do seu irmão. Da mesma forma, o seu irmão \_\_\_\_\_ que herdou os restantes 50% do imóvel, não concordava com a posse do recorrido, afastando, portanto, a alegação de posse mansa e pacífica. Assevera que eventual penhora do bem, não se confunde com o direito de moradia, pois o imóvel integra o patrimônio do credor e não do devedor. Reitera a necessidade de arbitramento e conseqüente condenação do demandado ao pagamento de alugueis pela habitação no imóvel. Pede o provimento do apelo.

Com as contra-razões, vieram-me conclusos.

Consigno que foi atendido o disposto nos artigos 549, 551 e 552, todos do CPC, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

**VOTOS**



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

**DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA (RELATOR)**

Não procede a irresignação.

Cuida-se de ação de arbitramento e cobrança de aluguéis promovida pela autora em face do réu, alegando ser legítima proprietária do imóvel onde o mesmo reside, por ter herdado 50% do imóvel na partilha dos bens de seu falecido irmão, que foi companheiro do demandado.

O réu, em apertada síntese, suscita exceção de usucapião e refere que habitava o bem por conviver de forma afetiva com o *de cujus* por longos 12 anos ou mais, sendo que o falecido sempre externou sua intenção em deixar-lhe o imóvel e os parentes, após o falecimento, autorizaram sua permanência no apartamento.

Embora não seja o cerne da discussão, a relação *homoafetiva* mantida entre o demandado e o *de cujus*, não pode ser esquecida quando se analisa a que título o réu passou a habitar o imóvel.

No que toca à exceção de usucapião, muito bem rechaçada pois incabível seu exame em sede de cobrança de locativos, devendo ser manejada em rito e procedimento próprios.

No caso, a prova testemunhal é farta no sentido de que o demandado há muito tempo reside no bem, sem qualquer oposição dos parentes, tendo sido a pessoa que cuidou do *de cujus* quando doente e até seu falecimento.

Nesse sentido, refere a informante \_\_\_\_\_ (fl. 112):

J: A senhora sabia que seu \_\_\_\_\_ morava com \_\_\_\_\_ ?

T: Sabia assim muito.



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

J: Não sabia que eles moravam juntos? T: Sabia que estavam tendo um relacionamento, não sabia que moravam juntos, nunca soube disso

No mesmo norte, é o testemunho de \_\_\_\_\_ (fls. 112 a 113):

J: Ele morou com algum companheiro durante algum tempo?

T: Não, ele tinha amigos, fazia muitas festas e depois morou com o \_\_\_\_\_.

J: A partir de quando foi morar com o \_\_\_\_\_? T: Dta, exatamente não sei, mas já fazia uns dez anos que eu estava lá, foi em 82.

J: Então em 92 esse amigo passou a morar com ele? T: Por aí.

J: Esse amigo morou com ele até ele falecer? T: Sim, ajudou, carregava, quando ele ficou doente.

Também assim a testemunha \_\_\_\_\_ confirmou em seu depoimento que o requerido e o *de cujus*, mantinham relacionamento (fls. 113, verso a 114):

J: Sabe se ele morava com algum companheiro quando faleceu? T: Sim, com o \_\_\_\_\_.

J: Quanto tempo o \_\_\_\_\_ morou com ele? T: Uns 15, 17 anos.

J: Mas que morou junto antes do seu \_\_\_\_\_ falecer? T: Se o \_\_\_\_\_ faleceu faz uns doze anos, já está lá uns 15, 17 anos.



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

J: Durante a doença do \_\_\_\_\_, quem cuidava dele? T: O

\_\_\_\_\_.

Pois bem. Embora se perceba certo constrangimento próprio do assunto, tampouco a autora desconhece ou nega o relacionamento do réu com seu falecido irmão, tanto que *'permitiu'* que o demandado morasse no imóvel depois do falecimento, *'até que as coisas se ajeitassem'*, o que perfaz mais de doze anos desde o falecimento do seu irmão.

Portanto, o que se desenhou nos autos é que o demandado ocupa, ainda, o bem de forma gratuita (mesmo com o falecimento de seu companheiro ter ocorrido em meados de 1996) porque, de forma tácita, a autora consentiu, caracterizando verdadeiro contrato de comodato.

Tanto que não há, nem sequer houve, durante todo esse tempo, o envio de qualquer notificação, pleito de reintegração/emissão de posse ou manejo de ação de despejo.

Nesse sentido, a jurisprudência:

*APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA. ÔNUS DA PROVA. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. INADMISSIBILIDADE. COMODATO. MESMO HAVENDO CONTRATO DE LOCAÇÃO ESCRITO, SE NUNCA FOI PAGO NENHUM VALOR A TÍTULO DE ALUGUEL E RESTANDO COMPROVADO QUE, NA VERDADE, AS PARTES FIRMARAM UM CONTRATO DE COMODATO, DESCABE O DESPEJO DO OCUPANTE DO IMÓVEL OBJETO DA AÇÃO DE DESPEJO. PENA DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ AVERBADA EM PRIMEIRO GRAU E MANTIDA PELO TRIBUNAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA QUE SE CONFIRMA. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.. (Apelação Cível Nº 70017401282, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do*



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

*RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos,  
Julgado em 13/12/2006)*

*APELAÇÃO CÍVEL. COMODATO. COBRANÇA DE ALUGUEL DE TERCEIRO QUE COABITA NO IMÓVEL OBJETO DE COMODATO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO DO COMODATÁRIO EM COABITAR COM QUEM DESEJE, FACE A NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO. CASO CONCRETO. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70009243536, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Julgado em 29/12/2004)*

Assim, porque nos termos do inc. II, do art. 333, do CPC, o réu provou a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor descaracterizando a alegada relação locatícia, evidenciando que a ocupação do bem decorre de comodato, de rigor a manutenção da sentença que julgou improcedente a demanda.

Com tais razões, nego provimento ao apelo.

É o voto.

**DES.<sup>a</sup> ANA MARIA NEDEL SCALZILLI (REVISORA)**

Acompanho o relator.

**DES. PAULO SERGIO SCARPARO**

Dirijo em parte do eminente relator.

Em primeiro lugar, entendo que a exceção de usucapião deva ser conhecida, uma vez que *o usucapião pode ser argüido em defesa* (súmula n. 237 do Supremo Tribunal Federal), e que a demonstração da aquisição da propriedade do bem caracterizaria fato impeditivo da pretensão manifestada nestes autos, de arbitramento de aluguéis sobre o imóvel.



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

Todavia, embora deva ser conhecida, há de ser desacolhida a exceção.

É que restou comprovado nos autos que o demandado passou a deter a posse do imóvel a título de comodato, relação entretida com a demandante e que se estendeu regularmente até a formação do presente processo.

De fato, o demandado não controverte a afirmação de que residia no imóvel mediante expressa permissão da demandante, fato que inclusive foi confirmado em juízo pela Sr.<sup>a</sup> Vera Lygia de Lima Kern, prima da autora (fl. 111-verso):

PA: Após o falecimento do Seu \_\_\_\_\_, sabe se a dona Alice concordou com a permanência do \_\_\_\_\_ no apartamento? Sim, até chegaram num acordo, inclusive toda a mobília que lá dentro está é de uma casa em que a Alice, ao se mudar para o exterior, deixou para o irmão [...].

Destarte, tem-se que não se mostram presentes os requisitos do usucapião, uma vez que o réu detinha a posse do imóvel a título de comodato, ou seja, não tinha *animus domini* sobre o bem.

Já no que diz com o mérito da demanda, verifica-se que a demandante requereu o arbitramento de aluguéis retroativamente, desde o falecimento de seu irmão até o presente momento.

É verdade que o demandado residia no imóvel em razão do comodato estabelecido entre as partes, motivo pelo qual não prospera a pretensão de arbitramento de alugueres retroativamente.

De outra banda, o ajuizamento da presente ação denota o desinteresse da demandante na continuidade do contrato de comodato.

É dizer, a partir da citação da presente ação de arbitramento de aluguéis, o réu passou a ter ciência da revogação do comodato e da exigência de aluguéis pelo uso do imóvel, incidentes sobre a fração ideal que pertence à autora, em caso de permanência no imóvel.



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

Aduza-se que, conforme tem decidido o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, de regra a relação de comodato por tempo indeterminado se extingue a partir da citação na ação de arbitramento de aluguéis:

**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: 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 17/06/2002 p. 266)

**RECURSO ESPECIAL - FAMÍLIA - SEPARAÇÃO LITIGIOSA - PARTILHA - AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE ALUGUEL - IMÓVEL COMUM UTILIZADO POR APENAS UM DOS CÔNJUGES - POSSIBILIDADE - DIREITO DE INDENIZAÇÃO - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO - RECURSO PROVIDO.**

- Conforme jurisprudência pacífica desta Corte, a circunstância de ter permanecido o imóvel comum na posse exclusiva da varoa, mesmo após a separação judicial e a partilha de bens, possibilita o ajuizamento de ação de arbitramento de aluguel pelo cônjuge afastado do lar conjugal e co-proprietário do imóvel, visando a percepção de aluguéis do outro consorte, que serão devidos a partir da citação.

- Precedentes.

- Recurso provido para reconhecer o direito do recorrente à percepção de aluguel de sua ex-consorte, vez que na posse exclusiva do imóvel comum, a partir da data da



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

citação, na proporção do seu quinhão estabelecido na sentença. (REsp 673.118/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 26/10/2004, DJ 06/12/2004 p. 337)

Destaco, por oportuno, trecho do voto proferido no segundo aresto citado acima:

Este entendimento se fundamenta na existência de um empréstimo gratuito do imóvel comum para o(a) consorte que nele permanece, mesmo após a homologação da separação judicial e partilha de bens – momento em que a mancomunhão antes existente entre os cônjuges transforma-se em condomínio regido pelas regras que lhe são próprias –, que pode ser desfeito a qualquer tempo pela simples notificação do comodatário(a) ou, ainda, como no caso, pela citação para a ação de arbitramento de aluguéis. Extinto o comodato, portanto, reconhece-se o direito do co-proprietário afastado do lar de ser indenizado pelo uso do bem comum pelo outro consorte que permanece no imóvel.

Nessas circunstâncias, mostra-se razoável o estabelecimento de alugueres mensais a partir da citação (23 de outubro de 2007, fl. 21-verso), que deverão ser corrigidos pelo IGP-M e acrescidos de juros de 1% ao mês a contar do vencimento de cada uma das parcelas.

Quanto ao valor dos locativos, considerando-se que – segundo os anúncios juntados pela parte ré às fls. 74-75 – o preço do aluguel de apartamentos congêneres naquela região da Capital variam entre R\$ 500,00 e R\$ 600,00, e que a autora é proprietária de 50% do imóvel, deverão ser arbitrados em R\$ 225,00 ao mês.

Por fim, não é demais ressaltar que o fato de haver gravame de penhora sobre a fração ideal da autora em nada altera seu direito de propriedade sobre o bem, que vige até que se dê a eventual expropriação.

Em face do decaimento recíproco, deverá a demandante arcar com 75% das custas, bem como com honorários advocatícios fixados em R\$ 800,00.

Já o réu pagará o restante das custas mais honorários arbitrados em R\$ 300,00, autorizada a compensação.

Diante do exposto, o voto é pelo parcial provimento do apelo.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



MASC  
Nº 70026514919  
2008/CÍVEL

**DES. MARCO AURÉLIO DOS SANTOS CAMINHA** - Presidente - Apelação  
Cível nº 70026514919, Comarca de Porto Alegre: "NEGARAM  
PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA.."

Julgador(a) de 1º Grau: CRISTINA LUISA M DA SILVA MININI