



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2012.0000533560

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 9222480-88.2007.8.26.0000, da Comarca de Araçatuba, em que são apelantes GILDETE MARIA DE OLIVEIRA, DAVID OLIVEIRA NUNES FERNANDES e DIANE OLIVEIRA NUNES, é apelado MARIA FATIMA MENARDI.

ACORDAM, em 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores JOÃO CARLOS SALETTI (Presidente sem voto), CARLOS ALBERTO GARBI E COELHO MENDES.

São Paulo, 9 de outubro de 2012

CESAR CIAMPOLINI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Apelação com Revisão nº 9222480-88.2007.8.26.0000

COMARCA: Araçatuba – Vara de Família e Sucessões
MM. Juiz Dr. Paulo Fernando Del Savio Monteiro

APELANTES: Gildete Maria de Oliveira e outros

APELADA: Maria Fátima Menardi

VOTO Nº 1.500

Apelação. Ação de anulação de ato jurídico. Instituição de usufruto, pelo finado companheiro da apelante, pai de seus filhos, também apelantes, em favor da apelada, sua amante. Pedido de nulidade da doação de usufruto, com fulcro na ausência de outorga uxória. Pedido subsidiário de reconhecimento de direito real de habitação em favor da ex-companheira. Sentença de parcial procedência, que exclui do usufruto a metade ideal da companheira. Reforma. Entidade familiar constituída pela união estável que não pode, sob pena de violação ao princípio da isonomia, ser tratada de maneira diversa das famílias formadas em decorrência do casamento. Proteção garantida nos termos do art. 226, § 3º, da Lei Maior. Pedido de nulidade da doação de usufruto, por inteiro, que deve ser deferido à vista do disposto no art. 550 do Código Civil. Vedação de doação feita pelo companheiro "more uxorio" à amante. Proteção do patrimônio do casal e, conseqüentemente, da família. Para proteção da família constituída a partir da união estável, portanto, anula-se por inteiro o ônus. Prejudicado o pedido subsidiário de direito real de habitação, que,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

observa-se, se fosse de ser julgado, teria sólido fundamento no direito positivo: parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. Apelação a que se dá provimento.

Vistos, etc.

1. RELATÓRIO.

Gildete Maria de Oliveira e seus filhos David Oliveira Nunes e Diane Oliveira Nunes movem ação de anulação de ato jurídico, consistente em escritura de instituição de usufruto, contra Maria Fátima Menardi.

Aduzem que são companheira e filhos do finado José Nunes Fernandes. Aberto o inventário, verificaram que o único imóvel que compõe o acervo foi onerado “*proibidamente*” pelo falecido, que instituiu sobre ele usufruto em favor da ré, que era sua amante e com quem mantinha encontros secretos.

Fundamentos da ação são os arts. 1.725 e 1.647, I, do Código Civil, o primeiro a dispor que “*Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens*”; e o segundo, que “*(...) nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;*”. Pede a autora ex-companheira, ao menos, se declare direito de habitação sobre o imóvel sobre o qual instituído o usufruto, com fundamento no mesmo art. 1.725 do Código Civil e também



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

no art. 1.831 do mesmo Código (“*Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar*”).

A fls. 69/71, citada, a ré apresentou incidente de falsidade do documento de fls. 34, um dos que instruem a inicial, que não teria sido por ela firmado.

E, a fls. 73/78, contestou a ação. Era ela, Maria Fátima, a companheira do finado, não a autora Gildete.

Réplica a fls. 88/92, acompanhada de documentos. Gildete, como companheira, exerce a inventariança no inventário dos bens deixados pelo *de cujus*; há, em trâmite, ação de declaração de união estável, que perdurou até o falecimento; o relacionamento da ré com o finado era, efetivamente, clandestino; o indigitado documento não é nulo, tendo sido firmado pela própria ré.

A fls. 126/128 está cópia da sentença de procedência proferida nos autos da ação de declaração de união estável, a consignar que “*a união teve início em 1982 e terminou em 27 de setembro de 2003, com a morte do Sr. José*” (observe que, procurando, no sítio eletrônico deste Tribunal, saber do andamento do caso, verifiquei que tal sentença foi confirmada em sede da apelação nº 9057209-61.2006, relator o nobre Desembargador ELCIO TRUJILLO, decisão esta que transitou em julgado em outubro de 2006).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Adoto como relatório, no mais, aquele lançado pela r. sentença de fls. 160/165, que julgou a ação procedente em parte, *“para excluir o usufruto que recaiu sobre a metade ideal pertencente à autora Gildete Maria de Oliveira quanto ao bem descrito na inicial, permanecendo o gravame apenas sobre a parte ideal pertencente ao sr. José Fernandes”*.

Quanto ao direito real de habitação, foi também negado, assentando a r. sentença que *“este em momento algum foi concedido pelo Código Civil ao companheiro, mas tão-somente ao cônjuge, nos termos do art. 1.831 do referido diploma. Ainda que possível aplicação analógica desse dispositivo aos companheiros, o direito real de habitação destina-se a assegurar ao cônjuge sobrevivente à moradia. Entretanto, no caso dos autos, a própria autora Gildete Maria noticia que nunca residiu no imóvel, o que afasta sua pretensão”*.

Dessa sentença, após oporem embargos declaratórios, em parte acolhidos (fls. 167/172), apelam os autores (fls. 176/195). Pedem a reforma do **decisum**, sendo anulado integralmente o usufruto. E pede, de sua parte, a apelante ex-companheira, ao menos se lhe reconheça o direito de habitação.

Contrarrrazões a fls. 221/222.

É o relatório.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

2. FUNDAMENTAÇÃO E DECISÃO.

Está-se, como decorre do relatório, frente a caso em que a companheira *more uxorio*, acompanhada pelos filhos comuns a ela e ao falecido companheiro, pedem a declaração de nulidade de doação feita por este a outra mulher, que, segundo a inicial, era sua amante.

Na contestação, nega a ré, ora apelada, ter sido amante do falecido. Diz que foi sua companheira.

Mas, não fossem outras circunstâncias que se colhem da prova produzida – e as há (ressalto que o documento de fls. 33 não foi impugnado em sua autenticidade) –, o fato é que a união estável, pelo período que vai de 1982 até o falecimento de José Nunes Fernandes, em 27/9/2003, em ação movida pelos ora apelantes contra filho de primeiro leito do *de cujus*, foi, por sentença passada em julgado, reconhecida pela Justiça.

Havendo união estável, que é entidade familiar nos termos do art. 226, § 3º, da Lei Maior (“*Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento*”), impõe-se garantir aos apelantes os mesmos direitos conferidos às famílias formadas em decorrência do casamento. De fato, como doutrina



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

GUSTAVO TEPEDINO, citado em v. acórdão desta Eg. Corte, “*não há famílias de primeira e de segunda classe*”:

“O art. 226, § 3º, da CF reconhece a união estável, para efeito de proteção do Estado, entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, e o art. 1.725 do CC afirma que se aplica às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial. Incidente o brocardo *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*.

Ana Luiza Maia Nevares diz que: ‘*a equiparação dos direitos dá-se em virtude do princípio da igualdade substancial, cânone do direito constitucional, cuja aplicação garante a atuação do princípio fundador do ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana*’ (in, **A Tutela Sucessória do Cônjugue e do Companheiro na Legalidade Constitucional, p. 238**).

A união estável é entidade familiar de estatura constitucional, tanto quanto o casamento, de modo que não há hierarquia entre ambas, ou, do dizer de **Gustavo Tepedino**, não há famílias de primeira e de segunda classe. (**A Disciplina Civil Constitucional das Relações Familiares, Temas de Direito Civil, p. 356**).” (AI 003320-27.2012.8.26.0000, MOREIRA VIEGAS;



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

negritos e *itálicos* do original).

Ora, negar essa equiparação de direitos seria aplicar, às mesmas situações de fato, dispositivos legais diferentes, contrariamente ao brocardo invocado pelo nobre Desembargador MOREIRA VIEGAS e, pior, deixando o Judiciário de observar um dos objetivos do Estado de Direito, qual seja, a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação (CF, 3º, V).

Aliás, não só os direitos devem ser garantidos. Os deveres, do mesmo modo, assim como no casamento, especialmente no tocante à fidelidade, também devem ser respeitados pelos companheiros. Neste sentido já decidiu o Col. STJ, em acórdão de relatoria da ilustre Min. NANCY ANDRIGHI. A despeito de o art. 1.724 do CC deixar de mencionar o substantivo “fidelidade” entre os deveres dos companheiros (“*Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos*”), o entendimento do Col. STJ é no sentido de que o vocábulo “lealdade” abrange não só “fidelidade”, mas também “franqueza”, “consideração”, “sinceridade” e “informação”, à vista de serem requisitos naturais, indispensáveis mesmo, à consolidação de “*um projeto de vida comum*”. Transcrevo trecho do v. acórdão:

“IV. Dos requisitos inerentes à configuração da união estável.

Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos.

A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros.

(...) O dever de lealdade, na concepção de Zeno Veloso, *'implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural'* (apud Ponzoni, Laura de Toledo. *Famílias simultâneas: união estável e concubinato*. Disponível em [http://www.ibdfam.org.br/](http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461)

?artigos&artigo=461. Acesso em abril de 2010).

Nesse sentido, segundo Laura Ponzoni, *'não*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

pode haver respeito e consideração mútuos, no contexto afetivo de um projeto de vida em comum, sem fidelidade e exclusividade' (op. cit.)." (REsp 1.157.273; **negrito** e *itálicos* do original).

Isto posto, não se pode, como dito, sob pena de violação ao princípio da isonomia, deixar de conferir à entidade familiar formada pela união estável, reconhecida constitucionalmente, os direitos e deveres inerentes às relações de família.

Pois bem.

É certo que a inicial, que descreveu os fatos (doação de usufruto à amante) e na qual os autores, ora apelantes, formularam pedido (declaração de nulidade do usufruto), fundou-se nos arts. 1.725 e 1.647, I, do Código Civil, que exigem outorga uxória no regime da separação parcial de bens, para oneração de bens de raiz. Na união estável, é este o regime de bens a ser observado, na normalidade dos casos (CC, art. 1.725).

Mas também é certo que o juiz conhece a lei. Ao autor incumbe expor os fatos e pedir provimento que ampare seu direito. Os fatos foram expostos; todavia, os autores pediram a declaração de nulidade da doação feita pelo *de cujus* à amante, com fulcro na ausência de outorga uxória.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

O Superior Tribunal de Justiça reafirma, desde sua instalação com a promulgação da Constituição de 1988, antigos princípios de Direito Processual que regem a matéria: *“Não se confunde 'fundamento jurídico' com 'fundamento legal', sendo aquele imprescindível e este dispensável, em respeito ao princípio 'jura novit curia' (o juiz conhece o direito)”* (REsp 477.415, JOSÉ DELGADO). *“A invocação desta ou daquela regra jurídica é argumento, e não razão da pretensão. A decisão deve responder às razões das pretensões porque transformadas em questões, mas não necessariamente à argumentação das partes. 'Jura novit curia'* (Ag 5.540-AgRg, ATHOS CARNEIRO). *“Inexiste dissenso entre o julgado e o libelo quando considerados exatamente os fatos descritos na inicial, não importando que lhes tenha sido emprestada qualificação jurídica não mencionada expressamente na inicial”* (REsp 1.844, EDUARDO RIBEIRO) – julgados coligidos por THEOTONIO NEGRÃO, CPC, 44ª ed., pág. 408.

Desse modo, descendo ao caso dos autos, basta ler a inicial para ver-se que, embora invocando outros artigos do Código Civil, o fato é que os autores, ao longo da peça vestibular, descreveram situação que poderia e deveria ser tipificada como aquela vedada, dita anulável pelo art. 550 (*“A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal”*).

Nem se argumente acerca da ausência de expressa previsão de aplicação do art. 550 do Código Civil à união estável.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Nos dizeres de ARNALDO RIZZARDO, a essência, o fundamento, a razão de ser deste dispositivo é “*proteger o patrimônio do casal, evitando a dilapidação dos bens em favor do amásio ou da amásia, que se beneficiaram com a liberalidade do amante, recebendo deste bens oriundos da comunhão do casal, em compensação das relações ilícitas do concubinato*” (Contratos, 6ª ed., pág. 447).

Visando o art. 550 a proteger o patrimônio do casal e, de modo geral, a família, a fim de evitar a dilapidação dos bens em favor do amásio ou da amásia, deixar de aplicá-lo ao presente caso equivaleria, como dito, ao reconhecimento da existência de famílias de primeira e de segunda classe, conferindo tratamento distinto a situações equivalentes.

MARIA BERENICE DIAS, em seu Manual de Direito das Famílias, preleciona a respeito da salvaguarda do patrimônio da família constituída a partir da união de companheiros como se casados fossem:

“Reconhecida a união estável como entidade familiar, é necessário estender-lhe as mesmas limitações, para salvaguardar o patrimônio do casal e proteger terceiros de boa-fé.” (7ª ed., pág. 177).

Uma dessas limitações tendentes à salvaguarda do patrimônio familiar, é, exatamente, a que decorre do art. 550 do Código Civil, de proibição de doação, pelo consorte casado ou convivente em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

união à maneira de casado, à amante.

Tudo o que aqui se aduz tem fundamento constitucional, uma vez que o art. 226, *caput*, da Lei Fundamental da República confere à família proteção especial do Estado, sem distinção entre aquelas formadas pelo casamento e as decorrentes da união estável. Ao contrário, seu § 3º é expresso ao estender tal proteção às entidades familiares formadas pela união estável. Não se pode, deste modo, sob o argumento da inexistência de expressa previsão legal de norma infraconstitucional, restringir a proteção conferida à entidade familiar pela Lei Maior.

É lícita – e mesmo imperativa –, por todo o exposto, a anulação, com fundamento no art. 550 do Código Civil (correspondente, no Código Beviláqua, ao art. 1.177), da doação de usufruto feita pelo *de cujus* à amante, ora apelada, porquanto feita na constância de união *more uxorio*.

Observo que não assumo compromisso com a tese da r. sentença, no sentido de que apenas o casamento seria situação publicizada e impediente da alienação de bem de raiz sem outorga uxória. Daí advém a conclusão do decreto sentencial, pela anulação apenas da metade do usufruto. Não preciso, entretanto, enfrentar o tema, diante da solução que, por meu voto, dou ao caso, com fundamento na vedação de doação do homem casado, ou vivendo com companheira ao modo de casado, à amásia (Código Civil, art. 550).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Deixo, diante do acolhimento do pedido recursal principal, de apreciar o subsidiário feito pela apelante ex-companheira – direito real de habitação. Anoto, todavia, que a decisão de primeiro grau a respeito contraria, s.m.j., o parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278/96. O tema, porém, está prejudicado face à solução que, por meu voto, dou ao presente recurso.

3. DISPOSITIVO.

Dou provimento ao recurso, nos termos acima, para anular a doação de usufruto feita pelo *de cujus* à apelada.

CESAR CIAMPOLINI

Relator