

QUINTO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DE SÃO PAULO
Sérgio Jacomino, Oficial Registrador



AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO CORREGEDOR-PERMANENTE DOS
REGISTROS PREDIAIS DA COMARCA DE SÃO PAULO

Protocolo 217.076
Dúvida – SÔNIA LANA BORGES (2º TABELIÃO DE NOTAS DE SÃO PAULO)

Ementa: Usufruto – regime da separação legal de bens.

SÉRGIO JACOMINO, 5.º Oficial de Registro de Imóveis da Capital de São Paulo, atendendo expresso requerimento de SÔNIA LANA BORGES, nos termos do art. 198 da Lei 6.015/73, vem suscitar dúvida pelos motivos e fundamentos seguintes.

Procedimentos preliminares

Em 10 de novembro de 2008, protocolado sob número 217.076, ingressou a escritura pública de instituição de usufruto e doação com reserva usufrutuária lavrada pelo 2º Tabelião da Capital (Livro 1.886, fls. 179).

Pela dita escritura, a proprietária Dra. SÔNIA LANA BORGES, doa o imóvel a sua neta, institui usufruto sobre a metade ideal do dito bem para seu marido e reserva o usufruto na doação consumada. No mesmo ato, impôs as cláusulas de incomunicabilidade e impenhorabilidade vitalícias e inalienabilidade relativa.

Dito título vem sendo sucessivamente prenotado (202.405, em 4/6/2007, 208.357, em 15/1/2008, 209.457, em 27/2/2008 e, finalmente, 217.076, em 10/11/2008).

A última prenotação se acha hígida até solução deste procedimento.

O óbice fundamental que desde a origem persiste é o seguinte: sendo o casamento celebrado sob o regime da separação legal ou obrigatória de bens, a doação entre os cônjuges é vedada por se constituir em meio oblíquo para burlar as limitações legais. A instituição de usufruto, elemento constitutivo do plexo dominial, fica abrangida pela vedação.

Não se conformando com a exigência, a Dra. SÔNIA LANA BORGES requereu a suscitação de dúvida, o que ora fazemos com o devido respeito e acatamento,

alinhavando os argumentos que podem ser levantados contra a pretensão da interessada.

Fundamentos legais da denegação do registro

A matéria não é nova e vem merecendo decisões que sufragam o entendimento esposado por este Cartório.

Todavia, é preciso reconhecer que recentes decisões – tanto da R. Primeira Vara de Registros Públicos como do Superior Tribunal de Justiça – vêm mitigando o entendimento que ainda hoje se mantém uniforme no Conselho Superior da Magistratura do nosso Estado.

Em respeito às decisões do Egrégio Conselho – que ostentam o caráter de *quase-normatividade*, na feliz expressão do Des. AFONSO DE ANDRÉ no prefácio de conhecida obra do Des. NARCISO ORLANDI NETO – e em homenagem a recente decisão proferida em caso análogo neste mesmo registro (Processo 583.00.2007.104240-6), submeto o caso ao escrutínio de Vossa Excelência para que possa decidir o que de Direito.

Adianto que me inclino pelo registro mas, pelas razões que abaixo declino, submeto o caso à superior consideração de Vossa Excelência.

A rigor, seriam três as questões que deveriam ser superadas para vencer o obstáculo oposto por este Registro à pretensão da ilustre advogada interessada:

- a) É possível a doação entre cônjuges quando casados sob o regime da separação obrigatória de bens?
- b) Vedada que seja essa doação, será lícita a instituição de usufruto?
- c) A ultrapassagem de expressa vedação legal (art. 1.641, II, do Código Civil de 2002) pode ser deferida pelo registrador nos estritos limites de sua atuação?

a) Doação entre cônjuges

A doutrina tradicional sempre entendeu que a doação entre cônjuges, nestas peculiares condições, seria um tangenciamento à vedação legal. Por todos, CLÓVIS BEVILAQUA, que, comentando a exclusão de bens da comunhão na garantia dos interesses dos contraentes, registrou:

“A segunda classe [de pessoas] é a do maior de sessenta e da maior de cinquenta [regra do Código de 1916]. Essas pessoas já passaram da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. Receando que interesses subalternos, ou especulações pouco escrupulosas, arrastem sexagenários e quinquagenárias a enlaces inadequados ou inconvenientes, a lei põe um entrave às ambições, não permitindo que seus haveres passem ao outro cônjuge por comunhão. Também não podem, como, em geral, todos aqueles a quem a lei impõe o regime da separação, fazer doações *inter vivos*, um ao outro. De outro modo, a lei seria, facilmente, burlada. É essa uma proposição que dispensa qualquer esclarecimento. É uma inferência que se impõe”. (BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Vol. II, 4ª ed. São Paulo: Francisco Alves, 1933, p. 169, n. 6).

A doutrina privatista não destoou dessa orientação e sempre sufragou o entendimento de que seria vedada *donationes inter virum et uxorem*. Assim J. M. de CARVALHO SANTOS (*Código Civil Interpretado*. Vol. V, 14ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, p. 52), Caio Mário da SILVA PEREIRA (*Instituições*. Vol. V, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 137-8, n. 404), Washington de BARROS MONTEIRO (*Curso*. Direito de Família. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 180-1), ORLANDO GOMES (*Direito de família*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 201, n. 121), para ficar nos exemplos clássicos.

Parece lógico o argumento. Não teria sentido permitir-se a doação entre cônjuges sem que se ferisse uma clara regra do Código – baseada em disposição que migrou para o novo Diploma Civil (art. 1.641). Mesmo quando se considere que a vedação decorra de consectário lógico, e não de expressa vedação prevista na lei.

É certo que parte da doutrina defendia posição contrária. Bastante eloqüente é o pensamento de PONTES DE MIRANDA, que dedicando um parágrafo ao tema das doações entre cônjuges na separação de bens (§ 943) defendia:

“Os bens e demais frutos, que sobejam aos encargos do casamento, podem ser doados a quem quer que seja, inclusive ao outro cônjuge: livremente, se forem móveis; com o assentimento do consorte, se forem imóveis. Na R.J., foi publicado parecer de J. de Castro Magalhães, que terminava dizendo estar 'na tradição do nosso direito a validade da doação e dos demais contratos entre cônjuges, separados de bens, tendo o Código Civil ampliado por completo o princípio. Pouco importa que o regime de separação se origine de convenção, ou da lei. Essa não distingue regime convencional do regime legal de separação de bens: ambos se regem pelas mesmas regras. Os expostos motivos e outros com certeza mais robustos levaram Pontes de Miranda, no seu magnífico Direito de Família (§ 115), a concluir pela ampla licença de poder, no regime da separação pura de bens, um cônjuge doar ao outro. São lícitos entre marido e mulher, separados de bens, todos os contratos que não colidam com o regime: essa a norma única a atender-se. E o de compra-e-venda está entre eles'. A 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de março de 1947 (R. dos Tribunais 167, 689), tentou estender às doações entre cônjuges o que só se refere às doações entre nubentes: 'É nula a liberalidade feita pelo marido à mulher na constância do casamento contraído sob o regime de separação obrigatória de bens. É certo que o art. 312 do Código Civil trata das doações antenupciais, não fazendo referência a doações durante a vigência do casamento. Mas,

está subentendido, por força de extensão, que a proibição compreende também as liberalidades na constância do casamento, porque, do contrário, não haveria razão para a lei vedar as doações antenupciais. Seria uma inutilidade'. Sem razão; não interpretam leis sem se entenderem. Como seria antijurídico assentir ou autorizar doações a si mesmo, a anuência, se é necessária na espécie, deve ser suprintental." (*Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, T. VIII, § 943, nº 2, p. 431/432).

Mais recentemente, SÍLVIO RODRIGUES levantou-se contra a regra reputando-a atentatória da liberdade individual, acenando com eventual inconstitucionalidade da regra, julgando que "não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma sexagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprover" (*Direito de família*. Atualizada por Francisco J. CAHALI, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183).

Mas a refutação da tese será feita por WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, que traz à colação informações do processo legislativo que reafirmam e confirmam a repetição da regra no Código de 2002. Convém conhecer a sua opinião:

"Com o devido respeito pelas posições contrárias ao regime da separação de bens e sua aplicabilidade obrigatória aos casamentos daqueles que contam mais de sessenta anos de idade, é preciso lembrar que o direito à liberdade, tutelados na Lei Maior, em vários incisos de seu art. 5º, é o poder de fazer tudo o que se quer, nos limites resultantes do ordenamento jurídico. Portanto, os limites à liberdade individual existem em várias regras desse ordenamento, especialmente no direito de família, que vão de impedimentos matrimoniais (art. 1.521, n. I a VII), que vedam o casamento de certas pessoas, até a fidelidade, que limita a liberdade sexual fora do casamento (art. 1.566, n. I). É ainda de salientar-se que não pode o direito de família aceitar que, se reconhecidos os maiores atrativos de quem tem fortuna, um casamento seja realizado por meros interesses financeiros, em prejuízo do cônjuge idoso e de seus familiares de sangue. Como bem justificou o Senador Josaphat Marinho na manutenção do art. 1.641, n. II, do atual Código Civil, trata-se de prudência legislativa em favor das pessoas e de suas famílias, considerando a idade dos nubentes, é de lembrar que, conforme os anos passam, a idade avançada acarreta maiores carências afetivas e, portanto, maiores riscos corre aquele que tem mais de sessenta anos de sujeitar-se a um casamento em que o outro nubente tenha em vista somente vantagens financeiras. Possibilitar, por exemplo, a adoção do regime da comunhão universal de bens, num casamento assim celebrado, pode acarretar conseqüências desastrosas ao cônjuge idoso, numa dissolução *inter vivos* de sua sociedade conjugal, ou mesmo a seus filhos, numa dissolução *causa mortis* do casamento. Note-se que a obrigatoriedade do regime da separação de bens nesses casos vigora há quase cem anos, já que a única modificação operada na regra constante do art. 258, parágrafo único, do Código Civil de 1916 foi realizada pelo art. 45 da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977". (*Curso*. Direito de Família. 37ª ed. Revista e atualizada por Regina Beatriz TAVARES DA SILVA. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 217-8).

A jurisprudência administrativa-registral é pacífica. O C. Conselho Superior da Magistratura enfrentou a questão e os argumentos agitados são os mesmos já apontados supra:

“A doação celebrada entre os cônjuges, no entanto, resta inviabilizada, dado o regime de bens em tela. No âmbito de nosso direito privado, é possível aos cônjuges celebrarem doação entre si, mas desde que não subsista incompatibilidade com o regime matrimonial de bens e, em se cuidando de separação legal, imposta nos termos do artigo 258 do Código Civil, a liberalidade restará eivada de nulidade, em razão do disposto nos artigos 226, 230 e 312 do mesmo diploma legal. Está ausente a legitimidade do doador para realizar tal ato de disposição patrimonial, eis que a separação legal de bens é separação pura e simples, de maneira que os bens adquiridos antes da celebração do matrimônio, como é o caso, ainda que considerado o disposto na Súmula 377 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, permanecem sempre comunicáveis. A consumação da liberalidade seria, aqui, uma maneira de burlar o regime imposto pelo legislador, frustrando seus efeitos. Ora, o registrador deve realizar o exame qualificatório de todos títulos recepcionados voltado para o atendimento do princípio da legalidade e, no caso presente, identifica-se sua potencial violação, pelo que o óbice deduzido subsiste e o registro desejado é inviável”. (Ap. Civ. 95.115-0/5, 19/12/2002, Localidade: São Paulo. Rel. Des. LUIZ TÂMBARA).

b) Instituição de usufruto

O direito real de usufruto se constitui a partir da fragmentação e destaque de elementos importantes que formam o plexo dominial. É o direito de usar, gozar e perceber os frutos da coisa temporária ou vitaliciamente.

Partindo-se do pressuposto de que a vedação legal, da qual deriva o entendimento da obliteração da doação entre cônjuges, se articula no sentido de tutelar os interesses patrimoniais do sexagenário e de terceiros – eventuais herdeiros necessários – então haveremos de concluir que os direitos reais limitados, com a característica de vitaliciedade, são igualmente alcançados pela proibição.

Enfim, trata-se de uma construção lógica, legítima e justificável.

c) Qualificação registral – limites.

A doutrina e a jurisprudência, ao enfrentarem a questão da vedação legal e seus consectários, acenam para a direta afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do respeito aos direitos fundamentais à igualdade e à liberdade.

Assim sustenta a doutrina especializada, *brevitatis causa*: ROLF MADALENO (*Do regime de bens entre os cônjuges in* Direito de Família o novo Código Civil, DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha, org. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFam, 4ª ed., 2006, p. 191), JOSÉ ANTÔNIO ENCINAS MANFRÉ (*Regime matrimonial de bens no novo código civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 147, *passim*), CARLOS DIAS MOTTA (*Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT. 2007, p. 368 *passim*), LUCIANO LOPES PASSARELLI (*Pacto antenupcial - regime matrimonial - separação total de bens. Doação - alienação - transferência de*

bens – cônjuge, comentários à decisão proferida no Processo 583.00.2007.240561-0 da Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo-SP, 13.6.2008), etc.

Embora se possa concordar em linha com os ponderosos argumentos de tão ilustres doutrinadores, forçoso é reconhecer que, no âmbito estrito da qualificação registral, o registrador está adstrito à lei, sujeitando-se ao princípio da legalidade. Entender diversamente implicaria conceder que poderia, no caso concreto, afastar a incidência e negar a plena eficácia da lei, o que equivaleria, no limite, a considerar incidentalmente a inconstitucionalidade do preceito consagrado no novo Código Civil.

Pergunta-se: qual o critério fundamental que deve diretamente nortear a atuação do registrador na qualificação registral? O balizamento legal, que proporciona um critério de segurança jurídica pela previsibilidade e certeza jurídicas ou a determinação do justo concreto?

A questão não é cerebrina e pode levar a conseqüências delicadas para o sistema de segurança jurídica preventiva representado pelos registros públicos. É necessário, portanto, identificar os limites da atuação registral. Adianto que entendo que ela se deve pautar, basicamente, pela estrita subordinação ao direito positivo.

Essa é a lição de RICARDO DIP:

“A determinação do *quod certum est* sujeita-se menos à tensão dialética em que se localiza a determinação jurisdicional do *quod justum est*: supedita-se mais de perto a qualificação registrária ao âmbito normativo (não é para menos que a qualificação está vinculada ao princípio da legalidade). Não é demasiado ainda relembrar que a segurança jurídica, a que se volta a elaboração registral, é decisivamente aferrada ao direito normativo posto. É um tanto exagerada, mas em todo caso exprime razoavelmente essa subalternação ao direito positivo, a antiga lição de GRASSERIE (279), para quem “o regime registral é de direito estrito, no qual nenhum sentimento se admite, sequer o de equidade”. Não se pode supor que semelhante restrição importe em cortar pela raiz a amplitude dos instrumentos epistemológicos que se oferecem ao registrador: sempre, de um lado, resta a indispensabilidade de, compreender qual seja o sentido normativo da lei (LARENZ, 360 ss.), e, de outro, se impõe a necessidade de interpretação, vale dizer, de mediação entre a regra e a realidade (VALLET, II, 403, 404). (DIP, Ricardo. *Registro de Imóveis (vários estudos)*. Porto Alegre: Irib/safE, 2005, p. 189-90).

Justamente calha consignar que se busca o sentido normativo – expresso na vedação da confusão patrimonial (art. 1.641 do C. Civil) – dele extraindo os sentidos e conseqüências possíveis. O mais evidente deles é a vedação de tangenciamento da negativa legal que a *donatio inter virum et uxorem* pode vir a representar.

Concluindo, nos estritos limites da qualificação registral, aferrado que se encontra o registrador à norma, não se pode desconsiderar as conseqüências de uma interpretação lógica do citado art. 1.641 do Código Civil.

Jurisprudência

Por lealdade ao debate, é necessário colacionar importante precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, da relatoria do então desembargador CÉZAR PELUSO, em que se discutia a subsistência da norma obstativa em face da Carta de 1988:

CASAMENTO. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do art. 258 § único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os art. 1º, III, e 5º, I, X e LIV, da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (substantive due process of law), já não vige a restrição constante do art. 258, § único, II, do Código Civil. (Ap. Civ. 7.512-4/2, 18/8/1998, São José do Rio Preto, Rel. Des. Cezar Peluso).

Em dúvida suscitada por este Registro (Processo 583.00.2007.104240-6) a denegação de registro foi confirmada por decisão proferida pela Magistrada Dra. SABRINA MARTINHO:

“O objetivo do legislador ao estabelecer o regime de separação obrigatória para maiores de 60 anos é a proteção de interesses dos cônjuges e de terceiros.

“Ademais, o artigo 1641, inciso II, do atual Código Civil também estabeleceu o regime de separação obrigatória para a pessoa maior de 60 anos. Assim, a presunção legislativa de proteção de interesse dos cônjuges e de terceiros não foi modificada. A norma referida é de aplicação cogente, de forma que não é possível admitir a mutabilidade”.

“Dessa forma, não se pode admitir a doação entre os cônjuges, pois tal concessão seria forma de burlar o regime imposto por lei”.

Mais recentemente, Vossa Excelência julgou caso muito interessante que consistiu em considerar possível a livre disposição de bens em contrato antenupcial quando os nubentes devessem contrair matrimônio sob o regime da separação obrigatória de bens.

A R. decisão, prolatada no Processo 583.00.2007.240561-0, acabou por concluir que a lei não veda que cônjuges casados no regime da separação legal de bens possam estipular livremente a disposição de bens entre si no pacto antenupcial. Vossa Excelência dirá que a lei exige apenas o pacto antenupcial celebrado por escritura pública, que pressupõe partes capazes que, em tese,

“tinham discernimento no momento da celebração do ato. Extrai-se, portanto, que, formalmente, o título está em ordem, não se podendo falar, por conseguinte, em nulidade do ato levado a registro”.

E segue indicando que “vem prevalecendo na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a obrigatoriedade da adoção do regime de separação legal é inconstitucional”. Segue:

“Se é certo que o casamento de maior de 60 anos pode se dar de forma interessada no patrimônio do outro cônjuge, certo também é que tal interesse pode se dar em qualquer idade. ‘A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa, fundadas no Brasil do início do século passado’ (Silmará Juny Chinelato, apud Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, Vol. VI, Editora Saraiva, p. 410)”.

(...)

“Tenha-se em mente, outrossim, que o Novo Código Civil estatuiu como princípio básico o da boa-fé objetiva, diferentemente do Antigo, regido pelo interesse privado e pela boa-fé subjetiva. Carlos Roberto Gonçalves explica muito bem o assunto: ‘Todavia, a boa-fé que constitui inovação do Código de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico é a objetiva, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Classifica-se, assim, como regra de conduta. Incluída no direito positivo de grande parte dos países ocidentais, deixa de ser princípio geral de direito para transformar-se em cláusula geral de boa-fé objetiva. É, portanto, fonte de direito e de obrigações. Denota-se, portanto, que a boa-fé é tanto forma de conduta (subjetiva ou psicológica) como norma de comportamento (objetiva). Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contraente, especificamente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio’ (Direito Civil Brasileiro, Vol. III, 2ª Edição, Ed. Saraiva, p. 35/36). (Processo 583.00.2007.240561-0, decisão de 28.4.2008).

Por fim, confirmando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, vem de decidir que é perfeitamente possível a doação entre cônjuges:

RECURSO ESPECIAL Nº 471.958 - RS (2002/0136764-8)

EMENTA: Processual civil. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Casamento. Regime da separação legal de bens. Cônjuge com idade superior a sessenta anos. Doações realizadas por ele ao outro cônjuge na constância do matrimônio. Validade.

- São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; (ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de

QUINTO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS DE SÃO PAULO
Sérgio Jacomino, Oficial Registrador



sessenta anos ou mulheres maiores que cinqüenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, §3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido.

Conclusões

As importantes questões estão lançadas para superior consideração de Vossa Excelência.

Aproveito o ensejo para apresentar a todos os envolvidos e partícipes – diretos ou indiretos – neste procedimento (advogados, juiz, promotores e servidores) um feliz ano novo.

São Paulo, 2 de janeiro de 2009.

SÉRGIO JACOMINO
5º OFICIAL.