

Processo 583.00.2009.107245-2

Protocolo 217.076 – Dúvida

Interessada: Sônia Lana Borges (2º Tabelião de Notas de São Paulo)

DÚVIDA IMOBILIÁRIA – constituição de usufruto entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens – burla ao regime – inocorrência – inexistência de transferência de domínio - improcedência

VISTOS.

Cuida-se de dúvida imobiliária suscitada pelo 5º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, que recusou o registro de escritura pública de instituição de usufruto e doação com reserva de usufruto, porque nela se convencionou usufruto de bem imóvel entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens.

A dúvida foi suscitada a requerimento de SONIA LANA BORGES, que não apresentou impugnação (fl. 23).

O Ministério Público opinou pela improcedência da dúvida, por entender possível a instituição de usufruto entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens (fls. 24/26).

É O RELATÓRIO. FUNDAMENTO E DECIDO.

A questão foi examinada de forma precisa pelo Ministério Público.

De fato, usufruto não transfere domínio, que continua com o nu-proprietário; apenas concede ao usufrutuário o direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos (CC 1394). Carlos Roberto Gonçalves lembra o conceito clássico de usufruto, originário do direito romano, como o direito de usar uma coisa pertencente a outrem e de perceber-lhes os frutos, ressalvada sua substância. (Direito Civil Brasileiro, Saraiva, Vol. V., pág. 444).

Trata-se, pois, de direito real sobre coisa alheia, de sorte que sua instituição entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens não configura burla legal. Como precisamente observou o Ministério Público, a adoção do regime da separação obrigatória tem em mira preservar o domínio dos bens presentes e futuros dos consortes. E, como o usufruto não o transfere ao usufrutuário, não há qualquer risco ao patrimônio do nu-proprietário.

Ainda que assim não fosse, vem prevalecendo na doutrina e jurisprudência o entendimento de que a obrigatoriedade da adoção do regime de separação legal é inconstitucional.

Bem lembrou o Oficial que, recentemente, o E. Superior Tribunal de Justiça reconheceu, no resp 471.958, a validade de doação feita de um cônjuge ao outro na constância do matrimônio realizado pelo regime da separação obrigatória de bens:

“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 sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, 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.”

Cite-se, ainda, r. decisão proferida em 1998 pelo ministro Cezar Peluso, então desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a égide do Código Beviláqua:

“Tampouco são nulas as doações ulteriores ao matrimônio. E não o são, porque o disposto no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, refletindo concepções apenas inteligíveis no quadro de referências sociais doutra época, não foi recepcionado, quando menos, pela atual Constituição da República e, portanto, já não vigendo, não incide nos fatos da causa. É que seu sentido emergente, o de que varão sexagenário e mulher quinquagenária não tem liberdade jurídica para dispor acerca do patrimônio mediante escolha do regime matrimonial de bens, descansa num pressuposto extrajurídico óbvio, de todo em todo incompatível com as representações dominantes da pessoa humana e com as conseqüentes exigências éticas de respeito à sua dignidade, à medida que, por via de autêntica ficção jurídico-normativa, os reputa a ambos, homem e mulher, na situação típica de matrimônio, com base em critério arbitrário e indução falsa, absolutamente incapazes para definirem relações patrimoniais do seu estado de família. [...] Noutras palavras, decretou-se, com vocação de verdade legal perene, embora em assunto restrito, mas não menos importante ao destino responsável das ações humanas, a incapacidade absoluta de quem se achasse, em certa idade, na situação de cônjuge, por, deficiência mental presumida iuris et de iure contra a natureza dos fatos sociais e a inviolabilidade da pessoa. [...] Deduzir, com pretensão de valor irrefutável e aplicação geral, homens e mulheres, considerados no ápice teórico do ciclo biológico e na plenitude das energias interiores, à condição de adolescentes desvairados, ou de neuróticos obsessivos, que não sabem guiar-se senão pelos critérios irracionais das emoções primárias, sem dúvida constitui juízo que afronta a amesquinha a realidade humana, sobretudo quando a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico da noção da capacidade jurídica. [...] Não é tudo. A eficácia restritiva da norma estaria, ainda, a legitimar e perpetuar verdadeira degradação, a qual, retirando-lhe o poder de dispor do patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República (art. 1º, III, da Constituição Federal), não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio Ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge. E aqui, para agravo da classificação jurídica que, como

toda legislação, opera, distinguindo entre categorias de cônjuges, fundado em critérios factuais aleatórios, o velho artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, perpetra discriminação não menos desarrazoada e injusta, porque não há norma nem princípio jurídico que impeça a alguém, em razão de idade avançada e de envolvimento afetivo, doar bens ao parceiro, antes ou durante o concubinato, e sequer no decurso de relacionamento efêmero que reúna todos os ingredientes de uma aventura amorosa. Tampouco estão os mais jovens imunes aos riscos patrimoniais da ilusão e da farsa. Por que é, pois, que, sob pretexto de vulnerabilidade psíquica, subentendida como doença peculiar da instituição matrimonial, haveriam de ser tolhidos na mais nobre das manifestações humanas, que é o exercício da generosidade e da justiça, apenas os cônjuges os quais não raro têm largas razões para compartilhar e repartir por conta de injunção normativa, esta, sim, decrépita, e cuja menor extravagância está em desestimular, por reação legítima em resguardo da autonomia, ética e da liberdade jurídica, que relações não matrimoniais se convertam em casamento? E atentado considerável à estabilidade do ordenamento jurídico é já o descredito notório, que, provocado pela inconveniência dessa conversão, capaz de satisfazer anseios genuínos e evitar incertezas danosas à ordem social, levaria, ou vem levando, à desuetude dos casamentos tardios. [...] São estas todas razões mais que bastantes por negar vigor ao artigo 258, parágrafo único, II, do Código Civil, em especial na sua imodesta conseqüência de proibir alienações, gratuitas ou onerosas, entre os cônjuges. Não custa, porém, aduzir que, conquanto sem argumentos manifestos, há quem, dentre juristas respeitáveis, sustente não ser essa, conseqüência da regra: "Quando o regime é o da separação, os cônjuges podem livremente negociar um com o outro" (AGOSTINHO ALVIM, "Da Doação", SP, Ed. RT, 1ª ed., 1973., p. 147, n. 46). É quem chegue a mesma conclusão, entendendo ser inaplicável ao casamento, ainda que celebrado sob regime legal de separação pura de bens, que é o de que se cogita na hipótese, o conteúdo restritivo do artigo 312 do Código Civil, o qual só apanharia os nubentes, não os cônjuges; "Os bens e demais frutos que sobejam aos encargos do casamento podem ser doados a quem quer que seja, inclusive ao outro consorte... A 4ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, a 20 de março de 1947 (R. dos T., 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 artigo 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 lei vedar as doações antenupciais. Seria inutilidade. Sem razão; não se interpretam leis sem se entenderem" (PONTES DE MIRANDA, op. cit., pp. 431-432, § 943, n. 2. Não há contradição com p. 425, § 939, n. 5, onde trata de doações intersposos, não inter conjuges. Cf., ainda, seu "Direito de Família", RJ, Ed. Jacintho R. dos Santos, 1917, p. 238, § 115)" (Apelação Cível 007512-4/2-00, TJSP, julgamento 18/08/98, São José do Rio Preto, Relator: Cezar Peluso).

Mesma orientação foi tomada em recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Não colhe o inconformismo do apelante, eis que a vedação prevista na lei civil, em razão da idade do autor, não se refere à doação na constância da união estável, de sociedade de fato, ou mesmo do casamento. Para se atingir o objetivo do autor, necessário seria que fosse ele

interditado para os atos da vida civil. A doação de imóvel para a companheira ou cônjuge não se estende ao impedimento da sociedade constituída com separação total ou parcial. Trata-se, na verdade, de ato de mera liberalidade praticado por profissional do Direito, a fazer presumir, portanto, conheça as razões e vicissitudes dos impedimentos e suas vantagens, impostos pelo legislador, que, por si-sós, não constituiriam um bill de indenidade para as demais pessoas, fossem quais fossem suas atividades profissionais. Outrossim, quanto ao art. 312 do CC/16, cabe mencionar que referido dispositivo nada mais fez do que impor odiosa restrição ao casamento, quando um dos cônjuges não pode sequer fazer mera liberalidade, amparando o outro, sem desamparar a própria velhice ou eventual prole. Sobre este assunto, pertinente trazer a decisão proferida pelo TJ/MG, Apelação n. 1.0491.04.911594- Apelação n. 546.548.4/7- São Pauto Voto n. 15.769, Rei. VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, julgado em 29.03.2005: (...).

Pois bem, o atualíssimo Diploma Civil de 2002, que tantas inovações progressistas nos trouxe, nesta parte manteve este censurável atentado contra a liberdade individual de pessoas maiores e capazes, fazendo uma odiosa discriminação contra estas pessoas, ferindo o seu direito de livre disposição do patrimônio adquirido com seu trabalho, cabendo ao Judiciário, no cumprimento de sua função precípua de integração do ordenamento jurídico para o alcance da justiça, analisar cada caso concreto e fazer a leitura legal que mais se amolda aos objetivos prescritos pela norma. O objetivo do retro citado artigo [art. 1641, do CC] é de proteção dessas pessoas (maiores de 60 anos) contra, como são costumeiramente chamados, casamentos interesseiros, onde o nubente mais jovem contrai matrimônio com idoso visando auferir vantagem econômica.

A proteção da lei, ao meu entender, deve parar por aí, pois já cumpriu assim o seu objetivo de proteção e alerta aquele que está contraindo matrimônio com pessoa mais jovem. Alargar o sentido da norma para proibir o sexagenário, maior e capaz, repita-se, de dispor de seu patrimônio de maneira que melhor lhe aprouver é, como dito acima, um atentado contra a sua liberdade individual (...).

A aplicação da proibição ao cônjuge, já de tenra idade, de fazer doação ao seu consorte jovem deve ser aplicada com rigor naquelas hipóteses onde se evidencia no caso concreto que o nubente mais velho já não dispõe de condições para contrair matrimônio, deixando claro que este casamento tem o único objetivo de obtenção de vantagem material' ” (APELAÇÃO CÍVEL COM REVISÃO n° 546.548-4/7-00, TJSP, julgamento 02/04/2008, São Paulo, Relator: CAETANO LAGRASTA).

Assim, seja porque o usufruto não transfere o domínio ou porque a via jurisdicional vem reconhecendo a inconstitucionalidade da imposição do regime da separação obrigatória de bens à pessoa maior de 60 anos, a recusa do zeloso Oficial deve ser afastada.

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE a dúvida suscitada pelo 5º Oficial de Registro de Imóveis da Capital, por requerimento de SONIA LANA BORGES, para determinar o registro do título de fls. 14.

Oportunamente cumpram-se o artigo 203, II, da Lei de Registros Públicos e o disposto na portaria-conjunta 01/2008 da 1ª e 2ª Varas de Registros Públicos de São Paulo.

P.R.I.C. São Paulo, 28 de abril de 2008.

Gustavo Henrique Bretas Marzagão

Juiz de Direito