

O Usufruto e o Novo Código Civil

Autor: Ademar Fioranelli

A proibição de alienar o direito

Ademar Fioranelli*

Elemento destacado da propriedade – que é na essência o maior de todos os direitos reais – que congrega em si todos os poderes originários do domínio – o uso, gozo e a disponibilidade – o usufruto, inserido como direito real no elenco do artigo 1.225, IV do Novo Código Civil, está disciplinado nos artigos 1.390 a 1.411 do mesmo Código.

Não fez o NCC, como no Código de 1.916, a conceituação desse importante e usual direito real, já fixado e solidificado pela doutrina e jurisprudência no decorrer dos tempos. A própria definição etimológica do termo já o identifica: o poder de fruir as utilidades e frutos de uma coisa enquanto temporariamente destacado da propriedade.

Como restrição de vulto ao direito de propriedade, ao usufrutuário é conferido o uso e gozo da coisa (*jus utendi* e *jus fruendi*), retendo o titular de domínio o poder de disponibilidade (o *jus abutendi*).

Na verdade não há fracionamento da propriedade com a constituição do direito real do usufruto, limitativo daquele direito maior, mas uma imposição de ônus temporário que cessará na forma prescrita no artigo 1.410, I a VI, com o cancelamento subsequente no assento imobiliário, expressão que em boa hora foi incluída na redação do citado artigo, visando adequar-se aos dispositivos do Regulamento de Registros Públicos, como ato obrigatório e negativo para a extinção e liberação do ônus constituído.

Dentre as formas de extinção do direito real de usufruto, o legislador incluiu o ato de renúncia, não previsto no Código de 1916, e um dos mais praticados diuturnamente e que exige instrumento público adequado. Não obstante servidão pessoal vinculada à própria pessoa e que com ela se extingue, exige-se, para a renúncia do direito, a outorga uxória ou consentimento marital, se casado o usufrutuário, exceto quando se tratar de regime da separação absoluta dos bens (art. 1647, do NCC).

As várias formas de constituição do direito real do usufruto que aportam no registro imobiliário são amplamente conhecidas. Há as que nascem da vontade das partes, por atos inter vivos, a título oneroso, como a instituição e a venda; há os gratuitos, como na doação ou legado. Muito mais presente nos negócios gratuitos - como na doação, em que o titular de domínio conserva a utilidade da coisa.

O chamado usufruto reservado (ou *deducto*), embora não comum, pode surgir em título oneroso com dois atos obrigatórios a serem praticados na matrícula. O registro da constituição do usufruto pela reserva e o da doação do imóvel, que passa a ser gravado com o direito real do usufruto.

Importante e inovador dispositivo foi incluído no novo Código Civil em seu artigo 1.391, *in verbis*

"O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, constituir-se-á mediante registro no Cartório de Registro de Imóveis"

Referido dispositivo, correspondente ao art. 715 do Código anterior, obriga, à exceção do de usucapião, o registro obrigatório não só do usufruto decorrente da vontade das partes como das demais espécies, como as que decorrem de direito sucessório e de família, que se constituem *ope legis*, os chamados usufruto legal ou *vidual*. Se antes não obrigatória, a publicidade registrária passa a ser necessária para prevenir terceiros. É a valorização do Registro Imobiliário, organismo que deve concentrar e dar ampla publicidade às mutações que a propriedade experimenta.

Prestigia-se, em bom momento, os princípios da concentração e da publicidade, que o E. Conselho Superior da Magistratura paulista já vinha defendendo (v.g. Ap. Cível n. 68.107-0/6 - DOJ de 26/05/2000)

São características essenciais do direito real do usufruto e que representam a sua maior vantagem: a sua inalienabilidade, tendo como consequência a sua impenhorabilidade, e a temporariedade. Permitir aliená-lo, em ordem sucessiva, é descaracterizá-lo, pois o caráter temporário é de sua

própria essência. O limite máximo é o da vida do usufrutuário, se pessoa natural, ou de 30 anos, se pessoa jurídica (redação do NCC), ou ainda pelo implemento da condição ou termo de duração estabelecidos para a sua vigência.

O mais discutido dos artigos do Código de 1916, que vedava a transferência do usufruto por alienação (artigo 717), sobre o qual formou-se sólida jurisprudência, teve considerável melhora em nova redação, com exclusão de palavras inúteis e desnecessárias como requerem os léxicos jurídicos. O art. 1.393 do novo Código está assim redigido:

"Não se pode transferir o usufruto por alienação, mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso"

Foi suprimida, por desnecessária, a expressão "o usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa", mantida a cessão por título gratuito ou oneroso do seu exercício.

Por óbvio, a alienação do usufruto ao proprietário do bem não está vedada, por ser esta a forma, juntamente com a renúncia, mais comum, em ato declaratório, da extinção do usufruto pela consolidação da plena propriedade na pessoa do nu-proprietário (art. 1.410, VI).

O usufruto pertence, pois, à classe dos direitos não transmissíveis, mas não em termos absolutos, o que seria totalmente inútil desde que ao usufrutuário não fosse possível fruir pessoalmente a coisa.

O que devemos sempre repetir - o que muitos relutam ainda em entender e aplicar - é que a proibição passa a existir quando o usufruto já está constituído. O poder de dispor se refere claramente à disposição constituída e não àquela que transfira direito já existente.

Confira o alerta dado pelo notável registrador Ulysses da Silva (in O Código Civil e o Registro de Imóveis – ed. Sérgio Fabris – 2003):

" O bom senso nos leva a interpretar a proibição aí contida como endereçada ao eventual usufrutuário já constituído e não ao pleno proprietário, porque a este cabe, sem nenhum embargo, o direito de instituir o usufruto a quem lhe aprouver"

Nada mais correto. A partir de sua constituição, permitir alienar o usufruto em ordem sucessiva é descaracterizá-lo completamente, fazendo do usufruto um novo usufruto, eternizando-se esse direito real sem possibilidade de que o nu-proprietário venha a exercer o domínio pleno da propriedade.

Como dito, a redação do artigo 1.393 do Novo Código não contempla qualquer alteração substancial que obrigue modificar o mesmo tratamento doutrinário e jurisprudencial alcançado ao longo dos tempos.

Vejamos, mais uma vez, os exemplos amplamente conhecidos e aceitos pela doutrina e jurisprudência de transferência do usufruto que não afrontam referido dispositivo e que não representam a sucessividade desse direito:

1) o titular de domínio aliena a sua propriedade a A e o usufruto a B. O usufruto é aqui constituído, não podendo mais o usufrutuário dele dispor em favor de terceiros, o que caracterizaria o usufruto sucessivo, proibido pela lei. A alienação será possível tão-somente ao adquirente da sua propriedade (A), fato que consolida a propriedade (art. 1.410, VI);

2) de igual forma, por legado, o proprietário deixa a A a sua propriedade e a B o usufruto.

3) outro exemplo, que passará a ser comum com a nova roupagem dada pelo fideicomisso no novo Código Civil, previsto no art. 1.572, parágrafo único. Se ao tempo da morte do testador (fideicomitente), já tiver nascido o fideicomissário, passará o fiduciário a ser usufrutuário do bem fideicometido. A propriedade é bipartida, exercendo o fideicomissário o domínio do imóvel gravado com o usufruto.

Nestes três exemplos a propriedade é bipartida, são operações jurídicas que não afrontam a proibição contida no analisado artigo 1.393, sem qualquer impedimento ou restrição, não existindo qualquer outro dispositivo que direta ou indiretamente venha a impedir referidas transferências.

4) não há proibição, também, que o nu-proprietário, conjuntamente com o usufrutuário, transfiram o pleno domínio a terceiro. O motivo é simples. Nesse caso, pela adjunção de todos os elementos da propriedade – uso, gozo e disponibilidade – consolida-se o domínio pleno da propriedade. Não há a figura do usufruto sucessivo - o que ocorreria se, diferentemente, a propriedade fosse novamente bipartida. Nessa operação, há o cancelamento indireto do usufruto, mantido o seu registro apenas como origem e base da alienação efetuada.

Não teria sentido, ou mesmo fundamento jurídico, exigir-se, para alcançar o mesmo propósito, a prévia renúncia do usufruto pelo usufrutuário, para a posterior transferência do domínio pleno do imóvel pelo proprietário. Em qualquer dos exemplos não há a perpetuação proibida do direito real do usufruto, pela consolidação do domínio pleno na pessoa do adquirente. O que se deve prestigiar é a vontade das partes em ato menos oneroso e não proibido pelo legislador.

Cabe, sim, recusar atos que a lei impede em que o usufruto sucessivo se faz presente. Institui-se em favor de uma pessoa para, com sua morte, ser transmitida a outra. Exemplo clássico que deve ser coibido.

A cessão por título gratuito ou oneroso do exercício do usufruto, preservada no mesmo artigo 1.393 do Novo Código, não se confunde com o direito real propriamente dito. Relação meramente pessoal e faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, por isso insusceptível de acessar o registro imobiliário.

Repito o que já afirmei em monografia sobre o mesmo instituto. Ao ceder o exercício do usufruto, o usufrutuário está cedendo a percepção dos frutos advindos da coisa (direito pessoal) mantendo consigo o direito real que é intransferível a terceiros. A renda advinda da locação, percepção dos direitos advindos de uma lavoura, são exemplos inseridos no campo dos direitos pessoais e obrigacionais - não reais.

Válida a penhora sobre o exercício do usufruto caso contenha expressão econômica, com o que o credor poderá obter rendimentos periódicos para saldar seu crédito. Não cabe a penhora sobre o direito real de usufruto, inalienável e impenhorável pela sua própria natureza. Por isso não pode alcançar o registro imobiliário, quer como direito real (por ser inalienável) quer como exercício, por ser pessoal.

O usufruto simultâneo ou conjuntivo não se confunde com o sucessivo. O artigo 1.411 manteve a mesma redação do artigo 740 do Código de 1.916.

"constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas, extinguir-se-á a parte em relação a cada uma das que falecerem, salvo se, por estipulação expressa, o quinhão desse couber ao sobrevivente"

No sucessivo (não admitido), para solidificar o entendimento, o usufrutuário exerce sozinho o direito de usar e gozar do bem e por sua morte ou por certa condição ou termo, transmitir a outrem ou seu sucessor.

No simultâneo, configura-se a pluralidade de usufrutuários, que a um só tempo gozam da coisa usufruída, com a possibilidade de inserção de cláusula de acrescer, se convenionada, ao usufrutuário sobrevivente. Indispensável que no ato da constituição sejam declinados os nomes de todos os usufrutuários e de forma expressa a subsistência do mesmo usufruto em favor dos demais.

Não estipulada a cláusula de acrescer, pela superveniência da morte de um dos usufrutuários, consolida-se na pessoa do nu-proprietário a plena propriedade da parte ideal do usufrutuário falecido.

O registrador há que estar atento para a elaboração correta da averbação -ou do cancelamento parcial do usufruto e união ao nu-proprietário ou a de acrescer ao cônjuge ou usufrutuários sobreviventes, de maneira que os respectivos titulares exerçam na plenitude seus legítimos direitos.

A execução do contrato, na forma estabelecida, reclama a imperiosa averbação, ocorrência que altera substancialmente o registro. Daí o alerta para a correta interpretação da vontade das partes no mesmo contrato.

Sobre os vários modelos de atos (averbações e registros) do aqui tratado, reporto-me ao já inserido na obra Direito Registral Imobiliário, ed. Sérgio Fabris – 2001 – IRIB – págs. 379/442 e de 508/513, de nossa autoria.

* Ademar Fioranelli é o 7º Registrador

Fonte: Irib