

OBSERVAÇÕES SOBRE O USUFRUTO

ULYSSES DA SILVA

Registrador de Imóveis aposentado e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito Imobiliário (RDI).

ADEMAR FIORANELLI

7º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo/SP. Membro do Conselho Editorial e do Conselho Consultivo da Revista de Direito Imobiliário (RDI). Membro do Conselho de Ética da atual gestão (2021/2022) do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB).

O nosso objetivo neste estudo não é dissecar o usufruto em todos os seus pormenores, mas, apenas, abordar alguns pontos interessantes, curiosos ou polêmicos, que merecem a atenção daqueles que se dedicam à matéria, particularmente dos registradores imobiliários.

Se percorrermos o caminho de volta na história da espécie humana, veremos que o homem, perambulando por campos e matas, caçando e coletando frutos para sobreviver, dormindo em cavernas, já usava e desfrutava dos bens que a natureza lhe oferecia, revelando sinais de que o direito de usufruto, hoje consagrado na legislação como um direito real, resultou de uma atividade natural exercida desde as fases iniciais de nossa evolução como seres humanos.

Assim foi durante incontáveis anos até que, por volta de 12.000 anos atrás, ele, o homem, fixou-se ao solo, iniciou o plantio de grãos, a criação de animais úteis e construiu as primeiras e rudimentares casas. Com essa mudança de comportamento, a noção de posse do solo edificado e dos campos plantados aflorou em sua mente e veio, com o decorrer do tempo, a transformar-se no direito de propriedade, especialmente no Direito Romano.

Curiosamente, também, no Brasil, a posse acabou transformando-se em propriedade, como registra a nossa história. A transformação ocorreu durante o século XIX com a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, o Regulamento n. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, e a Lei n. 1.237, de 24 de setembro de 1864, regulamentada pelo Decreto n. 3.453, de 26 de abril de 1865. A primeira criou o registro paroquial da posse e suas transferências, e a segunda instituiu o registro da propriedade imobiliária, embora que fosse apenas para efeito de publicidade.

Outras leis se sucederam e, com a entrada em vigor, em 1917, do nosso primeiro Código Civil, o direito de propriedade também aqui se consolidou, nos termos do disposto no art. 524, cuja redação, alterada pelo art. 1.228 do atual Código, passou a ser a seguinte:

*O proprietário tem a **faculdade** de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. (Grifo nosso)*

De acordo, portanto, com o melhor conceito, o direito de propriedade atribui, ao seu titular, o domínio da coisa, compreendendo, portanto, o uso, o gozo ou desfrute e o poder de dela dispor e reaver de quem, eventualmente, a possua ou detenha.

No que diz respeito ao usufruto, considerado isoladamente, embora o ser humano, nos primórdios da civilização, já usasse e desfrutasse dos bens da natureza, é, também, no Direito Romano, por obra do Jurisconsulto Paulus, que ele foi consagrado como *o direito de usar e perceber os frutos de uma coisa pertencente a outrem, ressalvada sua substância*.

Assimilando a ideia contida no pensamento de Paulus, Washington de Barros Monteiro, em sua obra *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, 4ª ed., reconheceu que *a vantagem do instituto criado estava no fato de que, com a separação do gozo e da substância da coisa, assegurava-se a subsistência de determinadas pessoas, tais como o cônjuge sobrevivente, sem que saíssem os bens do patrimônio da família*.

Como no caso do direito de propriedade, o usufruto mereceu a atenção de outros juristas e autores que se dedicam ao estudo e divulgação do Direito, como Serpa Lopes, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Carvalho e Maria Helena Diniz, os quais, em sua generalidade, mantiveram a conceituação dada ordinariamente por Paulus.

Restritos, agora, ao Brasil, ao dispor sobre o usufruto, o atual Código Civil esclarece, em seu art. 1.390, que ele pode recair sobre bens móveis e imóveis e abrange os frutos e utilidades, confirmando o que já dizia Paulus e como expressa o vocábulo que o identifica, composto, como é, dos termos *uso e fruto*.

Por sua vez, prescreve o art. 1.393 que o usufruto não pode ser transferido por alienação, alterando a redação do art. 717 do Código anterior, de acordo com a qual o usufruto somente podia ser transferido ao titular da coisa, mais condizente, por sinal, com a realidade. Atenuando essa vedação, o legislador permite, nesse mesmo dispositivo legal, a cessão do exercício desse direito gratuita ou onerosamente.

Não custa observar, quanto à proibição de alienação aludida, que o legislador reporta-se, obviamente, ao usufrutuário já constituído, considerando que o titular da plena propriedade tem o direito de instituir o usufruto a quem lhe aprovar, a qualquer título.

Abrindo, agora, espaço para a analogia existente entre o usufruto e outros institutos, é certo que, apesar de significativas diferenças observadas, o usufruto apresenta similaridades com o fideicomisso, a enfiteuse, a locação, o uso e a habitação. É, porém, no fideicomisso que ele encontra alguns pontos de contato que, nesta oportunidade, merecem ser comentados.

Em razão da proximidade entre esses dois institutos, em determinados aspectos, o testador, como já aconteceu mais de uma vez, ao instituir o fideicomisso, pode ser levado a confundir um direito com o outro e ocasionar redação dúbia no testamento, criando, dessa forma, dificuldades de interpretação no judiciário e até mesmo no registro imobiliário, quanto à manifestação de sua vontade.

Encontram-se no Código Civil, a partir do art. 1.951, as normas que disciplinam o fideicomisso, merecendo atenção, pela inovação introduzida, o disposto no art. 1.952, que limitou a possibilidade de instituição desse instituto. Assim é que, nos termos desse dispositivo legal, *a substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador*.

Sobressai, porém, na inovação criada, a norma constante do parágrafo único, que realça a proximidade referida. Diz ela:

Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Ainda quanto as similitudes observadas, acontece no fideicomisso, como no usufruto, que são preservados os direitos de dois titulares da coisa. A diferença está no fato de que, no usufruto os direitos, embora diversos, são exercidos simultaneamente, ao passo que, no fideicomisso, o fiduciário recebe, de imediato, por estipulação do testador, a propriedade por inteiro, embora restrita e resolúvel, enquanto que o fideicomissário somente dela se tornará senhor por ocasião do evento previsto no testamento.

Como titular de propriedade, embora resolúvel, é certo que o fiduciário tem o direito de usar, desfrutar e dispor do bem legado, uma vez que não há impedimento legal para a alienação, ao contrário do que acontece com o usufruto. Mas, também é certo que, na prática, o fiduciário, no caso de alienação do bem, estaria, na verdade, transmitindo o uso e o desfrute ou, em outras palavras o usufruto, com, evidentemente, o mesmo direito de dispor da coisa, levando em conta, no entanto, que permanece a condição imposta ao adquirente de entregar o bem ao fideicomissário.

Retomando o fio quanto a inalienabilidade do direito real de usufruto e a transferência apenas de seu exercício, muitos autores se dedicaram ao assunto, entre os quais podemos citar Sérgio Jacomino, em brilhante artigo publicado no Boletim do IRIB n. 616/2003, comungando com os ensinamentos de que as restrições que impedem a alienação e penhora do direito real de usufruto se deve à sua própria natureza.

Persistindo na questão relacionada com a citada inalienabilidade, tendo em vista o fato de implicar impenhorabilidade, cumpre assinalar que a aludida proibição de alienação encontra a sua razão de ser no fato de que o usufruto é um direito real personalíssimo e intransmissível, portanto, como afirmam os autores, dentre os quais citamos Maria Helena Diniz, em sua obra *Código Civil Anotado*, 14ª ed., publicada pela Editora Saraiva.

Estendendo um pouco mais esse ponto da matéria, Francisco Eduardo Loureiro, na obra *Código Civil Comentado*, 3ª ed., coordenada pelo Ministro Cezar Peluso, Editora Saraiva, esclarece que, no dizer de Carvalho dos Santos, é justificável a vedação da alienação do usufruto tendo em vista que a finalidade da constituição é beneficiar alguém, dando-lhe meios de prover a subsistência e, também, porque o usufruto é uma servidão pessoal, vinculado, portanto, à pessoa do usufrutuário.

Voltando a focalizar o tema, na mesma obra atrás mencionada, agora quanto à citada proibição, Washington de Barros Monteiro, reportando-se a Lafayette, a Dídimo da Veiga e à farta jurisprudência, conclui que: *O direito não pode, portanto, ser penhorado em ação executiva movida contra o usufrutuário, apenas seu EXERCÍCIO pode ser objeto de penhora, desde que tenha expressão econômica. A penhora deverá recair destarte, não sobre o direito propriamente dito, mas sobre a faculdade de perceber vantagens e frutos da coisa, sobre sua utilidade, em suma (Curso de Direito Civil – Direito das Coisas, 4ª ed.).*

A propósito, é de ressaltar que aspecto polêmico do tema aqui exposto, mesmo no seio do Judiciário, sempre envolveu a força da cláusula de inalienabilidade, em face da dúvida quanto a possibilidade ou não de implicar a de incomunicabilidade e, especialmente, a de impenhorabilidade, independentemente de serem adotadas de maneira expressa, como defendiam vários autores, inclusive Orlando Gomes. Acontece,

porém, que a polêmica serenou e eventuais dúvidas se dissiparam com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que dispõe expressamente, em seu artigo 1.911, que:

A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Acrescenta o art. 832 do Código de Processo Civil, confirmando o disposto no referido art. 1.911 do Código Civil, que não estão sujeitos à execução os bens que a lei considera impenhoráveis ou inalienáveis, com a emenda do art. 833, segundo o qual são impenhoráveis os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução.

Analisando os dispositivos citados quanto às restrições impostas, convém esclarecer que a permissão concedida pelo art. 1.393 do Código Civil, no que diz respeito à cessão do exercício do usufruto, abriu espaço para a penhora. Como a cessão, a penhora não é comum, mas, quando aparece alguma, surge o problema relativo ao seu ingresso no registro imobiliário por falta de previsão na Lei n. 6.015/1973.

Piorando a situação, a penhora acaba recaindo, nos ofícios judiciais, sobre o direito integral do usufruto por desconhecimento, tanto da impenhorabilidade decorrente do disposto no Código Civil, quanto das regras registrais, que não autorizam o acesso do exercício do aludido direito e, conseqüentemente, da penhora.

Embora ponderáveis as razões que embasam a vedação da alienação e, conseqüentemente, a penhora do usufruto, acima expostas, nada impedia, a nosso ver, que o legislador do Código Civil, afastasse, no art. 1.393, a figura do *exercício*, e, a bem da clareza, permitisse a cessão dos frutos e rendimentos do bem, como fez o legislador do Código de Processo Civil no art. 834, de forma, por sinal, mais condizente com a realidade, tendo em vista o fato de caber, ao usufrutuário autônomo, o direito de locação do bem imóvel.

Sobre a natureza do ato a praticar no registro imobiliário relativamente à penhora de bem imóvel, é de se esclarecer que o art. 167, inciso I, item 5, da Lei n. 6.015/1973, é claro ao afirmar que se trata de registro, confirmando, aliás, o que já dizia o Decreto n. 4.857, de 09 de novembro de 1939, modificado pelo Decreto n. 5.718, de 26 de fevereiro de 1940, que regulou a matéria registral por mais de trinta anos. Apesar, no entanto, dessa clareza, o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 837, reiterando o disposto no art. 659 do Código anterior, referindo-se à documentação da **penhora e de seu registro**, dispõe que:

Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico.

Observa-se nesse texto que o legislador oscila entre registro e averbação, evidenciando a falta de conhecimento da técnica e das normas registrais. Quando, porém, fala de averbações, reporta-se a bens *imóveis e móveis*. Ora, no caso sob análise, a penhora, constitui ato de apreensão de bem imóvel, que pode levar à expropriação do direito de propriedade, não tendo o Código de Processo Civil, adstrito, como está, à matéria civil, força para alterar a Lei n. 6.015/1973, que disciplina especificamente matéria registral, quanto à natureza do ato a praticar, com fundamento no princípio já consagrado no § 1º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Apesar, contudo, das ponderações feitas, cientes de que a penhora do direito real de usufruto está afastada pela impenhorabilidade reconhecida pelo próprio Código de Processo Civil, nos arts. 832 e seguintes, e considerando que não se trata, no caso, de penhora de imóvel, podemos concluir que é aceitável a sua averbação quando recair sobre o exercício do citado direito ou, melhor dizendo, sobre os frutos ou rendimentos por ele produzidos, como, via de regra acontece.

Embora se trate, no caso, de medida restritiva imposta a direito pessoal, não sujeita, de forma clara, a ingresso no registro imobiliário, assim entendemos tendo em vista que a prática do ato é útil para conhecimento de terceiros, podendo gerar implicações e impor a necessidade de outras providências no caso de renúncia, extinção ou transmissão do usufruto ao nu-proprietário, recomendando-se, por tais razões, cautela enquanto não cancelada a averbação.

Por sinal, cabe observar, como acima dito, que o usufruto PROCESSUAL previsto no Código de Processo Civil (art. 867 e segs.), que tem como pilares os princípios de menos onerosidade ao executado e que opera-se sobre os frutos e rendimentos do bem pertencente ao mesmo executado, para que o exequente possa dele extrair tantos frutos quanto bastarem para a satisfação do seu crédito, não tem, na verdade, similitude com o usufruto, enquanto instituto de DIREITO REAL, com características próprias e distintas.

Não se trata, como se pode ver, de usufruto de direito privado, amparado na legislação civil em que a sua constituição ocorre quando de seu registro no assento imobiliário, enquanto que o usufruto processual dos frutos e rendimentos ocorre a partir da publicação da decisão que o concedeu. Mesmo assim, verifica-se a preocupação do legislador do Código de Processo Civil, como forma de exteriorizar e dar conhecimento a terceiros, de forma expressa, abre a possibilidade da averbação da PENHORA dos FRUTOS E RENDIMENTOS na matrícula do imóvel, para gerar efeitos *erga omnes* (art. 868 e seus parágrafos), mediante a apresentação de título judicial hábil para tal fim. Medida salutar, embora tal ato não está previsto no art. 167, I e II da Lei de Registros Públicos, como acima exposto.

Encerrando, deixamos anotado que, na elaboração deste estudo, contamos com subsídios extraídos de nossas obras *USUFRUTO E BEM DE FAMÍLIA – ESTUDOS DO DIREITO REGISTRAL IMOBILIÁRIO* (Ademar Fioranelli), publicado pela editora QUINTA EDITORIAL, São Paulo, sob o patrocínio da Associação dos Registradores de Imóveis de São Paulo (ARISP), e *O NOVO CÓDIGO CIVIL E O REGISTRO DE IMÓVEIS* (Ulysses da Silva), editado por Sérgio Antônio Fabris (safE), Porto Alegre, também sob o patrocínio da ARISP, nas quais os leitores interessados encontrarão farto material sobre os temas abordados.