

DA INSTITUIÇÃO DO USUFRUTO POR UM DOS PAIS APÓS A SEPARAÇÃO, SOBRE IMÓVEL DOADO AO FILHO COMUM

É bastante comum vermos na prática do Direito de Família, em se tratando da chamada separação consensual entre cônjuges, uma cláusula na petição inicial que, dispondo sobre a partilha dos bens, destina determinado imóvel ao filho menor comum.

Até aí nada de mais.

Ocorre que também não é raro vermos um dos genitores (geralmente aquele que ficou com a guarda do infante), posteriormente ao decreto da separação, dirigir-se ao cartório extrajudicial e, na condição de seu representante legal, instituir uma cláusula de usufruto em favor dele mesmo, e sem o consentimento do outro ex-cônjuge, sobre o imóvel doado por ambos ao filho menor impúbere.

É sobre esta situação fática que pretendo tecer alguns comentários no presente trabalho, uma vez que o exegeta mais desatento poderia concluir pela licitude do ato jurídico perpetrado por esse genitor, na medida em que vislumbra o disposto no artigo 389 do Código Civil (ainda) vigente, que assim preceitua:

“Art. 389. O usufruto dos bens dos filhos é inerente ao exercício do pátrio poder, salvo a disposição do art. 225”.

Pela doação, adquiriu o menor a propriedade que, como se sabe, é o direito real mais completo que existe. Confere ao seu titular os poderes de usar, gozar e dispor de seus bens, assim como de reavê-los do poder de quem injustamente os possuía (CC, art. 524).

Todavia, a propriedade poderá ser limitada quando algum ou alguns dos poderes inerentes ao domínio se destacarem e se incorporarem ao patrimônio de outro sujeito de direito.

É o caso do usufruto (CC, art. 674, III), pelo qual o direito de usar e gozar ficam com o usufrutuário, permanecendo com o nu-proprietário somente o de dispor e reivindicar a coisa, de forma que o primeiro (o usufrutuário), em razão desse desmembramento, passa a ter um direito real sobre coisa alheia, oponível *erga omnes*.

Ao classificar o usufruto, o mestre Orlando Gomes¹ leciona que *“quanto ao modo de constituição, isto é, a fonte do qual dimana, divide-se em legal e voluntário. Usufruto legal é o que a lei institui em favor de determinadas pessoas, como constituído sobre os bens dos filhos menores em proveito dos pais. Usufruto voluntário, o que se constitui mediante negócio jurídico, seja unilateral, como o testamento, seja bilateral, como o contrato. Além dessas duas espécies, há o usufruto constituído por usucapião, que em nenhuma se enquadra. Pode ser chamado usufruto misto”.*

A nós, no presente escrito, é relevante a noção de usufruto legal e a de usufruto voluntário, como na doutrina acima ficou elucidado.

É que no primeiro caso, pelo disposto no artigo 715 do CC, não se faz necessária a transcrição no registro de imóveis do usufruto, porquanto decorre ele do direito de família, mais especificamente do exercício do pátrio poder.

No segundo caso, ao revés, a transcrição se faz imprescindível, vez que cuida-se de ato jurídico formal (CC, art. 82).

Ora, mas se o usufruto decorre do pátrio poder, e o genitor que praticou o ato em questão tem a guarda do filho em nome de quem está o imóvel doado por ambos os pais, por que razão aquele se deu o trabalho de instituir uma cláusula de usufruto a seu favor?

Porque mesmo com a eventual mudança da guarda do menor (lembrando-se que estão seus pais separados), e ainda que este atinja a maioridade, continuará em vigor, ou melhor, produzindo efeitos, a indigitada cláusula de usufruto instituída em proveito de um deles, já que no caso não ficou estabelecida nenhuma cláusula resolutiva do tipo "até que torne-se maior de vinte e um anos".

Aí está, portanto, a malsinada conseqüência do ato praticado por um dos pais, que viola direito alheio e – o que também é importante – ludibria a boa-fé do outro genitor quando da separação, o qual pretendia **apenas** que fosse doado determinado bem ao filho comum, para engrandecer o patrimônio deste último.

Talvez por esta última razão é que alguns entendem equivocadamente que, para se desfazer esta situação irregular, é cabível ação anulatória com fundamento no dolo (*dolus malus*), correspondendo, via de conseqüência, ao prazo prescricional de quatro anos, *ex vi* da alínea "b" do inciso V do §9º do artigo 178 do Código Civil.

Como é cediço, o dolo, sendo um vício de consentimento que macula o ato jurídico pela disparidade entre a vontade real e a declarada, é, sob o escólio de Silvio Rodrigues², *um artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir outrem à prática de um ato, que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro.*

Ora, no caso em comento não houve consentimento de quem quer que seja, de sorte que, se encararmos o ato despido do elemento volitivo como juridicamente inexistente, como o faz a doutrina mais abalizada, caberá uma ação meramente declaratória, absolutamente imprescritível, uma vez que o ato praticado sem a vontade de uma das partes não convalesce jamais³.

Com efeito, o ato (ou mais tecnicamente, o negócio) jurídico representa fundamentalmente uma conduta de vontade, sem a qual o mesmo não pode ser concebido, como no caso em que alguém força outrem a assinar um documento, ou a colocar no mesmo a sua impressão digital, em se tratando de analfabeto (*vis absoluta*).

Estas ilustrações diferem do caso da *vis relativa*, que faz configurar a "coação" (CC, arts. 98 a 101), através da qual, muito embora exista uma ameaça grave e injusta, o coacto tem sempre uma outra alternativa, de forma que a vontade, que existiu, está apenas viciada.

Este último caso afeta o plano da validade do negócio jurídico celebrado – uma vez que o ato existiu, foi concebido - ao passo que quando se ausenta o elemento volitivo, não se pode falar que ele adentrou no mundo jurídico⁴.

É exatamente isto que ocorre na situação vertente, pela qual, instituindo o chamado usufruto voluntário, o usufrutuário, no caso um dos genitores, não colheu a aquiescência do nu-proprietário, a prole, e nem tampouco, do outro ex-cônjuge, quando da separação (sem se olvidar que 50% do bem a ele pertencia).

E ainda que tivesse colhido, necessitaria o menor de um representante, que não poderia ser o pretenso beneficiário, pelo flagrante conflito de interesses, incidindo sobre o caso o disposto no artigo 387 do CC, que assim dispõe:

"Art. 387. Sempre que no exercício do pátrio poder colidirem os interesses dos pais com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial."

Para se evitar dissabores, já em sede de conclusão, exposta a minha posição sobre a *quaestio*, a fim de que nenhum dos pais se aproveite e institua mais tarde um usufruto (voluntário) apenas para se beneficiar, pondero que é sempre conveniente aos operadores do Direito (juiz, promotor e advogados), quando da separação judicial, que faça ou peça que se insira o adendo no inciso I do artigo 390 do Código Civil, isto é, *"o imóvel será doado por ambos ao filho menor, com exclusão do usufruto de qualquer dos pais, exceto enquanto algum deles tê-lo sob a sua guarda, até que complete a maioridade civil"*.

Fauze Duailibi Amizo
Juiz de Direito

Coxim, 04 de maio de 2001.

¹ Direitos Reais, 12ª edição, Ed. Forense, pg. 300.

² Direito Civil, volume 1, Parte Geral, Ed. Saraiva, pg. 207.

³ Consigno a minha filiação à teoria da inexistência jurídica do ato, na medida em que, sem alguns elementos indispensáveis – como é o caso da vontade -, não pode sequer ser concebido, muito embora acredite que necessite de uma ação judicial para desfaze-lo. Silvio Rodrigues não doutrina dessa forma, criticando esta teoria (v. volume 1, n. 137).

⁴ O mestre Washington de Barros Monteiro salienta que no estudo dos atos jurídicos, eles se decompõe em vários elementos: I) – *essentialia negotii*; II) – *naturalia negotii*; III) – *accidentalia negotii*. Os primeiros são os elementos essenciais, a estrutura do ato, que lhe formam a substância e sem os quais não existe. Os segundos são as conseqüências que decorrem do ato, independentemente de expressa menção. Os terceiros, finalmente, são cláusulas que se adicionam ao ato para o fim de modificar um ou algumas de suas conseqüências naturais. Se volvermos ao exemplo da compra e venda recordar-nos-emos de que seus elementos essenciais, sem os quais não pode existir, são a coisa, o preço e o consentimento. Do mesmo contrato decorrem os elementos naturais, que não precisam ser expressos, porque resultam de sua própria natureza, como a obrigação do vendedor de entregar a coisa vendida e a do comprador, de pagar o preço convenicionado. Esses elementos naturais podem ser alterados por elementos acidentais, como, por exemplo, quando as partes protelam a entrega da coisa, ou o pagamento do preço, adiando-os para data futura, subordinando-os a acontecimentos eventuais e incertos, sujeitando-os a encargos ou obrigações. (Curso de Direito Civil, Parte Geral, Ed. Saraiva, 28ª edição, pg. 224).