

- b.e) O direito regressivo contra o emitente sem suficiente provisão de fundos perdura independentemente de protesto, em virtude da reserva do art. 25 do Anexo II;
- b.f) O direito à provisão continua como antes estabelecido no art. 8.º da Lei n.º 2.591;
- b.g) Os dispositivos relativos à ação executiva cambial, previstos nos arts. 49 e seguintes da Lei n.º 2.044, aplicáveis ao cheque em decorrência do art. 15 da Lei n.º 2.591, permanecem em vigor;

Capítulo VII

Da pluralidade de exemplares

- b.h) A emissão de vários exemplares de um mesmo cheque (duplicatas) é admitida (arts. 49 e 50 da Lei Uniforme), somente quando o cheque não seja ao portador.

Capítulo IX

Da Prescrição

- b.i) A prescrição do direito à ação do portador contra o endossante, emitente e demais coobrigados é de 6 meses, contados do término do prazo para apresentação, como também é de 6 meses a prescrição do direito de qualquer coobrigado, contra os demais, contados porém do dia em que tenha sido pago o cheque (art. 52 da Lei Uniforme);
- b.j) As causas de interrupção e suspensão da prescrição acham-se reguladas em nosso direito e permanecem em vigor, face à reserva do art. 26 do Anexo II do art. 53 da Lei Uniforme;

Capítulo X

Disposições Gerais

- b.k) Segundo os arts. 54, 55 e 56 da Lei Uniforme, a palavra “banqueiro” compreende também as pessoas ou as instituições assimiladas por lei aos banqueiros; a apresentação e o protesto do cheque só podem ocorrer em dias úteis; os prazos são corridos, não se contando o dia de seu início; e não são admitidos dias de perdão, legal ou judicial.

USUFRUTO LEGAL DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE

GIL COSTA ALVARENGA
Procurador do Estado da Guanabara

1. Assim dispõe o art. 1.611, § 1.º, do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962:

“1.º — O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos destes ou do casal, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do *de cujus*”.

2. Trata-se, evidentemente, de um novo caso de usufruto legal, visto que o direito reconhecido pela citada Lei n.º 4.121 não decorre da vontade das partes, mas deriva de expressa disposição de lei. A respeito, convém recordar a advertência de ORLANDO GOMES para quem “o usufruto legal tem seu *habitat* no campo do Direito de Família”, motivo pelo qual “sua finalidade especial reveste-o de particularidades que o singularizam, a ponto de se afirmar que não é propriamente usufruto. WOLFF o exclui do conceito de usufruto, estabelecendo a seguinte distinção: o usufruto recai sobre coisas singulares, individualmente determinadas, qualquer que seja o patrimônio a que pertençam, enquanto o desfrute legal incide sobre um patrimônio separado, considerado como um todo, gravando as coisas singulares que o integram somente enquanto o compõem” (*Direitos Reais*, 2.ª ed. da Cia. Ed. Forense, tomo 2.º, páginas 427-428 — o grifo não é nosso).

A advertência acima transcrita nos será útil para estabelecer com clareza e precisão a natureza jurídica do direito de usufruto reconhecido ao cônjuge supérstite.

3. Não obstante desconhecido do direito pátrio, o instituto em exame já havia sido acolhido e disciplinado por outras legislações.

Informa-nos VALVERDE Y VALVERDE que, a respeito, podem formar-se os seguintes grupos no direito civil comparado: a) legislações que não concedem legítima alguma ao espôso sobrevivente, como faz o direito inglês; b) legislações que concedem alimentos ao cônjuge viúvo, citando o autor a Áustria, Portugal e a França como pertencentes a este grupo; c) direitos que reconhecem ao cônjuge viúvo uma legítima em usufruto, tais como o italiano e o espanhol; d) legislação que reconhecem ao mesmo cônjuge uma legítima em plena propriedade, entre as quais se enquadram os códigos suíço, alemão, venezuelano e argentino (*Tratado de Derecho Civil Español*, 4.^a ed., págs. 242 e segs.).

Discordamos da informação do professor espanhol na parte em que se refere ao direito francês como filiado ao segundo grupo, pois a lei de 9 de março de 1891, que êle alega disciplinar o assunto na França, como nos ensina MARCEL PLANIOL, outorgou ao cônjuge sobrevivente direito ao usufruto sobre parte dos bens deixados pelo consorte falecido, e não apenas reconheceu simples direito a alimentos.

É interessante observar, desde logo, a referência que VALVERDE Y VALVERDE faz a este usufruto como sendo “legítima do cônjuge viúvo”.

4. Como vemos, a novel conquista do direito brasileiro de há muito se instalara no bôjo de outros sistemas jurídicos. E podemos adiantar que ela já é considerada fórmula ultrapassada em várias sociedades, por derivar o instituto da velha e costumeira idéia da conservação de bens dentro de uma só família. Reconhecer ao cônjuge apenas um direito ao usufruto é insistir no menosprêzo votado à função social do companheirismo familiar. Vale transcrever as judiciosas observações de PLANIOL-RIPERT:

“L'attribution d'un usufruit au conjoint survivant est apparue comme étant le procédé qui concilie le mieux les divers intérêts des personnes en présence: le con-

joint, qui a besoin de conserver en partie au moins les revenus dont il avait la jouissance en commun avec le défunt: les membres de la famille, qu'il importe de ne pas dépouiller au profit d'une autre famille. Avec ce système, la totalité de la succession reviendra un jour aux parents du défunt.

On peut considérer que cette conception est aujourd'hui dépassée. La composition des patrimoines est devenue essentiellement changeante et l'idée de la conservation des biens dans une famille n'est plus qu'un anachronisme. C'est sur le fondement actuel du droit successoral qu'il faudrait réorganiser la dévolution héréditaire. Le cercle de la famille s'est resserré; nous avons déjà indiqué la tendance du droit moderne à admettre le conjoint survivant au partage de la pleine propriété de la succession avec les héritiers du sang, avec certains d'entre eux tout au moins” (*Traité Élémentaire de Droit Civil*, 3^{ème} ed., tome 3^{ème}., pág. 558).

5. Embora anacrônico, o instituto foi introduzido em nosso direito revestido de caráter reformulatório, visando a atender interesses nitidamente sociais. Impunha-se o amparo do cônjuge, notadamente da mulher, a quem interesses particulares ou cautelas legais haviam impôsto o regime da separação de bens no casamento. A mulher, que durante anos emprestara ao marido o calor de sua companhia e os esforços de seu trabalho, via-se de repente privada até dos meios necessários à sua manutenção, ou, pelo menos, impedida de continuar gozando do padrão de vida a que já se habituara. Tal situação se apresentava particularmente injusta em não havendo herdeiros necessários do falecido, caso em que os colaterais, muitas vezes hostis ao cônjuge supérstite, agravavam ainda mais a situação dêste. Outras vezes, o *de cujus* era influenciado pelos colaterais no sentido de afastar o cônjuge da sucessão, pela aplicação da regra contida no art. 1.725 do Código Civil.

No intuito de impedir êsses abusos, surgiu com a Lei n.º 4.121, a regra consubstanciada no § 1.º do art. 1.611 do Diploma Civil.

6. Apesar de encravado no capítulo de sucessões, por motivo de técnica legislativa, o usufruto legal a favor do cônjuge sobrevi-

vente constitui, sem dúvida, instituto do direito de família. Convém lembrar, aqui, a advertência transcrita no item 2, acima.

Considerando que o usufruto legal, resultante do direito de família, não depende de transcrição no registro respectivo, se recai sobre imóveis, justifica CARVALHO SANTOS a regra “porque não há um direito real, no sentido próprio da expressão” (*Código Civil Brasileiro interpretado*, vol. IX, 6.^a ed., pág. 361).

Em verdade, o usufruto legal é mais que um simples direito, porque é inerente a um estado. Assim é, também e por exemplo, o usufruto dos pais em relação aos bens dos filhos. E, como este, não é o usufruto do cônjuge sobrevivente transferível, nem suscetível de se ceder o seu exercício (cf. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito de Família*, vol. III, ed. 1947, pág. 127).

A respeito, é expressa a legislação espanhola, que, como vimos, acolhe especificamente o usufruto legal do cônjuge sobrevivente. Observa o já citado VALVERDE Y VALVERDE:

“Hay que tener en cuenta, además, que los usufructos legales conceden el derecho a los usufructuarios por ministerio de la ley, en virtud de causas que afectan al interés social y no meramente privado, y no puede transmitirse a otras personas en las que no concurra la causa de su otorgamiento, por lo mismo que el fundamento de tales usufructos está en concederles a personas que solamente en ellas se dan los supuestos y condiciones legales, por cuya razón deben ser inalienables. Como si esto no fuera bastante, una disposición legal reciente nos viene a dar la razón. La nueva ley hipotecaria revisada, que permite hipotecar el derecho de usufructo con las restricciones que la misma determina, dice que no se podrá hipotecar el derecho de usufructo concedido por las leyes o fueros especiales a los padres o madres sobre los bienes de sus hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto” (*op. cit.*, tomo II, 4.^a ed., pág. 427).

7. Ressalta evidente, ante o já exposto, a natureza alimentar do direito do cônjuge ao usufruto e, por isso, a implicação de ordem nitidamente social. A consequência mais saliente, então, é a irrenunciabilidade do direito em exame. Com efeito, o cônjuge

a quem se defere o usufruto sobre os bens do consorte falecido não pode renunciar a êle. O direito alimentar, qualquer que seja a forma sob a qual êle se manifesta, é irrenunciável, pois, como ensina ANTONIO CICU, êle deriva sempre de normas inspiradas pela ordem pública, já se tendo até deduzido do direito à vida o seu caráter de irrenunciabilidade. “Para nós”, conclui CICU, “a mesma (irrenunciabilidade) se deduz do fato de que o interesse individual que se queira afirmar com a renúncia está em oposição com o interesse familiar-estatal” (*Il Diritto di Famiglia*, cap. III, § 3.^o, 21).

Em consequência, não cabe sequer distinguir entre renúncia abdicativa ou translativa, já que o cônjuge pode deixar de exercer o seu direito, mas não pode jamais renunciar a êle.

O ponto em exame é de suma importância, *maxime* tendo em vista as implicações de ordem tributária. Decompondo-se a propriedade em seus três poderes de uso, de gozo e de disposição, conclui-se que, com a abertura da sucessão, transmitem-se ao cônjuge supérstite os dois primeiros e aos herdeiros legítimos ou instituídos a nua-propriedade. O fato gerador é único: falecimento do cônjuge; mas os sujeitos passivos da obrigação tributária referente ao imposto de transmissão *causa mortis* são de duas ordens: cônjuge sobrevivente, que recolhe o usufruto, e herdeiros ou legatários, que recolhem a nua-propriedade da metade dos bens deixados. Em falecendo o cônjuge sobrevivente, ou contraindo êle novas núpcias, extingue-se o usufruto, e nova transmissão se opera, eis que novo fato gerador tem lugar. E a cada fato gerador corresponde uma tributação.

Não cabe a eventual alegação de que se descaracterizaria a natureza alimentar do usufruto do cônjuge se o patrimônio deixado fôsse volumoso. Não é a quantidade que define a obrigação alimentar, pois o princípio geral orientador da fixação do *quantum* presuppõe não só as necessidades do beneficiado como também se vale dos recursos patrimoniais da pessoa obrigada (por exemplo, art. 400 do Código Civil).

8. Deve considerar-se herdeiro o cônjuge sobrevivente? Pura e simplesmente, êle é herdeiro legítimo, face ao que dispõe o art. 1.603, III, do Código Civil. A ordem da sucessão ali estabelecida, porém, só vigora para uma classe na ausência da classe antecedente, ou quando, por força de disposição testamentária, o colateral afasta

da sucessão o cônjuge sobrevivente, nos termos do art. 1.725 do Código Civil.

Desde logo se conclui, sem esforço, que a regra introduzida pela Lei n.º 4.121 pressupõe a existência de herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes) ou pressupõe que o cônjuge sobrevivente tenha sido afastado da sucessão hereditária pela contemplação dos colaterais, pela instituição de legatários ou de herdeiros.

A eventualidade de o cônjuge figurar no testamento como legatário de alguns bens não invalida o direito ao usufruto da quarta parte ou da metade, conforme o caso, dos bens do *de cuius*. Isto porque a vontade presumida do testador é que a seu cônjuge, além de usufruir a metade dos seus bens, deveria caber a plena propriedade de outros bens.

O problema, portanto, deve ser apresentado nos seguintes termos: pode o cônjuge sobrevivente, casado sob regime que não o da comunhão universal, preferir aos colaterais ou aos herdeiros instituídos, para o fim de recolher o usufruto sobre a metade dos bens deixados?

Mais tecnicamente, poderíamos apresentar a questão do seguinte modo: o cônjuge supérstite, com o advento da Lei n.º 4.121, passou a ter regalias de herdeiro necessário?

Valemo-nos, uma vez mais, dos subsídios doutrinários estrangeiros. Como já acentuamos no item 3, VALVERDE Y VALVERDE refere-se ao usufruto em questão como “legítima do cônjuge viúvo”, evidenciando assim o caráter necessário da reserva usufrutuária.

O mesmo autor salienta a vantagem do instituto, quando louva a medida no efeito em que

“se concede al viudo una cuota que le permita vivir con decoro, pues no era justo que al que compartia con su difunto causante las miserias y las satisfacciones de la vida, se le quedara en la mayor miseria al fallecimiento del conyuge rico, pues, como dice un autor, el superviviente forma uno de los ángulos del triángulo que representa la familia” (*op. cit.*, tomo V, 4.ª ed., pág. 244).

E conclui em termos incisivos que o cônjuge sobrevivente, tendo direito ao usufruto, “es un heredero forzoso como los demás” (página 246). A única diferença reside nas características da cota usufrutuária, que é variável, porque se determina segundo hipóteses

(existência ou não de descendentes); mas que é absolutamente necessária, não podendo pois ser afastada pela vontade do testador.

Interessa transcrever, integralmente, as seguintes observações do mesmo VALVERDE Y VALVERDE, que muito esclarecem o assunto:

“La cuota legitimaria a que nos referimos es igualmente aplicable a la sucesión testada que a la intestada, pues, aunque el código no lo diga de modo terminante, es igual que si lo hubiera expresado, porque si hemos dicho antes que el viudo es un heredero legitinario como los demás, y siendo la legítima de aplicación a ambas sucesiones, es claro que la del conyuge viudo ha de tener la naturaleza de todas. Esto no obsta para que en la sucesión intestada herede el viudo la herencia del difunto; lo que importa consignar aquí, es que la cuota legitimaria hay que darla al cónyuge viudo lo mismo en la sucesión testada que en la intestada, a no ser que en ésta, por faltar parientes más próximos, sea heredero legítimo del difunto” (pág. 248).

As observações acima transcritas, pela sua precisão, esclarecem suficientemente o assunto.

O entendimento que mais se coaduna com a finalidade da lei é o que considera legítima a parte destinada ao cônjuge sobrevivente. Legítima, como sabemos, é a parte pertencente aos herdeiros forçados, que dela não podem ser privados, senão nos casos que a lei determina, isto é, nas hipóteses de indignidade ou deserção (cf. CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro interpretado*, volume XXIV, 5.ª ed., pág. 75).

Aliás, a simples leitura do § 1.º do art. 1.611, em exame, nos leva a essa conclusão. A expressão “embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*” nos autoriza a concluir que o direito do cônjuge sobrevivente ao usufruto afirma-se até contra o direito de uma classe de herdeiros necessários. Se o cônjuge pode privar os ascendentes do uso e do gozo de uma parte dos bens é porque o direito que êle exerce tem mais força que o direito destes herdeiros necessários. Logo, trata-se de legítima a parte que constitui o objeto do direito do mesmo cônjuge, pois não se compreenderia que um direito mais fraco neutralizasse os efeitos de um direito forte.

9. Como resolver, então, o problema que surge quando o testador institui herdeiros e legatários, a êles destinando porção maior que a indispensável para satisfazer o direito do cônjuge ao usufruto? Assentamos o princípio de que o direito do cônjuge deve ser preservado, que a parte sôbre a qual incidirá o usufruto constitui autêntica legítima. Logo, a conseqüência inafastável é que os beneficiários, legítimos ou instituídos, devem curvar-se à pretensão do cônjuge supérstite, que é herdeiro forçado, que pode até comprometer os interesses de herdeiros tradicionalmente considerados necessários, como no caso dos ascendentes. A solução jurídica, portanto, é a aplicação das regras constantes do art. 1.727 do Código Civil, que disciplinam a redução das disposições testamentárias aos limites da porção disponível:

“Art. 1.727. As disposições, que excederem à metade disponível, reduzir-se-ão aos limites dela, em conformidade com o disposto nos parágrafos seguintes.

§ 1.º — Em se verificando excederem as disposições testamentárias à porção disponível, serão proporcionalmente reduzidas as quotas do herdeiro ou herdeiros instituídos, até onde baste, e, não bastando, também os legados na proporção do seu valor.

§ 2.º — Se o testador, prevenindo o caso, dispuser que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, a redução far-se-á nos outros quinhões ou legados, observando-se, a seu respeito, a ordem estabelecida no parágrafo anterior”.

Nada impede que o testador, portanto, determine que a redução, em princípio, se faça em certos legados, mormente nas deixas mais volumosas, para que não sejam prejudicados os legatários menos favorecidos.

10. Conforme determina o art. 718 do Código Civil, “o usufrutuário tem direito à posse, uso, administração e percepção dos frutos”. Comentando o citado dispositivo, adverte CARVALHO SANTOS, com propriedade, o princípio de que

“resulta desta verdade não ser lícito ao testador, legando um bem em usufruto, privar o usufrutuário da

administração, investindo nestes poderes quanto aos bens dados em usufruto uma pessoa designada no testamento.

É, que, tendo o art. 718 do nosso Código enumerado entre os direitos do usufrutuário o de administrar o objeto dado em usufruto, não é lícito a ninguém, portanto, revogar êsse preceito, dispondo em contrário” (*Código Civil Brasileiro interpretado*, vol. IX, 6.ª ed., página 375).

Se assim é em relação ao usufruto voluntário, com mais razão se aplica a regra em se tratando do usufruto legal deferido ao cônjuge sobrevivente, pelos próprios princípios que o inspiram. Mas, estando a herança ainda indivisa, a aplicação da regra deve satisfazer-se investindo o cônjuge na inventariança.

Interpretando-se pois a expressão “cônjuge sobrevivente”, contida no art. 469 do Código de Processo Civil, como referente apenas ao participe da sociedade conjugal sob o regime comum de bens, podemos concluir, pela natureza mesma do instituto usufrutuário, que o cônjuge supérstite, não sendo de comunhão universal o regime de bens, pode e deve ser o inventariante, ao menos com base no inciso III do mesmo artigo, eis que êle é, como já vimos, “herdeiro forçado”, na expressão de VALVERDE Y VALVERDE, além de lhe caber imediatamente a posse e a administração dos bens.

11. Finalmente, deve salientar-se que, por interpretação analógica da regra contida no art. 731, II, do Código Civil, própria dos usufrutos legais, não está o cônjuge obrigado à caução.

12. O nôvo caso de usufruto legal, introduzido em nosso direito pela Lei n.º 4.121, deve ser interpretado tendo em mira, sempre, os interesses do cônjuge sobrevivente, que, de tão fortes, podem até comprometer os interesses mais amplos dos próprios descendentes e ascendentes, reformulando todo um tradicional entendimento doutrinário.