

# Direito de Acrescer: questões polêmicas sobre a sua incidência

Por **João Pedro Lamana Paiva**

17 abril 2009 06h35m



**O Registrador e Tabelião de Protesto dos Serviços de Registros Públicos de Sapucaia do Sul (RS) e especialista em Direito Imobiliário pela PUC-MINAS, João Pedro Lamana Paiva, comenta sobre as questões que envolvem atualmente o Direito de Acrescer.**

O Direito de Acrescer é o pleno direito da integralidade da propriedade ao cônjuge sobrevivente de um bem doado aos cônjuges ou apenas a um deles (regime de comunhão universal de bens), desde que o doador não haja fixado a parcela de cada um, ou gravado com cláusula de incomunicabilidade. Para incorrer no direito de acrescer é necessário o preenchimento de alguns requisitos, os quais pela sua relevância requerem uma abordagem mais aprofundada.

Neste passo, o primeiro elemento trazido pelo artigo 551, parágrafo único do Código Civil para configurar-se o direito de acrescer toca a necessidade de que a doação tenha sido feita em comum, sem a determinação de parcela de cada um dos contemplados (art. 551, “caput” do CC). Afinal, a situação inversa, ou seja, a individualização e a determinação da porcentagem cabível a cada um dos consortes, ainda que não localizado dentro de um terreno indivisível, evidenciaria que o doador desejou estabelecer não o exercício do direito de propriedade pleno aos donatários, mas, apenas, sobre parte ideal. Em outras palavras, se o doador determinar, presume-se que ele, no ato de liberalidade, afastou o direito de acrescer.

Exigiu ainda o legislador para admitir o direito de acrescer a comprovação da existência de relação matrimonial entre os donatários. Não sendo marido e mulher, o direito de acrescer deve estar expresso no contrato. Isto é, não prevendo o contrato, o direito de acrescer somente poderá ser arguido dentro de uma relação matrimonial, não basta os donatários serem condôminos, há a obrigatoriedade da constituição da sociedade conjugal. Algumas dúvidas, então, surgem dessa constatação: será que essa relação conjugal deve ser preexistente à doação? O (a) companheiro (a) tem direito também ao direito de acrescer, em face do artigo 226 da Constituição Federal e artigos 1.723 e seguintes do Código Civil?

Se a doação tem natureza contratual, a superveniência de casamento entre o donatário não autoriza a extensão do benefício, ainda que o doador tenha conhecimento da contração matrimonial posterior. O direito de acrescer na doação ao marido e à mulher é regra de exceção, portanto, deve ser interpretada de modo restritivo, razão que desautoriza o alargamento de sua aplicação à união estável ou aos donatários que celebraram núpcias posteriormente. Não sendo demais lembrar que os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente (artigo 114 do Código Civil).

Vencida essa etapa, é interessante observar que o instituto do direito de acrescer comporta uma exceção quanto à exigência de a doação ser feita em comum aos cônjuges: quando os consortes forem casados pelo regime de comunhão universal de bens, tendo em vista a peculiaridade desse regime. Logo, se o regime for o de comunhão universal, ainda que a doação seja feita apenas para um dos consortes, o direito de acrescer subsiste na morte de um dos donatários, ao consorte sobrevivente.

*“Doação conjuntiva - Donatário casado no regime de comunhão de bens - Falecimento - Subsistência integral daquela para a viúva - Averbação do fato mediante certidão de óbito - Inteligência do art. 1.178, parágrafo único, do CC e aplicação do art. 246 da Lei 6.015/73(hoje, o artigo do Código Civil/2002 é o 551).” 2*

Contudo, tal ponto não é pacífico, senão vejamos:

O Articulista FRANCISCO REZENDE leciona:

*“Para a aplicação de tal instituto, pouco importa o regime de bens adotado no casamento pelos donatários, pois o que se pretende preservar é a vontade do doador, e não a opção pelo regime de bens feito pelos cônjuges.” 3*

Nesse mesmo sentido Pablo Stolze:

*“a esse respeito já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, que a comunicabilidade do bem doado somente se verificará se o benefício tocou a ambos os cônjuges ou se tal extensão da liberalidade decorreu do regime de bens aplicável.” 4*

Nesta mesma linha, segue Antonio Herance Filho<sup>5</sup>, afirmando que a consagração do direito de acrescer, quando o doador doou apenas para um dos cônjuges, no caso do regime de comunhão universal não é a melhor orientação, porque esta não foi a vontade do doador e, sendo doação um contrato deve ser interpretado pelos princípios contratuais.

Posto isso, ressalva-se que o Direito de Acrescer independe do regime de bens adotado no matrimônio pelos donatários, quando se trata de doação comum. E isso deve ser observado pelos Registradores Imobiliários e demais operadores do direito, pois não é incomum os herdeiros arrolarem o bem, objeto do direito de acrescer, no inventário; não usufruindo o cônjuge supérstite da praticidade desse instituto (o bem em questão não deveria ser inventariado, subsistindo em sua integralidade ao consorte).

Desse fato resulta uma questão de salutar relevância: a violação do direito de acrescer torna o ato nulo ou anulável?

Francisco Rezende entende que a partilha nesse caso é o ato nulo, porque viola a ordem pública, podendo, tal defeito ser arguido a qualquer tempo. Afirmo ainda o ilustre estudioso que a partilha que contempla bem sujeito ao regime de acrescer não produz qualquer efeito, tampouco necessita de impugnação, por não ser passível de convalidação. Assim, sua apreciação deve ser oficiosa (não precisa ser alegada) e tal defeito deva ser expurgado do registro imobiliário. 6

De outro lado, Ademar Fioranelli, afirma que tal ato é anulável, pelos seguintes fundamentos:

*“Dado o caráter absolutório da origem judicial do título, os Cartórios de Registro de Imóveis não podem exigir aplicação do referido dispositivo ou mesmo negar a prática dos atos dele decorrentes (...) não cabe ao Oficial exigir que este ou aquele bem esteja excluído da partilha, assim como não pode exigir que outro seja nela incluído. Tais questões presumem-se, foram já examinadas no processo judicial de inventário. A discussão, portanto, deve ser colocada tão-somente em termos de registro.” 7*

Constatado o direito de acrescer, o cônjuge sobrevivente deverá dirigir-se ao Registro de Imóveis e requerer ao titular a subsistência da integralidade do bem em seu nome, apresentado a certidão de óbito, bem como a guia de reconhecimento passada pelo Órgão Fazendário, que verificará se há incidência, ou não incidência, isenção ou imunidade. O Registrador, diante da análise da documentação, averbará na matrícula do imóvel o falecimento do consorte, da seguinte forma:

AV-3/10.000/(Av-três/dez mil), em 14 de abril de 2009.

**DIREITO DE ACRESCEMTO EM VIRTUDE DO FALECIMENTO DE UM DOS DONATÁRIOS –**  
Nos termos do requerimento datado de...de ... de ...., instruído com a Certidão de Óbito Número.. , folha... do Livro C-..., de... , expedida em... , pelo Oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais desta cidade, bem como com a Guia de Reconhecimento/Recolhimento ....., fica constando que em virtude do falecimento do donatário, Fulano de Tal, ocorrido em... , o bem dado em doação, objeto do R-2, desta matrícula, a donatária, Sicrana de Tal, acresceu a sua parte a do de cujus, passando a exercer o direito sobre a totalidade do imóvel, nos termos do artigo 551, parágrafo único do Código Civil.-

PROTOCOLO - Título apontado sob o número ...., em -...-

Sapuçaia do Sul, de... de ....-

Registrador e/ou Substituto: \_\_\_\_\_.-

**EMOLUMENTOS - R\$.- Selo Digital:** Assim, quanto ao aspecto tributário é importante verificar que o imposto devido seria o Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCD), em razão de ser um contrato gratuito. No entanto, sua cobrança encontra-se prejudicada em função de dois pontos importantes: ausência de previsão legal e inexistência da tradição (seja real ou ficta).

O primeiro ponto, como se pode ver, se relaciona ao princípio da anterioridade. Como a maioria das leis estaduais não contempla esse instituto, o direito de acrescer ainda é caso de não-incidência, em razão da ausência de regulamentação legal. Conquanto, a Lei do Estado do Rio Grande do Sul considere como fato gerador de ITCD, o direito de acrescer no usufruto, em função do artigo 1.411, “in fine”, do Código Civil<sup>8</sup>, a maioria dos estudiosos pleiteia por sua inaplicabilidade.

Em oposição, Antonio Herance Filho preleciona:

*“O Direito de Acrescer, que por caracterizar a transmissão de bem, é conceito abstrato que encontra na legislação tributária classificação como hipótese de incidência. Com o falecimento de um dos dois cônjuges (donatários) ocorre o fato gerador do imposto incidente sobre a transmissão “causa mortis”, previsto no art. 155, inciso I, da Constituição Federal, cuja competência pertence aos Estados e ao Distrito Federal (...) É dever de o Registrador exigir o pagamento do imposto sobre a transmissão “causa mortis”, seja do(s) herdeiro(s), seja do cônjuge sobrevivente, conforme o caso, porque as duas formas de transmissão fazem surgir o fato gerador do imposto, salvo se a hipótese fizer parte de lista (taxativa) das isenções dadas pela legislação do Estado de situação do imóvel”.* 9

Segundo o mesmo autor, analisando a legislação paulista, na doação conjuntiva, sem parcela determinada, seria possível considerar separadamente cada parcela.

*“O Estado de São Paulo, onde a legislação do imposto de transmissão por doação apresenta hipótese de isenção que leva em conta o valor da liberalidade em relação a cada donatário... ou seja, se o valor destinado a cada donatário for inferior ao limite fixado, ainda que o total do imóvel lhe seja superior, a regra de isenção poderá, sim, ser aplicada”.* 10

O segundo ponto está vinculado à existência - ou não - de tradição. Na verdade, no direito de acrescer não há transferência do bem de uma esfera patrimonial a outra, apenas um direito de propriedade que era exercido conjuntamente com o de outrem, passa, em função da morte de um deles, a ser exercido de maneira isolada, absoluta por um só.

Nesse sentido, a jurisprudência já se manifestou:

*“A doação ‘subsistirá’ - preceitua a lei - isto é, manter-se-á, conservará sua força, sem se cogitar de sucessão. À parte do cônjuge morto não se transmite ao sobrevivente, mas subsiste na integralidade”.* 11

## **Conclusão**

Com o presente artigo tentou-se limitar o contexto da aplicação do direito de acrescer e seus efeitos no Registro de Imóveis. De tal sorte que analisando separadamente os seus requisitos que se misturam com o próprio conceito dado ao instituto, pode-se concluir que somente com a morte, o direito à integralidade do bem estenderá ao outro cônjuge, desde que: as parcelas não tenham sido determinadas pelo doador; não tenha sido gravada com a cláusula de incomunicabilidade; a doação tenha contemplado ambos, ou um deles, quando o regime de bens seja de comunhão universal.

Acresce a isso que contrapondo os requisitos do instrumento com a jurisprudência existente hoje e os artigos já elaborados sobre o tema, foram possíveis alcançar uma síntese do que atualmente se conhece por direito de acrescer. Instrumento que embora esteja previsto no artigo 551, parágrafo único do Código Civil, pouco se têm aplicado no âmbito do fôlio real, seja por ser olvidado pelos operadores de direito, seja pelas dúvidas que ainda o circunscrevem.

## **Notas de Rodapé**

[1] Registrador e Tabelião de Protesto dos Serviços de Registros Públicos de Sapucaia do Sul. Especialista em Direito Imobiliário pela PUC-MINAS.

2 Apelação Cível 441-0, São Paulo, apte.: Ministério Público, apda.: Maria de Oliveira Medeiros, 1981, RDI 2/98.

3 SANTOS, Francisco José Rezende dos. O Direito de Acrescer na Doação: Algumas Observações sobre o Parágrafo Único do Artigo 551 do Código Civil. BE 2691 · ANO VI · Editor: Sérgio Jacomino · São Paulo, 10 de outubro de 2006 · ISSN 1677-4388.

4Stolze, Pablo citado por Herance Filho, BE3165, de 17 de outubro de 2007.

5 Nesse sentido, Agostinho Alvim e Antonio Herance Filho.

6 SANTOS, Francisco José Rezende dos. O Direito de Acrescer na Doação: Algumas Observações sobre o Parágrafo Único do Artigo 551 do Código Civil. BE 2691 · ANO VI · Editor: Sérgio Jacomino · São Paulo, 10 de outubro de 2006 · ISSN 1677-4388.

7 FIORANELLI, Ademar. Direito registral imobiliário. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

8 Na data da morte de um dos usufrutuários, no caso de usufruto simultâneo em que tenha sido estipulado o direito de acrescer ao usufrutuário sobrevivente. Acrescentado Pelo Art. 3º, I, “B”, Da Lei 12.741, De 05/07/07. (Doe 06/07/07).

9 HERANCE FILHO, Antonio. O contrato de doação. BE 3165, ANO VII, Editor: Sérgio Jacomino · São Paulo, 17 de outubro de 2007 · ISSN 1677-4388.

10 Idem.

11 SÃO PEDRO. Apelação Cível 1.210-0, São José do Rio Preto, apte.: Isaura Maria Pires, apdo.: Oficial do 2º Cartório de Registro de Imóveis, 1979, RT 559/109

## **Referências Bibliográficas**

1. HERANCE FILHO, Antonio. O contrato de doação. BE 3165, ANO VII, Editor: Sérgio Jacomino · São Paulo, 17 de outubro de 2007 · ISSN 1677-4388.

2. RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 12.741, de 05 de julho de 2007, publicada: DOE em 06/07/07.

3. SANTOS, Francisco José Rezende dos. O Direito de Acrescer na Doação: Algumas Observações sobre o Parágrafo Único do Artigo 551 do Código Civil. BE 2691 · ANO VI, · Editor: Sérgio Jacomino · São Paulo, 10 de outubro de 2006 · ISSN 1677-4388.

4. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível 441-0, São Paulo, apte.: Ministério Público, apda.: Maria de Oliveira Medeiros, 1981, RDI 2/98.