

A OUTORGA CONJUGAL COMO LIMITAÇÃO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RENÚNCIA À HERANÇA.

THE SPOUSAL CONSENT AS A LIMITATION TO THE EXERCISE OF THE RIGHT TO WAIVE INHERITANCE.



Fábio Calheiros do Nascimento¹

RESUMO: Existe uma divergência doutrinária acerca da necessidade de outorga conjugal para a renúncia da herança por parte de quem é casado, exceção feita àqueles que se casaram sob o regime da separação absoluta. Defender-se-á neste artigo que a outorga conjugal não é exigível do herdeiro casado. Divide-se este artigo em quatro partes. Na primeira, tratar-se-á do casamento e de seus efeitos, que podem ser pessoais ou patrimoniais. Um dos efeitos patrimoniais é o regime de bens, no qual se insere a outorga conjugal. A segunda parte diz respeito à consequência da ausência de outorga conjugal. Nela demonstrar-se-á que se trata de invalidade relativa ou anulabilidade. A terceira parte destina-se à exposição das razões pelas quais se acredita que a renúncia à herança não se confunde com a alienação patrimonial do art. 1647, inc. I, do Código Civil. Merece destaque a diferença entre aquisição de direito e de fato. A quarta e última parte diz respeito à demonstração de que a aceitação ou não da herança não é uma questão meramente econômico-financeira.

PALAVRAS-CHAVE: Outorga conjugal. Direito de renúncia. Aquisição de direito e de fato.

ABSTRACT: There is a doctrinal divergence about the need for a spousal consent for the renunciation of the inheritance by those who are married, with the exception of those who were married under the regime of absolute separation. It will be argued in this article that the spousal consent is not required of the married heir. This article is divided into four parts. The first will deal with marriage and its effects, which may be personal or patrimonial. One of the patrimonial effects is the property regime, in which the spousal consent is inserted. The second part concerns the consequence of the absence of spousal consent. It will be demonstrated that it is a matter of relative invalidity or voidability. The third part is intended to expose the reasons why it is believed that the waiver of the inheritance is not to be confused with the asset disposal of art. 1647, item I, of the Civil Code. The difference between legal and de facto acquisition deserves to be highlighted. The fourth and last part concerns the demonstration that the acceptance or not of the inheritance is not merely an economic-financial issue.

KEYWORDS: Marital requirement. Renunciation of inheritance. Legal acquisition and acquisition in fact.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A outorga conjugal como efeito jurídico do casamento. 2. A alienação de bens imóveis e a ausência de outorga conjugal por suas consequências. 3. Sobre a diferença entre alienar o patrimônio e renunciar à herança. 4. Os valores não patrimoniais envolvidos na renúncia à herança. 5. Conclusão. Referências.

¹ Graduado em direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Direito Econômico e Político pela Universidade Mackenzie, Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Atualmente é juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e professor de Direito Civil na Universidade Presbiteriana.

SUMMARY: Introduction. 1. The spousal consent as a legal effect of marriage. 2. The disposal of immovable assets and the absence of spousal consent due to its consequences. 3. On the difference between disposing of assets and renunciation of inheritance. 4. Non-property assets involved in a waiver of inheritance. 5. Conclusion. References.

Introdução.

Ouve-se que se conhece o cônjuge no divórcio, os irmãos no inventário, os filhos na velhice e os amigos na dificuldade. Por essa sentença, a herança somente representaria ponto de discussão entre irmãos, mas não é bem assim.

Embora seja relativamente incomum, a herança também pode significar celeuma dentro do casamento ou união estável. É que, em regra, a aceitação da herança traz apenas vantagens. Contudo, por razões várias, pode ser que um herdeiro queira rejeitar a herança que lhe é destinada.

Um filho que não encontrou acolhida por parte do pai quanto à sua opção sexual ou uma filha que teve negada a oportunidade profissional na empresa da mãe pode não aceitar receber a herança de seu ascendente, pois isso representaria uma concessão a quem lhes negou outrora algo de maior importância.

Sucedem que, sendo esse descendente casado, isso pode não fazer sentido para o cônjuge. A par da questão moral ou de outra ordem que motive o descendente a rejeitar a herança, pode o cônjuge pensar que não se justifica a decisão de deixar de obter uma vantagem patrimonial, ainda mais se o regime de bens for o da comunhão universal ou parcial.

E então surge a questão que se propõe tratar no presente artigo: a concordância do cônjuge, também chamada de outorga conjugal, uxória ou marital, é requisito de validade da rejeição da herança ou não.

Há duas correntes de pensamento, como sói ocorrer no Direito. Para uma, a rejeição da herança representa disposição de bem imóvel, o que depende de autorização do cônjuge, por força do disposto no art. 1.647, inc. I, do Código Civil, combinado com o art. 80, inc. II, do mesmo diploma legal.

Para outra corrente, o raciocínio acima não se sustenta porque a disposição ou alienação do patrimônio somente se dá com a aceitação da herança por parte do herdeiro. Até então, malgrado a transferência imediata do patrimônio com a morte do *de cujus*, por consequência da *saisine*, isso depende de uma confirmação para que gere seus efeitos jurídicos.

Defende-se a segunda corrente e procurar-se-á demonstrar as razões pelas quais ela

deve ser aplicada. Far-se-á uma análise eminentemente dogmática, isto é, que tem como objetivo principal fixar o sentido de alguns conceitos jurídicos, sobretudo alienação e aquisição de direito, a partir do direito positivo pátrio, a fim de propor a solução acima como a mais adequada. O escopo, em outras palavras, não é inovar, mas firmar posição em um determinado sentido.

Em suma, a pesquisa que será desenvolvida é de natureza descritiva, na medida em que são feitas observações, registros e, nomeadamente, correlações entre diversos entendimentos, a fim de que seja possível a interferência no ambiente, que, no caso, consiste na somatória de posicionamentos dos intérpretes do Direito.

Por conta da necessidade de se estabelecer essas correlações é que foi feito breve levantamento bibliográfico e jurisprudencial. Quanto àquele, serão citados autores contemporâneos e mais remotos; pátrios, e, na medida da necessidade, estrangeiros, já que o foco do estudo é o direito positivo brasileiro; e quanto a este, o levantamento feito se destinou somente à verificação do atual estado da arte em termos de posicionamento judicial, de tal maneira que será exposto apenas o entendimento que serve de referência da matéria em tela.²

O artigo divide-se em quatro tópicos. Os dois primeiros são destinados à análise da outorga conjugal com efeito jurídico do casamento: o contexto em que ela se insere, o que ela visa tutelar e a consequência jurídica da sua inobservância. O terceiro tópico tem como objetivo demonstrar as razões pelas quais a alienação de bem imóvel a que se refere do art. 1647, inc. I, do Código Civil de 2002 não se confunde com a renúncia à herança. É este o tópico-chave neste artigo, notadamente porque traz à tona a diferença entre aquisição de direito e aquisição de fato, no que diz respeito à aquisição jurídica de um direito subjetivo. O quarto e último tópico mostra que o direito civil, em geral, e o direito das sucessões, em especial, não é mais marcado pelo patrimonialismo, de tal modo que a renúncia à herança não pode ser analisada apenas sob o prisma econômico-financeiro

1. A outorga conjugal como efeito jurídico do casamento.

O casamento é um dos institutos mais tradicionais que existe e embora sempre se

² A propósito, compreende-se ser relevante a menção à lição de José de Oliveira Ascensão de que a *regra jurídica pode ser caracterizada como um critério de qualificação e decisão de casos concretos*. Ela contém uma apreciação sobre uma categoria de situações. (ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 520-521) O problema, por vezes, portanto, não está na regra em si, mas na interpretação que se dá a ela, isto é, à norma que se extrai dela e que gera, por conseguinte, um critério de decisão equivocado.

diga que está passando por uma crise, continua a atrair um grande número de pessoas. Segundo o IBGE, somente em 2020 foram celebrados 750.746 casamentos entre cônjuges masculino e feminino, 2.569 entre cônjuges masculinos e 3.864 entre cônjuges femininos.³

A doutrina discute há muito tempo sobre a natureza jurídica do casamento. Há quem pense que se trata de um contrato, dado que os nubentes manifestam sua vontade livremente para estabelecer um pacto que os une e que cria direitos e deveres. De outro lado, há quem pense que o casamento tem natureza institucional, posto que apenas aderem a uma série de normas de ordem pública que dispõem sobre esses direitos e deveres.⁴

“o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legitimando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer”⁵

O Código Civil brasileiro não dá sinais de que corrente adotou, limitando-se a estabelecer em seu art. 1.511 que “*o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”. Cuida-se de preceito normativo que, na sua primeira parte, se assemelha ao que reza o art. 431 do Código Civil argentino de 2015, que dispõe que “*los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida em común basado em la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad.*”

No aspecto não patrimonial o art. 1566 do Código Civil elenca uma série de deveres que, por conseguinte, geram direitos para o respectivo cônjuge, quais sejam: fidelidade recíproca; vida em comum, no domicílio conjugal; mútua assistência; sustento, guarda e educação dos filhos; e, ainda, respeito e consideração mútuos.

Em termos patrimoniais, o casamento gera uma série de efeitos, merecendo destaque o dever alimentar e o regime de bens. A propósito desse segundo caso, fica afirmado que:

“o regime de bens é o conjunto de normas que disciplinam as relações patrimoniais entre cônjuges, na constância do matrimônio. Ou seja, o regime de bens consiste no conjunto de regras que regulam as relações jurídicas referentes aos bens pertencentes ao casal, havidos, ou não, durante o matrimônio”⁶

³ Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9110-estatisticas-do-registro-civil.html?=&t=destaques>>. Acesso em: 21.dez.2022.

⁴ MADALENO, Rolf. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.107.

⁵ Afirmção de Caio Mário da Silva Pereira, um dos raros autores que se posicionaram acerca do tema. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 64.)

⁶ WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil – direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.63.

Um dos efeitos do regime de bens implantado com o casamento é a outorga conjugal, que é a autorização que um cônjuge concede ao outro para praticar certas condutas que, no entender da lei, são importantes para o patrimônio ou as finanças do casal.

A outorga conjugal era prevista nos arts. 235 e 242 do Código Civil de 1916. Aquele disciplinava o que o marido não podia fazer, sem o consentimento da mulher, qualquer que fosse o regime de bens. Este, por sua vez, dispunha sobre o que a mulher não podia fazer, sem o consentimento do marido.

Em virtude da chefia que o marido exercia na sociedade conjugal, a teor do art. 233 do referido diploma legal, à esposa eram impostas mais limitações que ao marido. Nenhum dos dois podia alienar móveis ou direitos reais, assim como direitos reais sobre imóveis alheios; pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens e direitos; prestar fiança; fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com os bens ou rendimentos comuns. Somente à mulher eram impingidas, ainda, as seguintes limitações: alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime de bens; alienar os seus direitos reais sobre imóveis de outrem; aceitar ou repudiar herança ou legado; aceitar tutela, curatela ou outro *munus* público; litigar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251 do referido diploma legal; exercer profissão; contrair obrigações que possam importar em alheação de bens do casal; e aceitar mandato.

Em 1962, com o advento da Lei n. 4.121, também chamada de *Estatuto da Mulher Casada*, o art. 242 do Código Civil de 1916 foi alterado, revogando-se algumas restrições acima expostas, dentre as quais merecem destaque o exercício de profissão, que existia porque a mulher casada era relativamente incapaz, enquanto subsistisse a sociedade conjugal, e a aceitação ou repúdio de herança ou legado, justamente porque é um argumento que utilizaremos adiante para demonstrar que uma determinada corrente de interpretação relativa à outorga conjugal deve prevalecer.

A reboque da igualdade determinada pelo art. 226, §5º da Constituição Federal, posteriormente, deixou de existir diferença entre os cônjuges no casamento, de tal maneira que o art. 1.647 do Código Civil de 2002 passou a concentrar todas as normas referentes à outorga conjugal.

Estabelece tal dispositivo legal que nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

- I. alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;
- II. pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;
- III. prestar fiança ou aval;
- IV. fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. (...)

A doutrina costuma ver esse artigo como uma limitação imposta ao cônjuge com vista à proteção do patrimônio do casal, de tal forma que também se acautele a própria família, elevada à condição de base da sociedade e merecedora de proteção especial do Estado, nos termos do supracitado artigo da Carta Magna.

De acordo com a doutrina, a outorga conjugal se situa no campo das normas de competência, mais especificamente, das regras limitadoras do exercício da autonomia privada. É que são normas de competência aquelas que tratam do poder de criar normas jurídicas, ou seja, quem os têm e quais são os seus limites. O art. 104 do Código Civil de 2002 encerra os requisitos gerais de exercício da autonomia privada e nele são tuteladas duas ordens de interesses: o interesse dos exercentes da autonomia privada e o interesse dos terceiros em geral (sociedade). O art. 1647 do Código Civil de 2002, por seu turno, protege os interesses de terceiros que mantêm relação jurídica com o agente que praticou o ato, como também se dá nos arts. 496, 497 e outros desse mesmo diploma legal.⁷

2. A alienação de bens imóveis e a ausência de outorga conjugal por suas consequências.

A falta de técnica do legislador ou a interpretação dada aos preceitos normativos por parte da jurisprudência faz com que o tema seja objeto de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais.

À época em que estava em vigor o Código Civil de 1916 não havia dúvida de que a ausência da outorga conjugal representava invalidade do ato praticado.

“A falta de consentimento invalida o acto; e a mulher ou seus herdeiros, poderá reivindicar os bens para cuja alienação não haja concorrido. Mas, como é justamente um direito em protecção e (sic) favor da mulher, pol-o-é por obra ou não, segundo parecer-lhe mais conveniente; e, se der o seu consentimento depois de effetuado o acto alienatorio, este se revalidará como se fora sem vicio, desde o primeiro momento”⁸

⁷ BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 34-36.

⁸ BEVILACQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938, p.154/155.

Mas de que espécie de invalidade se trata? Nulidade ou anulabilidade?

A leitura dos preceitos normativos relativos ao tema não ajudava tanto nesse mister, ao menos em um primeiro momento. É que o art. 239 do referido diploma legal estabelecia que a prática dos atos pelo marido, sem outorga uxória, ensejaria anulação deles por parte da mulher. O art. 252 desse mesmo diploma legal, por sua vez, rezava que a falta, não suprida pelo juiz, de autorização do marido, quando necessária, invalidará o ato da mulher, podendo esta nulidade ser alegada pelo outro cônjuge, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

A anulação a que se refere o art. 239 parece sinalizar que a resposta certa seria a anulabilidade, ao passo que o art. 252 indicaria que se trata de nulidade. A dúvida permaneceria, não fosse o fato de que o termo “anulação” é genérico, podendo referir-se tanto à anulabilidade quanto à nulidade. Seria ele o efeito da invalidação decorrente tanto da nulidade absoluta, que é a nulidade propriamente dita, como da nulidade relativa, que é a anulabilidade.

Não é à toa que o art. 182 do atual Código Civil dispõe o seguinte: “*Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.*”

O comentário de Alexandre Guerra que reproduz-se abaixo deixa entrever a abrangência que assume o referido preceito normativo:

“Conquanto tenha sido reiteradamente repetido na doutrina que a sentença que declara a nulidade opera efeitos (eficácia) ‘ex tunc’ e a sentença que decreta a anulabilidade (desconstitutiva do negócio jurídico) opera efeitos ‘e nunc’, a diferença não é necessariamente verdadeira, uma vez que tal critério contrasta com a regra constante na primeira parte do artigo 182 do Código Civil brasileiro. Nas contundentes palavras de Zeno Veloso, ‘essa lição espalha-se como erva daninha e significa um erro crasso, baseia-se num formidável equívoco.’

Seja sob o prisma processual, seja no campo do direito material, não é adequado adotar como o critério de diferenciação entre a nulidade e a anulabilidade os efeitos das respectivas sentenças. Não há diferença substancial entre os efeitos das sentenças declaratórias de nulidade e anulatória (constitutiva negativa) do negócio jurídico. Ambas necessariamente operam efeitos retroativos no momento da celebração do negócio cuja invalidade é reconhecida pela autoridade judicial. Daí se dever afirmar que a sua eficácia será sempre ‘ex tunc’”⁹

Considerando a generalidade do termo “anulação” e a menção expressa à “nulidade” no art. 252 do Código Civil de 1916, pode-se dizer que esse diploma legal adotava realmente a nulidade como sanção pelo descumprimento dessa regra.

O Código Civil de 2002 seguiu caminho diverso, pois o art. 1649 reza que: “*A falta*

⁹ GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016, p.129/130.

de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária, tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal”.

A redação do preceito normativo é clara e não deixa margem para dúvidas. *In claris cessat interpretatio*. É de anulabilidade que se trata, tanto que há prazo decadencial para a postulação da invalidação. Não bastasse, o parágrafo único do referido artigo estabelece que o cônjuge prejudicado pode aprovar posteriormente o negócio, o que não se aceitaria se fosse o caso de nulidade, haja vista o art. 169.¹⁰

O problema é que no início do ano de 2008 o STJ publicou a Súmula 332, com a seguinte redação: “A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.” Cuida-se de súmula problemática porque dá a entender que a sanção pelo descumprimento da referida norma seria a ineficácia, não a anulabilidade. Mas como explica Milton Paulo de Carvalho Filho, ela precisa ser compreendida em contexto:

“O caso é de anulabilidade, pois o ato poderá ser validado pelo cônjuge que dele não participou, ou pelo decurso do tempo. Enquanto não anulado, o ato é eficaz até o pronunciamento judicial, tendo, portanto, efeito ex nunc. O STJ editou recentemente a Súmula n. 332 com o seguinte teor: ‘A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia’. O entendimento inserto nos acórdãos – de casos anteriores à vigência do atual CC – que deram origem a súmula, na verdade, define e realça a impossibilidade da subsistência de parte da fiança (invalidade total da garantia) quando conferida sem a autorização de um dos cônjuges. Daí porque talvez não se atentou para a utilização do termo correto, pois, sob a égide da lei anterior implicava nulidade, enquanto para o CC vigente, a ausência de autorização para a concessão da garantia importa anulabilidade, não se justificando o direcionamento para o campo da ineficácia.”¹¹

Não se trata de Súmula *contra legem*, destarte, mas sim de redação quiçá inadequada que apenas exprime a preocupação específica com a fiança. A sanção pela não observância da regra em comento, isto é, a falta de autorização do cônjuge implica em anulabilidade.¹²

3. Sobre a diferença entre alienar o patrimônio e renunciar à herança.

¹⁰ Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

¹¹ FILHO, Milton Paulo de Carvalho. In: *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência* / Claudio Luiz Bueno de Godoy ... [et al.]. Barueri [SP]: Manole, 2022, p.1854.

¹² É o mesmo entendimento exposto, por exemplo, por Silvio de Salvo Venosa, que limita-se a afirmar que se trata de anulabilidade, sem nem mesmo tratar da referida Súmula. (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2019, p.1449)

Dispõe o art. 1647, inc. I, do Código Civil que nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta, alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis. Compreendida a alienação como transmissão de patrimônio a terceira pessoa¹³, pode-se extrair da referida regra que não é dado ao cônjuge casado, por falta de legitimação, vender, permutar, doar, ou transferir, de qualquer forma a terceira pessoa, assim como hipotecar, dar em anticrese, em usufruto, em uso, etc. os bens imóveis do casal, sem a autorização do outro. Em virtude do disposto no art. 1.417 do mesmo diploma legal, até mesmo celebrar contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, sem cláusula de arrependimento e com registro em Cartório de Registro de Imóveis, ficaria vedado ao cônjuge, devendo ele, para tanto, obter a autorização do outro.

A equiparação do ônus real sobre o bem imóvel à alienação propriamente dita se justifica porque sendo esse ônus um direito real de garantia, o bem fica afetado de maneira irreversível até que se pague a dívida. Trata-se do chamado direito de sequela, que significa que a garantia adere ao bem e o acompanha independentemente de seu titular, permitindo-se ao titular do crédito até mesmo executar o imóvel em havendo inadimplemento da dívida. E, sendo esse ônus um direito de gozo ou fruição, a titularidade desse direito sobre o imóvel é transferida a terceira pessoa até que sobrevenha uma das causas previstas em lei para a sua extinção. É como que uma alienação forçada, por via reflexa.

De maneira geral, destarte, diz-se que o escopo do referido inciso é o de evitar a perda de direitos imobiliários. Nada mais natural, aliás, que o legislador procedesse dessa forma, tendo em vista que o imóvel é a base de sustentação da família, objeto principal do dispositivo legal em tela. Nessa linha, é o ensinamento:

“A moradia, como se sabe, é das mais essenciais necessidades do ser humano e, idealmente, jamais se pode nivelar aos bens suscetíveis de apreensão judicial para a satisfação de créditos pecuniários.

O teto, além de ser fator básico de sobrevivência, ainda possibilita a estabilidade – mais que a econômica, sobretudo a política -, desde a da *cellula mater* até a de todo o corpo social”¹⁴

Esse objetivo da lei também fica claro, pois:

“Entende-se que esses atos de disposição podem, em princípio, colocar em risco o

¹³ Sobre a diferença entre alienabilidade e disponibilidade: CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução Afonso C. F. Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 56.

¹⁴ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família – teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.04.

patrimônio necessário para a subsistência e manutenção do lar, ainda que digam respeito a bens de um só dos esposos. Busca-se a segurança econômica da família. Admite-se que os bens imóveis são os que permitem maior estabilidade econômica. A norma é de ordem pública. Entende-se atualmente que para os compromissos de compra e venda de imóveis, também atos de disposição, é igualmente necessária a outorga conjugal”¹⁵

Considerando que o art. 1.784 do Código Civil estabelece que a propriedade e a posse da herança se transmitem ao herdeiro imediatamente após a morte do antecessor e que o art. 80, inc. II, do mesmo diploma legal prevê que o direito à sucessão aberta é considerado bem imóvel para os efeitos legais, há uma corrente que entende ser inválida a rejeição da herança por parte do herdeiro, sem a outorga conjugal, pois isso equivaleria à alienação de bem imóvel.

E assim fica explicado o tema, ainda na época em que vigorava o Código Civil de 1916:

“OS QUE NÃO PODEM RENUNCIAR. – Decorrendo do ato da renúncia importantes direitos, segue-se que somente podem renunciar as pessoas que, válidamente, podem aceitar. Assim não podem renunciar:

- a) a mulher casada, qualquer que seja o regime de bens no matrimônio, sem a autorização do marido, que deverá constar de instrumento público ou particular, previamente autenticado;
- b) o marido, qualquer que seja o regime de bens no casamento, sem a outorga uxória, porque a renúncia produz para o renunciante o mesmo resultado de uma alienação e o direito à sucessão aberta é considerado para os efeitos legais”¹⁶

Em artigo veiculado em 1998, ainda antes do advento do Código Civil de 2002, em revista especializada em direito imobiliário, ficou exposta a controvérsia doutrinária e, especialmente, jurisprudencial acerca da matéria, posicionando-se a favor da exigibilidade da outorga uxória ou marital no caso de herdeiro renunciante casado posteriormente.¹⁷

No julgamento do REsp 1706999/SP, no qual o Superior Tribunal de Justiça discutiu sobre a anulação de uma partilha e a necessidade de citação dos cônjuges dos herdeiros em litisconsórcio necessário, onde o ministro relator assim se manifestou:

“[...] no artigo 999 do Código de Processo Civil de 1973, não há previsão para que os cônjuges dos herdeiros sejam citados para a ação de inventário e partilha [...] Apesar de não haver exigência expressa no supramencionado dispositivo legal, a citação dos cônjuges dos herdeiros é entendida como necessária nas hipóteses em que houver

¹⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2003, p.151.

¹⁶ Excerto escrito por Itabaiana de Oliveira, um dos maiores estudiosos pátrios do direito das sucessões. (OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952, p.107/108.)

¹⁷ BORGHI, Hélio. Aspectos controvertidos da renúncia da herança. *Revista de direito imobiliário*. vol. 43. jan.-abr.1998. p.7-8.

disposição de bens a partir da interpretação de outras normas. Isso porque a herança é tida como bem imóvel enquanto não ocorrer a partilha (art. 80, II, do CC). *Assim, a alienação e a renúncia estariam submetidas às vedações do artigo 1.647 do Código Civil, que trata dos atos que necessitam de outorga uxória.*¹⁸

Essa conclusão, no entanto, merece reparos.

A renúncia tem efeito retroativo.¹⁹ É o que se depreende do art. 1.804, parágrafo único do Código Civil, que é semelhante ao art. 805 do Código Civil francês^{20 21} e ao art. 1.953, inc. I, do BGB.²² Ou seja, embora tenha a herança ingressado no patrimônio do herdeiro desde a morte de seu antecessor, se ele a rejeita é como se ele nunca tivesse sido herdeiro e, por conseguinte, nunca tivesse herdado absolutamente nada.

Ora, se o herdeiro nunca recebeu a herança, ou, em outros termos, se esses bens e direitos nunca ingressaram efetivamente no patrimônio dele, como se pode pensar em exigir a outorga conjugal, que tem como premissa a prévia existência do que se pretende transferir no patrimônio? Parece um contrassenso. O que ocorre é que se deve diferenciar, como faz Eduardo de Oliveira Leite, valendo-se de lição de José de Oliveira Ascensão, entre a aquisição jurídica e a aquisição de fato. Nesse sentido:

¹⁸ Julgamento do REsp 1706999/SP, manifestação do ministro relato Ricardo Villas Bôas Cueva, em voto vencedor.

¹⁹ A propósito, cabe ressaltar o que ensina Inocêncio Galvão Telles acerca do art. 2024 do Código Civil português, que dispõe ser a sucessão o chamamento de uma ou mais pessoas à titularidade das relações jurídicas patrimoniais de uma pessoa falecida e a consequente devolução dos bens que a esta pertenciam. Diz ele: “*Não se pode declarar que há sucessão só porque alguém é chamado às relações jurídicas de uma pessoa falecida ou, o que é o mesmo, só porque essas relações lhe são devolvidas, isto é, oferecidas, podendo ele aceitar ou repudiar. Antes da aceitação e sem ela não há sucessão; e se o chamado ou destinatário da devolução (delatio) repudia, fica prejudicada em definitivo a possibilidade de sucessão a seu favor.*” (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões*. Lisboa: Livraria dos Advogados Editora Ltda., 1971)

²⁰ Article 805. L'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier.

Sous réserve des dispositions de l'article 845, la part du renonçant échoit à ses représentants ; à défaut, elle accroît à ses cohéritiers ; s'il est seul, elle est dévolue au degré subséquent.

(Modifié par Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 () JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007)

²¹ Comentando o artigo previsto no Código Civil francês, assim explica Planiol: “*Tous ces effets sont contenus dans la formule générale donné par l'art. 785: Le renonçant est censé n'avoir jamais été héritier. Sa vocation héréditaire, et la saisine, quand il l'avait, se trouvent rétroactivement anéanties. C'est comme s'il n'existait pas, ou était décédé avant l'ouverture de la succession. Et cependant il tient as place, il occupe son degré, car nous avons dit qu'il ne peut pas être représenté (art. 787).*” (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1948, p. 767)

²² § 1953. Efeito da renúncia.

1. Se a herança for negada, considera-se que a herança não recaiu sobre aqueles que renunciaram.
2. A herança recairá sobre a pessoa que teria direito a se pessoa que renuncia não estivesse viva no momento da devolução da herança; a devolução considera-se efetuada em simultâneo com a devolução da herança.
3. O tribunal de sucessões deve notificar a renúncia à pessoa a quem a herança foi transferida como resultado da renúncia. Deve permitir a inspeção por qualquer pessoa que demonstre um interesse jurídico de forma credível. (tradução automática feita pelo próprio *site*)

“Aparentemente, a leitura inicial e parcial do artigo 1.804 leva-nos à conclusão que o legislador brasileiro optou pelo segundo sistema, ou seja, o da aceitação. Mas a leitura mais cuidadosa do artigo nos conduz a outra interpretação da proposta legal, na medida em que o dispositivo se reporta à transmissão definitiva desde a abertura da sucessão. E que induziu Ascensão a afirmar que o sistema vigente no Brasil é o da aquisição automática.

É que, como reconheceu o erudito jurista português, é necessário distinguir os dois momentos dessa aquisição: um momento jurídico e outro de fato.

‘Através do mecanismo da retroactividade, a lei faz referir ao momento da abertura da sucessão todo o fenômeno jurídico sucessório. Isto tem consequências muito importantes, nomeadamente por garantir uma continuidade na titularidade dos bens. Mas a retroação é um fenômeno meramente jurídico. No plano de fato, a aquisição não se pode ter dado no momento da abertura da sucessão (basta pensar que a sucessão pode estar destinada a pessoas não existentes no momento, que portanto de fato nunca poderiam ter adquirido então’.

Quando se entra, pois, de fato, na titularidade das situações jurídicas hereditárias, excluindo o momento da abertura da sucessão, há duas possibilidades:

- a) ou se considera que a aquisição é automática, e se dá portanto com a vocação;
- b) ou se considera que é potestativa e depende, pois da aceitação.

À luz da lei brasileira a aquisição se dá pela aceitação, é o que expressamente estabelece o artigo 1.804 (‘Aceita a herança...’) e de forma automática, desde a abertura da sucessão (‘...torna-se definitiva a sua transmissão, desde a abertura da sucessão’). É um sistema híbrido (ou eclético) o escolhido pela nova fórmula do artigo 1.804, uma vez que a aceitação é o momento de fato da aquisição que, desde a abertura da sucessão (momento jurídico), já ocorreu automaticamente com a vocação. A vontade manifestada pelo herdeiro – via aceitação – está apenas a confirmar uma ‘vontade’ legal implícita, desde a morte do de cujus e conseqüente abertura da sucessão”²³

Como se pode compreender desse ensinamento, embora a herança se transmita no ordenamento jurídico brasileiro no exato momento da morte da pessoa, somente com a aceitação da herança é que ela passa a integrar, de direito e também de fato, o patrimônio do herdeiro.

Essa explicação guarda relação íntima com a noção de atos e situações que preparam ou antecedem a constituição de direito a que alude:

“Se direitos há produzidos por simples fatos e sem o concurso de qualquer ato de vontade e direitos outros que um só ato voluntário imediatamente gera, no entanto, as mais das vezes, longo e vário é o caminho que os agentes, ou partes, devem percorrer, antes de alcançar a constituição e aquisição dos direitos, caminho que, de comum, se inicia pela prática de atos de mera habilitação e, sucessivamente, se assinada pela execução de atos preparatórios, atos constitutivos preliminares, atos intercorrentes e, afinal, atos de aperfeiçoamento das relações que aos direitos dão vida.”²⁴

Desse modo, não se pode dizer que a renúncia à herança se equipara à alienação

²³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil – do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.157/158.

²⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 624.

prevista no art. 1.647, inciso I, do Código Civil, pois aquela apenas veda o ingresso de bens e/ou direitos no patrimônio do herdeiro, ao passo que esta diz respeito à saída de bens e/ou direitos do patrimônio. Exatamente o oposto.

Essa é uma lição extremamente válida porque afasta o intérprete do maniqueísmo expresso na diferenciação entre expectativa e aquisição do direito.²⁵ Passa-se a distinguir no interior da própria aquisição do direito entre a aquisição jurídica e a de fato.

Quanto a essa diferenciação, vale mencionar a ideia de Pothier, lembrado por Itabaiana de Oliveira, ao dizer que a renúncia é “*antes uma abdicação do que uma alienação propriamente dita*”.²⁶ Dada a similitude da transmissão *causa mortis* com a doação, pode-se dizer que é como se a pessoa estivesse apenas negando o recebimento de uma doação, o que é legítimo, sob o prisma supracitado. Assim sendo, não há por que exigir outorga conjugal na renúncia da herança.

É o que pensa Maria Berenice Dias, embora faça ela ressalva com relação ao regime da comunhão universal de bens:

“No entanto, renunciar não é alienar e nem gravar. Ao depois, a não ser no regime da comunhão universal, a herança recebida por qualquer dos cônjuges é bem particular, não se comunicando com o outro.

(...)

Como a renúncia tem eficácia retroativa à data da abertura da sucessão, a herança não chega a ingressar no patrimônio do herdeiro. É como se o direito nunca tivesse existido. Assim, não há aquisição patrimonial, nem pelo herdeiro e nem por seu cônjuge ou companheiro. Portanto, o cônjuge ou o companheiro não têm legitimidade para impedir o ato de repúdio. Nada justifica buscar a concordância de quem não é titular do bem para o exercício de um direito que não precisa de qualquer motivação. A renúncia é um ato de despojamento patrimonial, personalíssimo e não-receptício. Ou seja, não depende da concordância de ninguém”.²⁷

Não é diferente a posição sustentada por Paulo Lôbo:

“Não se exige a outorga do cônjuge ou do companheiro para o ato de renúncia do herdeiro. A renúncia é ato unilateral e exclusivo do herdeiro, além de retro-operante, apagando todos os efeitos, inclusive da *saisine*. Não há aquisição patrimonial nem pelo herdeiro nem por seu cônjuge ou companheiro (Dias, 2008, p. 196). Assim, é inaplicável o disposto no art. 1.647, I, do Código Civil, que prevê a autorização do

²⁵ A respeito da expectativa de direito: “Com o direito subjetivo se não confunde a simples expectativa, ou expectativa de fato, isto é, a mera esperança, abstrata, de se vir a adquirir um direito: a mera potencialidade de aquisição, resultante da personalidade e da capacidade como situações genéricas, não equivale ao direito de adquirir certo e determinado direito, nem, muito menos, ao próprio direito esperado. E com o direito subjetivo, tampouco, se confunde a expectativa jurídica, embora a pessoa a quem pertença reúna os requisitos de capacidade e de legitimidade para a aquisição do direito, pois, mesmo nesta hipótese, o direito somente surge e se adquire ao se verificar o fato ou ato capaz de produzi-lo, ou de lhe conferir aperfeiçoamento e vida.” (

²⁶ OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado*, cit., p.108

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.195/196.

cônjuge para alienação de bens imóveis, exceto no regime de separação absoluta, porque o herdeiro renunciante não herdou. Nesse sentido, estabelece o parágrafo único do art. 1.804 que a transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança, inclusive na modalidade de cessão gratuita (CC, art. 1805, § 2º). Difere, portanto, da renúncia em sentido geral, a qual importa a existência de titularidade do direito renunciado.”²⁸

Afora os argumentos acima, há outro que normalmente não é mencionado pela doutrina, mas que faz todo o sentido quando se analisa a questão sob a ótica finalística. É que, como regra geral, a herança não compõe o patrimônio familiar, mas o objetivo da outorga conjugal é justamente protegê-lo, como anotado anteriormente.

O regime de bens legal ou obrigatório atualmente é o da comunhão parcial de bens. Estabelece que art. 1659, inc. I, do Código Civil de 2002 que são excluídos da comunhão, dentre outros bens, os que sobrevieram ao cônjuge, na constância do casamento, a título de sucessão.

Ora, se, em regra, os bens herdados por um cônjuge, na constância do casamento, de acordo com o regime de bens legal ou obrigatório, são exclusivos daquele que o herdou, não se justifica imaginar que teria o cônjuge do herdeiro algum poder para lhe impedir de renunciar a herança.

4. Os valores não patrimoniais envolvidos na renúncia à herança

O Direito Civil contemporâneo é marcado por um afastamento do patrimonialismo de outrora. Cuida-se de uma consequência do pós-positivismo, que tem como uma de suas marcas o influxo de valores morais e sociais.²⁹ Observa-se essa tendência, por exemplo, no direito dos contratos, com a adoção da função social do contrato e da boa-fé objetiva, assim como no direito de família com a paternidade socioafetiva.

Embora o direito das sucessões tenha como objetivo central a definição acerca da transferência patrimonial *causa mortis*, isso não deve significar que apenas esse aspecto patrimonial deve ser considerado na análise de seus institutos, dentre os quais está a renúncia à herança.

²⁸ LÔBO, Paulo. *Direito civil – sucessões*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p.29

²⁹ “As principais características desse novo posicionamento teórico podem ser identificadas, em suma, como a) a abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) tanto princípios quanto regras são considerados normas jurídicas; c) a Constituição passa a ser o *locus* principal dos princípios; e d) o aumento da força política do Judiciário em face da constatação de que o intérprete cria norma jurídica” (FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Brasília, n. 189, p. 114, jan.-mar.2011).

A rigor, a aceitação ou renúncia da herança tem no seu cerne o aspecto patrimonial. Justamente por conta disso é que o art.1813 do Código Civil de 2002 estabelece que se o herdeiro não aceitar a herança o credor pode fazê-lo em seu lugar. Mas há outros fatores que podem levar um herdeiro a aceitar ou não uma herança.³⁰

Há questões afetivas envolvidas nesse momento:

“Efetivamente, o direito sucessório constitui lei de família, baseia-se precipuamente na afeição que deve ter existido entre o herdeiro e o de cujus. Se o primeiro, por atos inequívocos, demonstra seu desprezo e ausência de qualquer sentimento afetivo para com o segundo, antes, menospreza-o, odeia-o e contra ele pratica atos delituosos ou reprováveis, curial privá-lo da herança que lhe tocara por morte deste.”³¹

Flávio Monteiro de Barros é outro que se manifesta no sentido de que há fatores outros que não apenas a vantagem patrimonial que devem ser analisados por ocasião da aceitação ou renúncia da herança e, por conta disso, é contrário à exigibilidade de outorga conjugal no caso da renúncia.³²

Havendo fatores de outra ordem que não apenas a patrimonial que podem influenciar um herdeiro na tomada de decisão acerca da aceitação ou não de uma herança e prestigiando o Direito Civil contemporâneo o afastamento do patrimonialismo, deve-se defender também a possibilidade de o herdeiro renunciar à herança sem outorga conjugal como forma de harmonização com essa tendência.

5. Conclusão.

Todo trabalho acadêmico tem por finalidade a resposta a uma dúvida. No caso em tela, tratando-se de um trabalho jurídico, a dúvida é se, para ser válido o ato jurídico consistente na renúncia à herança, faz-se necessária a outorga conjugal.

Há duas correntes na doutrina e o Superior Tribunal de Justiça tem um julgado que

³⁰ A variedade de causas que podem levar um herdeiro a renunciar à herança é reconhecida e salientada por Alain Sériaux, que assim se manifesta: “*Quiconque est appelé à recueillir une succession demeure libre de l'accepter ou de la répudier. Le droit français n'impose pas la qualité d'héritier: <Nul n'es tenu d'accepter une succession qui lui est échue>, proclame l'article 775 du Code civil. Inspirée par des motifs divers (désir de ne pas assumer les charges trop onéreuses d'un héritage, esprit de libéralité à l'égard des autres successibles qui verront ainsi leur part augmenter, etc.), la renonciation à une succession n'est pourrant pas souhaitable. Que tous les héritiers viennent à renoncer et voilà la succession sans maître!*” (*Les successions: les libéralités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986, p.269)

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso, cit.*. Saraiva, 1991, p.46. pg.69.

³² Manual de Direito Civil – vol.4, Ed. Método, 2ª ed., São Paulo, 2006, pg. 189.

serve de referência quanto ao tema seguindo a corrente de que a outorga conjugal é exigível, sob pena de invalidade da renúncia.

Mas essa não é posição que se reputa mais adequada porque, em primeiro lugar, o sistema adotado pelo Código Civil de 2002 quanto à herança é misto: conquanto a herança transmita-se com a abertura da sucessão (aquisição de direito), somente com a aceitação é que ela efetivamente é transmitida ao patrimônio do herdeiro (aquisição de fato). Sob esse prisma, rejeitar a herança não corresponde à alienação de bem imóvel a que se refere do art. 1647, inc. I, do Código Civil.

Em segundo lugar, se a outorga conjugal é instituto voltado à proteção do patrimônio conjugal, não tem sentido relacioná-la à herança, já que ela não se comunica ao cônjuge, segundo disposto no art. 1659, inc. I, do Código Civil, que trata do regime da comunhão parcial de bens.

Em terceiro e último lugar, não há que se exigir outorga conjugal para a renúncia à herança porque a decisão do herdeiro não deve ser analisada apenas sob a ótica patrimonial. No direito das sucessões há outros fatores, notadamente de jaez afetivo, que podem ser levados em conta, quer por aquele que exerce o direito, quer pelo intérprete.

Referências.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BEVILACQUA, Clóvis. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

BORGHI, Hélio. Aspectos controvertidos da renúncia da herança. *Revista de direito imobiliário*, vol. 43, p. 7-14, jan./abr. 1998.

BUNAZAR, Maurício. *A invalidade do negócio jurídico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Bem de família: Teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DE GODOY, Claudio Luiz Bueno, [et al.]. *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Barueri: Manole, 2022.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução: Afonso C. F. Rezende. Campinas:

Romana, 2004.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. *Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional*. Brasília, n. 189, p. 114, jan./mar. 2011.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da conservação dos negócios jurídicos: a eficácia jurídico-social como critério de superação das invalidades negociais*. São Paulo: Almedina, 2016.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MADALENO, Rolf. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MONTEIRO, Flávio de Barros. *Manual de direito civil – família e sucessões*. São Paulo: Método, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Itabaiana de. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1948.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

SÉRIAUX, Alain. *Les successions: les libéralités*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das sucessões*. Lisboa: Livraria dos Advogados Editora Ltda., 1971.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito de família*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2019.

WALD, Arnold; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2015.

Recebido em: 29/12/2022
1º Parecer em: 20/03/2023
2º Parecer em: 21/03/2023