

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Marcio Gomes Pires

Aspectos processuais da ação de Petição de Herança

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

SÃO PAULO

2019

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

Marcio Gomes Pires

ASPECTOS PROCESSUAIS DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Processo Civil, sob a orientação do (a) Prof. (a), Dr. (a) - Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

São Paulo

2019

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho aos meus pais, que nunca pouparam esforços para que eu tivesse a oportunidade de chegar a mais essa etapa da minha vida. Sou grato, eternamente, a eles, por todo o esforço para me tornar o profissional que sou hoje.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, sempre, e em primeiro lugar, a Deus, que me forneceu as ferramentas necessárias para que eu pudesse chegar até aqui. Sem ele nada seremos.

Agradeço, logo após, aos meus pais, aqueles que jamais mediram esforços, e sempre estiveram (e estarão) ao meu lado, me apoiando, da forma que podem, em minhas decisões. Eles me propiciaram toda a base para que eu pudesse chegar em mais essa etapa da minha vida.

Ao meu orientador, Dr. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, pelo tempo despendido nas orientações dadas para a elaboração da presente obra.

Agradeço também, ao Dr. Mário Luiz Delgado, que me inspira profissionalmente, me fazendo tornar cada vez mais apaixonado pelo direito.

Finalmente, agradeço a todos meus colegas (amigos Vanessa Mori e Hugo Chusyd) profissionais, que de alguma forma sempre contribuem para o meu crescimento profissional e, consequentemente, para a elaboração desta obra.

RESUMO

O presente trabalho traz noções sobre a ação de petição de herança, tanto pelo aspecto material, quanto pelo processual, buscando as soluções mais adequadas em relação às diversas problemáticas envolvidas ao instituto. Com esse foco, a obra foi desenvolvida amparando-se na mais atualizada jurisprudência, a fim de demonstrar a posição mais recente dos tribunais. Não deixou de lado, do mesmo modo, os conceitos doutrinários.

A obra concentra-se nos aspectos processuais da ação de petição de herança, como por exemplo, a legitimidade, ativa e passiva, para a ação, o procedimento e competência para julgá-la, meios de se executar a sentença, passando, ainda, pelos meios de defesa do herdeiro aparente e do terceiro adquirente.

Palavras-chaves: Ação de petição de herança. Aspectos processuais. Legitimidade. Execução da sentença. Prescrição. Usucapião.

ABSTRACT

The present work brings notions about the action of inheritance petition, both by material and procedural aspects, seeking the most appropriate solutions in relation to the various problems involved in the institute. With this focus, the work was developed based on the most recently jurisprudence, to demonstrate the recent position of the courts. Likewise, it didn't set aside doctrinal concepts.

The work focuses on the procedural aspects of the inheritance petition action, such as, the active and passive legitimacy for the action, the procedure and competence to judge it, means of executing the sentence, and also by means of defense of the apparent heir and the third acquirer.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 CONCEITO.....	13
3. NATUREZA JURÍDICA	16
4. ASPECTOS PROCESSUAIS.	19
4.1 Legitimidade Ativa	20
4.2 Legitimidade Passiva	24
4.3 Procedimento e competência.....	27
4.4 Petição Inicial	35
5 PRESCRIÇÃO	38
5.1 Termo inicial.....	41
6 USUCAPIÃO	48
7 EXECUÇÃO DE SENTENÇA	52
8 POSSE DE HERDEIRO	55
9 TERCEIRO ADQUIRENTE	58
10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
11 REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA	62

1. INTRODUÇÃO

Quando da abertura da sucessão, com o falecimento do *de cujus*, ocorre a transferência de bens aos herdeiros em razão do princípio da *saísine*. Entretanto, pode acontecer de a herança recair em mãos de quem não é herdeiro, ou algum sucessor ser preterido. Nessas hipóteses, ao herdeiro preterido, a alternativa judicial é a ação de petição de herança.

A petição de herança foi positivada no Direito Brasileiro com a vigência do código civil atual, nos artigos 1.824 a 1.828, disposto no capítulo VII, do título I, do livro V (direito das sucessões). O código civil de 1916 era omissivo quanto ao instituto, embora durante a sua vigência, doutrina e jurisprudência eram pacíficas em admitir a aplicação de institutos do direito romano à petição de herança.

Maria Berenice Dias assim explica o que é a ação de petição de herança:

“Quando da abertura da sucessão, ocorre a imediata transferência de bens aos herdeiros (CC 1.784). É o princípio de saísine. No entanto, há a possibilidade de a herança cair em mãos de quem não detém a condição de herdeiro. Tal fato não exclui os direitos sucessórios dos verdadeiros herdeiros. Quem é herdeiro, ou assim se considera, pode buscar o direito do seu reconhecimento e a restituição dos bens. A saída é a via judicial: ação de petição de herança”¹

Trata-se de uma ação em que o autor postula o reconhecimento de herdeiro da totalidade da herança, se for o único da sua classe sucessória, ou de parte dela, se concorrer como sucessor com os demais herdeiros da mesma classe.

O presente trabalho visa traçar um prisma geral sobre o instituto da ação e petição de herança, começando pela sua conceituação, classificação de sua natureza jurídica, passando pelas questões processuais, desde a legitimidade tanto como autor, quanto como réu, desaguando sobre a prescrição, ou não, do instituto, a possibilidade de o herdeiro aparente alegar a usucapião em sua defesa, bem como a forma de se executar o título judicial, de

¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 646.

difícilima efetivação por muitas vezes. Sobre essa última hipótese, inclusive, a preocupação não se mostra recente. Humberto Theodoro Junior, ao escrever sobre o instituto, quando ainda era membro do Tribunal de segundo grau de jurisdição, observou que:

*“os herdeiros, não raramente, ganham a causa da hereditatis petitio, mas não sabem como executar de forma correta e eficiente o julgado, sendo comuns casos em que acabam por propor novas ações, como a de nulidade de partilha e a reivindicatória, numa duplicidade desnecessária e tumultuante da prestação jurisdicional”*²

Quanto a essa difícilima atividade executória, pois muitas vezes o *“autor da ação de petição de herança pode terminar sem ter acesso à posse e à propriedade do acervo hereditário a que tem direito, diante da irreversível alienação dos bens do espólio a terceiros”*³ que entusiasmou a elaboração da presente obra a fim de se delinear os aspectos processuais envolvidos na ação de petição de herança de modo a buscar as soluções mais adequadas as casuísticas que permeiam tão delicado instituto.

Com esse foco, a metodologia desenvolvida concentrou em coletar opiniões de respeitáveis doutrinadores, sem deixar de lado a posição jurisprudencial atual acerca do instituto, debruçando-se nas mais variadas casuísticas que possam incidir sobre a ação de petição de herança. A obra centrou-se, assim, em buscar as soluções mais adequadas às problemáticas que se mostram presentes. Com esse foco, a metodologia desenvolvida coletou opiniões de respeitáveis doutrinadores, sem deixar de lado a posição jurisprudencial atual acerca do instituto.

² Família e Sucessões: direito das sucessões/Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 226.

³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. Instituições de direito civil: teoria geral do direito de sucessões. Processo judicial e extrajudicial de inventário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. VI, p. 69

2. CONCEITO

Logo em seu primeiro dispositivo acerca do assunto, o Código Civil conceitua que o *herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.* (1.824). Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves:

“a ação de petição de herança constitui a proteção específica da qualidade de sucessor. Pelo princípio de saisine, desde a abertura da sucessão pertence ao herdeiro (CC, art. 1.784). Pode ocorrer, todavia, de nela estar investida pessoa aparentemente detentora de título hereditário. Compete a aludida ação, conhecida no direito romano como petitio hereditatis, ao sucessor preterido, para o fim de ser reconhecido o seu direito sucessório e obter, em consequência, a restituição da herança, no todo ou em parte, de quem a possua, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título”⁴

Afirma, ainda, o citado autor, *“que a petição de herança é a ação pela qual o herdeiro procura o reconhecimento judicial de sua qualidade, com vistas a recuperar todo ou parte do patrimônio sucessório, indevidamente em poder de outrem”⁵*

Segundo Rolf Madaleno:

“sendo contestada a qualidade de herdeiro, ou no caso de herança vacante, necessitando o herdeiro reivindicar seu quinhão hereditário depois da sentença de vacância (CC, art. 1.822), a ação de petição de herança é a que compete ao herdeiro preterido para demandar o reconhecimento do seu direito sucessório e obter o pagamento da sua herança ou parte dela se concorre com outros coerdeiros”⁶

Acrescenta-se, ainda, mais um conceito trazido pela doutrina:

“é a ação judicial que tem por objetivo a garantir ao herdeiro que não recebeu o seu quinhão hereditário que o receba. É a chamada petitio hereditatis. No código civil atual, a matéria esta tratada nos arts. 1824 a 1828. Imagine-se o caso de um filho não reconhecido por seu pai e que , após a morte deste obtem decisão judicial favorável e definitiva que o declara filho. Com a morte do pai, os bens podem ter sido distribuídos entre

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 140, apud Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7, p. 87.

⁵ Ibidem. Pág. 142.

⁶ MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 233.

os demais filhos, hipótese em que este novo herdeiro necessário terá direito apenas parte do patrimônio de seu pai.”⁷

Arnaldo Rizzardo, em seu magistério:

“Não é difícil aclarar e conceituar a petição de herança. Há o princípio da transmissão imediata da posse e do domínio, que se opera com a abertura da sucessão – art. 1.784 (art. 1.572 do CC precedente) o princípio da saisine. Isto, porém, em geral, no plano teórico, visto que apenas quando feita a partilha ocorre, realmente, a transmissão. Mas pode ocorrer de alguém, com direito sucessório, ficar excluído do inventário e da partilha. De pouco valeria, então, o dispositivo acima, se o herdeiro não tivesse a seu favor o instrumento ou meio para defender e impor o título hereditário. Um dos instrumentos, o mais específico, é a petição de herança, ou petitio hereditatis, que significa a faculdade garantida ao herdeiro de reclamar a sua quota-parte, ou o seu quinhão, em uma sucessão hereditária.”⁸

Ou seja, a causa de sua existência decorre de quando o herdeiro não integrou a sucessão a qual faz jus. Assim, a ação de petição de herança é o exercício do sucessor em fazer cessar a sua preterição à herança que lhe pertence, quer porque não era conhecido, porque se anulou o testamento ou este não era conhecido, ou então, por se tratar de filho não reconhecido pelo falecido.

Nesse contexto, o autor da ação de petição de herança pode postular em face daquele que detém a posse, a título de herdeiro, os bens que integram a sua sucessão. Nesse foco, extrai-se do conceito clássico, que a *hereditatis petitio* era “*dirigida apenas contra quem tivesse, necessariamente, de discutir o direito da parte à herança. (..) admitia-se que a ação fosse travada apenas entre pretensos herdeiros da mesma herança, de sorte que, também, o demandado deveria ser possuidor pro herede.*”⁹

Por outro lado, “*se estiver na posse do bem por qualquer outra razão, a ação é reivindicatória.*”¹⁰

⁷ Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Pág. 1.450.

⁸ RIZZARDO, Arnaldo, Direito das Sucessões / Arnaldo Rizzardo. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁹ Família e Sucessões: direito das sucessões/Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 226

¹⁰ Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Pág. 1.451

A ação de petição de herança é, portanto, o exercício da pretensão do herdeiro de integrar a sucessão a que não participou visando ser restituído da integralidade da herança a que faz jus e que esteja na fruição de outrem. Em outras palavras, a ação possui visceral pretensão restitutória e condenatória, ainda que precedente de uma carga declaratória (de herdeiro), a fim de que a universalidade dos bens seja restituída ao herdeiro.

Como se demonstrará no transcorrer do presente trabalho, as hipóteses e as casuísticas que justificam a ação de petição de herança são inúmeras, desde o alijamento do herdeiro necessário, até a comprovação da convivente, da existência de união estável, justificando a ação em face daqueles que detém o acervo hereditário do seu companheiro, a que faz jus.

3. NATUREZA JURÍDICA

Muito se discute acerca da natureza jurídica da ação de petição de herança. A sua distinção se mostra relevante a fim de definir se gravitam, em face desta postulação, os prazos prescricionais ou se seria a ação imprescritível, como será explorado no tópico específico.

A divergência sobre o tema divaga quanto à classificação do instituto como ação pessoal ou real. Há ainda uma terceira corrente que sustenta uma natureza híbrida.

Carlos Roberto Gonçalves entende ser a ação de natureza real, embora reconheça que *“tal entendimento não seja uniforme. É, porém, o que predomina na doutrina”*¹¹. Esclarece, no entanto, o autor:

*“Segundo a lição de Orlando Gomes “a ação de estado é premissa da ação de petição de herança, quando o título de herdeiro depende de prova de parentesco”, como acontece em relação ao filho havido fora do casamento não reconhecido. Certificada a qualidade de parente sucessível, aduz o mencionado autor “não implica, entretanto, investidura na de herdeiro, assim entendido o que deveria ter sido chamado. Atestada, porém, a qualidade sucessória, positiva-se o direito à herança, legitimando-se o pedido de restituição dos bens hereditários”*¹²

Caio Mário classifica ação de petição de herança como *“uma ação real universal, quer o promovente postule a totalidade da herança, se for o único da sua classe, quer uma parte dela, se a sua pretensão é restrita a ser incluído como sucessor, entre os demais herdeiros”*¹³

Acrescenta, Maria Berenice, que *“a ação tem dupla carga de eficácia: declaratória da qualidade herdeiro e condenatória à restituição da herança, com seus rendimentos e acessórios”*¹⁴

Rolf Madaleno enfatiza ser a ação de cunho real:

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 140.

¹² Ibidem. pag. 142.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

¹⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015 Pág. 646.

“tenho como acertado que a petição de herança é uma ação real, porque leva ao reconhecimento de um direito de propriedade sobre os bens que compõem a herança. Muito embora a ação de petição de herança seja, m regra, cumulada com algum pedido adicional, suscitando uma possível natureza mista, eis que os pleitos judiciais mesclam uma ação de estado, no caso a investigação de paternidade, ou, de certa forma, na ação d reconhecimento de união estável (embora inexista para o Direito brasileiro o estado civil de convivente), é fato que nem sempre a ação de direito real será miscigenada com uma ação de estado, mas sempre, e inequivocamente, o pedido principal decorre da declaração de qualidade de herdeiro e do correlato reconhecimento a um direito de propriedade sobre bens do defunto, no todo ou em parte, e nesse sentido se faz presente a sua natureza de direito real (CC, art. 80, inc. II)”¹⁵

Flávio Tartuce, com apoio em respeitável doutrina, afirma que *“conforme explicam Jorres Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, trata-se de urna ação real, eis que, por força do art. 80, II, do CC, o direito à sucessão aberta constitui um imóvel por determinação legal.”*¹⁶

Embora a ação de petição de herança tenha duplo efeito, sendo um, de cunho pessoal, referente ao reconhecimento do postulante como o titular da herança, e outro real, que se refere à restituição da herança de quem esteja de sua posse indevidamente, nota-se que o objetivo do herdeiro, ao postular a ação, excede a declaração imediata de herdeiro, e visa obter a condenação daquele que está na posse da herança a restituí-la.

José Fernando Simão diz que:

“O que se pode concluir é que o objetivo da petição de herança é duplo. O primeiro deles é a declaração de do direito sucessório do herdeiro. O segundo objetivo é a condenação na restituição dos bens da quota que lhe pertence (art. 1824 do CC). No campo prático, percebe-se que pode o filho, não reconhecido do falecido pleitear na investigatória de paternidade todos os bens a que teria direito na condição de herdeiro necessário, por meio da petição de herança”¹⁷

Por fim, arremata, o citado autor, que *“a ação, indiscutivelmente, é de natureza real, pois, por força do art. 80, II do Código Civil, a sucessão aberta constitui um bem imóvel”*¹⁸

¹⁵ Madaleno, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 238

¹⁶ TARTURCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Pág. 1.514

¹⁷ Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Pág. 1.450.

¹⁸ Ibidem.

Cabe acrescentar ainda a posição de Maria Berenice Dias que, com distinção, destaca que *“a ação é real, pois impõe a devolução do acervo hereditário, que é considerado bem imóvel (CC 80, II)”*¹⁹

Portanto, não há dúvidas que a ação de petição de herança é de natureza real, em razão de sua visceral pretensão condenatória. Nesse propósito, se o autor da ação pretendesse apenas o reconhecimento do vínculo hereditário, postularia ação investigatória de paternidade. No entanto, como a pretensão é a restituição do acervo hereditário, faz-se imprescindível a ação de petição de herança.

Acrescenta-se, em face do exposto, que o objetivo visado pelo herdeiro com a ação de petição de herança é a condenação de quem está indevidamente com a posse da herança a restituí-lo. Ou seja, a ação de petição de herança relaciona-se exclusivamente à herança, aos bens que a integram, havendo, portanto, visceral cunho condenatório patrimonial (disponível).

Como se vê, o herdeiro, ao ajuizar a ação de petição de herança, visivelmente pretende a restituição material a ser concretizada com a condenação do réu na devolução de toda a herança.

Convém pontuar que a ação de petição de herança é, como toda ação condenatória, prescritível. Carece, ainda, o instituto, de indisponibilidade, tal como é (e seria) a ação de estado (pessoal). Ainda, que em casuísticas hipóteses, quando promovidas pelo Estado em se tratando de herança jacente, revertendo o interesse público (e não privado) nessa ocasião, isso não reverte, por si só, a natureza real do instituto.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 647.

4. ASPECTOS PROCESSUAIS

Diversos são os aspetos processuais que envolvem a ação de petição de herança a começar pelo debate acerca da imprescritibilidade, ou não, da ação e, sendo ela prescritível, como se verá a seguir, quais os prazos se aplicam ao instituto.

Antes, contudo, é pertinente traçar uma diferenciação entre a ação de petição de herança e a ação reivindicatória. A explicação é pertinente posto que a confusão entre as duas ações é muito corriqueira haja vista que a causa de pedir é a mesma: o direito do autor sobre a posse indevida do réu.

No entanto o que diferencia as duas ações é que na ação de petição de herança o que se busca é a qualidade de herdeiro do autor da demanda em face daquele que está na posse dos bens. Já na ação reivindicatória não há discussão acerca da qualidade hereditária de qualquer das partes. Além disso, na primeira o autor busca ter todos os bens que foram deixados pelo autor da herança impondo-lhe um caráter universal, enquanto na ação reivindicatória há a busca de bens específicos, que necessitam ser descritos na petição inicial, concedendo-lhe um caráter singular.

Maria Berenice ensina que:

“O que as distingue, praticamente, é que a ação de petição de herança tem caráter “universal”, isto é, com ela o autor visa a uma “universalidade” o patrimônio deixado pelo de cujus. Já a reivindicatória é uma ação singular ou particular que pretende bens específicos. Trata-se de demanda que tem por objeto coisas individualizadas. A ação reivindicatória é movida contra pessoa estranha à sucessão, em tudo igual à ação que seria proposta pelo autor da herança se vivo fosse. Na ação de petição de herança, é buscado o reconhecimento da qualidade de herdeiro e, sucessivamente, a restituição da herança. Assim, quando está em jogo a qualidade de herdeiro do autor, a ação é sempre petição de herança. De outro lado, quando não se discute a condição de herdeiro entre autor e réu, a ação é reivindicatória”²⁰

²⁰ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 652

4.1 Legitimidade Ativa

O tema merece bastante atenção posta que são inúmeras as casuísticas e, conseqüentemente, os questionamentos acerca de quem detém legitimidade para propor a ação de petição de herança, conforme se verá nos parágrafos a seguir.

A ação de petição de herança pode ser exercida por qualquer pessoa que tenha interesse jurídico em ver reconhecida sua condição de descendente de uma determinada estirpe, desde que demonstre a ascendência. Em outras palavras, o autor da ação tem de demonstrar a sua qualidade como herdeiro, qualquer que seja a sua espécie.

No caso de mais de um herdeiro preterido, cada um pode, por si, postular em face do terceiro que detém a herança a integralidade dela (CC, art. 1.580, parágrafo único). Com o reforço da doutrina: *“como condômino, cada herdeiro tem legitimação para exercer qualquer ação no tocante ao todo da herança”*²¹

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a preterição do herdeiro pode ocorrer:

*“porque não era conhecido, porque não se encontrou testamento ou este veio a ser anulado, ou por se tratar de filho não reconhecido. Como esclarece Silvio Rodrigues, “além do caso de alguém ter se apossado, pura e simplesmente – e ilegalmente –, da herança, ou de parte dela, a petitio hereditatis é pertinente, por exemplo, quando a herança é recolhida por parentes mais afastados do falecido, e o interessado é o parente mais próximo, que se acha em classe preferencial; quando a herança é distribuída entre os herdeiros legítimos, e aparece testamento do de cujus, em que outra pessoa é nomeada herdeira; quando o filho não reconhecido do sucedido ingressa com ação investigatória cumulada com a petição de herança”*²²

A esse fim, cumpre esclarecer que tem legitimidade ativa tanto o herdeiro legítimo quanto o testamentário. Nesse sentido tem-se o seguinte julgado do STJ:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DA PARTILHA. 1. ALEGAÇÕES DE OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS

²¹ Família e Sucessões: direito das sucessões/Yussef Said Cahali, Francisco José Cahali organizadores. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 228.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões, 10. ed., v. 7. São Paulo: Saraiva, 2016, fl. 140.

FORMALIDADES LEGAIS PARA QUE O TESTAMENTO SEJA VÁLIDO E EFICAZ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. 2. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. SUCESSÃO PROCESSUAL DO AUTOR PELO HERDEIRO TESTAMENTÁRIO. POSSIBILIDADE. 4. RECURSO DESPROVIDO. 1. As alegações de ocorrência de coisa julgada e necessidade de observância das formalidades legais para que o testamento seja válido e eficaz não foram objeto de deliberação no acórdão recorrido, tampouco foi suscitada tal discussão nos embargos de declaração opostos, ressentindo-se o recurso especial, no ponto, do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF). 2. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, porquanto o interesse nela perseguido está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que não ocorre, todavia, com a ação de petição de herança (Súmula 149/STF) ou, no caso, de nulidade da partilha, que para o autor terá o mesmo efeito. Tratando-se de filho ainda não reconhecido, o início da contagem do prazo prescricional só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios. Considerando que, na espécie, não houve o julgamento da ação de investigação de paternidade, não há que se falar na consumação do prazo prescricional para postular a repercussão patrimonial deste reconhecimento, o qual sequer teve início. 3. **Tendo ocorrido o falecimento do autor da ação de investigação de paternidade cumulada com nulidade da partilha antes da prolação da sentença, sem deixar herdeiros necessários, detém o herdeiro testamentário, que o sucedeu a título universal, legitimidade e interesse para prosseguir com o feito, notadamente, pela repercussão patrimonial advinda do potencial reconhecimento do vínculo biológico do testador.** Interpretação dos arts. 1.606 e 1.784 do CC e 43 do CPC/1973. 4. Recurso especial a que se nega provimento”.²³

É pertinente distinguir que os legatários não têm legitimidade para propor a ação de petição de herança. Neste caso “têm eles o direito de pedir a posse direta do bem legado, pretensão com distinta natureza. (...) mas o credor de algum dos herdeiros dispõe de legitimidade para a ação, pois, reconhecida a qualidade de herdeiro do seu devedor, pode habilitar-se para a cobrança de seu crédito”²⁴

Além disso, podem postular a ação de petição de herança: o herdeiro por representação do herdeiro falecido que fora preterido. E, ainda, àquele reproduzido por reprodução assistida *post mortem*. Finalmente, o companheiro sobrevivente que não tem união estável reconhecida e até o Estado, têm legitimidade para propor a ação de petição de herança quanto à herança

²³ Recurso Especial nº 1.392.314 - SC (2013/0205890-7)

²⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 649

jacente que dispensa, inclusive, a declaração judicial para esse fim²⁵. As palavras da professora Maria Berenice Dias, trazem a lume fundamentos para essas hipóteses:

*“Ocorrendo o falecimento do herdeiro preterido antes ou depois da abertura da sucessão, havendo direito de representação, os sucessores podem propor a ação. O herdeiro resultante das técnicas de reprodução assistida post mortem pode fazer uso da ação petitória para reconhecimento da ação petitória para o reconhecimento de seu direito à herança. Se não reconhecida a união estável pelos herdeiros em sede de inventário, o companheiro sobrevivente dispõe de legitimidade para a propositura da ação de reconhecimento da união, cumulada com ação de petição de herança. Ainda que o ente público não seja herdeiro, pode propor a ação de petição de herança a fim de afastar o herdeiro aparente, no caso de herança jacente. Procedente a ação, é feita a arrecadação dos bens”*²⁶

Convém acrescentar, ainda, a possibilidade daquele com filiação socio afetiva ter legitimidade para postular a ação de petição de herança com reflexos sucessórios à herança do pai biológico o que durante muito tempo, como esclarece a citada autora, foi impedido de *“investigar a paternidade biológica. Sob a justificativa de ter se constituído o vínculo de filiação, pela posse do estado de filho, o máximo a que chegava a jurisprudência era acolher a ação como declaratória de ascendência genética, sem reflexos registrares e, via de consequência, sem direitos sucessórios”*²⁷

No entanto, como atualmente houve pacífica aceitação da pluriparentalidade, com a consequente aceitação de múltiplos registros, gerando todos os efeitos legais àquele que obtém o registro, possibilitou ao filho afetivo ajuizar ação de petição de herança em face dos direitos sucessórios daquele com quem tem a ascendência biológica. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL E AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO NAS CONTRARRAZÕES. ART. 523, § 1º, DO CPC. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1) Não se conhece do agravo retido não reiterado nas contrarrazões. 2) **Paternidade biológica declarada com probabilidade de 99,99%. Inexistência de dado contundente para infirmar a perícia genética realizada, sendo esta prova bastante idônea para evidenciar o vínculo biológico. 3) **Reconhecida a****

²⁵ Na herança jacente a transmissão de domínio e posse dos bens ao ente público se dá a partir da data da abertura da sucessão, ou seja, com a morte do "de cujus", considerando o princípio da Saisine, que incide na espécie, pois é o ente público herdeiro, como os demais descritos no Artigo 1603, do Código Civil. Desnecessidade, portanto, de sentença declarando a vacância dos bens para que estes passem a integrar o patrimônio da entidade pública. (TJSP; Apelação Com Revisão 9087716-49.1999.8.26.0000; Relator (a): RODRIGUES DE CARVALHO; Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Privado de Férias; SÃO PAULO - FAMÍLIA - 4. VARA FAMÍLIA; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 18/05/2001)

²⁶ Ibidem., Pág. 649

²⁷ Ibidem. Pág. 647

paternidade biológica, prospera a petição de herança, não subsistindo à sucessora do investigado legitimidade para pugnar pela prevalência da paternidade socioafetiva. 4) Se é o próprio filho quem busca o reconhecimento do vínculo biológico com outrem, porque durante toda a sua vida foi induzido a acreditar em uma verdade que lhe foi imposta por aqueles que o registraram, não é razoável que se lhe imponha a prevalência da paternidade socioafetiva, a fim de impedir sua pretensão, ainda que haja a consequência patrimonial advinda do reconhecimento do vínculo jurídico de parentesco. Precedentes do STJ. 3) Diante da ausência de prova da incapacidade financeira de suportar as custas judiciais, deve ser mantido o indeferimento da benesse da gratuidade judiciária. 4) Comportam majoração os honorários advocatícios fixados na sentença, em observância às prescrições do art. 20, § 3º, do CPC. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. APELO DA RÉ DESPROVIDO. APELAÇÃO DO AUTOR PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70054737267, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 27/02/2014)

Por se tratar de ação de direito real, e a sucessão considerada bem imóvel²⁸, torna obrigatória a indicação de “ambos os cônjuges, quer no polo ativo, quer no polo passivo, (CPC. 73). Tal exigência só não existe se os cônjuges são casados pela separação absoluta de bens, assim considerado o regime da separação convencional e não o da separação legal”²⁹

Pontes de Miranda acrescenta a hipótese de o coerdeiro propor ação de petição de herança em face daquele que recebeu mais do que lhe cabia:

*“o co-herdeiro pode ser legitimado passivo na ação de petição de herança se algo obteve com a alegação de ser o único herdeiro, ou de ter maior porção do que aquela a que tem direito. Outrossim, pode ser exercida a ação para se conseguir a composse”*³⁰

Também tem legitimidade ativa para promover a ação os credores do herdeiro, sub-rogando-se no herdeiro devedor, obviamente postulando o pagamento da herança nos limites do crédito que eles detêm em relação ao herdeiro devedor³¹

Finalmente, é pertinente citar a possibilidade de os netos do autor da herança, na hipótese de o pai não promover a competente ação, nos termos do art. 1.606 do Código Civil,

²⁸ Código Civil: Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais: II - o direito à sucessão aberta.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 650

³⁰ Pontes de Miranda, tratado de direito privado, v.55, pág. 149.

³¹ Madaleno, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 245

o que se mostra possível com apoio na jurisprudência³². Ademais, nesse contexto, seria completamente descabido se falar na impossibilidade de os netos não terem o direito de investigarem a sua origem genética e tampouco o direito à identidade familiar, quando a lei, em seus vários aspectos, sempre conversa a igualdade de todos perante a lei (art. 5º da Constituição Federal, art. 1.596 do Código Civil e art. 3º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do adolescente)

4.2. Legitimidade passiva.

Pontes de Miranda não deixa dúvidas sobre contra quem deve ser direcionada a ação de petição de herança. As suas lições tornam evidente a amplitude da qualificação passiva daquele que, em síntese, está na posse ou propriedade dos bens do falecido, na qualidade de herdeiro:

“Com o procedimento formular, a hereditatis petitio deixou de ser juízo duplo; de jeito que não era pressuposto da legitimação passiva o ter de afirmar-se herdeiro o demandado. Desde que o demandando possuía a herança, ou o bem da herança, sem poder apresentar título de seu direito à posse, somente negando o direito do autor, - a hereditatis petitio podia ser dirigida contra ele. Portanto: contra os que se consideravam os verdadeiros herdeiros ou co-herdeiros (pro herede possidentis) e os que sabiam que não o eram (pro possessore possidentes), quer o revelassem, quer o não revelassem, restringindo-se a lide à discussão do direito”³³

Afirma, ainda, o autor:

“a ação de petição de herança dirige-se contra quem não tem título para herdar e possui algo que pertence à herança, ainda que tenha apossado do bem antes da morte do decujo, salvo se houve por transmissão ao tempo em que vivia o decujo. Não importa se o possuidor estava de boa-fé ou não (F. HERZFELDER, J. von Staudingers Kommentar, V, 276). Não se pode ir com a ação de petição de herança contra o inventariante, o testamenteiro ou o curador da herança de outrem”³⁴

Portanto, a ação de petição de herança deve ser direcionada ao possuidor dos bens herdados, se a título de herdeiro, de tal forma que não pode ser ajuizada em face do

³² REsp 604.154/RS e REsp 807.849/RJ

³³ Pontes de Miranda, tratado de direito privado, v.55. Pág. 137/138.

³⁴ Ibidem. Pág. 147.

inventariante ou do testamenteiro, pois “*ainda que o inventário se encontre em andamento, a ação de petição de herança não pode ser movida contra o inventariante*”³⁵ que, a princípio, não está na posse da universalidade dos bens herdados a título de herdeiros, “*salvo se esse já interveio no processo ou se admitiu o seu nome na declaração de herdeiros, tendo posse, além da que tem como sucessor possuidor da herança*”³⁶

Nesse contexto, devem ser indicados os cônjuges dos herdeiros no polo passivo da ação de petição de herança. No caso de “*o inventário se encontre em andamento, a ação de petição de herança não pode ser movida contra o inventariante. Deve ser movida contra os herdeiros. Para a ação devem ser citados os cônjuges dos herdeiros casados*”³⁷. Nesse sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA, NULIDADE DE PARTILHA E RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. CÔNJUGES DOS HERDEIROS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 10, § 1º, INCISO IV E 47, DO CPC. A ausência de citação dos cônjuges dos herdeiros do de cujus casados pelo regime da comunhão universal de bens para integrar o pólo passivo da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança e nulidade de partilha acarreta a nulidade da sentença para que o juízo a quo cumpra o disposto nos artigos 10, § 1º, inciso IV e 47 do CPC. Interesse direito dos cônjuges dos herdeiros na solução da lide, face à partilha já realizada e pedido de nulidade desta. Observância do princípio do aproveitamento dos atos processuais. Artigos 248 e 249 do Código de Processo Civil. DECLARADA A NULIDADE DA SENTENÇA, PREJUDICADOS OS RECURSOS. (Apelação Cível, Nº 70040648719, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em: 24-02-2011)”

Do mesmo modo os herdeiros das pessoas que seriam legitimadas no polo passivo da ação de petição de herança, também seriam réus, sempre respondendo até os limites da herança (CC. Art. 1792 e 1997):

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. NULIDADE DA PARTILHA. EXAME DE DNA. 1. Devem figurar no pólo passivo da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança todos os parentes em linha reta do de cujus e que são precisamente os herdeiros necessários, bem como todas as pessoas que podem ser atingidas pela eventual procedência da ação, como é o caso dos cônjuges

³⁵ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 650.

³⁶ Pontes de Miranda, tratado de direito privado, v.55. Pág. 147.

³⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 650.

dos herdeiros, que são casados pelo regime da comunhão universal de bens. (...) Recurso desprovido. (Apelação Cível Nº 70026615690, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 27/05/2009)”

“FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS SUCESSORES DO PAI REGISTRAL, JÁ FALECIDO. PROVIDÊNCIA QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA, DIANTE DOS REFLEXOS NO CAMPO DO REGISTRO CIVIL E TAMBÉM PATRIMONIAL. INTERESSE JURÍDICO, LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70035647064, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Ari Azambuja Ramos, Julgado em 13/05/2010)”

Convém acrescentar que a ação de petição de herança também pode ser proposta em face de terceiro estranho à sucessão, no caso deste ter adquirido bem hereditário, ressalvado o terceiro de boa-fé (CC. Art. 1827):

“Art. 1.827. O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.

Parágrafo único. São eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.”

Torna-se irrelevante o título ao bem (CC. Art. 1.824), tão pouco serem os réus herdeiros detentores de boa-fé, ou não. Todavia, depois de citado, o possuidor não pode mais ser considerado de boa-fé (CC. Art. 1826, parágrafo único). Em outras palavras, a posse do herdeiro é de má-fé, devendo ele responder por ela e, inclusive, pela mora na devolução do bem, em todos os fundamentos legais, sobretudo despesas relativas aos ônus processuais, respondendo, como vencido, aos honorários de sucumbência.

Na impede, ainda, figurar no polo passivo quaisquer investidas na posse do acervo hereditário, como a viúva meeira, ou a companheira do sucedido, herdeiros, legatários, credores e cessionários³⁸

³⁸ OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventário e partilha: teoria e prática. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 305

Finalmente, é pertinente acrescentar as hipóteses de o herdeiro declarado indigno, o que foi deserdado, figurarem no polo passivo da ação de petição de herança, no caso de não devolverem os bens recebidos a título de herança.

4.3. Procedimento e Competência

Até a partilha do inventário dos bens do falecido, qualquer herdeiro pode ingressar no inventário como interessado. Após a sua feitura, todavia, não, *“porque ai já estaria encerrado o inventário, e somente através de ação específica, de petição de herança, é que poderia alguém pretender sua parte no patrimônio hereditário”*³⁹

Com efeito, finalizado o inventário, cabe, ao herdeiro preterido, o ajuizamento da ação de petição de herança. Nesse sentido, tem-se os seguintes precedentes:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE MATERNIDADE E RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SÓCIOAFETIVA FUNDADA NA POSSE DO ESTADO DE FILHO C/C ADOÇÃO PÓSTUMA E PETIÇÃO DE HERANÇA. SENTENÇA CITRA PETITA. NULIDADE. CASSAÇÃO. SEGUNDO APELO PREJUDICADO. 1. Incorre em julgamento citra petita a sentença que deixa de examinar pleito formulado na petição inicial, sofrendo de vício insusceptível de validade. 2. Neste caso, a decisão deve ser cassada, devendo os autos ser devolvidos ao juízo de origem para a devida prestação jurisdicional. 3. A petição de herança ocorre em caso do sucessor não ser conhecido ou se for esquecido no inventário, podendo esse exigir a parte que lhe cabe da herança. As hipóteses mais comuns de petição de herança ocorrem nos casos em que a paternidade e/ou maternidade não tenham sido reconhecidas antes da morte do autor da herança. Estando o processo de inventário terminado e a partilha já tenha sido feita, deverá o herdeiro entrar com ação de petição de herança, como ocorreu no presente caso. 4. Havendo questões controvertidas, inviável o pronto julgamento do mérito da lide. PRIMEIRO APELO CONHECIDO E PROVIDO. SEGUNDO RECURSO APELATÓRIO JULGADO PREJUDICADO. SENTENÇA CASSADA⁴⁰.

³⁹ Clóvis de Couto e Silva. Comentários ao Código de Processo Civil, v. XI, t.I, p. 329.

⁴⁰ TJ-GO – Apelação (CPC): 00358515420108090082, Relator: MARIA DAS GRAÇAS CARNEIRO REQUI, Data de Julgamento: 14/08/2019, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 14/08/2019

Não existe divergência na doutrina sobre a nulidade da partilha realizada nas situações em que ocorre preterição de herdeiro necessário.

*“Quando houver **preterição de herdeiro**, a partilha é **nula** e não anulável. Também o é se houver exclusão de herdeiro testamentário ou inclusão de quem não é herdeiro. Desnecessário o uso da via rescisória, que inclusive tem prazo limitado e foro privilegiado. **Se o herdeiro é excluído, por não constar da declaração dos sucessores ou por não ter sido citado para o inventário, o julgado, por ser res inter alios acta, não pode prevalecer contra quem tinha interesse legítimo em ser declarado e citado no processo, mas não o foi.** (...). Conforme Silvio Rodrigues, é incontestável o caráter reivindicatório da petição de herança”⁴¹.*

Segundo o magistério do festejado professor Marinoni:⁴²

É possível igualmente alterar a partilha, nos casos legais, por ação de petição de herança (arts .1. 824 a 1. 828, CC). Depois de prolatada sentença homologatória de partilha, não pode o herdeiro preterido buscar o reconhecimento de seu direito no próprio inventário. Tem de propor, para tanto, ação de petição de herança

O diploma processual proíbe a reabertura do processo de inventário já encerrado para que se habilite o herdeiro preterido desde o código de processo civil de 1973, pelo art. 1.001, e o atual, pelo artigo 628, dispõe que *“Aquele que se julgar preterido poderá demandar sua admissão no inventário, requerendo-a antes da partilha.”*

Neste caso, o herdeiro pode habilitar-se no inventário, havendo, após, a oitiva das *“partes no prazo de 15 (quinze)”* (§1º). Portanto, basta ao herdeiro preterido peticionar no inventário. Com efeito, nesse caso, é competente o juízo do inventário prosseguir com o procedimento, habilitando o herdeiro então preterido. Essa hipótese exige a prova documental de que o postulante é herdeiro do *de cujus*.

Todavia, se for necessária a produção de outras provas, no caso, por exemplo, do herdeiro não reconhecido, o juiz remeterá às vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio, nos termos do §2º do Art. 628 do CPC.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 608.

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme Novo código de processo civil comentado I Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. --São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 655

Assim, não acolhendo o pedido do herdeiro preterido, ou se entender que para a “*solução da questão for necessária a produção de provas que não a documental, o juiz remeterá o requerente às vias ordinárias, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.*” (§2º).

Dessa forma, é conveniente distinguir se a ação de petição de herança foi proposta antes ou depois de feita a partilha e ultimado o inventário a fim de averiguar o juízo competente para julgá-la.

Isso porque, se proposta a ação de petição de herança antes da partilha, a ação é atraída pelo juízo universal do inventário, sendo cabível, inclusive, a reserva de bens ao herdeiro preterido.

Entretanto, sendo proposta a ação de petição de herança depois de finalizado o inventário, não há que se falar em competência do juízo do inventário.

A competência para a ação, portanto, rege-se pelas regras comuns do que dispõe o Código de Processo Civil. Para este caso, “*a competência é territorial (CPC 46)*”⁴³

Nessa última hipótese convém esclarecer que ao herdeiro que não participou do inventário, não está ele sujeito aos efeitos da coisa julgada do inventário por ser, nesse contexto, terceiro que não pode ser prejudicado⁴⁴

Tal é a *ratio* em se reconhecer como nula a partilha que exclui herdeiros necessários, que também não existe divergência no âmbito dos Tribunais Estaduais, no entendimento de que a sentença da partilha não opera efeitos com relação ao herdeiro que dela não tenha participado:

*AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA - Herdeira preterida Hipótese de nulidade da partilha - Não faz coisa julgada a sentença homologatória de partilha amigável em relação à herdeira que não participou do inventário Litigância de má-fé Não caracterização - Recurso desprovido*⁴⁵.

⁴³ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 648

⁴⁴ Código de Processo Civil. Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

⁴⁵ TJ-SP - APL: 90584246720098260000 SP 9058424-67.2009.8.26.0000, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 25/02/2014, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/02/2014

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA. HERDEIRO NECESSÁRIO RECONHECIDO MEDIANTE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NOVA PARTILHA. INCLUSÃO DE BENS NÃO INVENTARIADOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE AFASTADA. INSURGÊNCIA COMUM. APURAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DE CUJUS. SALAS COMERCIAIS E POUKADA. COMPROVADA A PROPRIEDADE DO AUTOR DA HERANÇA AO TEMPO DO ÓBITO. APARTAMENTO E LOTES DE TERRAS. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA ALEGADA ALIENAÇÃO À TERCEIROS ANTES DO FALECIMENTO DO INVENTARIADO. CAMINHÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO EM NOVA PARTILHA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DO BEM. ÔNUS DE PROVA QUE COMPETIA AO REQUERENTE. EMPRESA DE PESCADOS. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL QUE NÃO APRESENTAVA LUCROS NOS ANOS ANTERIORES AO ÓBITO, A QUAL FOI POSTERIORMENTE EXTINTA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS⁴⁶.

Acrescenta-se, por fim, que a ação de investigação de paternidade, mesmo cumulada com petição de herança, não está sujeita ao juízo do inventário. Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. PRÉVIA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE PENDENTE DE JULGAMENTO. INVENTÁRIO CONCLUÍDO. REGRA ESPECIAL DE COMPETÊNCIA (CPC, ART. 96). VIS ATTRACTIVA. NÃO INCIDÊNCIA. EFEITOS DA DECISÃO HOMOLOGATÓRIA DA PARTILHA. COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA EM RELAÇÃO A HERDEIRO QUE NÃO PARTICIPOU DO PROCESSO. CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE EXTERNA ENTRE AS AÇÕES DE PETIÇÃO DE HERANÇA E DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. REUNIÃO DOS FEITOS. 1. Tem-se conflito negativo de competência em ação de petição de herança, tendo em vista a existência, em juízos diversos, de anterior ação de investigação de paternidade, pendente de julgamento, e de inventário, já concluído, com homologação de partilha. 2. A regra do art. 96 do CPC determina que: "o foro do domicílio do autor de herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro." 3. Essa regra especial de fixação de competência, entretanto, não incide quando já encerrado o inventário, com trânsito em julgado da sentença homologatória da partilha. Precedente (CC 51.061/GO, Rel. Ministro MENEZES DIREITO). 4. A sentença homologatória da partilha não faz coisa julgada em relação a herdeiro que não participou do processo de inventário. Precedente (REsp 16.137/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA). 5. O fundamento deduzido na ação de petição de herança não diz respeito a um vício propriamente dito verificado no bojo do inventário já encerrado, o qual observou o procedimento legal pertinente, dentro das condições de fato

⁴⁶ TJ-SC - AC: 00121747720118240045 Palhoça 0012174-77.2011.8.24.0045, Relator: Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Data de Julgamento: 28/06/2018, Quarta Câmara de Direito Civil

então existentes. O fundamento a respaldar a ação de petição de herança - existência de um novo herdeiro até então desconhecido - é externo, alheio a qualquer circunstância levada em consideração no julgamento do processo de inventário e partilha, pois decorrerá da eventual procedência da investigação de paternidade. 6. Sendo assim, não se está diante das clássicas hipóteses de desconstituição de coisa julgada previstas nos arts. 485 e 486, ou mesmo 1.029 e 1.030, todos do CPC, porquanto, como já mencionado, não há vício a ser sanado no processo de inventário. A eventual nulidade da partilha, neste caso, advirá de mudança qualitativa posterior verificada na situação de fato antes considerada no julgamento do inventário, em decorrência do resultado de procedência da ação de investigação de paternidade a viabilizar a pretensão deduzida na ação de petição de herança. Essas causas externas afetarão a partilha antes realizada, mas não por vício intrínseco desta. 7. Então, data venia, os fundamentos invocados pelo d. Juízo perante o qual tramita a ação investigatória para declinar da competência não merecem prosperar, pois há relação de dependência lógica entre a ação de investigação de paternidade e a de petição de herança, uma vez que a viabilidade desta depende da comprovação, naquela, da qualidade de herdeira da autora. 8. Em situações desse jaez, na qual é reconhecida a conexão por prejudicialidade externa (a solução que se der a uma demanda direciona o resultado da outra - CPC, art. 265, IV, a e c), é recomendável a reunião dos feitos para trâmite conjunto, motivo pelo qual a ação de petição de herança deve tramitar no juízo em que tramita a ação de investigação de paternidade anteriormente proposta, não sendo a existência de regra de organização judiciária estadual óbice à prevalência das regras processuais invocadas. 9. Eventual acolhimento do pedido formulado na ação de petição de herança ensejará uma nova partilha de bens, a ser executada mediante simples petição, sem necessidade de propositura de ação anulatória. 10. Conflito conhecido para declarar competente o d. Juízo de Direito da 1ª Vara de Família e Registros Públicos de Cascavel/PR⁴⁷

No entanto, há posição contrária, admitindo a competência do juízo do inventário quando a ação de investigação de paternidade, *“estiver cumulada com petição de herança, será competente o mesmo juízo do inventário, antes da partilha; ou o foro de domicílio de qualquer herdeiro, após a partilha”*⁴⁸

Nesse sentido, tem-se o seguinte precedente:

“A ação de investigação de paternidade foi proposta no Juízo de Morrinhos/GO, quando já estava sendo processado o inventário no Juízo de Londrina/PR. O inventário e a ação de investigação de paternidade c/c petição de herança devem ser processados no foro do domicílio do autor da herança, nos termos do artigo 96 do Código de Processo Civil. Já definida anteriormente por esta Corte, ante a aplicação do mencionado dispositivo do Código de Processo Civil, a competência do Juízo de Londrina/PR para o processamento e julgamento dos autos do inventário, deve a ação

⁴⁷ STJ, Conf. Comp 214.274/PR (2012/0184903-7)

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016 Pág. 1.393.

investigatória ser processada neste mesmo foro.2. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 7a Vara Cível de Londrina/PR”⁴⁹

Entretanto, “*em havendo pendência do julgamento da investigação de paternidade, a ação de petição de herança deve correr na mesma Vara da Família em que segue tal demanda declaratória*”⁵⁰

Ainda nas lições do professor Tartuce, “*Se a ação estiver cumulada com alimentos e petição de herança, será competente o foro de domicílio ou residência do alimentando*”⁵¹

Cumprе esclarecer, por fim, que ao herdeiro preterido do inventário, não reconhecido, cabe ação de petição de herança, e não a rescisão de partilha prevista no art. 658 do CPC.

Com apoio nas Lições de Rolf Madaleno:

“herdeiro preterido pode anular o acordo homologado ou a escritura de partilha, ou rescindir a partilha julgada por sentença (CPC, art. 658). Contudo, herdeiro não reconhecido ou que tem contestada a sua qualidade de herdeiro no inventário, não sendo suficiente a prova documental, será encaminhado pelo juiz para as vias ordinárias (CPC, arts. 627, § 3º, e 628, §2º), onde promoverá ação de petição de herança para provar a sua qualidade de herdeiro e reivindicar sua quota hereditária, não estando sujeito ao prazo decadencial da ação rescisória, mesmo porque não foi parte no inventário. (...) Apesar de ser nula a sentença de partilha, ele não promove a ação rescisória, mas uma ação de petição de herança que está sujeita apenas ao prazo prescricional de dez anos, de acordo com o art. 205 do Código Civil e em conformidade com a Súmula 149 do STF.”⁵²

Sendo necessária a dilação probatória, não bastando a prova documental, ou esta se mostrar insuficiente para comprovar o título de herdeiro, a ação de petição de herança se fará necessária, e deverá prosseguir pelo rito comum, procedimento no qual é possível a ampla dilação probatória durante a fase de conhecimento.

Por fim, cabe esclarecer que a opção pelo ajuizamento de ação rescisória em face da sentença que homologa a partilha, é incorreta, sendo a via eleita para tanto a ação de petição de herança.

49 STJ, CC 28.535/PR, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2.3 Seção, j. 08.11.2000, DJ 18.12.2000,

50 Ibidem. Pág. 1393

51 Ibidem Pág. 1393

52 MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 243.

Como se vê, somente se pode pretender rescindir uma sentença, se de fato, o julgador debruçou-se efetivamente sobre o mérito da causa. Segundo a doutrina “*O que interessa para saber se cabe ou não ação rescisória nessa hipótese é que o ato judicial tenha se pronunciado de maneira definitiva sobre o mérito. Nesse sentido, a ação rescisória pode ter por objeto a sentença de mérito ou decisão interlocutória definitiva de mérito*”⁵³. O que claramente não acontece na sentença que decidiu a partilha, que é meramente homologatória.

Acrescenta-se, ainda, as lições de Antônio Carlos Marcato, de que “*apesar de ser nula a nula a sentença de partilha, ele não promove a ação rescisória, mas uma ação de petição de herança que está sujeita apenas ao prazo prescricional de dez anos*”⁵⁴

A jurisprudência é uníssona sobre o entendimento de que as sentenças homologatórias somente poderão ser objeto de rescisória quando o vício estiver na própria sentença, do contrário caberá a parte provocar ação de conhecimento para que o rito procedimental de conhecimento seja realizado por completo. O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconhece de forma pacífica o cabimento da presente ação de nulidade de partilha e petição de herança em face da sentença que homologa a partilha. Veja-se:

Ação Rescisória. Propositura de ação rescisória contra sentença homologatória de partilha em inventário – Falta de interesse processual – Inadequação da via eleita – Inexistência dos pressupostos do artigo 966 do Código de Processo Civil – Cabimento de ação anulatória ou de nulidade do negócio jurídico, com base nos artigos 658, 657 e 966, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil – Indeferimento da petição inicial – Processo extinto, sem resolução do mérito. Indefere-se a petição inicial, com extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos dos artigos 330, inciso III, e 485, inciso I, do Código de Processo Civil⁵⁵.

AÇÃO RESCISÓRIA Pretensão visando a rescisão de sentença homologatória de partilha proferida em autos de arrolamento Decadência operada Ajuizamento da ação rescisória além do prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença a ser rescindida (art. 495 do CPC) Ademais, via eleita inadequada - Sentença de cunho meramente homologatório que apenas pode ser rescindida como os atos jurídicos em geral, com fundamento no artigo 486 do CPC, mediante ação anulatória -

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, P. 900.

⁵⁴ MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos especiais. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. P. 206

⁵⁵ TJSP; Ação Rescisória 2140919-15.2017.8.26.0000; Relator (a): Christine Santini; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 6ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 30/11/2017; Data de Registro: 30/11/2017.

Alegação dos autores (herdeiros) de que não participaram da ação de arrolamento, seja porque não estavam representados nos autos ou porque não foram citados - Sentença proferida naquela ação que não faz coisa julgada perante os requerentes (art. 472 do CPC), devendo a discussão acerca da validade do processo diante da preterição de herdeiro necessário, ser objeto de análise em ação declaratória de nulidade (querela nullitatis) e não por meio de ação rescisória, que tem como pressuposto básico os efeitos decorrentes do trânsito em julgado material da sentença a ser rescindida, o que, na hipótese, não se verifica a ocorrência Carência reconhecida Ação rescisória julgada extinta⁵⁶.

AÇÃO RESCISÓRIA - Decisão homologatória de partilha, transitada em julgado há mais de dois anos - Herdeiros necessários não citados nos autos do inventário e preteridos na partilha - **Necessidade do ajuizamento de ação de nulidade da partilha, cumulada com petição de herança** - Inteligência dos artigos 1.824 e 2.027 do novo Código Civil e artigos 1.029 e 1.030 do Código de Processo Civil - **Competência do juiz de 1º Grau para julgar a ação de nulidade** - **Indeferimento da inicial da ação rescisória⁵⁷.**

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO INOCORRÊNCIA. PARTILHA AMIGÁVEL HOMOLOGADA POR SENTENÇA. **AÇÃO DE ANULAÇÃO PROPOSTA POR HERDEIRAS NECESSÁRIAS RECONHECIDAS EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E EXCLUÍDAS DA DEMANDA SUCESSÓRIA. ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO. DESNECESSIDADE DA RESCISÓRIA.** RECURSO IMPROVIDO. PRESCRIÇÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE PARTILHA. INOCORRÊNCIA. AUTORAS MENORES IMPÚBERES À ÉPOCA DA PROPOSITURA DA AÇÃO. IMPEDIMENTO DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL POR FORÇA DO ART. 169 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. RECURSO IMPROVIDO. PARTILHA. AÇÃO DE ANULAÇÃO. PROPOSITURA POR HERDEIRAS NECESSÁRIAS RECONHECIDAS EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E EXCLUÍDAS DA SUCESSÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE. CABIMENTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO⁵⁸.

AÇÃO RESCISÓRIA DE SENTENÇA Arrolamentos processados em conjunto - Bens deixados por falecimento da avó materna e do pai da acionante - **Herdeira necessária que não participou dos processos - Inadmissibilidade da via rescisória. Para anular a partilha, a herdeira necessária dela excluída e que não participou dos arrolamentos deve utilizar-se da ação de petição de herança c/c nulidade de partilha, com prazo prescricional de 10 (dez) anos (CC, arts. 205 e 1824/1828) - Carência da ação reconhecida — Petição Inicial Indeferida — Extinção do Processo**

56 TJSP; Ação Rescisória 0144129-84.2012.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guará - Vara Única; Data do Julgamento: 21/08/2013; Data de Registro: 27/08/2013,

57 TJSP. Ação Rescisória 0100445-56.2005.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - São Paulo; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 08/11/2005).

58 TJSP. Apelação Com Revisão 0129196-48.2008.8.26.0000; Relator (a): Vito Guglielmi; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santo André - 3.VARA FAMILIA; Data do Julgamento: 05/06/2008; Data de Registro: 13/06/2008.

sem Resolução do Mérito (CPC, art. 267, incisos I e VI c/c art. 295, incisos I e III e par. ún., inciso III)⁵⁹.

4.4. Petição inicial.

Os requisitos da petição inicial seguem a regra geral, prevista no art. 319 do Código de Processo Civil, cabendo ao autor preencher todos os requisitos legais.

A casuística que causa dúvida é com relação à delimitação do pedido, quanto à descrição dos bens que integram a herança e que são objeto da ação de petição de herança. Os arts. 322 e 324 do CPC estabelecem que o pedido deve ser certo e determinado. Nesse contexto, cabe ao autor identificar o seu objeto. Com efeito cabe a ele individualizar e quantificar o pedido.

No entanto, nem sempre é possível ao herdeiro preterido, autor da ação de petição de herança, ter conhecimento dos bens que integram o acervo hereditário. Nesse caso, socorre-se às hipóteses excepcionais do Código de Processo Civil, apoiando-se nos incisos do art. 324 do diploma processual, que possibilitam o pedido genérico.

Nesse contexto, não se faz necessária a imediata descrição dos bens objetos da ação de petição de herança. Segundo o magistério de Marcus Vinicius Rios Gonçalves:

“A primeira hipótese é a das ações universais, quando não se puder individuar na petição os bens demandados. São as ações que têm por objeto uma universalidade de direito, como a herança e o patrimônio. Por exemplo imagine-se que alguém quer ajuizar uma ação de petição de herança, invocando a sua qualidade de herdeiro. Não será necessário, desde logo, que identifique, um a um, os bens que a compõem, porque nem sempre isso será possível. Não será necessário, desde logo, que identifique, um a um, os bens que a compõem, porque nem sempre isso será possível”⁶⁰

⁵⁹ TJSP. Ação Rescisória 9037331-82.2008.8.26.0000; Relator (a): Egidio Giacoia; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Osasco - 3.VARA FAMILIA; Data do Julgamento: 16/12/2008; Data de Registro: 12/01/2009 (grifos e destaques acrescidos).

⁶⁰ GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito processual civil esquematizado. 6. ed.- São Paulo: Saraiva, 2016. Pág. 168.

Cumpra esclarecer que a ação pode abranger a totalidade dos bens hereditários, embora ajuizada por um único herdeiro, com apoio no que determina o art. 1.825 do Código Civil: “A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários”.

Nesse contexto, segundo Arnaldo Rizzardo:

“Faculta-se a pretensão sobre toda a herança, e não restritamente ao quinhão do herdeiro, eis que se trata a mesma de uma universalidade, dada a sua indivisibilidade. Mesmo aparecendo vários herdeiros, reconhece-se a legitimidade para o herdeiro buscar para si só a totalidade dos bens, sem necessidade de se convocar os demais herdeiros, pois não se admite a exceção de que os bens não lhe pertencem por inteiro.”

Quanto às provas, cabe ao autor nortear a petição inicial as provas aptas a demonstrar a verdade dos fatos alegados, com fundamento no inciso VI do artigo 319 do Código de Processo Civil.

As provas em questão, segundo a doutrina “na ação de petição de herança, o autor demonstra o seu parentesco com o defunto e a sua qualidade de herdeiro. Deve provar também o fato do qual provenha a sua pretensão. Se age na condição de herdeiro-neto, há de evidenciar a morte de seu pai; se fundamenta o pedido na renúncia de um herdeiro, terá que demonstrá-la”⁶¹

É, portanto, inderrogável ônus do autor da ação de petição de herança demonstrar os fatos e provas que constituem o seu direito. Assim, deve instruir a petição inicial com as provas do que alega: a morte do *de cujus*, ou a sua declaração de ausência; o seu direito hereditário; os bens da herança; a sua preterição. Nesse sentido, Rolf Madaleno diz que “o êxito da petição de herança reclama a prova de que o autor é herdeiro e de que os bens que reivindica pertenciam ao falecido, de quem ele é herdeiro, e que esses bens estão na posse do demandado”⁶²

Com efeito, cabe ao réu da ação de petição de herança elidir o direito sucessório do autor e provar que não há vínculo sucessório entre o autor da ação e o autor da herança a que

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁶² MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 240.

pretende, ou a existência de outra pessoa que venha antes do autor da ação, na ordem de vocação hereditária, afastando do autor a pretensa postulação.

Segundo a doutrina *“Na ação de petição de herança, o autor demonstra o seu parentesco com o defunto e a sua qualidade de herdeiro. Deve provar também o fato do qual provenha a sua pretensão. Se age na condição de herdeiro-neto, há de evidenciar a morte de seu pai; se fundamenta o pedido na renúncia de um herdeiro, terá que demonstrá-la”*⁶³

Dessa forma, a ação prosseguirá pelo rito comum, quando possível a ampla dilação probatória durante a fase de conhecimento.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

5. PRESCRIÇÃO

O Código Civil não codificou o prazo prescricional específico para a propositura da ação de petição de herança, deixando a solução para o plano doutrinário e jurisprudencial. O prazo para a propositura da ação de petição de herança é um dos temas mais debatidos.

Há muito, a jurisprudência entendeu que a ação de petição de herança era imprescritível, com apoio em respeitável doutrina⁶⁴. Vale mencionar que Flávio Tartuce entende ser imprescritível a ação de petição de herança ao dizer que:

*“Com o devido respeito, este autor entende que a ação de petição de herança deve ser reconhecida como imprescritível(...)Ora, o direito à herança é um direito fundamental protegido na Constituição da República, que por envolver a própria existência digna da pessoa humana, para o sustento de um patrimônio mínimo, não estaria sujeito à prescrição ou à decadência”*⁶⁵

Segundo as lições de Giselda Hironaka, que também entende pela imprescritibilidade da ação de petição de herança:

*“A petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (semei heres semper heres), assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, como se viu, isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção, coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação, que pode ser intentada a todo tempo, como já se afirmou”*⁶⁶

José Fernando Simão reconhece que *“Há parte da doutrina (por todos, Orlando Gomes) que entende que ação não prescreve, pode ser proposto pelo herdeiro a qualquer tempo”*⁶⁷

⁶⁴ “Orlando Gomes (in Sucesões, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 267), Giselda Hironaka (in Comentários ao Código Civil, São Paulo: Saraiva, 2007) e Luiz Paulo Vieira de Carvalho (in Direito das Sucessões, São Paulo: Atlas, 2014, p. 283), argumentam, em síntese, que a qualidade de herdeiro não se perde com o tempo, sendo fundamental o direito à herança, reconhecido constitucionalmente, além de o direito de propriedade não se extinguir pelo seu não exercício, comparando-se, ainda, a ação de petição de herança à ação reivindicatória, que é imprescritível” (REsp. 1.368.677 - MG (2013/0044420-5))

⁶⁵ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Pág. 1516

⁶⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Comentários ao Código Civil. 2. ed. Coord. Antonio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20, p. 202.

⁶⁷ Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Pág. 1.451

No entanto, o citado autor conclui que por ter a ação de petição de herança conteúdo condenatório *“sendo dotada de pedido de dar – entrega dos bens que compõem o acervo hereditário –, existe uma pretensão, que se extingue pela prescrição (art. 189 do CC)”*⁶⁸

Respeitado o entendimento de relevantes juristas, o Supremo Tribunal Federal acenou posição pela prescrição da ação de petição de herança ao editar a Súmula 149: *“é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”*. Nesse contexto, convém mencionar que o Art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente do mesmo modo prevê a imprescritibilidade o estado de filiação, em razão de seu caráter personalíssimo.⁶⁹ No entanto, não há expressão quanto à ação de petição de herança.

Dentre àqueles que entendem que a ação de petição de herança é prescritível, destaca-se as lições de Caio Mário da Silva Pereira, que enfatizou os efeitos patrimoniais (condenatórios) pretendidos pela ação de petição de herança e dessa forma, a sua pretensão incorre ao prazo prescricional:

*“juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundido a ação de estado a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela. O problema se esclarece com a distinção entre o status que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda outra pretensão exigível (Anspruch) prescreve. O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas no sistema do novo Código Civil (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança depois de decorridos 10 anos da abertura da sucessão (petição de herança). Se o prazo, iniciado na vigência do Código de 1916, ainda fluía, quando da entrada em vigor do novo Código, incide o art. 2.028 deste último”*⁷⁰

Maria Berenice Dias acrescenta que *“há muito o STF já sumulou a matéria. Ao afirmar que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, reconhece a prescribibilidade da ação de petição de herança. Ou seja, a condição de herdeiro é imprescritível, mas a prescrição patrimonial se sujeita à prescrição. Como não há expressa previsão legal, o prazo é o de 10 anos (CC 205)”*⁷¹

⁶⁸ Ibidem. Pág. 1.451

⁶⁹ O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

⁷⁰ Instituições, cit., v. VI, p. 68-69

⁷¹ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 653

Rolf Madaleno entende que “*para se declarar o elo de filiação não há prazo, trata-se de pretensão jurídica imprescritível, podendo ser reconhecida judicialmente a filiação a qualquer tempo, embora possa ter transcorrido tempo demasiado que retira o direito à herança*”⁷²

Perfilhando deste mesmo entendimento, vale citar que o recente pronunciamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

“PETIÇÃO DE HERANÇA. PRESCRIÇÃO. Sentença que julgou procedente pedido indenizatório de danos materiais por petição de herança, condenando a ré a pagar o valor de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais). Irresignação da ré. Prescrição da pretensão de petição de herança. Reconhecimento. Prazo prescricional decenal (art. 205, CC). Termo inicial na data de abertura da sucessão, isto é, data do óbito. Reinício da contagem em 11 de janeiro de 2003, pela entrada em vigor do Código Civil de 2002 (art. 2.028, CC). **Imprescritibilidade da pretensão de reconhecimento de paternidade que não leva à imprescritibilidade da petição de herança. Entendimento da Súmula 149 do STF.** Prescrição transcorrida entre 11 de janeiro de 2003 e 10 de janeiro de 2013. Ajuizamento posterior de ação de reconhecimento de paternidade post mortem. Trânsito em julgado da ação de reconhecimento de paternidade que não interfere no prazo prescricional. **Pretensão de petição de herança que também já poderia ter sido reconhecida simultaneamente. Princípio da actio nata (art. 189, CC).** **Prescrição reconhecida.** Recurso provido. (TJSP; Apelação Cível 0001985-02.2014.8.26.0426; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Patrocínio Paulista - Vara Única; Data do Julgamento: 21/06/2016; Data de Registro: 21/06/2016)”

Ora, se a petição de herança tem visceral conteúdo condenatório com viés econômico em sua postulação, logo, sujeita-se aos prazos prescricionais de toda ação com esta pretensão, tal como, inclusive, diferenciou a Súmula 149 do STF. Com efeito, o conteúdo da citada súmula traz a distinção entre o pedido declaratório da ação de investigação de paternidade, o qual é imprescritível, com o conteúdo condenatório da ação de petição de herança. Se por um lado, a ação de investigação de paternidade mantém indissociável natureza do direito de personalidade, o que é avesso à decadência e a prescrição, justamente pelo seu conteúdo declaratório, o mesmo não há de se dizer em relação aos reflexos patrimoniais deste mesmo direito, que se materializam através da ação de petição de herança, e que, portanto, devem ser submetidos à regra específica, ou geral da prescrição.

72 MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 251.

Com efeito, em razão do conteúdo condenatório com viés econômico em sua postulação, logo, a ação de petição de herança, sujeita-se aos prazos prescricionais de toda ação com esta pretensão, tal como, inclusive, diferenciou, a Súmula 149 do STF.

O conteúdo da sumula acima, traz a distinção entre o pedido declaratório, da ação de investigação de paternidade, o qual é imprescritível, com o conteúdo condenatório da ação de petição de herança.

Se por um lado, a ação de investigação de paternidade mantém indissociável natureza do direito de personalidade, o que é avesso à decadência e a prescrição, justamente pelo seu conteúdo declaratório, o mesmo não há de se dizer em relação aos reflexos patrimoniais deste mesmo direito, que se materializam através da ação de petição de herança, e que, portanto, devem ser submetidos à regra específica, ou geral da prescrição.

Em conclusão, é prescritível a ação de petição de herança.

5.1. Termo inicial

Posta a questão, resta saber o prazo prescricional a que incorre a ação de petição de herança e quando ela se inicia.

Vale lembrar, antes, que enquanto não se por fim ao processo de inventário é incabível alegar prescrição. Nesse sentido:

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA. INVENTÁRIO EM CURSO. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO.- Aquele que se julgar preterido pelas primeiras declarações apresentadas no processo de inventário poderá pugnar pelo reconhecimento do seu direito antes da partilha, não correndo neste contexto o prazo prescricional relativo à ação de petição de herança, pela qual se busca a restituição de herança destinada a outrem na qualidade de herdeiro.

- Antes da conclusão do processo inventário descabe reconhecer prescrita a pretensão, cumulada em ação de investigação de paternidade, em ter

assegurado o direito de quinhão do espólio na condição de herdeiro. - Recurso provido."⁷³

O código de 1916 não estabeleceu uma regra específica ao instituto. Com isso “a doutrina afirmava, na vigência do revogado código, que o prazo era de 20 anos decorridos da abertura da sucessão (art. 177 do CC/1916) (...)”⁷⁴. Com efeito, a ação de petição de herança estava sujeita ao prazo geral de prescrição, que era de vinte anos, disposto no art. 177 daquele código. Com a legislação atual, que embora tenha previsto o instituto, mas não o seu prazo prescricional, “esse prazo passou a ser de dez anos”⁷⁵ conforme o prazo geral previsto no art. 205.

No entanto, a dúvida surge quanto ao seu termo inicial.

Muito se discute acerca do seu termo inicial. Há quem diga que a partir do falecimento do *de cujus*, quando ocorre a abertura da sucessão, ou apenas a partir do reconhecimento da paternidade, aplicando o princípio da *actio nata*.

Para aqueles que entendem que o prazo prescricional da pretensão se inicia apenas a partir do reconhecimento da paternidade, encontram-se apoiado pela teoria da *actio nata*.

Pertinente citar, ainda, o entendimento de que o termo inicial se dá com a abertura da sucessão. Compartilhando deste entendimento, colhe-se julgados do Supremo Tribunal Federal, quando ainda detinha competência para analisar matéria infraconstitucional, no qual se extrai o entendimento de que “corre da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que não há sucessão de pessoa viva”⁷⁶. Portanto, por esse entendimento, o fato gerador que possibilitaria ao herdeiro formular o pedido de petição de herança, inicia-se com o falecimento do titular da herança.

⁷³ TJMG - Apelação Cível 1.0183.09.167438-6/001, Relator(a): Des.(a) Heloisa Combat, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 13/02/2014, publicação da súmula em 19/02/2014

⁷⁴ Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Pág. 1451

⁷⁵ Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ... [et al.]. Rio de Janeiro: Forense. 2019. Pág. 1452

⁷⁶ Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário 74.100/SE, Rel. Ministro Eloy da Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/1973, DJ 02/01/1974.

Seguindo essa antiga orientação do STF, há o REsp n.º 17556/MG, da relatoria do e. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 17/11/1992⁷⁷

Extraí-se desta fundamentação o Princípio de *Saisine*.

Seguindo essa antiga orientação do STF, há o REsp n.º 17556/MG, da relatoria do e. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 17/11/1992, com a seguinte ementa:

“CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PEDIDO DE HERANÇA - PRESCRIÇÃO - SÚMULA NA 149, DO STF - ARTIGOS 5º, I; 169, I; 177 E 1572, DO CC. I - O prazo prescricional da Ação de Petição de Herança flui a partir da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que é ela o fato gerador; o momento em que o autor completa dezesseis anos de idade é o limite da interrupção da prescrição prevista no art. 169, I, do Código Civil, por força do disposto no art. 5º, I, do mesmo diploma legal. II - Consoante entendimento afirmado pela doutrina, "se o titular do direito deixa de exercer a ação, revelando desse modo seu desinteresse, não merece proteção do ordenamento jurídico". III - Recurso conhecido e provido. (REsp n.º 17556/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 17/12/1992 p. 24242).”

Mais recentemente, no entanto, em uma demonstração de alteração no entendimento da jurisprudência, no julgamento do REsp n.º 1475759/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 20/05/2016, assentou o entendimento de que *“o prazo para reclamar a herança somente pode começar a fluir a partir do trânsito em julgado da ação de investigação post mortem de paternidade”*. Confira-se a ementa que emana este entendimento:

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. DIREITO SUCESSÓRIO. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. ANTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou. 2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro. 3. (...). 4. (...). 5. Recurso especial parcialmente

⁷⁷ CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PEDIDO DE HERANÇA - PRESCRIÇÃO - SÚMULA NA 149, DO STF - ARTIGOS 5º, I; 169, I; 177 E 1572, DO CC. I - O **prazo prescricional da Ação de Petição de Herança flui a partir da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que é ela o fato gerador**; o momento em que o autor completa dezesseis anos de idade é o limite da interrupção da prescrição prevista no art. 169, I, do Código Civil, por força do disposto no art. 5º, I, do mesmo diploma legal. II - Consoante entendimento afirmado pela doutrina, "se o titular do direito deixa de exercer a ação, revelando desse modo seu desinteresse, não merece proteção do ordenamento jurídico". III - Recurso conhecido e provido. (REsp n.º 17556/MG, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 17/12/1992 p. 24242). –

conhecido e desprovido. (REsp n. 1.475.759/DF, Relator o Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, unânime, DJe de 20/5/2016)."

Esse mesmo entendimento foi reafirmado alguns meses após, cuja ementa se transcreve abaixo. *Verbis*:

*"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C NULIDADE DA PARTILHA. 1. ALEGAÇÕES DE OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA E NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS PARA QUE O TESTAMENTO SEJA VÁLIDO E EFICAZ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. 2. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. SUCESSÃO PROCESSUAL DO AUTOR PELO HERDEIRO TESTAMENTÁRIO. POSSIBILIDADE. 4. RECURSO DESPROVIDO. (...) 2. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, porquanto o interesse nela perseguido está intimamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que não ocorre, todavia, com a ação de petição de herança (Súmula 149/STF) ou, no caso, de nulidade da partilha, que para o autor terá o mesmo efeito. **Tratando-se de filho ainda não reconhecido, o início da contagem do prazo prescricional só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios . Considerando que, na espécie, não houve o julgamento da ação de investigação de paternidade, não há que se falar na consumação do prazo prescricional para postular a repercussão patrimonial deste reconhecimento, o qual sequer teve início.** (...) 4. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1392314/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, Terceira Turma, DJe 20/10/2016)";*

*"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. DOAÇÃO INOFICIOSA. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO GERAL. NÃO CONSUMAÇÃO. **PRETENSÃO EXERCIDA POR FILHO BIOLÓGICO CUJA PATERNIDADE, AO TEMPO DOS ATOS, AINDA NÃO TINHA SIDO RECONHECIDA. TERMO INICIAL. MOMENTO EM QUE DECLARADA A FILIAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.** (REsp nº 1719733 / RS (2018/0014402-6))"*

Não desconhecendo o que vem orientando o STJ, tem-se, a título de reforço, o seguinte precedente do Tribunal de Justiça Paulista:

*"Anulação de partilha e petição de herança. **Termo inicial para a ação de petição de herança que se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, momento em que confirmada a condição de herdeiro. Prescrição não configurada.** Procedente a ação de investigação de paternidade, de rigor que também o seja a pretensão da autora à percepção de seu quinhão na herança do avô paterno, de cuja partilha não participou. Aplicação do artigo 1030, III, do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 658, III, do CPC/2015). Correção no reconhecimento do direito da autora à parte que lhe cabe na herança do avô e, sobretudo, na consideração das particularidades do caso concreto, de modo a ressaltar a evidente boa-fé das requeridas e afastar a pretendida anulação de partilha, resolvendo a questão em perdas e danos. Alegações de que os valores*

recebidos pelas requeridas foram, ao longo dos mais de 20 anos que permearam a partilha e a interposição do presente feito, utilizados para o pagamento de despesas escolares e alimentares, devidamente consideradas pela r. sentença, ao frisar a aplicação dos artigos 1.214 a 1.222 e 1.826, todos do Código Civil. Decisão acertada. Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 0007765-04.2012.8.26.0066; Relator (a): Maia da Cunha; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Barretos - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/07/2016; Data de Registro: 25/07/2016)”

Como se pode ver pelos julgados acima, houve a aplicação da teoria da *actio nata*, segundo a qual o compute do prazo prescricional somente se inicia a partir do conhecimento da lesão do direito, ou de sua ameaça, pelo seu titular, assim como a literalidade do art. 189 do CC conduz a esse entendimento.

"Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206."

No âmbito da jurisprudência do STJ, a teoria da *actio nata* tem ampla aceitação, e não seria diferente a sua aplicação quanto ao instituto:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE VEÍCULO REVERTIDA JUDICIALMENTE. DANOS EMERGENTES. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. AÇÕES INDENIZATÓRIAS AJUIZADAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. 1. O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da actio nata. Precedentes. 2. No caso em questão, não há falar em ocorrência da prescrição, pois o recorrido somente tomou ciência dos danos ocorridos no veículo com sua devolução. (...) 4. Recurso especial não provido. (REsp 1257387/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 17/09/2013)”

“RECURSO ESPECIAL. 1. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DO PROCEDER NEGLIGENTE DE OFÍCIO DE NOTAS, QUE TERIA ABERTO FIRMA FALSA E A RECONHECIDO EM ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL IGUALMENTE FORJADA, A ENSEJAR O AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL POR TERCEIRO CONTRA O SUPOSTO TITULAR DA FIRMA. DISCUSSÃO QUANTO AO TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. 2. PRESCRIÇÃO. FINALIDADE. 3. SURGIMENTO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA. PLENO CONHECIMENTO DA LESÃO PELO TITULAR DO DIREITO SUBJETIVO VIOLADO. EXERCIBILIDADE DA PRETENSÃO. VERIFICAÇÃO. 4. TERMO INICIAL. PROVIMENTO JUDICIAL DEFINITIVO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO

Controvérsia acerca do início do prazo prescricional para a promoção de ação destinada a reparar os danos morais decorrentes da atuação de Ofício de Notas, que, inadvertidamente - senão por má-fé, teria aberto firma falsa de titularidade do autor e a reconheceu em escritura de compra e venda de imóvel igualmente forjada. (...) Discute-se, nesse contexto, se o termo inicial da fluência do lapso prescricional da pretensão ressarcitória (no caso, promovida em 19/8/2010) deve ser considerado a data da citação na ação de rescisão de contrato de compra e venda movida por terceiro (2004), ou do momento em que houve o reconhecimento judicial (6/10/2008), nessa mesma ação, de que a assinatura inserta na escritura de compra e venda, com firma reconhecida (e aberta) pelo Ofício de Notas, era realmente falsa.

2. O instituto da prescrição tem por escopo conferir segurança jurídica e estabilidade às relações sociais, apenando, por via transversa, o titular do direito que, por sua exclusiva incúria, deixa de promover oportuna e tempestivamente sua pretensão em juízo. Não se concebe, nessa medida, que o titular do direito subjetivo violado tenha contra si o início, bem como o transcurso do lapso prescricional, em circunstâncias nas quais não detém qualquer possibilidade de exercitar sua pretensão, justamente por não se evidenciar, nessa hipótese, qualquer comportamento negligente de sua parte.

3. O surgimento da pretensão ressarcitória não se dá necessariamente no momento em que ocorre a lesão ao direito, mas sim quando o titular do direito subjetivo violado obtém plena ciência da lesão e de toda a sua extensão, bem como do responsável pelo ilícito, inexistindo, ainda, qualquer condição que o impeça de exercer o correlato direito de ação (pretensão). Compreensão conferida à teoria da *actio nata* (nascimento da pretensão) que encontra respaldo em boa parte da doutrina nacional e já é admitida em julgados do Superior Tribunal de Justiça, justamente por conferir ao dispositivo legal sob comento (art. 189, CC) interpretação convergente à finalidade do instituto da prescrição. (...) 5. Recurso especial provido. (REsp 1347715/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELIZZE, Terceira Turma, DJe 04/12/2014). ”

No entanto, Maria Berenice Dias, em suas lições, elucida sobre a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança proposta após o seu prazo prescricional, reconhecendo a imprescritibilidade da primeira e a prescritibilidade da segunda:

“proposta a ação investigatória de paternidade cumulada com petição de herança depois de decorrido o prazo prescricional, cabe o reconhecimento da prescrição da demanda sucessória, que não mais pode ser proclamada de ofício. Tal, no entanto, não inibe o prosseguimento da ação de paternidade para o reconhecimento da filiação. Acolhida a ação, a declaração de paternidade não tem sequelas de ordem patrimonial. O autor não recebe a herança, apesar de reconhecido como filho do de cujus. Ganha o direito à identidade, mas não aos bens da sucessão. A doutrina chama esta ação de declaratória de ascendência genética”⁷⁸

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág., 653

Como se pode notar pelos julgados acima, houve a aplicação da teoria da *actio nata*, segundo a qual o compute do prazo prescricional somente se inicia a partir do conhecimento da lesão do direito, ou de sua ameaça, pelo seu titular, assim como a literalidade do art. 189 do CC conduz a esse entendimento. Com efeito, se o titular do direito o desconhece a lesão ao seu direito, não há que se falar em início do prazo prescricional.

Nesse contexto, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança, por exemplo, só pode iniciar a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, momento do qual ele tem convicção inequívoca de que teve o seu direito posto de lado, quando foi preterido na partilha dos bens do titular da sucessão. No entanto, se o herdeiro já tem a sua filiação reconhecida, evidentemente que o prazo prescricional se computa desde o falecimento do titular da herança.

Essa nova orientação da jurisprudência torna a ação de petição de herança improrrogável no seu tempo. Rolf Madaleno descreve com propriedade o assunto ao observar que:

*“essa nova interpretação, que, em tese, atribui tácito poder concedido ao unicamente investigante de prorrogar para qualquer tempo, inclusive transcendendo para seus próprios sucessores, o direito de reivindicarem o seu quinhão hereditário que jamais caducará se for considerado se tratar de hipótese de decadência, eis que o pedido de herança se trata de uma ação constitutiva de um direito que, para o STJ, só nasce a partir de outra ação precedente, esta legalmente imprescritível, perpétua, como são as ações declaratórias de filiação. Fácil concluir que jamais incidirá a decadência sobre a petição de herança, senão contando o início do prazo a partir do trânsito em julgado da precedente ação declaratória de filiação”*⁷⁹

Em conclusão, diante da orientação recente do STJ, a fim de delinear o prazo prescricional da ação de petição de herança, tem-se dois cenários distintos: um deles, quando o herdeiro já tem a sua filiação reconhecida, o termo prescricional computa-se a partir da abertura da sucessão, ou seja, com o falecimento do titular da herança; entretanto, nos casos de herdeiro não reconhecido, o prazo prescricional inicia-se apenas quando ele tem conhecimento absoluto de sua filiação. Neste caso, geralmente ocorre com o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, tornando a petição de herança, imprescritível.

⁷⁹ MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 253

6. USUCAPIÃO

Outro assunto que comporta divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é a possibilidade de ser alegada como defesa na ação de petição de herança a exceção de usucapião, desde que tenha transcorrido o prazo para tanto.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul externou entendimento de ser impossível arguir a exceção de usucapião face à defesa da ação de petição de herança. *Verbis*:

APELAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DOAÇÃO EM VIDA CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. PRELIMINARES. "Nula" é a designação legal para a parte, na doação, que exceder ao limite referente ao que poderia dispor o doador em testamento - limite esse que, segundo o artigo 1.789 do Código Reale, é metade do patrimônio, se houver herdeiros necessários. A doação perpetrada pelo de cujus é nula quanto à parte que excede a metade do seu patrimônio disponível. Com efeito, não está sujeita a prazo de convalidação, conforme prescreve o artigo 169 do Código Civil. **Na mesma linha, incabível cogitar da exceção de usucapião, pois a declaração de nulidade da doação retroage à data da averbação, isto é, como se ela nunca houvesse existido. E, sendo a posse dos herdeiros sobre os imóveis um efeito da doação, esta também deve ser desconsiderada. MÉRITO. A abertura da sucessão ocorreu em 30 de maio de 1995, conforme certidão de óbito de folha 131. Assim, a regência da sucessão é do antigo Código Civil, segundo dispõe o artigo 1787 do atual Código. E o regime da comunhão universal, mantido pelo atual Diploma, assegurava a meação ao cônjuge sobrevivente, incidente sobre os bens comunicáveis. Meação significa 50% do patrimônio do de cujus. E não há provas de que esses imóveis ingressem no grupo de bens não comunicáveis. Com efeito, os terrenos doados eram, na verdade, do cônjuge sobrevivente, em 50%, pois faziam parte da sua meação. Dos 50% restantes, pertencentes ao falecido, ele somente poderia doar em vida metade destes, em face da existência de herdeiros necessários. Dessa maneira, adequada a redução da nulidade para 25% da doação dos imóveis, pois este é o limite da possibilidade de dispor, em vida. GRATUIDADE Não tendo sido apreciada na sentença, deveria a parte ter oposto embargos declaratórios para suprir a omissão. Não o fazendo, inaugurar em sede recursal configura supressão de instância. APELO PROVIDO, EM PARTE. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70067716639, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ivan Leomar Bruxel, Julgado em 27/04/2017)**

Entretanto, há quem sustente ser cabível alegar usucapião em face do herdeiro autor da ação de petição de herança.

A favor do detentor da herança flui o prazo de prescrição aquisitiva. Sustenta Pontes de Miranda que *“o tempo não corre enquanto não prescreve a ação. Seria absurdo que se adquirisse se ainda há ação para reivindicar. Prescrita a ação, começa a correr o prazo para usucapião.”*⁸⁰

Neste caso, se o possuidor alegar e provar que usucapiu os bens que objetivam a ação de petição de herança, a *“petitio hereditatis torna-se inútil, em vista de não produzir sua consequência natural, que é a restituição dos mesmos bens. Tendo em vista que a herança constitui uma universalidade até a partilha (CC. Art. 1.791, parágrafo único) e é considerada bem imóvel para os efeitos legais, fica inviabilizada a possibilidade de se adquirir por usucapião bens singulares da massa hereditária em prazo inferior ao de quinze anos”*⁸¹

Compartilhando do mesmo entendimento, tem-se o seguinte julgado, proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

“USUCAPIÃO - Alegação de que os registros imobiliários foram cancelados por sentença judicial transitada em julgado - Ir relevância - Hipótese em que se decidiu "Ação de Nulidade de Partilha, cumulada com petição de herança" entre a autora e terceira pessoa - Coisa julgada e imutabilidade inexistentes - Arts. 301, VI, c.c. seus §§ 2o e 3o, 2a parte, c.c. 472 do CPC - Decisão que não interfere na prescrição aquisitiva em favor dos autores - Boa-fé que merece prestígio - Prescrição aquisitiva bem delineada a partir de regular accessio possessionis - Art. 552 do CC/16 c.c. art. 1.243 do CC/02 - Falta de prova de que a posse exercida foi objeto de impugnação judicial específica - Recurso desprovido.

(TJSP; Apelação Cível 0117685-87.2007.8.26.0000; Relator (a): Ferreira da Cruz; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2012; Data de Registro: 06/02/2012)”

Rolf Madaleno ensina que:

“pelo decurso do prazo prescricional, o herdeiro real não perde o seu título de herdeiro, pois este não se perde em decorrência da usucapião, mas perde pela usucapião o domínio sobre os bens que integram a herança, em razão do uso da posse continuada dos bens do acervo hereditário durante mínimos dez anos pelo herdeiro aparente que então adquire a sua propriedade pela usucapião, ou da usucapião dos cinco anos de que trata o art. 1.240 do

⁸⁰ Pontes de Miranda, tratado de direito privado, v. 55. Pág. 156/157

⁸¹ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 140, apud Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7. Pág. 153.

Código Civil, e não porque teria se tornado herdeiro com melhor herdeiro, prescrevendo a petição de herança e não o título de herdeiro”⁸²

Pontes de Miranda, há muito já defendia a possibilidade de se alegar usucapião como matéria de defesa: *“Mas é claro que pode ser reivindicada por especiais ações reais, se a demanda do autor não há sido repelida pela usucapião ou pela prescrição de logo tempo”⁸³*. Sustenta, no entanto, o mesmo autor, que:

“o tempo não corre enquanto não prescreve a ação. Seria absurdo que se adquirisse se ainda há ação para reivindicar. Prescrita a ação, começa a correr o prazo para usucapião. A usucapião pelo possuidor da herança, quanto a bem que faz parte do monte hereditário, não se produz enquanto não prescreve a ação de petição de herança, porque o bem, ex hypothesi, é elemento do patrimônio, e não pode dele sair para ser adquirido pelo sujeito passivo da ação de petição de herança. Se assim não se entendesse, a noção de patrimônio vindicável seria sem razão de ser. O possuidor tem o dever de devolver a coisa, o que obsta à preclusão do prazo para usucapião: se a ação de petição de herança prescreve, (...) o direito brasileiro tem a usucapião do patrimônio quando cessa a reivindicabilidade dele. O tempo não corre enquanto não prescreve a ação. Seria absurdo que se adquirisse se ainda há ação para reivindicar. Prescrita a ação, começa a decorrer o prazo para usucapião ”⁸⁴

Recentemente o STJ assentou entendimento pela possibilidade de se alegar usucapião de imóvel objeto de herança:

*“DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. HERDEIRA. IMÓVEL OBJETO DE HERANÇA. POSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO POR CONDÔMINO SE HOUVER POSSE EXCLUSIVA.1. Ação ajuizada 16/12/2011. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.2. **O propósito recursal é definir acerca da possibilidade de usucapião de imóvel objeto de herança, ocupado exclusivamente por um dos herdeiros.**3. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.4. **Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC/02).**5. **A partir dessa transmissão, cria-se um condomínio pro indiviso sobre o acervo hereditário, regendo-se o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, pelas normas relativas ao condomínio, como mesmo disposto no art. 1.791, parágrafo único, do CC/02.**6. O condômino tem legitimidade para usucapir em nome próprio, desde que exerça a posse por si mesmo, ou seja, desde que comprovados os requisitos legais atinentes à usucapião, bem como tenha sido exercida posse exclusiva com efetivo animus domini pelo prazo determinado em lei, sem qualquer oposição dos demais proprietários.7. **Sob essa ótica, tem-se,***

⁸² Madaleno, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 254

⁸³ Ibidem. Pág. 143

⁸⁴ Ibidem. Pág. 156/157.

assim, que é possível à recorrente pleitear a declaração da prescrição aquisitiva em desfavor de seu irmão – o outro herdeiro/condômino –, desde que, obviamente, observados os requisitos para a configuração da usucapião extraordinária, previstos no art. 1.238 do CC/02, quais sejam, lapso temporal de 15 (quinze) anos cumulado com a posse exclusiva, ininterrupta e sem oposição do bem.⁸⁵ A presente ação de usucapião ajuizada pela recorrente não deveria ter sido extinta, sem resolução do mérito, devendo os autos retornar à origem a fim de que a esta seja conferida a necessária dilação probatória para a comprovação da exclusividade de sua posse, bem como dos demais requisitos da usucapião extraordinária.⁹ Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido ”⁸⁵

Flávio Tartuce relembra “que o Código Civil Italiano é expresso em reconhecer que a ação de petição de herança não se sujeita à prescrição (arts. 533 e 2.934), ressaltando-se a possibilidade de alegação de usucapião a respeito de bens singularizados.”⁸⁶

Com efeito, o prazo da prescrição aquisitiva é possível alegar-se em defesa de ação de petição de herança, a usucapião em favor daquele que detém a posse dos bens hereditários.

⁸⁵ RECURSO ESPECIAL Nº 1.631.859 - SP (2016/0072937-5)

⁸⁶ TARTURCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. Pág. 1516

7. EXECUÇÃO DE SENTENÇA

Sendo procedente a ação de petição de herança, consequentemente terá o seu autor reconhecido a sua qualidade de herdeiro da herança. Com efeito, o trânsito em julgado do título judicial declara ineficaz a partilha do inventário em relação ao herdeiro, bastando a ele postular a retificação da partilha.

Basta, ao autor da ação de petição de herança, fazer um simples requerimento de retificação da partilha. Nesse sentido, tem-se a seguinte ementa:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. PROCEDENCIA DE AMBOS OS PEDIDOS. PARTILHA REALIZADA SEM A PRESENÇA E PARTICIPAÇÃO DO AUTOR, RECONHECIDO FILHO-HERDEIRO. NULIDADE PLENO IURE. DESNECESSIDADE DE QUE SEJA PROCLAMADA EXPRESSAMENTE EM AÇÃO PRÓPRIA. EXECUÇÃO. LIÇÃO DOUTRINÁRIA. AÇÃO AJUIZADA COM INTUITO DE HAVER A RESPECTIVA QUOTA-PARTE. POSSIBILIDADE DE APROVEITA-LA. INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E AFORISMO PAS DE NULLITE SANS GRIEF. INTERESSE DE AGIR. PRAZOS PRESCRICIONAIS. INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO ART. 1.805 C/C 178, PARAG. 6., V, CC. INOPONIBILIDADE DA EXCEÇÃO DE COISA JULGADA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - JULGADOS PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS EM SEDE DE AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA, DISSO RESULTA LÓGICA E AUTOMÁTICA A NULIDADE DA PARTILHA REALIZADA SEM A PRESENÇA E PARTICIPAÇÃO DO AUTOR VITORIOSO, AFIGURANDO-SE DISPENSÁVEL A PROPOSITURA DE AÇÃO ESPECÍFICA QUE TENHA POR OBJETO APENAS VE-LA RECONHECIDA EXPRESSAMENTE.

II - A EXECUÇÃO DA DECISÃO DE PROCEDENCIA PROFERIDA EM AUTOS DE PETIÇÃO DE HERANÇA FAZ-SE, COMO REGRA, POR MEIO DE SIMPLES PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DE PARTILHA, UMA VEZ QUE A SENTENÇA HOMOLOGATORIA DE PARTILHA NÃO FAZ COISA JULGADA EM RELAÇÃO AO HERDEIRO NÃO CONVOCADO AO PROCESSO DE INVENTÁRIO (ART. 472, CPC) (STJ - REsp: 16137 SP 1991/0022045-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 21/02/1995, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 27.03.1995)⁸⁷

⁸⁷ No mesmo sentido: REsp 74.478 – PR, 4ªT., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU, 4-11-1996.

Não desconhecendo desta antiga orientação, tem-se, ainda, o seguinte julgado proferido pelo E. TJSP:

“Investigatória de paternidade, c.c. petição de herança sentença que conferiu o direito, mantida pela Superior instância reabertura do inventário para a retificação da partilha cabimento. Agravo provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 0038519-16.2001.8.26.0000; Relator (a): Testa Marchi; Órgão Julgador: Sexta Câmara de Direito Privado de Férias; Foro de Santa Bárbara D'Oeste - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 16/10/2002)”

Entretanto, há quem entenda que ao herdeiro, autor da ação de petição de herança, cabe à sobrepartilha. Nesse sentido, Maria Berenice ensina que *“se depois de concluído o inventário, ter-se-á de promover a sobrepartilha”*⁸⁸

Seja como for, contra o herdeiro que não fez parte do processo de inventário não se opera qualquer eficácia da coisa julgada das decisões proferidas naquela ação, os efeitos da sentença retroagem, portanto, à data da abertura da sucessão. Segundo Maria Berenice Dias:

*“a ação tem dupla carga de eficácia: declaratória da qualidade de herdeiro e condenatória à restituição da herança, com seus rendimentos e acessórios. A pretensão do autor é o recebimento do quinhão hereditário, em face de sua qualidade de herdeiro. A sentença declara a sua condição de sucessor e condena quem está na posse da herança a entregá-la. Trata-se de verdadeira “devolução” a quem é titular desde a abertura da sucessão. Por isso, os efeitos da sentença são ex tunc, retroagem à data da abertura da sucessão”*⁸⁹

Como se pode notar, a partilha realizada na ação de inventário, tal como qualquer decisão relacionada a ela proferida naqueles autos, não gera qualquer efeito ao herdeiro postulante da ação de petição de herança. Estabelecida essa premissa, que permite ao herdeiro preterido a ação de petição de herança a fim de obter para si a herança inventariada, cabe acrescentar que os efeitos da sentença, da *petitio hereditatis*, retroagem à data da abertura da sucessão. Nos dizeres de Maria Berenice Dias:

“A ação tem dupla carga de eficácia: declaratória da qualidade de herdeiro e condenatória à restituição da herança, com seus rendimentos e acessórios. A pretensão do autor é o recebimento do quinhão hereditário, em face da sua qualidade de herdeiro. A sentença declara sua condição de sucessor e condena quem está na posse da herança a entregá-la. Trata-se de verdadeira ‘devolução’ a

⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 647

⁸⁹ Ibidem. Pág. 646

*quem é titular desde a abertura da sucessão. Por isso, os efeitos da sentença retroagem à data da abertura da sucessão.”*⁹⁰

Nesse contexto, cabe, ao herdeiro, a postulação da ação de petição de herança a fim de que possa postular para si nos autos da inventariança da qual não integrou.

Uma forma de se antecipar aos efeitos da execução da sentença da petição de herança, em que muitas vezes é de difícil concretização, é adotar a providencia provisória e antecipatória na petição inicial, podendo cumular com um “*pedido incidental de tutela provisória (CPC, art. 327, §2º), fundada em cognição sumária, de exame menos profundo da causa e cuja decisão é baseada em juízo de probabilidade e não de certeza*”⁹¹

No entanto, cabe lembrar que esse pedido tem caráter cautelar e está atrelado à presença dos requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora* que pontuavam o processo cautelar do CPC de 1973⁹²

Essa tutela visa a reserva de bens de forma antecipada, a ser confirmada pela sentença de procedência da ação de petição de herança, possibilitando ao autor da herança a reserva de bens.

⁹⁰ Ibidem, pag. 629.

⁹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. P. 159.

⁹² WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil, artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 979

8. POSSE DO HERDEIRO

A sentença de procedência da ação de petição de herança reverbera efeitos em relação ao réu da ação, a depender a que título ele exerce a posse sobre o acervo hereditário, se de boa-fé ou de má-fé, os efeitos de sua responsabilidade são distintos.

Carlos Roberto Gonçalves ensina que a responsabilidade do herdeiro aparente “*rege-se pelas regras da posse, a qual pode ser de boa-fé ou de má-fé.*”⁹³

Rolf Madaleno pontua que:

*“conforme o art. 1.826 do Código Civil, o possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, consoante os arts. 1.214 a 1.222 do mesmo diploma substantivo. Esses preceitos conferem proteção jurídica distinta ao possuidor de boa ou de má-fé., sendo considerado possuidor de boa-fé aquele que ignora a ilegitimidade de sua posse, estando seguro de que a sua posse não contém nenhuma anomalia legal e está convicto de que tem a posse e o domínio do bem, ou, se dele não é proprietário, sua posse é legítima porquanto sustentada em contrato ou direito real”.*⁹⁴

A diferenciação do título da posse mostra-se mais relevante a fim de delinear a restituição dos frutos que o acervo hereditário gera, ou não. A esse fim, continua, o citado autor:

“quando está de boa-fé pode perceber ou manter os frutos produzidos pela coisa durante o período em que tiver durado a boa-fé e restituir ao herdeiro verdadeiro os frutos pendentes ao tempo em que justamente cessou a sua boa-fé, e bem assim restituir ao herdeiro verdadeiro os frutos pendentes ao tempo em que justamente cessou sua boa-fé, e bem assim restituir aqueles frutos que leh foram antecipados, como por exemplo, o adiantamento de aluguel. Os frutos pendentes ao tempo em que cessou a boa-fé devem ser restituídos, mas devem ser deduzidas as despesas de produção a que tem direito (CC, art. 1.214). (...) Entretanto, se for possuidor de má-fé, responderá por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que por sua culpa deixou de perceber, sendo apenas ressarcido pelas benfeitorias necessárias, não lhe assistindo o direito de retenção pela importância destas.”

⁹³ Gonçalves, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 140, apud Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7. Pág. 147.

⁹⁴ Madaleno, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Pág. 247.

Segundo Flavio Tartuce, a responsabilidade do herdeiro quanto à restituição da herança prescinde da análise de sua posse quanto aos bens: *“A partir da citação na ação de petição de herança, a responsabilidade do herdeiro possuidor será aferida de acordo com as regras concernentes à posse de má-fé e à mora (art. 1.826, parágrafo único, do CC)”*⁹⁵

Ainda segundo a doutrina diferentes são as implicações jurídicas quando ao herdeiro aparente a depender se *“ele age de boa ou má-fé no momento em que precisar restituir os bens do acervo hereditário, sendo equiparado ao possuidor de boa-fé se desconhecia o defeito que lhe bloqueava a aquisição da herança e estava convicto que era herdeiro do falecido.”*⁹⁶

Nesse contexto, se o herdeiro é citado da ação de petição de herança, não há com ser considerado de boa-fé quanto à sua posse. A fim de exemplificar essa hipótese, tem-se o seguinte precedente:

"Petição de herança. Reconhecimento de herdeira necessária. Retificação da partilha. Restituição dos frutos. Responsabilidade pelos prejuízos a partir da citação. O herdeiro excluído da sucessão pode demandar o reconhecimento do seu direito sucessório e obter em juízo a sua parte na herança, consoante art. 1.824 do Código Civil. Os herdeiros que exercem com exclusividade a posse dos bens do monte, excluindo herdeiro necessário, cuja existência é do seu conhecimento, agem de má-fé e respondem pelos prejuízos a partir da citação nesta ação, consoante o art. 1.826, parágrafo único, do Código Civil. Provimento do recurso" (TJRJ, Apelação 2009.001.07769, 7.ª Câmara Cível, Rei. Des. Ricardo Couto, j. 24.03.2009, DORJ 05.06.2009, p. 148).

Como se pode observar, a responsabilidade do herdeiro quanto à restituição do acervo, deve passar pela análise da sua posse, se de boa-fé, ou má-fé, a qual se diferencia quanto há a formal citação da ação de petição de herança. A distinção da posse do herdeiro mostra-se relevante, portanto, quanto às indenizações por benfeitorias, acima sintetizado.

O art. 1826 do Código Civil estabelece que *“O possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222.”*

⁹⁵ Ibidem. Pág. 1.514

⁹⁶ MATIELLO, Fabrício Zamproga. Curso de Direito civil: direito das sucessões. São Paulo: LTr, 2011. V.6, p. 80.

Os artigos 1.214 a 1.222 do Código Civil disciplinam os efeitos da posse e diferenciam a responsabilidade do possuidor, quando de boa ou má-fé.

O primeiro dispositivo, por exemplo, conceitua que *“O possuidor de boa-fé tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos.”*. No entanto, *“Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio;”* (parágrafo único, art. 1.214)

Com efeito, o herdeiro aparente, de boa-fé, faz jus ao recebimento pelas benfeitorias necessárias independentemente de sua intenção. Do mesmo modo pelas benfeitorias úteis. Já as benfeitorias voluptuárias, poderá o herdeiro retirá-las, contanto que não danifiquem o imóvel. Nestas duas últimas modalidades, somente é reconhecido ao herdeiro o direito às benfeitorias, se a sua posse foi de boa-fé, nos termos do artigo 1.220 do Código Civil:

“Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.”

Ou seja, se o herdeiro estiver de má-fé, ser-lhe-ão ressarcidas apenas as benfeitorias necessárias, não lhe assistindo indenização, ou retenção, pelas demais, sequer pela possibilidade de se levantar as benfeitorias voluptuárias.

9. TERCEIRO ADQUIRENTE.

Questão relevante surge-se quanto à reverberação jurídica com relação àquele que adquire, do herdeiro aparente, bens que posteriormente são objetados pela ação de petição de herança.

Maria Berenice Dias debruça-se sobre a hipótese, fazendo com primazia, a distinção com relação à aparência do herdeiro que alienou o bem, tal como diferenciando a espécie de negócio, que fez transferir à propriedade do bem ao terceiro. Veja:

“Não interessa o ânimo de quem alienou. É irrelevante se o herdeiro alienante estava de boa – fé ou má-fé. Importa a aparência de herdeiro com legitimação para fazer a alienação. A depender do título em que ocorreu a transferência dos bens – se gratuito ou oneroso –, há outros desdobramentos. Cabe perquirir se adquirente estava de boa ou má-fé.

Caso a venda tenha sido onerosa, se o adquirente estava de má-fé, a venda se desconstitui. No entanto, se o comprador agiu de boa-fé, não se sujeita a devolver o bem adquirido. Em nome da teoria da aparência, se tem por eficaz a alienação (CC. 1.827 parágrafo único). Não sendo possível exigir a restituição do bem, no caso de má-fé do possuidor originário, que alienou bem que não era seu, resta aos herdeiros tão só o direito de demandar do alienante o valor do bem e perdas e danos (CC. 1.817).

Caso a transferência tenha sido gratuita – ao fim e ao cabo, uma doação –, independe se o donatário estava de boa ou má-fé: cabe sempre a restituição do bem. Ou seja, são eficazes as aquisições de boa-fé por título oneroso, e ineficazes as de má-fé e as feitas a título gratuito”⁹⁷

Como se pode notar pelas lições da festejada jurista, no caso de transferência onerosa, cabe inicialmente perquirir uma questão subjetiva com relação ao adquirente. Se de boa ou má-fé. Nesse contexto, se comprovada a má-fé do adquirente, a venda torna-se ineficaz com relação ao autor da ação de petição de herança.

Por outro lado, na hipótese de haver doação, a ineficácia da venda, com relação ao autor da ação de petição de herança, independe da subjetiva avaliação de sua intenção. Ela será sempre ineficaz.

Nesse sentido, é pertinente citar os seguintes precedentes:

⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 651 e 652

“PETIÇÃO DE HERANÇA? Ação proposta depois de reconhecida a condição do demandante de filho do de cujus, em ação investigatória de paternidade Afastamento da alegação de prescrição Sentença que julgou a demanda procedente Acerto Devido o reconhecimento do direito sucessório do autor e a determinação para que se promova a restituição da herança como universalidade Apenas as alienações a título oneroso feitas pelos réus a terceiros de boa-fé se mantêm Teoria da aparência Questão que se resolve em perdas e danos, e deverá ser objeto de prova na fase de cumprimento da sentença Recurso improvido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 0516575-80.2010.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 07/04/2011; Data de Registro: 11/04/2011)”

“Anulação de partilha c.c. petição de herança. Sentença de procedência. Inconformismo. Desacolhimento. Ação proposta após declarada a condição da demandante de filha do de cujus, em ação investigatória de paternidade ajuizada antes do falecimento do autor da herança. Prescrição não consumada. Termo inicial do prazo que coincide com o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a autora como filha do de cujus. Precedentes. Interpretação da Súmula 149 à luz do sistema jurídico globalmente considerado. Direito sucessório da autora devidamente reconhecido, com a desconstituição da partilha homologada, na qual fora preterida. Tese de ilegitimidade passiva ad causam da viúva meeira afastada, porquanto os efeitos da decisão também a alcançarão. Desconstituição da partilha. Temática alusiva à violação de interesses de terceiros de boa-fé e, portanto, da própria segurança jurídica e coisa julgada. Insubsistência. Ressalva de que as alienações a título oneroso formalizadas pelos réus a terceiros de boa-fé se mantêm. Condição de herdeiros aparentes. Desate que ser dará em perdas e danos e deverá ser objeto de comprovação na fase de cumprimento de sentença. Eventuais doações e alienações gratuitas supostamente realizadas, a seu turno, que devem ser consideradas ineficazes. Recurso desprovido, com observação. (TJSP; Apelação Cível 1042126-49.2017.8.26.0100; Relator (a): Rômulo Russo; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara da Família e Sucessões; Data do Julgamento: 29/07/2019; Data de Registro: 29/07/2019)”

Complementa Flavio Tartuce, que:

“se a pessoa que detinha a posse da herança for considerada um herdeiro aparente, os atos por ela praticados, a título oneroso e a terceiros de boa-fé, são considerados válidos e eficazes (art. 1. 827, parágrafo único, do CC). Conforme explica Maria Helena Diniz, “herdeiro aparente é aquele que, por ser possuidor de bens hereditários, faz supor que seja o seu legítimo titular, quando, na verdade, não o é, pois a herança passará ao real herdeiro, porque foi declarado não legitimado para suceder, indigno ou deserddado, ou porque foi contemplado por testamento nulo ou anulável, caduco ou revogado”.⁹⁸ Nota-se, assim, que a boa-fé do terceiro e a teoria da aparência têm a força de vencer a ação de petição de herança.”⁹⁸

⁹⁸ TARTURCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único, 2016. Pág. 1515

Em conclusão, se o herdeiro for aparente, e tiver transferido a propriedade dos bens de forma onerosa, só resta lhe resta postular as perdas e danos em face do herdeiro aparente.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir, portanto, que a ação de herança ainda é um instituto muito debatido no nosso Poder Judiciário e no campo doutrinário.

A questão excede o campo empírico quando se tem em mente a dinamicidade envolta no ramo de direito de família que, a cada dia, depara-se com mais direitos e questões antes inimagináveis, que hoje são possíveis, graças à tecnologia. Esse avanço reverbera efeitos jurídicos e, sobretudo, no âmbito do direito de sucessões.

Com foco no presente trabalho, isso deságua em diversas hipóteses no âmbito do instituto da ação de petição de herança, basta ver, por exemplo, as inúmeras casuísticas sobre a legitimidade ativa da ação, como exposto na presente obra.

Sem perder de vistas, outrossim, as diversas questões postas no presente trabalho, que sempre irão gerar discussão acerca de sua definição, tal como, a prescrição do instituto e a possibilidade de o herdeiro aparente utilizar-se da usucapião como defesa.

Há muito ainda a ser feito para que se tenha uma posição tranquila na doutrina e na jurisprudência acerca do instituto da petição de herança, tanto não aspecto material, quanto no aspecto processual. E o trabalho não está próximo do fim, como dito, o ramo de direito sucessório é, cada vez mais, um campo fértil de novas hipóteses e possibilidades.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAHALI, Yussef Said, Francisco José Cahali organizadores. Família e Sucessões: direito das sucessões – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 4. Ed ver., atual. E ampl. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015.

GOMES, Orlando. Sucessões, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 7 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 140, *apud* Silvio Rodrigues, Direito Civil, v. 7.

GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito processual civil esquematizado. 6. ed.- São Paulo: Saraiva.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes. Comentários ao Código Civil. 2. ed. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 20.

MARCATO, Antônio Carlos. Procedimentos especiais. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MADALENO, Rolf. Sucessão Legítima. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo Civil Comentado. 1ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. Curso de Direito civil: direito das sucessões. São Paulo: LTr, 2011. V.6.

MIRANDA, Pontes de, tratado de direito privado, v.55.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. Instituições de direito civil: teoria geral do direito de sucessões. Processo judicial e extrajudicial de inventário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. V. VI

OLIVEIRA, Euclides de; AMORIM, Sebastião. Inventário e partilha: teoria e prática. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo, Direito das Sucessões / Arnaldo Rizzardo. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014

SCHREIBER, Anderson... [et al.]. Código Civil comentado – doutrina e jurisprudência/ Rio de Janeiro: Forense. 2019.

SILVA, Clóvis de Couto. Comentários ao Código de Processo Civil, v. XI, t.I.

TARTURCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim et al. Primeiros comentários ao novo código de processo civil, artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.