

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Renata Ramos Salu

Efetivação do direito à herança

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Renata Ramos Salu

Efetivação do direito à herança

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais, subárea Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP

Efetivação do direito à herança

Renata Ramos Salu

Errata

Página	Onde consta	Leia-se
6 (1º parágrafo)	“(…) a qual, que ainda será mencionada, corresponde à data da morte do testador”.	“a qual corresponde à data da morte do testador, conforme será ainda mencionado”.
27 (2º parágrafo)	“(…) notórias diferenças existentes as entidades (…)”	“(…) notórias diferenças existentes entre as entidades (…)”
93 (5º parágrafo)	“(…) por força do art. 100, I, do Código de Processo Civil (…)”	“(…) por força do art. 100, II, do Código de Processo Civil (…)”
117 (2º parágrafo)	“Equiparadas às pessoas físicas na órbita patrimonial, podem as pessoas jurídicas ser chamadas à sucessão. Necessária, porém, a designação em testamento, como é intuitivo”.	Recuo equivocado

Banca Examinadora

Dedico esta dissertação ao Senhor da minha vida, *Jesus Cristo*, a quem tudo devo. A Ele toda honra e toda a glória!

Dedico ainda aos meus pais, *Elson* e *Ivone*, maiores exemplos de amor e retidão, e ao *Bruno*, meu pequeno.

AGRADECIMENTOS

Não há como agradecer qualquer pessoa sem antes lembrar dAquele que nunca se esqueceu de mim. Sou grata a *Deus* porque Ele me deu o sopro de vida e me trouxe até aqui, ofertando todas as condições para tal. Em cada fase da minha vida, especialmente no mestrado, Ele supriu cada necessidade que surgiu com Sua doce e infinita misericórdia.

Aos *meus pais*, exemplos de fiéis cumpridores das atribuições de gerar e criar, dadas por Deus. Nada que se diga pode expressar a gratidão por tanto amor, cuidado e dedicação recebidos durante toda a minha existência.

À minha querida orientadora, *Professora Maria Helena Diniz*, pelo imensurável auxílio no decorrer deste trabalho, pela dedicação em orientar, ler por tantas vezes escritos tão semelhantes e, sobretudo, pela paciência diante da minha ansiedade. Mais do que orientadora e professora exemplares, nosso convívio revelou o ser humano digno, doce e humilde que é.

Aos *amigos* que deixei em tantas ocasiões para realizar este trabalho e que, apesar disso, continuam sendo amigos.

Ao meu querido *Danilo Porfírio de Castro Vieira*, por ter sempre sido um grande exemplo de erudição para mim.

Ao *Professor Luiz Maximiliano Landscheck*, pelos preciosos momentos de reflexão sobre os rumos desta dissertação, pela grande ajuda na compreensão da língua alemã e pelo desejo sincero de que esta etapa fosse superada.

À querida *Neuza*, bibliotecária querida que não poupou esforços e generosidade no empréstimo de tantas obras.

Aos *Professores Geraldo José Guimarães da Silva e Antonio Marcio da Cunha Guimarães*, por tanto me incentivarem a seguir os incríveis caminhos da carreira acadêmica.

RESUMO

Autor: Renata Ramos Salu

Título: Efetivação do direito à herança

A partir da análise dos efeitos sociais, jurídicos e econômicos do direito sucessório, revela-se de suma importância o estudo da efetivação do direito à sucessão – alçado à categoria de direito fundamental – que pode ser alcançada por meio de algumas tutelas existentes em nosso direito, dentre as quais se destaca a ação de petição de herança.

Tendo em vista esse cenário, o foco deste trabalho é delimitar os contornos da ação de petição de herança – idealizada para que o herdeiro preterido na sucessão pleiteie a universalidade dos bens hereditários, tendo como base o direito material e não apenas os aspectos processuais.

Assim, na tentativa de oferecer uma teoria geral da ação em comento, partimos dos seus aspectos basilares, traçando um panorama geral sobre a sucessão *causa mortis*, e excursionamos pelo direito comparado para, ao final, enfrentarmos a questão amplamente discutida na doutrina e nos tribunais no tocante aos prazos prescricionais da referida ação.

Palavras-chave: direito das sucessões – herança – petição de herança – efetivação – prescrição.

ABSTRACT

Author: Renata Ramos Salu

Title: Realization of the right to inheritance

From the analysis of the social, legal and economic rights of inheritance, it is very important to study the realization of the right to succession - promoted to a fundamental right - that can be achieved through some tutelage in our existing law, among which stand the action of application of inheritance.

Given this scenario, the focus of this study is to define the contours of the action of the application of inheritance - conceived for the heir passed over in succession plead all the property inherited, based on the law and not merely the procedural aspects.

Thus, in an attempt to offer a general theory of action under discussion, we leave its basic aspects, developing a broader overview of the succession causa mortis, and toured the right compared to the end, we face the issue widely discussed in doctrine and in court about the statue of limitations of that action.

Keywords: succession law - inheritance - petition of inheritance - effective - prescription

SUMÁRIO

Prefácio.....	X
1. Sucessão: breves notas introdutórias.....	1
1.1 Conceito e previsão legal.....	1
1.2 Espécies de sucessão.....	4
1.2.1 Sucessão testamentária e legítima.....	4
1.2.2 Sucessão a título universal e a título singular.....	22
1.3 Objeto: herança e legado.....	28
1.4 Abertura da sucessão e transmissão da herança.....	34
2. Direito à herança.....	38
2.1 Evolução histórica.....	38
2.2 Fundamento do direito sucessório.....	46
2.3 Natureza jurídica das normas de direito sucessório.....	57
2.4 Previsão constitucional do direito à herança.....	58
3. Ação de petição de herança e sua teoria geral.....	62
3.1 Origem.....	62
3.2 Previsão da petição de herança no direito comparado.....	65
3.2.1 Portugal.....	65
3.2.2 Itália.....	66
3.2.3 Alemanha.....	69
3.2.4 Argentina.....	72
3.2.5 Espanha.....	75
3.2.6 Uruguai.....	78
3.2.7 Paraguai.....	80
3.2.8 França.....	81
3.3 Petição de herança no direito brasileiro.....	82
3.3.1 Código Civil de 1916.....	82
3.3.2 Código de Processo Civil.....	83
3.3.3 Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal.....	85
3.3.4 Código Civil de 2002.....	86
3.4 Finalidade e cabimento da petição de herança.....	87
3.5 Natureza jurídica da petição de herança.....	96
3.6 Distinção em relação a outros meios processuais de efetivação de direitos sucessórios.....	99
3.7 Legitimados na ação de petição de herança.....	111

3.7.1 Legitimidade ativa.....	111
3.7.2 Legitimidade passiva.....	120
3.7.2.1 <i>Possessor pro herede</i>	121
3.7.2.2 <i>Possessor pro possessore</i>	125
3.8 Efeitos da sentença de petição de herança.....	128
3.8.1 Em relação ao possuidor de boa-fé.....	130
3.8.2 Em relação ao possuidor de má-fé.....	133
3.9 Herdeiro aparente e validade de seus atos.....	135
3.9.1 Herdeiro aparente e a teoria da aparência.....	135
3.9.2 Alienações a terceiro.....	140
3.9.3 Pagamento de legado.....	142
4. Questão da suposta prescritibilidade da pretensão à herança.....	145
4.1 Prescrição.....	146
4.1.1 Considerações iniciais.....	146
4.1.2 Conceito e efeitos.....	149
4.1.3 Fundamento.....	152
4.1.4 Âmbito da prescrição.....	155
4.2 Controvérsia sobre a prescritibilidade, ou não, da petição de herança no direito brasileiro.....	157
4.3 A imprescritibilidade da ação na legislação comparada.....	163
4.4 Solução subsidiária à imprescritibilidade.....	170
Conclusões.....	175
Referências bibliográficas.....	180

PREFÁCIO

O presente trabalho tem como objetivo a tentativa modesta de oferecer uma teoria geral da ação de petição de herança, evidenciando-a como importante instrumento de efetivação do direito à herança, colocado expressamente à disposição do jurisdicionado com o advento do Código Civil de 2002, e distingui-la de outras tutelas, igualmente hábeis a alcançarem o mesmo fim, delineando seu duplo objeto e finalidade.

Para tanto, se faz necessária uma exposição geral do fenômeno sucessório e, ainda que de certa forma alongada, no primeiro capítulo serão analisados aspectos basilares da sucessão, tais como a sua noção conceitual, sua previsão legal e suas espécies. Serão mencionados, ainda, o momento e os efeitos de sua abertura, a qual viabiliza a transmissão dos bens hereditários, os quais podem ser restituídos ao herdeiro verdadeiro por meio da petição de herança, se indevidamente em poder de herdeiros aparentes ou dos que adquiriram destes nesta qualidade.

Superadas algumas das primordiais questões conceituais da sucessão *causa mortis*, o segundo capítulo tratará do direito à herança, buscando traçar sua origem e evolução histórica, consignando os fatos e as justificativas até então utilizados pela humanidade para fundamentar ou não a transmissão de bens e direitos de uma pessoa a outra, em virtude da morte do titular. Ainda neste capítulo se objetivará demonstrar que o direito à herança se elevou à previsão constitucional, na Constituição Federal brasileira de 1988, e nas de outros países, restando flagrante sua ligação aos direitos fundamentais.

Identificado o direito à herança como direito fundamental, o capítulo terceiro trará uma teoria geral da ação de petição de herança, sem qualquer pretensão de esgotá-la, na qual será analisada, basicamente, a origem da ação, sua natureza jurídica diferenciada, sua previsão no direito brasileiro e no direito comparado, sua finalidade, hipóteses de cabimento e uma série de questões processuais indissociavelmente ligadas a ela.

Urge admitir que a abordagem de aspectos processuais, ao distinguir a petição de herança de outros meios de efetivação de direitos

sucessórios, e ao mencionar a legitimidade na ação e os efeitos de seu provimento, causa certo desconforto pelo fato do trabalho supostamente dever versar predominantemente sobre questões de índole material.

Mas isto se justifica pelo fato de que a ação em estudo, bem como o seu procedimento, estão previstos nos Códigos Civis de todos os países que se ocupam em discipliná-los expressamente, inclusive o Código brasileiro, que o fez dentre os arts. 1.824 e 1.828, os quais também se ocupam com algumas questões processuais. Isto evidencia que a lei civil traz consigo normas flagrantemente heterotópicas (normas de cunho processual em diploma material), fenômeno cada vez mais comum a partir da competência unificada para se legislar sobre direito privado e direito processual, e ainda mais notório a partir da visão acentuada do processo como um instrumento de efetivação de direitos materiais, obviamente conservando a autonomia própria do direito processual.

Considerando esta atual e importante premissa, não se pode olvidar de reservar um capítulo apartado, o quarto desta dissertação, para se tratar da suposta prescritibilidade da pretensão à herança. Novamente o direito processual será enfrentado, analisando-se o instituto prescricional, mas com a finalidade única de investigar se o indivíduo, que ostenta o direito fundamental à herança, garantido pelo art. 5º, inciso XXX da Constituição Federal, pode ser tolhido, em virtude do decurso do tempo, de pleiteá-la judicialmente e obter a efetivação de seu direito, uma vez impossibilitado de fazê-lo, como nos casos de reconhecimento tardio de paternidade ou de união estável.

Assim, o estudo buscará reunir elementos que demonstram a importância do direito à herança e da ação de petição de herança como instrumento de defesa desse direito.

São Paulo, dezembro de 2009.

Renata Ramos Salu

1. SUCESSÃO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

1.1 CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

A palavra *sucessão* adveio do latim *successio*, que deriva do verbo *succedere*¹, significando ir para debaixo de, vir debaixo, vir para o lugar de, vir depois, vir em seguida, colocar-se sob algo, seguir ou continuar uma situação, o que exprime clara noção de continuidade, de algo que não se extingue ou se interrompe no decorrer do tempo e que, portanto, experimenta a transferência de sua titularidade. Pode exprimir ainda a ideia de alguém que segue, que vem após outrem.

Na lição de Itabaiana de Oliveira:

“Sucessão é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão, ou aquisição de bens, ou de direitos patrimoniais”².

Juridicamente, o vocábulo em apreço possui considerável pluralidade de significados, geralmente sendo empregado para designar a substituição de uma pessoa por outra em uma relação jurídica, cumprindo destacar, neste universo, duas grandes categorias: a sucessão *inter vivos* (sucessão em sentido amplo), pela qual uma pessoa sucede a outra em vida na titularidade de direitos, bem como no domínio de bens pela vontade soberana dos envolvidos (compreendendo todos os modos derivados de aquisição de propriedade³), e a sucessão *causa mortis* (sucessão em sentido restrito), que se

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1339.

² ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das sucessões*: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil. Rio de Janeiro: Typog. do Jornal do Commercio Rodrigues & C., 1929, p. 27.

³ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das sucessões*: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil, cit., p. 28.

refere à transmissão da herança, ou seja, de bens e de direitos do falecido em favor de seus herdeiros ou legatários⁴.

Clóvis Beviláqua, ao cuidar do tema, assinala:

“Sucessão em sentido geral e vulgar é a seqüência de fenômenos ou fatos que aparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações. A sucessão ‘mortis causa’ ou hereditária é aquela em que há transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobreviva em virtude da lei ou da vontade do transmissor”⁵.

Uma vez que é objeto deste estudo a tutela sucessória da petição de herança, será analisada apenas a sucessão *causa mortis*, que é aquela deflagrada pelo fato jurídico morte, seja esta real ou presumida⁶.

A respeito da sucessão *causa mortis*, Itabaiana de Oliveira desmembra seu conceito em um enfoque subjetivo, que seria o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém, e um enfoque objetivo, correspondendo à universalidade dos bens do *de cuius*, acrescidos de todos os seus encargos⁷.

⁴ Como se verá ainda neste estudo, os legatários se diferenciam dos herdeiros pelo fato de que estes herdaram a título universal, sendo que aqueles o fazem a título singular, ou seja, herdaram bens individualizados.

⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955, p. 13.

⁶ De acordo com o art. 6º do Código Civil, a morte real acarreta a extinção da personalidade jurídica da pessoa natural, e é provada por atestado de óbito, cujos requisitos de elaboração constam dos parâmetros fixados pela Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73).

Inexistindo comprovação física do óbito, e estando desaparecida a pessoa, a morte pode restar presumida, com ou sem declaração de ausência, seguindo procedimento sucessório diferenciado e escalonado na primeira hipótese (art. 7º do Código Civil). No direito comparado, encontramos disposições semelhantes sobre a morte presumida nos arts. 110 e ss., arts. 181 e ss. e arts. 114 e ss. dos Códigos Civis, respectivamente, argentino, espanhol e português.

⁷ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das sucessões*: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil, cit., p. 28.

Ebert Chamoun refere-se ao direito das sucessões como o “conjunto de normas que regulam a sorte das relações jurídicas de uma pessoa na época de sua morte”⁸.

No tocante à natureza da sucessão *causa mortis*, cumpre relatar que esta corresponde a um modo de aquisição de direitos derivada e translativa, pois se funda em direito de titular anterior, cuja existência pressupõe, ocorrendo a transmissão de direito idêntico ao novo titular⁹.

A sucessão em apreço está disciplinada nos arts. 1.784 a 2.027 do Código Civil, os quais tratam de normas gerais da sucessão, bem como da sucessão *legítima*, *testamentária* e das regras de natureza mista, civil e processual, relacionadas ao inventário e à partilha. O Código de Processo Civil traz regras procedimentais nos arts. 982 a 1.045. Além disso, a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657/42) cuida do tema no art. 10¹⁰. Por fim, nossa Constituição Federal reservou os incisos XXX e XXXI, do art. 5º, para a matéria.

⁸ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 417.

⁹ Pontes de Miranda se refere à mencionada natureza da sucessão *causa mortis* como “derivatividade da sucessão a causa de morte”. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial (direito das sucessões)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. LV., p. 198.

¹⁰ O art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, atento aos eventuais conflitos de direito no espaço, prevê que “a sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens” e que “a lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder”. O artigo em comento estabelece ainda sucessão anômala ou irregular, podendo ensejar alteração da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil, uma vez que prescreve que “a sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*”.

1.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

A partir da observação da previsão legal relativa aos direitos sucessórios que cumpre analisar, despontam classificações de relevo que merecem comentário, por facilitarem o entendimento do fenômeno sucessório e sua efetivação.

1.2.1 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E LEGÍTIMA

A primeira classificação diz respeito à *origem*, diferenciação evidenciada no art. 1.786 do Código Civil, segundo o qual “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Assim, se deduz da leitura do artigo em comento que coexistem em nosso ordenamento, respectivamente, uma sucessão *legítima (ab intestato)*¹¹ e uma *testamentária (ex testamento)*¹².

A sucessão *legítima* ou *intestada* é aquela decorrente de disposição de lei, comando normativo que indica quem deve receber a herança, cuja ordem sucessória, nos dizeres de Euclides Benedito de Oliveira, atende a princípios de política legislativa¹³.

¹¹ Do direito romano, *ab intestato defuncto*, que exprimia a inexistência de última vontade do *de cuius*. Vide: CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 282.

¹² Muito embora Euclides Benedito de Oliveira também adote as denominações *legítima* e *testamentária*, o autor lembra que, em acepção ampla, a sucessão *legítima* abarca a *testamentária*, pois esta, do mesmo modo, decorre de disposições de lei que regulam a manifestação de vontade do testador. Nesse sentido, critica a denominação usada pelos autores que se referem à sucessão *legítima* como sucessão *legal*, visto que a sucessão, seja ela oriunda da ordem de vocação hereditária, seja proveniente de manifestação de última vontade, sempre é legal, pois deriva de lei, em caráter mais próximo ou mais remoto. Vide: OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 64.

¹³ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças*, cit., p. 63.

Já a sucessão *testamentária*, esta se eleva à categoria de lei e, fundamentada no direito de propriedade e na autonomia privada, deriva de ato de última vontade do *de cujus*¹⁴ denominado *testamento*, negócio jurídico que, uma vez realizado na forma e nas condições estabelecidas em lei, apresenta validade jurídica e opera a transferência de bens e direitos nos ditames do falecido, segundo o seu interesse e conveniência¹⁵.

Com relação às referidas condições legais, Clóvis Bevilácqua observa:

“Não deve, porém, a autonomia da vontade individual, que o direito moderno reconhece e estimula, transformar-se num principio soberano, *suprema potestas*, sem normas, a que obedeça, senão as suas próprias determinações, sem limites, que a restrinjam, sem bússola, que a norteie. Intervém a lei para dar normas, limites e direção ao movimento volicional humano, submetendo-o, cuidadosamente, a preceitos que garantam a sua pureza, e assegurem, por outro lado, os interesses da família e da sociedade em geral”¹⁶.

Apesar disso, de fato, pela leitura do art. 1.788 do Código Civil, extrai-se o entendimento de que a vontade do testador sempre deve ser privilegiada e respeitada¹⁷.

¹⁴ *De cujus* é abreviação da expressão latina *de cujus successione agitur* (aquele de cuja sucessão se trata). Vide: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 419.

¹⁵ Mais incomum, porém instrumento igualmente hábil para instituir a sucessão *testamentária* e afastar em certo grau a *legítima* é o *codicilo*, escrito particular datado, assinado e elaborado pelo capaz de testar, por meio do qual é possível formular estipulações especiais sobre enterro, esmolas, legados de móveis, roupas ou jóias de pequeno valor e de uso pessoal do *de cujus*. O *codicilo* está previsto no art. 1.881 do Código Civil, não se ocupando as legislações modernas em geral de sua regulamentação, tais como a francesa, a portuguesa, a argentina e a uruguaia. Vide: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*, arts. 1.784 a 2.027 (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XXI, p. 399.

¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 138.

¹⁷ Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro tenha claramente definido a sucessão *testamentária* como regra do direito sucessório, Maria Helena Diniz pondera que em nossa tradição predomina a sucessão *legítima*, pela marcante influência do elemento familiar, de

Isto, se devidamente obedecidos os requisitos de celebração impostos pela lei vigente à data de realização do testamento, se reverenciadas as limitações legais à liberdade de testar, e se o conteúdo das disposições estiver em conformidade com a lei vigente quando da abertura da sucessão (respeitadas as regras de transição dos arts. 2.035, 2.041 e 2.042, todos do Código Civil), a qual, que ainda será mencionada, corresponde à data da morte do testador.

É de se observar que, pela previsão em apreço, dentre outras hipóteses¹⁸, se o ato de última vontade inexistir, caducar ou se pender sobre ele nulidade ou anulabilidade, a herança será deferida aos herdeiros legítimos, ou seja, àqueles previstos em lei (art. 1.788 do Código Civil), o que evidencia o caráter residual, supletivo, complementar ou substitutivo da sucessão *legítima*¹⁹.

parentesco, nas regras sucessórias. Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6, p. 17. No mesmo sentido, Giselda Hironaka defende a prevalência da sucessão *testamentária*, não em decorrência de sua importância, mas em virtude do respeito ao critério cronológico. Vide: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; CARBONE, Paolo; TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008, p. 192.

¹⁸ São muitas as hipóteses que ensejam a devolução da herança nos ditames da lei, e não da ordem contida no testamento. Além das causas de invalidade do testamento, já mencionadas, destacam-se as possibilidades de o testamento não dispor sobre todo o acervo, da pessoa jurídica eventualmente beneficiária do testamento não estar organizada regularmente ou de o legatário renunciar ao legado, for considerado indigno, falecer antes do testador ou não satisfazer condição ou requisito mencionado no testamento. Vide: MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, p. 145. Ney de Mello Almada ainda lembra que é possível se dar lugar à *legítima* ainda que subsista testamento válido, no caso deste ter sido formulado apenas com a finalidade de se dar instruções sobre o funeral ou de se reconhecer filiação. Vide: ALMADA, Ney de Mello. *Direito das sucessões*. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1991, v. 1, p. 245.

¹⁹ Pela atual sistemática das principais legislações analisadas, a sucessão *legítima* assume caráter complementar em relação à *testamentária*, mas José da Silva Pacheco alerta que sempre houve muita discussão na doutrina e na exegese dos Códigos com relação ao grau comparativo de importância entre as sucessões *legítima* e *testamentária*. Para alguns, como Polacco, a lei seria título sucessório supletivo; para outros, a sucessão *legítima* seria a regra, constituindo-se exceção a *testamentária*. De qualquer forma, Pacheco conclui se tratar de uma questão puramente dogmática a da predominância de uma das duas espécies de sucessão, sem significação prática, pois a maioria dos sistemas legislativos já adotou o sistema misto. Vide:

No mesmo sentido da opção brasileira caminha o direito italiano, visto que neste encontramos a previsão do art. 457 do seu Código Civil²⁰, o qual prevê expressamente que a sucessão *legítima* apenas tem lugar se inválida a disposição testamentária.

De forma semelhante, nos Códigos Civis espanhol²¹ e uruguaio²², a sucessão se defere pela vontade do homem manifestada no testamento e, na falta deste, por disposição da lei. Neste último, o legislador demonstrou acuidade ao mencionar as hipóteses nas quais tem lugar a sucessão intestada²³.

Da mesma forma que os mencionados diplomas, inclusive o brasileiro, o Código Civil português é expreso quanto ao caráter supletivo da sucessão *legítima*, em seu art. 2.131, que convoca os herdeiros legítimos à sucessão se o falecido não tiver disposto válida e eficazmente, no todo ou em parte, os bens dos quais podia dispor para depois da morte.

A lei portuguesa apresenta, ainda, maior minúcia ao dispor sobre três formas distintas de sucessão em seu art. 2.026, que seriam as sucessões

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 112.

²⁰ Art. 457 *L'eredità si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria.*

Art. 457 A herança se transfere por lei ou por testamento. Só tem lugar a sucessão legítima quando faltar, no todo ou em parte, a testamentária (tradução livre da autora).

²¹ Art. 685 *La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley.*

²² Art. 778 *La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y a falta de éste, por disposición de la ley. Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria y si en virtud de la ley, intestada o ab intestato. La sucesión en los bienes de una persona difunta puede ser parte testamentaria y parte intestada.*

²³ Art. 1.011 *La sucesión intestada tiene lugar:*

1º *Cuando uno muere sin testamento o con testamento nulo o con testamento que perdió después su fuerza, aunque al principio fuese válido.*

2º *Cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en alguna parte de los bienes.*

3º *Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero o el instituido muere antes que el testador o es incapaz o indigno o repudia la herencia; fuera de los casos de sustitución y acrecimiento con arreglo a este Código.*

deferidas por lei, por testamento ou por contrato. Dessa forma, o sobredito Código classifica a sucessão, quanto à sua fonte, em sucessão *legal* e sucessão *voluntária*, podendo ser esta última *testamentária* (pactos institutivos) ou *contratual*²⁴. Cumpre aqui destacar que a sucessão *contratual* ocorre quando, por contrato, alguém renuncia à sucessão de pessoa viva (pactos renunciativos), ou dispõe da sua própria sucessão ou da sucessão de terceiro ainda não aberta (pactos dispositivos), mas apenas é admitida nos casos previstos em lei, em virtude do notório repúdio aos pactos sucessórios no ordenamento (art. 2.028 do Código Civil português), em semelhança com a proibição brasileira.

Prossegue a classificação no art. 2.027 do Código português, segundo o qual a sucessão *legal* é ainda subdivida em *legítima* ou *legitimária*, sendo a primeira aquela que pode ser afastada pela vontade do autor da herança, e a segunda aquela que não pode ser afastada por última manifestação de vontade.

Conclui-se que não há identidade de nomenclatura entre os ordenamentos sucessórios brasileiro e português, no que diz respeito às porções disponíveis e indisponíveis da *legítima*.

No Brasil, podendo ou não ser afastada por testamento válido²⁵, a sucessão *legítima* é aquela ditada pelo legislador através da positivada ordem de vocação hereditária, a qual trata, sobretudo, dos herdeiros do falecido, da ordem preferencial em que são estes chamados a suceder e da possibilidade de alguns deles herdarem em concorrência com outros, em determinadas circunstâncias.

²⁴ Pires de Lima e Antunes Varela explicam que houve acirrada discussão na Comissão Revisora do Anteprojecto do Código Civil português, com relação à inclusão da sucessão contratual dentre as disposições de última vontade e também com relação à disposição que fazia referência completa a todas as espécies de sucessão. No entanto, o texto final do art. 2.026 acabou por contemplar uma enumeração completa das diversas fontes de chamamento dos sucessores *mortis causa*, dos diferentes títulos de vocação sucessória. Vide: LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado (artigos 2024º a 2334º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. VI, p. 11.

²⁵ No ordenamento brasileiro, da sua totalidade patrimonial o autor da herança pode testar até a metade (parte disponível) se tiver herdeiros *necessários*, sendo que a outra metade constitui-se verdadeiro piso sucessório (parte indisponível) em favor destes, sobre o qual recairá a sucessão *legítima*.

Para Capelo de Sousa, a ordem de vocação sucessória seria o “chamamento de herdeiros ou legatários à titularidade das relações jurídicas transmissíveis do falecido”²⁶.

Interessante transcrever que Eduardo Zannoni define a mencionada ordem como um chamamento genérico aos sucessores, que se especifica atribuindo, segundo certas ordens e graus, um chamamento *atual* e, posteriormente, um *eventual*. O autor argentino explica que o primeiro deles se refere à vocação *atual* e aos herdeiros *atuais*, chamados com prioridade para aceitarem ou não a herança e os demais, são herdeiros *eventuais*, apenas chamados se inexistentes ou renunciantes os herdeiros *atuais*²⁷.

Nosso Código Civil menciona a aludida ordem de vocação hereditária em seu art. 1.829²⁸, o qual enumera os chamados a concorrer, em coordenação preferencial, nos seguintes termos:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

²⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v. 1, p. 205.

²⁷ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1982, t. I, p. 95-96.

²⁸ A sucessão que não respeita a ordem de vocação hereditária definida no art. 1.829 é tida como *anômala* ou *irregular*. Esta é admitida em algumas hipóteses legais existentes, sendo um exemplo recorrente a já mencionada possibilidade de alteração da ordem em virtude da previsão do art. 5º, inciso XXXI da Constituição Federal, que permite, no caso de morte de estrangeiro que seja proprietário de bens situados no Brasil e que tenha cônjuge ou filhos brasileiros, a aplicação de leis sucessórias estrangeiras, se mais benéficas a estes.

Nota-se que, pelos chamados a suceder no dispositivo acima, o legislador buscou exprimir na sucessão *legítima*, chamada por Grotius de *testamento presumido do falecido*²⁹, a vontade presumida do falecido, ou seja, privilegiou aqueles que provavelmente seriam os destinatários dos bens deixados pelo *de cujus* se este pudesse distribuí-los, em razão da provável afetividade que os envolvia.

Nesse sentido, Carlos Maximiliano assevera que a sucessão *legítima* tem sua origem na preocupação social com a unidade e a solidariedade da família, sendo que o direito de suceder prolonga-se até onde se estende a consciência da unidade e da presunção da existência da solidariedade³⁰.

Vale mencionar, a respeito da sobredita ordem de vocação hereditária, que o Código Civil de 1916 a dispunha de forma diversa, visto que neste não se admitia a concorrência entre os herdeiros, inexistindo coordenação entre eles. Também era previsto o poder público como herdeiro na ordem de vocação hereditária, em menção à herança vacante, o que não subsistiu no novo Código Civil, visto que neste o Estado estaria mais ligado à qualidade de destinatário dos bens vagos do que à condição de herdeiro.

Diferenças à parte, Giselda Hironaka bem observa a aplicação, na ordem de vocação hereditária brasileira, tanto no Código de 1916, quanto no de 2002, da fórmula latina *amor primum descendit, deinde ascendit*, que expressa o suposto anseio de que os descendentes sejam os primeiros chamados a suceder, ainda que em concorrência com o cônjuge, visto que o amor do *de cujus* seria mais forte em relação a eles, em virtude de similitudes físicas ou psicológicas³¹.

Ainda sobre as diferenças apontadas entre as ordens de vocação hereditárias existentes nos Códigos de 1916 e 2002, Euclides Benedito de Oliveira observa evolução no direito brasileiro, analisando com acerto o decréscimo do tratamento discriminatório entre os filhos, em clara atenção aos ditames constitucionais, e elogiando a forte tendência de valorização do cônjuge,

²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, v. 1, cit., p. 144.

³⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, v. 1, cit., p. 143.

³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano, cit., p. 193.

tanto por ser chamado em concorrência com descendentes e ascendentes, quanto por ser considerado notadamente herdeiro *necessário*³².

Ao contrário do Código brasileiro, no direito italiano, a sua complexa ordem de vocação hereditária não se encontra solidificada em um ou alguns dos dispositivos de seu Código Civil, mas é deduzida da exegese de todo o título do diploma que cuida da sucessão *legítima*³³.

Da leitura dos arts. 565 a 586 do Código italiano, depreendem-se como herdeiros legítimos o cônjuge³⁴, os descendentes, os ascendentes, os colaterais e o Estado.

Os primeiros a serem chamados a suceder são os filhos do morto, sejam eles legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou declarados judicialmente, incluindo os adotivos (estes últimos apenas não herdam dos parentes do adotante, conforme o art. 567 do Código³⁵), todos em igualdade de

³² OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças*, cit., p. 45.

³³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano, cit., p. 219.

³⁴ No direito italiano, o cônjuge, ainda que separado, participará da sucessão, mas desde que sobre ele não recaia decisão judicial que lhe atribua responsabilidade pela separação, ou na hipótese da separação resultar de culpa concorrente, tanto do cônjuge sobrevivente, quanto do falecido (art. 585, combinado com o art. 548 do Código italiano). Observa-se notória semelhança com a previsão brasileira, que determina a participação do cônjuge separado desde que a separação tenha se dado pela impossibilidade da vida em comum, não constatada culpa do sobrevivente (art. 1.830 do Código Civil brasileiro). Cumpre salientar que o cônjuge putativo, na sucessão italiana, participa se for declarada a nulidade do casamento e a sua boa-fé, após a abertura da sucessão. No Brasil, embora sem previsão expressa com relação ao termo inicial dos efeitos sucessórios do casamento putativo, Maria Helena Diniz adverte que o cônjuge de boa-fé sucede ao morto se a sentença anulatória do casamento for posterior à morte em apreço (art. 1.561, §1º do Código Civil). Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 119.

³⁵ Art. 567 *Successione dei figli legittimati e adottivi*

Ai figli legittimi sono equiparati i legittimati e gli adottivi. I figli adottivi sono estranei alla successione dei parenti dell'adottante.

Art. 567 Sucessão dos filhos legitimados e adotivos

Aos filhos legítimos são comparados os legitimados e os adotivos. Os filhos adotivos são estranhos à sucessão dos parentes do adotante (tradução livre da autora).

condições, sendo até mesmo chamados os netos, se pré-mortos os filhos, por representação.

Inexistente a figura do cônjuge, os filhos herdam a totalidade do acervo hereditário, mas, se existentes, o cônjuge concorrerá com eles. Concorrendo com apenas um filho, o cônjuge sobrevivente herdará metade da herança, mas, por outro lado, se concorrer com dois filhos ou mais, herdará um terço da herança.

Na concorrência do cônjuge com os ascendentes ou irmãos do falecido, caberá àquele dois terços da herança, sendo que não havendo descendentes, ascendentes, colaterais de segundo grau e seus filhos, o cônjuge recebe a totalidade da herança.

Na concorrência entre os ascendentes e os irmãos do falecido, se herda por cabeça, sendo assegurada aos pais a metade da herança.

Os colaterais até o sexto grau, que não sejam irmãos ou descendentes de irmãos, são chamados a suceder se o autor da herança não deixou descendentes, ascendentes, colaterais de segundo e terceiro graus e cônjuge, parentesco de sucessores claramente mais extenso se comparado à ordem de vocação brasileira, que prevê o chamamento de colaterais até o quarto grau (art. 1.839 do Código brasileiro). Se inexistentes os colaterais, a herança será deferida ao Estado.

No direito português, os sucessíveis estão dispostos nos arts. 2.133 a 2.152 de seu Código Civil. A ordem de chamamento está enumerada da seguinte maneira:

Art. 2.133 A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo no disposto no título da adoção, é a seguinte:

- a) Cônjuge e descendentes;
- b) Cônjuge e ascendentes;
- c) Irmãos e seus descendentes;
- d) Outros colaterais até ao quarto grau;
- e) Estado.

No que toca à figura do cônjuge, vê-se que, ao contrário do ordenamento brasileiro, pouca relevância tem o regime de bens no cálculo da quota hereditária, tendo importância apenas na retirada da meação. Pouco valor também há em se aferir se os filhos que o *de cuius* deixou, que concorrerão com o cônjuge, são *exclusivos* (descendentes apenas do autor da herança) ou *comuns* (filhos do autor da herança e do cônjuge sobrevivente), fazendo-se a partilha por cabeça, herdando os sucessores quotas iguais³⁶.

Ainda se difere a previsão portuguesa da brasileira em relação ao direito hereditário do cônjuge, pois este não ostenta classe diferenciada como ocorre no art. 1.829, III do Código brasileiro, sempre sendo chamado a suceder em concorrência com os descendentes ou ascendentes do autor da herança. Por outro lado, na falta destes, o cônjuge herda a totalidade da herança, conforme os arts. 2.141 e 2.144 do diploma português (em semelhança ao art. 1.838 do Código brasileiro).

Na falta de descendentes e, existindo ascendentes, estes herdam um terço do acervo, enquanto que o cônjuge herda dois terços, previsão claramente mais benéfica ao cônjuge do que a brasileira, que o contempla com um terço da herança se concorrer com ascendentes de primeiro grau ou com metade dela se houver apenas um ascendente, bem como na concorrência com ascendente de maior grau (art. 1.837 do Código Civil brasileiro).

Ainda de acordo com o direito português, na falta do cônjuge, descendentes ou ascendentes, são chamados os colaterais até quarto grau, em igualdade à ordem brasileira e, na falta destes, o Estado.

Na Espanha, os sucessores são chamados nos ditames dos arts. 930 a 958 de seu Código Civil. Os primeiros são os descendentes em linha reta, sem qualquer diferenciação de sexo, idade ou filiação, que herdam por direito próprio, em partes iguais, se filhos, ou por representação, no caso dos netos e dos demais descendentes, lógica seguida pela lei brasileira, exceto no que diz respeito à sucessão do cônjuge, o qual, no Código espanhol, não concorre com os descendentes (arts. 930 a 934 da lei espanhola).

³⁶ Em semelhança, tanto no Código Civil brasileiro (art. 1.832), quanto no português (art. 2.139), ao cônjuge cabe um piso sucessório de quota não inferior a um quarto da herança.

Inexistentes descendentes do autor da herança, seguem as estipulações dos arts. 935 a 941 do Código Civil espanhol, sendo chamados seus pais, ambos herdando em igualdade. Na falta de um deles, o outro herda a totalidade e, se o *de cuius* não deixou pais, serão chamados os ascendentes de grau mais próximo, sendo que todos herdam em igualdade na mesma linha, atribuindo-se sempre metade da herança à linha materna e a outra metade à paterna, tal como prevê o §2º do art. 1.836 do Código Civil brasileiro.

O cônjuge, neste sistema, apenas herda se inexistentes descendentes e ascendentes do *de cuius*, e o faz em totalidade (arts. 943 e 944 do Código Civil espanhol), em grande semelhança à sistemática sucessória adotada no Brasil no revogado Código Civil de 1916.

O atual Código brasileiro dispõe que o cônjuge apenas é chamado a suceder se não estiver separado judicialmente do autor da herança, ou de fato há mais de dois anos (art. 1.830), ao passo que o espanhol apenas exclui da herança o cônjuge sobrevivente se estiver, ao tempo da abertura da sucessão, separado de fato ou judicialmente do autor da herança, sem estipular lapso temporal mínimo (art. 945 do Código Civil espanhol).

Ainda na linha sucessória espanhola, se não houver a figura do cônjuge sucessor, são chamados os colaterais, em primeiro lugar os irmãos e seus filhos e, após, os demais, por ordem de proximidade, até o quarto grau (art. 946 do Código Civil espanhol).

Não havendo colaterais, o Estado é herdeiro instituído pelos arts. 956 e ss. do diploma espanhol, sendo que, curiosamente, o acervo hereditário, neste caso, é dividido em três partes, cada uma delas tendo destinação própria, em geral ligada a entidades oficiais beneficentes e de instrução.

No direito alemão, os herdeiros legítimos estão previstos dentre os §§ 1.924 e 1.936 do BGB. De acordo com o § 1.924³⁷, os herdeiros de primeira

³⁷ § 1924 *Gesetzliche Erben erster Ordnung*

1. *Gesetzliche Erben der ersten Ordnung sind die Abkömmlinge des Erblassers.*

2. *Ein zur Zeit des Erbfalls lebender Abkömmling schließt die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge von der aus.*

ordem são os descendentes do autor da herança, por direito próprio ou por representação, herdando os filhos em partes iguais.

Na falta de filhos, são chamados a suceder, em partes iguais, os pais do *de cuius*. Se um deles, ou ambos, forem pré-mortos, serão chamados os descendentes destes, pela proximidade de grau (§ 1.925 do BGB³⁸).

Na terceira ordem, estão os avós do falecido, chamados a suceder em partes iguais e, do mesmo modo que os herdeiros de segunda ordem, se algum deles for pré-morto ao autor da herança, chamados serão seus descendentes, dos mais próximos aos mais remotos (§ 1.926 do BGB³⁹).

3. An die Stelle eines zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebenden Abkömmlings treten die durch ihn mit dem Erblasser verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen).

4. Kinder erben zu gleichen Teilen.

§ 1.924 Herdeiros legítimos de primeira ordem

1. Herdeiros legítimos de primeira ordem são os descendentes do falecido.
2. Um descendente que viva ao tempo da morte do falecido exclui da sucessão hereditária os descendentes aparentados com o falecido por meio dele.
3. No lugar de um descendente que não vive ao tempo da morte do falecido, sub-rogam-se os descendentes aparentados com o falecido por meio dele (sucessão hereditária por estirpe).
4. Os filhos herdam em partes iguais (tradução livre da autora).

³⁸ § 1925 *Gesetzliche Erben zweiter Ordnung*

- 1. Gesetzliche Erben der zweiten Ordnung sind die Eltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.*
- 2. Leben zur Zeit des Erbfalls die Eltern, so erben sie allein und zu gleichen Teilen.*
- 3. Lebt zur Zeit des Erbfalls der Vater oder die Mutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge nach den für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so erbt der überlebende Teil allein.*
- 4. In den Fällen des § 1756 sind das angenommene Kind und die Abkömmlinge der leiblichen Eltern oder des anderen Elternteils des Kindes im Verhältnis zueinander nicht Erben der zweiten Ordnung.*

§ 1.925 Herdeiros legítimos de segunda ordem

1. Os herdeiros legítimos de segunda ordem são os pais do falecido e os descendentes destes.
2. Se ao tempo da morte do falecido vivem os pais, herdarão eles sozinhos e em partes iguais.
3. Se ao tempo da morte do falecido já não vive o pai ou a mãe, sub-rogam-se na posição do falecido seus descendentes, segundo as disposições existentes para a sucessão em primeira ordem. Se não existem descendentes, herdará somente a parte sobrevivente.
4. Nos casos do § 1.756, o filho adotivo e os descendentes de seu genitor natural ou do outro genitor não são herdeiros em segundo grau um do outro (tradução livre da autora).

³⁹ § 1926 *Gesetzliche Erben dritter Ordnung*

Na quarta ordem do direito sucessório alemão estão previstos os bisavós do falecido, os quais, do mesmo modo, herdaram em igualdade e, caso não vivos quando da morte do autor da herança, seus descendentes de grau mais próximo serão chamados à sucessão (§ 1.928 do BGB⁴⁰).

1. Gesetzliche Erben der dritten Ordnung sind die Großeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

2. Leben zur Zeit des Erbfalls die Großeltern, so erben sie allein und zu gleichen Teilen.

3. Lebt zur Zeit des Erbfalls von einem Großelternpaar der Großvater oder die Großmutter nicht mehr, so treten an die Stelle des Verstorbenen dessen Abkömmlinge. Sind Abkömmlinge nicht vorhanden, so fällt der Anteil des Verstorbenen dem anderen Teil des Großelternpaars und, wenn dieser nicht mehr lebt, dessen Abkömmlingen zu.

4. Lebt zur Zeit des Erbfalls ein Großelternpaar nicht mehr und sind Abkömmlinge der Verstorbenen nicht vorhanden, so erben die anderen Großeltern oder ihre Abkömmlinge allein.

5. Soweit Abkömmlinge an die Stelle ihrer Eltern oder ihrer Voreltern treten, finden die für die Beerbung in der ersten Ordnung geltenden Vorschriften Anwendung.

§ 1.926 Herdeiros legítimos de terceira ordem

1. Herdeiros legítimos de terceira ordem são os avós do falecido e seus descendentes.

2. Se ao tempo da morte do falecido vivem os avós, herdarão eles sozinhos e em partes iguais.

3. Se ao tempo da morte do falecido já não vivem, dos avós paternos ou maternos, o avô ou a avó, sub-rogam-se ao falecido seus descendentes. Se não existem descendentes, corresponde a quota do falecido à outra parte do casal de avós, e se esta já não mais vive, a seus descendentes.

4. Se ao tempo da morte do falecido já não vivem os avós paternos ou maternos e não existem descendentes dos falecidos, herdaram somente os outros avós ou seus descendentes.

5. Sempre que sub-rogam-se descendentes no lugar de seus pais ou de seus ascendentes se aplicam as disposições existentes para a sucessão de primeira ordem (tradução livre da autora).

⁴⁰ § 1928 *Gesetzliche Erben vierter Ordnung*

1. Gesetzliche Erben der vierten Ordnung sind die Urgroßeltern des Erblassers und deren Abkömmlinge.

2. Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern, so erben sie allein; mehrere erben zu gleichen Teilen, ohne Unterschied, ob sie derselben Linie oder verschiedenen Linien angehören.

3. Leben zur Zeit des Erbfalls Urgroßeltern nicht mehr, so erbt von ihren Abkömmlingen derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Teilen.

§ 1.928 Herdeiros legítimos de quarta ordem

1. Herdeiros legítimos de quarta ordem são os bisavós do falecido e seus descendentes.

2. Se ao tempo da morte do falecido vivem os bisavós, herdaram somente eles; no caso de vários, herdaram em partes iguais sem considerar se pertencem à mesma linha ou linhas distintas.

Pela ordem de vocação acima descrita, evidencia-se certa semelhança com a brasileira, no sentido de que ambas deferem o acervo em um primeiro momento aos descendentes e, na falta deles, aos ascendentes, dos mais próximos aos mais remotos. No entanto, a lei brasileira é expressa ao dispor que o direito de representação, que é aquele que se dá quando certos parentes do falecido são chamados a suceder em seu lugar, como se vivo fosse, ocorre na linha reta descendente, jamais na ascendente (art. 1.852 do Código Civil brasileiro), ao contrário do que o Código alemão estatui.

Com relação ao cônjuge, este não consta em uma ordem específica, mas, de feição parecida à previsão do direito brasileiro, recebe a totalidade da herança se inexistentes descendentes, pais e avós, e é herdeiro concorrente na sucessão alemã. Se concorre com parentes de primeira ordem, recebe um quarto da herança; se concorre com parentes de segunda ordem ou com avós, recebe metade da herança e; se com avós concorrem, descendentes de avós (por representação), recebe também a outra metade que caberia aos referidos descendentes (§ 1.931 do BGB⁴¹).

3. Se ao tempo da morte do falecido já não vivem os bisavós, herda aquele seu descendente de grau mais próximo ao falecido; vários parentes igualmente próximos herdam em partes iguais (tradução livre da autora).

⁴¹ § 1931 *Gesetzliches Erbrecht des Ehegatten*

1. *Der überlebende Ehegatte des Erblassers ist neben Verwandten der ersten Ordnung zu einem Viertel, neben Verwandten der zweiten Ordnung oder neben Großeltern zur Hälfte der Erbschaft als gesetzlicher Erbe berufen. Treffen mit Großeltern Abkömmlinge von Großeltern zusammen, so erhält der Ehegatte auch von der anderen Hälfte den Anteil, der nach § 1926 den Abkömmlingen zufallen würde.*

2. *Sind weder Verwandte der ersten oder der zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft.*

3. *Die Vorschrift des § 1371 bleibt unberührt.*

4. *Bestand beim Erbfall Gütertrennung und sind als gesetzliche Erben neben dem überlebenden Ehegatten ein oder zwei Kinder des Erblassers berufen, so erben der überlebende Ehegatte und jedes Kind zu gleichen Teilen; § 1924 Abs. 3 gilt auch in diesem Fall.*

§ 1931 *Direito à herança do cônjuge*

1. O cônjuge supérstite do falecido é chamado, na qualidade de herdeiro legítimo, juntamente com os herdeiros de primeira ordem, para uma quarta parte da herança, e para a metade da mesma se concorre com os parentes de segunda ordem ou com os avós. Se concorrerem com avós,

Por fim, o Código alemão prevê que ao Fisco é atribuída a herança se o autor dela não deixou parentes ou cônjuge com aptidão para suceder.

Voltando à ordem de vocação hereditária brasileira, ainda se faz necessário lembrar que a disposta no mencionado art. 1.829 do Código Civil não seria o único chamamento abstrato aos herdeiros *legítimos*, devendo ser observado em concordância com o art. 1.790 do mesmo diploma⁴², o qual trata dos direitos sucessórios das pessoas que ostentam a condição de companheiros, configurada união estável nos termos da lei⁴³:

Art. 1.790 A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

descendentes de avós, obterá o cônjuge também, da outra metade, a quota que, de acordo com o § 1926, corresponde aos descendentes.

2. Se não existem parentes de primeira ou segunda ordem, nem avós, obterá o cônjuge supérstite a totalidade da herança.

3. As disposições do § 1371 ficam inalteradas.

4. Se no momento da liquidação da herança existia uma separação do patrimônio e se, além do cônjuge supérstite, um ou dois filhos do falecido estão facultados como herdeiros legítimos, o cônjuge supérstite e cada um dos filhos herdará em partes iguais; o § 1924 também se aplica neste caso (tradução livre da autora).

⁴² Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o fato de a sucessão do companheiro estar claramente dissociada, em termos de disciplina legal, da ordem de chamamento dos herdeiros legítimos, evidencia a permanência de tratamento discriminatório, relativo à figura do companheiro. Vide: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 119. Para Carlos Roberto Barbosa Moreira, atualizador da obra de Caio Mário da Silva Pereira, o art. 1.790 seria “um corpo estranho, pouco à vontade na companhia de outras normas originalmente concebidas para um sistema que simplesmente desconhecia a figura do companheiro, no campo sucessório”. Vide: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões (de acordo com o Código Civil de 2002 e com a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007)*. 17 ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. VI, p. 147.

⁴³ De acordo com o Código Civil brasileiro, especialmente pelos requisitos dispostos no art. 1.723, configura-se a união estável entre homem e mulher que não ostentam qualquer impedimento matrimonial constante no art. 1.521 do mesmo *codex*, e que mantêm convivência pública, contínua e duradoura, sem conotação de eventualidade, objetivando a constituição de família.

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Pelo teor da norma em apreço, Roberto Senise Lisboa bem aponta que o companheiro apenas se beneficiará na sucessão sobre os bens adquiridos durante a vigência da união estável⁴⁴ e não sobre os bens particulares do *de cuius*, mas, em relação ao cônjuge, desponta em posição vantajosa. Isto porque tanto o companheiro quanto o cônjuge retiram sua meação, instituto próprio do direito de família (nos regimes nos quais há total ou parcial comunhão de bens), mas apenas ao companheiro é reservada a garantia de sempre participar da partilha dos bens onerosamente adquiridos durante a união pertencentes ao *de cuius*, enquanto que o cônjuge supérstite não o faz se fora casado com o falecido na comunhão universal de bens, na separação obrigatória ou na comunhão parcial de bens sem a existência de bens particulares do *de cuius*⁴⁵.

Apesar do suposto tratamento mais benéfico ao companheiro, é preciso mencionar que, para Maria Helena Diniz, além deste não figurar no rol dos herdeiros *necessários*, questão que será explorada mais adiante, o companheiro supérstite não é beneficiado na ordem de vocação hereditária, razão pela qual seria um herdeiro *sui generis*, ou seja, um sucessor regular⁴⁶.

⁴⁴ No tocante aos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, aplica-se a presunção de onerosidade, por força do art. 114 do Código Civil, restando não transmitidos ao companheiro sobrevivente os bens adquiridos durante a união pelo *de cuius*, a título gratuito, seja em virtude de herança ou proveniente de negócio jurídico *inter vivos*.

⁴⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 348.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 142.

Difícil é a tarefa de se encontrar paralelo da questão no direito comparado, visto que nele se constitui embrionária a previsão de direitos sucessórios aplicados à união estável. Apenas para se ter uma ideia da tímida previsão dos direitos sucessórios do companheiro, a matéria nem sequer é tratada no diploma civil da França, país que, sem dúvida, foi precursor em empreender grandes avanços no reconhecimento de uniões de fato, através da possibilidade de instituição dos PACs (Pacto Civil de Solidariedade – Lei n. 99.947/99) por instrumento particular. Pela sistemática do Código Civil francês, não há deferimento de herança entre pessoas nas uniões livres ante à inexistência de vínculo de parentesco entre elas (ressalvadas as hipóteses de doação e testamento).

Em Portugal, a Lei n. 7/2001 disciplina a união estável e confere aos companheiros certos direitos sem, contudo, mencionar os efeitos patrimoniais da referida união livre. Assim, não é expresso quanto aos direitos hereditários ostentados pelo companheiro, apenas deferindo ao sobrevivente o direito real de habitação no imóvel no qual residia o casal, bem como o direito de preferência para a sua aquisição por cinco anos, exceto se o falecido deixou descendentes com menos de um ano de idade, descendentes que com ele conviveram há mais de um ano e pretendam habitar no imóvel, ou no caso de disposição testamentária em contrário (art. 4º da Lei n. 7/2001).

O Código Civil português não prevê o companheiro na categoria dos herdeiros legítimos dispostos nos arts. 2.132 e 2.133, apenas conferindo o direito do companheiro sobrevivente de pleitear alimentos do espólio do falecido, se viveu com ele mais de dois anos, em condição análoga à ostentada pelos cônjuges (art. 2.020).

Em semelhança, os Códigos Civis italiano, espanhol⁴⁷, argentino e uruguaio não disciplinam os direitos sucessórios do companheiro, em grande disparidade com o Código Civil brasileiro, que o fez em seu art. 1.790 e, muito embora este tenha trazido uma série de problemas na aplicação da conjugação com a ordem de vocação hereditária do art. 1.829, significou um grande avanço

⁴⁷ Na Espanha, alguns de seus Estados têm se ocupado em legislar a respeito da regulamentação da união estável. Dentre eles, se destaca o de Navarra que, através da sua Lei n. 6/2000, instituiu direitos sucessórios em favor do companheiro sobrevivente.

legislativo para aqueles que concebem a equiparação constitucional entre o casamento e a união estável, a qual legitima o companheiro a ajuizar as mais variadas ações objetivando a tutela de seus direitos sucessórios, dentre elas a ação de petição de herança, a ser estudada mais adiante.

Por fim, cumpre notar que a sucessão pode ser, ao mesmo tempo, *legítima* e *testamentária*⁴⁸, se o *de cuius* deixou testamento válido, mas não fez previsão sobre determinados bens por esquecimento, pela superveniência deles ou por respeito à *legítima*, os quais seguirão a sorte da partilha legal prevista no art. 1.829, ou se deixou testamento que extrapolou a liberdade de testar, havendo herdeiros *necessários* (art. 1.789 do Código Civil).

Neste último caso, tem-se optado pela invalidade da previsão excedente, nos ditames dos arts. 1.966 e ss. do Código Civil, em atenção à tendência de conservação do negócio jurídico⁴⁹, recaindo sobre esta parcela a destinação imposta pela lei (sucessão *legítima*).

Para Giselda Hironaka, os referidos dispositivos evidenciam uma “dicotômica atenção do legislador, que, por um lado, não perde de vista o interesse jurídico dos sucessores com direito à *legítima*, mas, por outro, não se limita a desconsiderar a derradeira vontade do legislador”⁵⁰.

⁴⁸ Diversamente, o direito romano considerava absolutamente incompatíveis as duas sucessões na mesma herança (*nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*). Vide: PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*, cit., p. 112.

⁴⁹ O *princípio da conservação do negócio jurídico* objetiva a proteção da expectativa das partes ante à impossibilidade de geração de efeitos do negócio jurídico, em virtude de sua invalidade integral ou parcial. Nesse sentido, se considera sem efeito o que não tem aptidão para produzir efeitos jurídicos, conservando-se o negócio celebrado. São exemplos do princípio em comento a orientação do art. 137 do Código Civil, que estabelece como não escrito o encargo ilícito ou impossível (salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico), e o art. 1.910 do mesmo diploma, segundo o qual a ineficácia de uma disposição testamentária apenas importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador.

⁵⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões* (coord. Everaldo Cambler). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6, p. 342.

1.2.2 SUCESSÃO A TÍTULO UNIVERSAL E SINGULAR

A segunda classificação da sucessão, que nos interessa analisar, diz respeito aos seus *efeitos*, critério pelo qual a sucessão pode ser a *título universal* ou a *título singular*. Na primeira delas, o herdeiro recebe a totalidade, uma quota-parte ou uma porcentagem da universalidade dos bens deixados pelo autor da herança, modalidade obrigatória na sucessão *legítima*, visto que a lei não outorga aos herdeiros direitos sucessórios sobre bens determinados da herança, pela patente impossibilidade de o legislador fazê-lo.

Referida universalidade diz respeito ao patrimônio global ou à esfera patrimonial de alguém, conjunto de todos os direitos e obrigações suscetíveis de apreciação pecuniária, o que designa uma unidade, independentemente dos bens que a compõem. Nesse sentido, Inocêncio Galvão Telles nos adverte que tal unidade é continente cujo conteúdo é mutável ao longo da vida, devido às próprias forças expansiva e atrativa que o patrimônio ostenta⁵¹.

Assim, têm os herdeiros descritos pela lei *direito eventual*⁵² à transmissão, em razão da morte, do patrimônio como unidade, como invólucro que contém todos os bens e direitos, de maneira que parte ideal desta *universitas*

⁵¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 35-36.

⁵² A aquisição de direitos pode ser *atual*, nas hipóteses nas quais o direito se incorpora automaticamente ao patrimônio do adquirente, ou pode ser *futura*, se a aquisição do direito não se opera imediatamente por depender de uma conduta do sujeito, de uma condição, de um fato ou de um prazo. Nesse sentido, Maria Helena Diniz aponta que o *direito eventual*, modalidade de aquisição *futura*, é aquele no qual resta evidenciada a “falta de um elemento básico protegido pela norma jurídica”, o que, na sucessão *legítima*, corresponde à morte do autor da herança. É preciso lembrar que o *direito eventual* não se confunde com a *expectativa de direito*, própria da sucessão *testamentária*, que corresponde à possibilidade da aquisição de um direito. A este respeito, Orlando Gomes ensina que se trata de uma situação jurídica preliminar, diante da ocorrência de fatos idôneos à aquisição que, entretanto, dependem da ocorrência de outros que ainda não aconteceram, que se constituem verdadeiros requisitos necessários para o advento da aquisição. Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 372; GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 125.

lhes será transferida. Por outro lado, na sucessão a *título singular*, aquele que recebe a herança, ou seja, o beneficiário, denominado *legatário*, recebe coisa certa e determinada, o legado. Esta sucessão “respeita não ao patrimônio como unidade, mas a elementos positivos ou negativos que dele são destacados”⁵³ e, por esta razão, sua origem apenas se constitui por meio de disposição testamentária.

Nada impede, no entanto, a concomitância das sucessões a *título universal e singular*, se o testador concede legados por meio do negócio jurídico apropriado e deixa bens excluídos da disposição, sobre os quais recairão as normas de sucessão *legítima* e, conseqüentemente, serão transmitidos em sua universalidade, total ou parcialmente.

Das considerações postas, verifica-se que os sucessores chamados a receber legados da herança, ou seja, coisas certas e determinadas, são os *legatários*, ao passo que os chamados a receber a totalidade ou parte ideal de uma universalidade de bens são denominados *herdeiros*.

Na diferenciação entre ambos, vale mencionar a observação feita por Eduardo Zannoni, para o qual o *legatário* é apenas um beneficiário da atribuição de certos bens por testamento, mas jamais se confunde com o *herdeiro*, pois aquele não sucede na posição jurídica do falecido, nem tão pouco dá continuidade às suas titularidades transmissíveis. Ao contrário, a sucessão do *herdeiro* se estende a toda uma situação objetiva de interesses que envolvem dívidas, inúmeras situações de fato e possibilidades de modificação jurídica, sendo que o *herdeiro* adquire como *consequência* do suceder, ao passo que o *legatário* o faz como *causa* do suceder⁵⁴.

Cumprido notar que os *herdeiros* podem ser contemplados pelo testamento (*herdeiros testamentários* ou *instituídos* ou *por contrato*) ou pela lei (*herdeiros legítimos*).

Podem ser ainda os herdeiros *necessários* ou *facultativos*.

Herdeiros *necessários* ou *legitimários* são aqueles previstos no art. 1.845 do Código Civil, quais sejam, os descendentes, os ascendentes e o

⁵³ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 36.

⁵⁴ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 58-59.

cônjuge do autor da herança, sendo certo que cabe a todos eles, ao menos, parcela mínima de metade da herança, sobre a qual inexistente liberdade de disposição através de testamento, constituindo parte indisponível do acervo dos bens hereditários. Dessa maneira, os herdeiros *necessários* não podem ser afastados completamente da sucessão, exceto nos casos de deserdação ou indignidade⁵⁵.

Na Argentina, os herdeiros *necessários* são denominados herdeiros *forzosos*⁵⁶ ou *legitimarios*, sendo que seu art. 3.714 os define e delinea a porção *legítima* que cabe a eles:

Art. 3.714 Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación.

Neste ordenamento, como no brasileiro, cabe reserva aos descendentes do *de cuius* (legítimos ou adotados), aos seus ascendentes (legítimos ou adotantes), bem como ao cônjuge. No entanto, a conjugação dos arts. 3.593 a 3.595 do Código argentino dispõe sobre porções diferenciadas de reserva, em comparação com a brasileira.

Do mesmo modo, o Código Civil português prevê os mesmos sucessores em seu art. 2.157. Também diferindo da lei brasileira, o Código luso estabelece porções variadas da *legítima* nas diversas hipóteses de concorrência entre os sucessores *legitimários* ou *necessários*.

A mesma proteção a referidos sucessores ocorre no Código Civil italiano, que estabelece em seus arts. 536⁵⁷ e ss. a reserva legítima que já aponta

⁵⁵ RODRIGUES. Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7, p. 123.

⁵⁶ Eduardo Zannoni critica como imprópria a denominação *forzosos*, utilizada pela lei ao se referir aos herdeiros que detêm a reserva legítima, visto que nenhuma pessoa é forçada a ser herdeira contra a sua vontade, ao contrário do que ocorria com os *sui et necesarii*, no direito romano. Vide: ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1982, t. II, p. 186.

⁵⁷ Art. 536 *Legittimari*

Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli legittimi, i figli naturali, gli ascendenti legittimi.

Art. 536 Legítima

frações protegidas, as quais encontram correspondência com as porções previstas na ordem de vocação hereditária italiana.

Em moldes semelhantes, no Uruguai, além da reserva em favor do cônjuge, dos ascendentes e dos descendentes, os arts. 870 e ss. do seu Código Civil ordenam a reserva da quota indisponível para garantir o adimplemento das obrigações alimentares do falecido.

No Brasil, ressalte-se que, de acordo com o Código Civil de 1916, pela leitura dos seus arts. 1.721 a 1.725, apenas eram considerados herdeiros *necessários* os ascendentes e os descendentes, podendo o cônjuge ser excluído da sucessão caso o testador não o contemplasse, visto que era herdeiro legítimo *facultativo*.

Dessa forma, os herdeiros *facultativos* são aqueles que não têm seguramente parte da herança a eles reservada, podendo facilmente ser afastados da sucessão, desde que o testador não os contemple na disposição de última vontade, segundo sugestão do próprio art. 1.850 do Código Civil. Da conjugação deste dispositivo e dos arts. 1.829 e 1.790, todos do mesmo diploma legal, infere-se que são herdeiros *facultativos* os colaterais até 4º grau do autor da herança, bem como o companheiro deste, ainda que tenha constituído união estável em atenção aos requisitos legais existentes.

Tal situação do companheiro supérstite se verifica pela simples leitura do art. 1.845 do Código Civil, podendo ele ser afastado da sucessão por iniciativa legítima do falecido, através de testamento válido que não o contemple⁵⁸.

As pessoas a favor das quais a lei reserva uma quota da herança ou outros direitos na sucessão, são os filhos legítimos, os ascendentes legítimos, os filhos naturais e o cônjuge (tradução livre da autora).

⁵⁸ Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Maria Helena Daneluzzi. Vide: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*, v. XXI, cit., p. 64; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Método, 2007, v. 6, p. 252; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*, cit., p. 152; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*: de

Apesar de ser clara a previsão, há quem defenda que o art. 1.845 deveria ser interpretado não em sua literalidade, preso em sua enumeração, mas alinhado ao contexto no qual está inserido, sem perder de vista o conceito de família⁵⁹. Nesse sentido é o entendimento de Maria Berenice Dias⁶⁰, que identifica no artigo em comento flagrante discriminação entre cônjuges e companheiros.

Do mesmo modo, Euclides Benedito de Oliveira entende que o direito à *legítima*, ostentado pelo cônjuge, merece extensão ao companheiro, “pela relevância da união estável como forma adicional de constituição de família”⁶¹.

Também para Giselda Hironaka, não haveria motivo para não se equiparar o tratamento do cônjuge e do companheiro na proteção da *legítima*, o que “seria de bom alvitre em face das disposições constitucionais a respeito da equivalência entre o casamento e a união estável”⁶².

A despeito de todas as críticas acima postas, com relação ao suposto tratamento discriminatório entre a disciplina da sucessão do cônjuge e do companheiro supérstites, parece sensato acolher o entendimento de Maria Helena Diniz, segundo o qual o art. 226, §3º da Constituição Federal⁶³

acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2004, p. 166.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* : direito das sucessões, cit., p. 147 e 150.

⁶⁰DIAS, Maria Berenice. *A união estável*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=766&isPopUp=true> Acesso em 22-09-2009.

⁶¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças*, cit., p. 188.

⁶² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>> Acesso em 22-09-2009.

⁶³ De acordo com o §3º do art. 226 da Constituição Federal, “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Cumpre transcrever a observação do Ministro Barbosa Moreira, sobre o dispositivo em apreço: *A norma do §3º (do art. 226), de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desapercibido por completo a*

reconheceu a união estável como entidade familiar, mas, em tempo algum, a equiparou ao casamento, visto que claramente objetivou estimular a conversão de uniões informais em casamento, razão pela qual não necessariamente seriam constatados os mesmos efeitos jurídicos entre os institutos analisados⁶⁴.

Com fundamento na observação constitucional dos institutos, chega-se à inevitável conclusão de que a inexistência de previsão do companheiro como herdeiro *necessário* no art. 1.845 em nada promove tratamento discriminatório, mas sim respeita as notórias diferenças existentes as entidades familiares em apreço⁶⁵.

De qualquer forma, é preciso mencionar que Orlando Gomes nos lembra que a existência de herdeiros *facultativos* não impede a disposição da totalidade dos bens pelo testador, mas, falecendo o autor da herança sem deixar manifestação de última vontade, tais “herdeiros são chamados a suceder sucessivamente”, pois são herdeiros *legítimos*⁶⁶.

Assim, muito embora o art. 1.845 do Código Civil não faça previsão do companheiro e dos colaterais como herdeiros *necessários*, de qualquer forma estes ostentam título sucessório previsto em lei e, por esta razão, têm legitimidade ativa para o ajuizamento das ações que objetivam a tutela de seus interesses, se constatada capacidade sucessória. Portanto, preteridos por alguma razão neste convite da lei, exceto se afastados por testamento, podem

diferença entre união estável não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessário e inconcebível a conversão (Ap. 1.123/911, TJRJ, Ac. un. Da 5ª CC, 06/08/1991, Rel. Des. Barbosa Moreira).

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5, p. 402.

⁶⁵ Jurisprudencialmente, prevalece o entendimento de que o companheiro não é herdeiro necessário: *CIVIL. TESTAMENTO. Se não houver herdeiros necessários (ascendentes ou descendentes), o companheiro pode, em testamento, dispor livremente de seus bens; a companheira só tem o direito de reclamar a meação, não o direito que resultaria da condição de herdeira* (STJ, 3ª T., Resp 191393-SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 20/08/2001, DJ 29/10/2001).

⁶⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14 ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 e a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 41.

tanto o companheiro como os colaterais se valer das ações cabíveis para a defesa de seus direitos sucessórios.

1.3 OBJETO: HERANÇA E LEGADO

Inegavelmente, a herança se constitui o objeto da sucessão *causa mortis* e um pedido mediato⁶⁷ da ação de petição de herança, futuramente investigada neste trabalho.

Clóvis Beviláqua adverte sobre a necessidade de não se confundirem os vocábulos *herança* e *sucessão*, equívoco recorrente desde as fontes romanas, visto que *sucessão*, no sentido subjetivo, corresponde ao direito de herança e, no sentido objetivo, o acervo de bens que compõem a *herança*, de maneira que o autor aconselha o uso da palavra *sucessão* para se referir ao direito e *herança* para fazê-lo com relação ao acervo hereditário⁶⁸.

Da mesma forma, se constitui importante notar que a herança não se confunde com a noção isolada de patrimônio, o qual, como já mencionado anteriormente, corresponde à totalidade das relações econômicas de uma pessoa, à “projeção da personalidade jurídica do homem sobre seus bens”⁶⁹, mas designa o patrimônio deixado ao morrer.

Não de menor importância é a lição de Itabaiana de Oliveira, que alerta para o duplo emprego da palavra *herança* em sentido *lato* e *restrito*:

“I – No sentido *lato*, a herança é uma universalidade de direito (*universitas juris*), existindo mesmo sem objetos materiais que a componham, consistindo em meros direitos e podendo, até, liquidar-se em encargos, e por isso não se confunde com a universalidade de fato (*universitas facti*), que é o complexo de

⁶⁷ O pedido mediato se refere ao bem da vida pleiteado pelo autor na ação, sendo que seu pedido imediato deve corresponder à solicitação da providência jurisdicional. Vide: DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, t. I, p. 329.

⁶⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 15.

⁶⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 15.

coisas determinadas por quantidade, qualidade, número, medida ou por outra qualquer indicação específica, como o lugar, a natureza do objeto, etc. Neste sentido próprio e técnico, diz-se que a herança é uma universalidade de direito, enquanto que o legado é uma universalidade de fato. Assim, a herança compreende a universalidade de todos os direitos ativos e passivos, de todos os bens móveis, imóveis e semoventes, tais quais existiam ao tempo da morte do *de cuius*. Neste sentido lato, a palavra *herança* é sinônimo: de *sucessão*, *monte mor*, *acervo comum*, *espólio* e *monte da herança*. II – No sentido restrito, a herança só compreende os bens *partíveis*, também chamados *alodiais*, indicando o patrimônio enquanto objeto da transmissão ao herdeiro, ou como objeto do direito hereditário propriamente dito. Assim, somente após a dedução do passivo devido aos credores, é que há *herança* propriamente dita e, conseqüentemente, quando os herdeiros e legatários poderão receber, mediante partilha, as suas heranças e legados. Neste sentido restrito, a palavra *herança* é sinônima de: *monte partível*, *quinhão hereditário*, *quota hereditária*, *legítima*, etc.⁷⁰

De qualquer forma, a despeito da sobredita diferenciação, parece prevalecer na doutrina o senso comum de que, conforme a definição de Clóvis Beviláqua, a herança corresponde ao “patrimônio observado no momento de sua passagem de um proprietário, que falece, para outro, que lhe toma o lugar”⁷¹, unidade jurídica na qual estão compreendidos tanto bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, fungíveis e infungíveis, quanto direitos, ações e obrigações.

De fato, estes últimos apenas experimentam transmissão para os herdeiros se não se extinguem em decorrência da morte do seu titular⁷², sendo

⁷⁰ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. II, p. 59-60.

⁷¹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 16.

⁷² Ao contrário da previsão do Código Civil brasileiro, o diploma português é expresso ao determinar, em seu art. 2.025, que não se constitui objeto de sucessão as relações jurídicas que se extinguem por morte do respectivo titular, seja por força de lei, pela sua natureza ou por vontade do titular, no caso de direitos renunciáveis.

suscetíveis de separação deste, razão pela qual correspondem a direitos transmissíveis que, em regra, são aqueles de cunho exclusivamente patrimonial⁷³.

Por outro lado, excluem-se da herança, em geral, as relações jurídicas de caráter pessoal, desprovidas de conteúdo patrimonial e não avaliáveis economicamente.

Alguns dos direitos pessoais intransmissíveis são os direitos da personalidade. Em virtude desta categoria de direitos não satisfazer necessidades alheias, mas apenas as próprias de seu titular⁷⁴, não são passíveis de cessão, muito embora, registre-se, existam no ordenamento algumas exceções a tal assertiva como, por exemplo, a transmissão dos direitos patrimoniais do autor, além de alguns dos seus direitos morais aos seus sucessores, nos termos do §1º, art. 24 da Lei n. 9.610/98 e do parágrafo único do art. 12 do Código Civil.

Outros direitos pessoais são intransmissíveis pelo fato de que apenas o seu titular pode decidir pelo seu exercício ou não exercício⁷⁵ como, por exemplo, o direito de revogar uma doação por ingratidão, de deserdar alguém ou de promover a investigação de sua origem genética.

Do mesmo modo, são intransmissíveis os direitos que não têm existência mais longa do que o seu titular, porque não se deseja que a pessoa que está onerada pelo direito o fique indeterminadamente⁷⁶. É o caso do usufruto, direito real temporário que se extingue com a morte do seu titular (art. 1.410 do Código Civil), não sendo passível de transmissibilidade *mortis causa*, muito embora o seja na modalidade *inter vivos* (art. 1.393 do Código Civil)⁷⁷.

⁷³ Pontes de Miranda adverte que nem todos os valores patrimoniais são transmissíveis. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial (direito das sucessões)*, t. LV, cit., p. 186.

⁷⁴ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 68.

⁷⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 73.

⁷⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 74.

⁷⁷ A respeito do usufruto, defendem sua intransmissibilidade *causa mortis* Maria Helena Diniz, Orlando Gomes, Ney de Mello Almada, Inocêncio Galvão Telles e Pontes de Miranda. Maria Helena Diniz lembra que o usufruto sucessivo (comum nas antigas Ordenações), que era aquele instituído a favor de uma pessoa e transferido a terceiro quando da morte do beneficiário não mais é admitido em nosso Direito, por força do inciso I, do art. 1.410 do Código Civil. A autora lembra

Com relação à transmissão das obrigações, por óbvio, aquelas de cunho personalíssimo (*intuitu personae*) se extinguem com a vida e, portanto, não são passíveis de continuidade pelo sucessor, em virtude de sua natureza pessoal, que leva em conta a individualidade do seu titular.

No tocante à natureza da herança, Orlando Gomes adverte que esta não se confunde com pessoa jurídica e assinala que ela se constitui objeto de direito, sendo “coisa, classificada entre as *universalidades de direito – universum jus, universa bona*” e que “forma-se de um complexo de relações jurídicas, não se confundindo com as *universalidades de fato* que se compõem de coisas especificamente determinadas”⁷⁸.

Por certo, o fato de o conjunto de bens e direitos, objeto da sucessão, ser considerado, para efeitos legais, bem imóvel (art. 80, II, do Código Civil), evidencia uma ficção legal que independe da averiguação da qualidade dos bens que compõem a herança. Com efeito, a imobilidade jurídica, e não obviamente da natureza da herança, gera consequências de relevo, tais como a exigência de escritura pública para se operar a sua cessão (art. 1.793 do Código Civil), e de outorga conjugal para a demanda judicial (art. 10 do Código de Processo Civil).

Cumprido notar ainda, que a herança se considera indivisível até a partilha, o que pode ser constatado através da leitura art. 1.791 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.791 A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

ainda da possibilidade, em nossa atual sistemática (art. 1.411), da instituição de usufruto *simultâneo* ou *conjunto*, por meio do qual é constituído o usufruto em favor de duas ou mais pessoas e, falecendo uma delas, seriam acrescidos os quinhões dos usufrutuários sobreviventes, mediante expressa disposição *inter vivos* do nu-proprietário nesse sentido. Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4, p. 418-419.

⁷⁸GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 7.

Disposições semelhantes ao sobredito artigo, no direito comparado, evidenciam o referido caráter de indivisibilidade, tais como o § 1.922 do Código alemão⁷⁹, que determina a transferência do patrimônio como um todo aos herdeiros e os arts. 3.449 e ss. da lei argentina, que reafirmam o estado indiviso da herança.

Segundo Luiz da Cunha Gonçalves, se o autor da herança deixa dois ou mais herdeiros, sejam eles legítimos ou testamentários, forma-se uma situação jurídica denominada *indivisão hereditária*, que somente se extingue com a partilha do acervo. Lembra o autor que a *indivisão* se distingue da copropriedade porque o objeto daquela é uma universalidade jurídica e o desta corresponde a coisas determinadas. Ademais, a situação daquela é precária e provisória, enquanto que a desta é suscetível de durar, por convenção, por largo tempo⁸⁰.

Da indivisibilidade da herança irradiam-se inúmeros efeitos, dentre os quais a ineficácia da cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente, e da disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade (art. 1.793, §§ 2º e 3º do Código Civil).

Em observância ao presente estudo da petição de herança, destaca-se como importante efeito da indivisibilidade a origem da notória prerrogativa do herdeiro “de reclamar a herança inteira, de quem quer que

⁷⁹ § 1922 *Gesamtrechtsnachfolge*

1. *Mit dem Tod einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.*

2. *Auf den Anteil eines Miterben (Erbteil) finden die sich auf die Erbschaft beziehenden Vorschriften Anwendung.*

§ 1922 Sucessão

1. Com a morte de uma pessoa (abertura da sucessão) transfere-se o patrimônio (herança) como um todo a uma ou várias pessoas (herdeiros).

2. À quota de um co-herdeiro (quinhão hereditário) encontram aplicação as disposições referentes á herança (tradução livre da autora).

⁸⁰ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, v. X, 1935, p. 464-466.

injustamente a possua, sem que essa pessoa possa defender-se alegando o caráter parcial do direito do reivindicante”⁸¹.

Nesse sentido, prevê o art. 1.825 do Código Civil que “a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários”⁸².

Por derradeiro, precioso se faz notar que o legado também pode ser objeto da sucessão, tipicamente da *testamentária*, e corresponde ao “bem, ou o conjunto de bens certos e determinados, integrantes da herança, deixados pelo testador para alguém”⁸³.

Dessa forma, como já foi explicitado, se o autor da herança destina bens determinados por meio do negócio jurídico adequado, seja por testamento ou por codicilo, temos o legado, sendo certo que o beneficiário da liberalidade em comento é o legatário, que é sucessor a *título singular*.

Já se comentou sobre as diferenças existentes entre herança e legado, ambos objetos da sucessão: enquanto que a herança, objeto da sucessão *legítima* ou *testamentária*, incide na totalidade dos bens deixados pelo autor da herança, o legado, próprio da sucessão *testamentária*, recai obrigatoriamente sobre coisa certa e determinada⁸⁴.

A este respeito, Galvão Telles afirma que a distinção entre herança e legado “se encontra no coração do direito sucessório” e dela se irradiam projeções e repercussões⁸⁵.

Uma delas, de grande relevância, será demonstrada ainda neste trabalho, quando da delimitação dos objetos das tutelas de petição de herança e reivindicatória.

⁸¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 24.

⁸² *Qualquer dos co-herdeiros pode reclamar de quem indevidamente possua a herança* (STJ, 3ª T., Resp 96057-MG, Rel. Min. Milton Naves, j. 17/12/1998, DJU 22/03/1999).

⁸³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 7.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 301.

⁸⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 161.

1.4 ABERTURA DA SUCESSÃO E TRANSMISSÃO DA HERANÇA

Finda a existência da pessoa natural, obviamente pelo evento da morte (art. 6^a do Código Civil), ocorre a abertura da sucessão, fato que faz surgir o direito sucessório e opera a transmissão dos bens e dos direitos outrora pertencentes ao *de cuius*, sub-rogando-se os herdeiros “na condição jurídica do finado”⁸⁶.

De fato, a morte se constitui pressuposto essencial para a abertura da sucessão, sendo que a legislação pátria não contempla em hipótese alguma a possibilidade de sucessão de pessoa viva, ao proibir expressamente os pactos sucessórios ou *pacta corvina*⁸⁷.

Dessa maneira, a sucessão é aberta no exato instante da morte do autor da herança, e não se confunde com a abertura do inventário, que pode ou não ocorrer, mas que a lei prevê um prazo de ajuizamento a contar da abertura da sucessão (arts. 1.796 do Código Civil e 983 do Código de Processo Civil), sob pena de incidência de multa quando do pagamento do devido imposto *causa mortis*.

Em conformidade com o atual diploma codificado, é logo no momento da abertura da sucessão, também denominada *delação* ou *devolução sucessória*, como visto deflagrada com a morte do autor, que o domínio e a posse da herança transmitem-se aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do Código Civil), independentemente de qualquer formalidade e da ciência ou não dos herdeiros sobre o ocorrido.

Assim, com a morte, transmite-se desde logo a herança, previsão notadamente inspirada pelo *princípio da saisine* ou *droit de saisine*⁸⁸, que atende

⁸⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 20.

⁸⁷ Conforme previsão do art. 426 do Código Civil, “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

⁸⁸ Pontua Rui Ribeiro de Magalhães que a *saisine* surgiu no direito francês com a finalidade de se opor ao regime feudal até então existente, o qual destinava a herança do servo ao senhor feudal, sendo que os herdeiros apenas teriam acesso a ela mediante certo pagamento. Vide:

à regra *le mort saisit le vif* (o morto transmite ao vivo), correspondendo a uma ficção jurídica que tem a finalidade de dar a “necessária continuidade na titularidade das relações jurídicas deixadas pelo falecido, que não podem ficar acéfalas”⁸⁹.

Pelo princípio em comento, logo após a morte, os herdeiros assumem a titularidade jurídica do *de cuius*, tendo eles a propriedade e a posse indireta da herança (a posse direta ostentada pelo inventariante⁹⁰), sem a necessidade de maiores formalidades e podem proceder à administração do patrimônio e à percepção de seus eventuais frutos e rendimentos.

A esse respeito, nos dizeres de Pontes de Miranda, “herdeiro não pede imissão de posse, porque posse ele tem”⁹¹.

É certo que o direito de *saisine* constitui-se sucessivo, indivisível entre os chamados a suceder, prerrogativa individual do herdeiro, e de ordem pública, visto que não pode ser afastado⁹².

Nesse sentido, a aceitação da herança (arts. 1.804 e ss. do Código Civil), que pode ser expressa, feita por escrito, ou tácita, constatada por atitudes do herdeiro que evidenciam a sua inclinação na aquisição da herança, é ato meramente confirmatório, pelo qual se torna definitiva a transmissão dos bens hereditários.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de direito das sucessões*. Leme: Editora de Direito Ltda, 2001, p. 25.

⁸⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 43.

⁹⁰ De acordo com a lei civil, o inventariante é aquele que exerce um *munus publico*, concernente em administrar o espólio até a partilha (art. 1.991 do Código Civil). Uma vez assinado o compromisso, a esta figura é conferida a posse direta dos bens da herança. Maria Helena Diniz observa que tanto os herdeiros quanto o inventariante são possuidores simultâneos, sendo que a posse de um não anula a do outro, nos ditames do art. 1.197 do Código Civil, de maneira que ambos podem ajuizar interditos possessórios. Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 34 e 35.

⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial (direito das sucessões)*, t. LV cit., p. 17.

⁹² MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de direito das sucessões*, cit., p. 25.

De igual modo, deixa claro o legislador argentino que o herdeiro, ainda que desconheça o deferimento da herança, é proprietário dela desde a morte do *de cujus*, em clara confirmação da aplicação do *principio da saisine*:

Art. 3415 Dada la posesión judicial de la herencia, tiene los mismos efectos que la posesión hereditaria de los descendientes o ascendientes, y se juzga que los herederos han sucedido inmediatamente al difunto, sin ningún intervalo de tiempo y con efecto retroactivo al día de la muerte del autor de la sucesión.

Art. 3420 El heredero, aunque fuera incapaz, o ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión.

Sobre este verdadeiro pressuposto da sucessão argentina, Eduardo Zannoni explica as sobreditas previsões, asseverando que:

“Quiere decir esto que la adquisición de la herencia se produce e, mejor aún, se atribuye por la ley, ipso iure, de pleno derecho al heredero desde el momento en que el causante ha fallecido

(...) mediante esta atribución jurídica se reputa que el patrimonio del causante no ha dejado de tener titular en ningún momento, o, lo que es lo mismo, que los bienes no se han tornado, por efecto del fallecimiento, en bienes sin dueño o titular (res nullius), con toda la secuela de consecuencia que ello aparejaría”⁹³.

No entanto, cumpre notar que nem todos os ordenamentos jurídicos adotam a *saisine* na transmissão *causa mortis* de bens.

No direito português, a aquisição da herança só se dá pela sua aceitação, condição sem a qual a transmissão não se opera, o que é evidenciado no art. 2.050 do Código Civil:

1. O domínio e a posse dos bens da herança adquirem-se pela aceitação, independente da sua apreensão material.
2. Os efeitos da aceitação retrotraem-se ao momento da abertura da sucessão.

⁹³ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 84.

De igual maneira, o direito espanhol tem na aceitação condição imprescindível, muito embora se detectem certas divergências na doutrina e jurisprudência do referido país, fato que provavelmente decorre da previsão do art. 657 do Código espanhol, o qual apenas dispõe que “*los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*”.

Por fim, com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, é preciso notar que o princípio da *saisine* traz importantes e inarredáveis consequências na constatação dos direitos que nascem em virtude da morte.

Uma delas diz respeito ao âmbito da aplicação das leis que regulam os direitos sucessórios, haja vista a previsão constante do art. 1.787 do Código Civil, segundo a qual a sucessão é regida pelas normas vigentes ao tempo da abertura da sucessão, o que evidencia que a morte opera efetivamente a transferência de direitos e obrigações.

Clóvis Beviláqua ainda acrescenta outros efeitos da *saisine*. Dentre eles, destacam-se três decorrentes da investidura da posse civil, quais sejam, a desnecessidade de o herdeiro pleitear judicialmente a imissão na posse dos bens que compõem o acervo hereditário, a possibilidade de o sucessor, como possuidor legítimo, promover interditos possessórios adequados para defesa da posse, bem como conferir continuidade àqueles ajuizados em vida pelo *de cujus*. Outro efeito decorre de princípio geral da sucessão, segundo o qual ainda que o herdeiro tenha falecido sem aceitar herança por desconhecer sua condição sucessória, a mesma é transmitida aos seus sucessores, a menos que se trate de instituição com condição suspensiva não satisfeita⁹⁴.

No estudo da petição de herança, como já se comentou e se verá ainda neste trabalho, a *saisine* opera o interessante efeito relativo à patente possibilidade de o herdeiro pleitear, isoladamente, a totalidade da herança.

⁹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 25-26.

2. DIREITO À HERANÇA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Desde os primórdios da civilização humana constata-se a possibilidade de transmissão de bens pela morte, fato que não ocorria, obviamente, em agrupamentos humanos comunitários que não conheciam a propriedade privada dos bens, sobretudo em virtude do caráter nômade de suas tribos. Nesse sentido, nos ensina Itabaiana de Oliveira:

“Enquanto a propriedade permanece em comum a toda uma ‘tribu’ não podemos fallar de sucessão a respeito della; porque, passando os indivíduos, substituindo-se os chefes, mantinham-se, entretanto, debaixo do poder da collectividade, o solo, os campos e os rebanhos”⁹⁵.

Já nas sociedades nas quais a propriedade familiar existia, e se constituía fundamental a continuidade do culto doméstico, como ocorria em Roma, na Grécia e na Índia, a sucessão operava-se por razões religiosas, substituindo-se o falecido apenas na condução dos cultos em comento, mas não se operando a transmissão de bens.

A este respeito, Fustel de Coulanges identifica nas famílias antigas a impossibilidade de dissociação entre o cuidado do culto e a sucessão, de maneira que, tanto no direito grego como no romano, não era possível a aquisição da propriedade isolada do culto, tampouco o culto poderia ser concebido fora da propriedade⁹⁶.

Esta é a razão pela qual não cabiam aos filhos do falecido aceitar ou repudiar a herança (a continuação da propriedade e do culto ocorria *ipso jure* com a morte, sendo considerada uma verdadeira obrigação), e às filhas não era

⁹⁵ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das sucessões*: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil, cit., p. 22.

⁹⁶ FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 69.

outorgado o direito de herdar em momento algum, no direito grego, ou se casadas, no direito romano, uma vez que estas não eram consideradas aptas para a continuação da religião paterna, pois ligadas ao culto do esposo⁹⁷.

Assim, resta evidenciado que, nesse momento da história do homem, a sucessão cumpria papel de grande importância, mas apenas para atender à mencionada finalidade de administração dos cultos e dos bens, em nada podendo se falar em transmissão de patrimônio.

É por este motivo que Orlando Gomes observa que a evolução do direito à herança importa, sobretudo, a partir do direito romano, notório influenciador do direito sucessório pátrio⁹⁸.

No direito romano, havia grande respeito à sucessão *testamentária*⁹⁹ sendo que, apenas se inexistisse manifestação de última vontade (as sucessões *testamentária* e *ab intestato* eram consideradas incompatíveis¹⁰⁰), se dava a sucessão *ab intestato*, nos termos da lei, a qual se destinava aos cidadãos romanos (*jus civile*), excluindo-se os estrangeiros.

Uma vez que se constitui extensa a história do direito romano e, por esta razão, as questões de direito sucessório tenham sofrido variações

⁹⁷ Fustel de Coulanges admite a falta de registros romanos a respeito do direito à herança da filha solteira, mas acredita que esta não era privada formalmente de sua parte da herança. Apesar disso, o autor supõe que, na prática, a filha encontrava uma série de dificuldades que seriam obstáculos à livre administração da herança, sendo mais assemelhada a uma situação de usufruto, pois a filha ficava sob a tutela de seu irmão e não podia testar ou alienar seus bens sem a autorização deste. Vide: FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*, cit., p. 71.

⁹⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 3.

⁹⁹ Fustel de Coulanges lembra que, primitivamente, o testamento não era reconhecido, visto que tal prática conflitava com as crenças religiosas, pois estas, como já visto, se constituíam a base do direito de propriedade e do direito sucessório. Sendo a propriedade ligada à família e inerente aos cultos, era absolutamente incompatível a possibilidade de transmiti-la e se correr o risco de desligá-la do âmbito familiar. O autor considera obscura a questão do testamento em Roma, mas admite a sua previsão, ainda que modesta, no sistema das XII Tábuas. Vide: FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*, cit., p. 79 e 80.

¹⁰⁰ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, cit., p. 418.

conforme o período analisado, os doutrinadores costumam segmentar os lapsos temporais que apresentam certa similitude na evolução dos institutos¹⁰¹.

Dessa maneira, poderia o direito sucessório romano ser discriminado nos seguintes sistemas: sistema das XII Tábuas, sistema do direito pretoriano, sistema do direito imperial e sistema de Justiniano.

No direito da Lei das XII Tábuas (*Legis XII Tabularum* ou *Lex Decenviralis*), o *pater familias* possuía absoluta liberdade de dispor de seus bens para depois da morte.

Neste mesmo período, eram previstas três classes de herdeiros legítimos, quais sejam, os *sui heredes*, os *agnati* e os *gentiles*, chamados caso inexistisse disposição de última vontade, e em sistemática de exclusão das classes mencionadas¹⁰².

Os primeiros chamados a suceder eram os *sui heredes* ou *heredes sui et necessarii*, os quais ostentavam direito sucessório em caráter prioritário e obrigatório, pois estavam sob a dependência jurídica e patrimonial do *pater familias*. Tais sucessores correspondiam aos filhos sob pátrio poder (atual poder familiar)¹⁰³, à esposa sob o poder marital (herdava *loco filiae*) e aos netos, caso os filhos fossem pré-mortos (representação). Referidos herdeiros se tornavam *sui iuris* com a morte do *pater familias*.

Na falta dos herdeiros mencionados, eram chamados os *agnati* (*si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habento*), compreendidos os colaterais de origem paterna, sendo que os chamados a suceder seriam os mais próximos ao falecido (*agnatus proximus*). Se distinguiam

¹⁰¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I, p. 68.

¹⁰² CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, cit., p. 442.

¹⁰³ Não há suficiente comprovação de que pudesse efetivamente ter existido, em Roma, qualquer previsão que demonstrasse um tratamento diferenciado para a sucessão do primogênito, ao contrário do direito grego, no qual restava patente a superioridade natural do deste filho, sendo que apenas este herdava. Vide: FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*, cit., p. 82 a 84.

do *cognatus*, parente colateral de origem materna, alheio ao tronco exclusivamente paterno do *de cuius*¹⁰⁴.

Inexistentes *agnati*, eram chamados a suceder os *gentiles* (*si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*), que eram os agregados e membros da mesma *gens* (família no sentido lato ou amplo), de parentesco mais longínquo, desconhecendo-se os pormenores das condições nas quais estes eram chamados a suceder¹⁰⁵.

No direito pretoriano é possível identificar certa mudança, que surgiu na tentativa de acompanhar a modificação da estrutura familiar romana. Neste período passou a ter mais importância a vínculo consanguíneo¹⁰⁶, dando origem a outro sistema sucessório denominado *bonorum possessio* (Digesto, 37, 1, fr. 3, § 2), criado pelos magistrados romanos, que viria a coexistir com a herança civil.

Nesta fase, passou-se a admitir como herdeiros outros descendentes do falecido, além dos colaterais maternos, surgindo quatro ordens de herdeiros pretorianos (*bonorum possessor*): *liberi*, *legitimi*, *cognati* e *cônjuge sobrevivente*¹⁰⁷.

Os *liberi* compreendiam tanto os *sui heredes* do direito anterior, já mencionados, quanto os *emancipati*, filhos não submetidos ao pátrio poder, entrando notadamente em choque o direito pretoriano com o direito civil até então existente.

Os *legitimi* eram todos os herdeiros legítimos, sendo preteridos os mais remotos em razão da existência de mais próximos.

¹⁰⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 272.

¹⁰⁵ CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*, cit., p. 444.

¹⁰⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, cit., p. 272.

¹⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, cit., p. 273.

Na falta destes últimos, eram chamados os *cognati* até o sétimo grau e, por fim, se não existissem ou não fossem encontrados qualquer dos herdeiros referidos, era chamado o cônjuge sobrevivente (*vir et uxor*).

No sistema do direito imperial, o direito sucessório evoluiu sobremaneira por sucessivas constituições imperiais e, em destaque, pelas reformas dos *senatusconsultos* Tertuliano e Orfitiano, pelas quais, respectivamente, se conferiu à “mãe um direito de sucessão *jure civili*, ab intestato, relativamente aos filhos”¹⁰⁸, e se determinou a sucessão de forma igualitária para os filhos legítimos e ilegítimos na sucessão da mãe, excluindo-se os *agnati*.

A última fase de mudanças no direito romano se deu no império de Justiniano, inaugurando o sistema Justinianeu. Neste sistema, o direito hereditário ganha completa reestruturação, passando a ser unificado o sistemas *ab intestato* do direito civil e do direito pretoriano, surgindo um novo sistema a partir das Novelas 118 e 127¹⁰⁹.

Também sofre profundas mudanças, a começar pela imposta limitação da liberdade de testar, devendo o testador deixar intacta uma parte de seus bens aos seus parentes mais próximos (*legítima*), em moldes semelhantes como se conhece atualmente a esfera patrimonial disponível do indivíduo.

Jefferson Daibert relata, sobre este aspecto, que:

‘Na defesa e preservação da própria família, o Direito romano, copiando o Direito grego, estabeleceu uma primeira restrição, um primeiro limite à liberdade de testar. Era uma quarta parte que deveria ser reservada aos parentes mais próximos do testador... Justiniano elevou aquela parte, chamada legítima, a um terço da

¹⁰⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, cit., p. 274.

¹⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, cit., p. 274.

sucessão, quando o sucessor tivesse quatro filhos. Era a garantia e preservação do patrimônio em benefício da família¹¹⁰.

Ainda neste período, alterou-se a ordem de vocação hereditária, chamando-se os herdeiros a suceder de ordem a ordem (*sucessio ordinum*), umas após as outras, do grau de parentesco mais próximo ao mais remoto (*sucessio graduum*): os descendentes (sem as distinções do antigo direito), os ascendentes, juntamente com irmãos bilaterais ou germanos; os irmãos e irmãs consanguíneos ou uterinos, os outros parentes colaterais (*agnati e cognati*), o cônjuge sobrevivente e o fisco.

Cumprir notar que, neste sistema, a Novela 53 criou a “quarta do cônjuge pobre”, pela qual, se a mulher restasse pobre e sem qualquer dote, teria o direito de concorrer com os herdeiros de qualquer categoria acima descrita, obtendo o usufruto sobre os bens da herança¹¹¹.

A evolução do direito sucessório continua no direito germânico, que desconhecia a sucessão *testamentária*.

Segundo John Gilissen, a sucessão dos germânicos demorou a se constituir, sendo que o costume inicial consistia em enterrar o morto juntamente com os seus bens ou queimá-los em conjunto¹¹².

Com o passar do tempo, os bens permaneceram em co-propriedade com a família, não sendo passíveis de transmissão até o advento da propriedade privada, momento em que, pela necessidade de manutenção dos

¹¹⁰ DAIBERT, Jefferson. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 10 *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

¹¹¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, cit., p. 275.

¹¹² GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macísta Malheiros. Fundação Calouste Gulbenkian. 3ª edição. Lisboa. 2.001, p. 677 e 678 *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: direito das sucessões, arts. 1.784 a 1.856* (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20, p. 6.

bens na mesma família, se iniciou a transmissão destes pela sucessão *ab intestat*¹¹³.

A sucessão se dava pelo sistema de parentelas, dando-se prioridade aos descendentes, em detrimento dos ascendentes, sem qualquer distinção entre agnados e cognados, restando delineada a patente escolha pelo critério único da consanguinidade. Dessa maneira, rejeita-se a afetividade, a qual se constitui obviamente o princípio motivador da disposição de última vontade que, como já mencionado, foi desconhecida por muito tempo pelos povos germânicos.

Com o advento do Cristianismo, Maine identifica que foram substituídos os sacrifícios sobre os túmulos pelas oferendas propiciatórias, que geralmente eram compostas por bens móveis do morto. Assim, as cortes eclesiásticas apoderavam-se destes bens antes da distribuição da herança, sob o pretexto de livrar o defunto do purgatório¹¹⁴.

É preciso mencionar que, do direito canônico, sobrevieram os preceitos de igualdade no tratamento das pessoas, especialmente em razão do sexo, inerente aos princípios cristãos de fraternidade, além da criação consolidada do instituto da representação, pelo qual os descendentes do pré-morto são chamados a suceder como se em seu lugar estivessem.

Em nosso direito pátrio, além do direito romano, conhecemos grande influência do direito germânico e do direito canônico na sua formação¹¹⁵.

O direito existente no período colonial brasileiro fora inicialmente determinado pelas antigas Ordenações do Reino, quais sejam, as Afonsinas (Código Afonsino, de 1446), as Manuelinas (1512) e as Filipinas (Código Filipino, de 1603), as quais vigoraram mesmo após a independência, visto que o governo imperial determinou, através da Lei de 20 de outubro de 1923, que se aplicassem

¹¹³ MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil: regimes matrimoniaux, successions et libéralités*. Paris: Éditions Montchrestien, 1972, t. 4, v. 2, p. 536.

¹¹⁴ SUMNER MAINE. *El antiguo derecho y la costumbre primitiva*, trad. espanhola, cap. 4º, p. 80 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, v. 1, cit., p. 26.

¹¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6, p. 4.

as ordenações, leis e decretos vigentes em Portugal até que fosse atendido o anseio geral pela edição de leis próprias.

As Ordenações Filipinas estabeleciam a seguinte ordem de vocação hereditária, notadamente influenciada pela codificação francesa: 1º descendentes, 2º ascendentes, 3º colaterais até o 10º grau, 4º cônjuge e, 5º fisco.

Acerca das Ordenações em apreço, Clóvis Beviláqua reconhece o mérito de sua simplicidade, muito embora exponha sua crítica em relação à posição do cônjuge na sobredita ordem de vocação hereditária:

“Os cônjuges devem achar-se numa situação tal que, pela força vinculadora dos sentimentos afetivos e pela harmonia dos interesses, possam apresentar-se como uma individualidade biológica, embora composta. A *Bíblia* chamou-os a formar um só corpo, - *caro uma*; (...) Não podem ser preferidos na sucessão por qualquer categoria de parentes, e só devem deparar concorrentes na linha reta descendente e ascendente”¹¹⁶.

Mais tarde, a Lei n. 1.839, de 1907, chamada Lei Feliciano Pena, inverteu a ordem de vocação, colocando o cônjuge em posição preferencial aos colaterais, e limitando estes até o 6º grau para participarem da sucessão.

Em seguida, fora promulgada a Lei n. 3.071/1916, o Código Civil brasileiro, cuja vigência se iniciou em 1º de janeiro de 1917, sendo tratada a matéria das sucessões entre os arts. 1.572 a 1.805.

Neste diploma, se manteve a mencionada ordem de vocação trazida pela Lei n. 1.839/1907, mas, posteriormente, o decreto-lei n. 9.461/1946 reduziu a vocação dos colaterais apenas até o 4º grau, o que se manteve até a codificação seguinte, no Código Civil de 2002, Lei n. 10.406/2002, em seu art. 1.839.

Ainda a respeito do atual Código, é de se notar que, como já mencionado, o cônjuge passou a ser herdeiro *necessário*, e aos conviventes foram supostamente outorgados direitos sucessórios, de acordo com o já mencionado art. 1.790, previsões notoriamente sob forte inspiração do caminho desbravado por outras leis de matéria sucessória, as Leis n. 883/1949 e n.

¹¹⁶ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 75.

4.121/1962, que modificaram o direito hereditário do cônjuge, e as Leis n. 8.971/1994 e n. 9.278/1996, que introduziram no ordenamento direito hereditário para a figura do companheiro.

Mas, sem dúvida, a mais relevante previsão foi a descrita no art. 5º, XXX da Constituição Federal de 1988, que garante expressamente o direito à herança, constituindo-se cláusula p treia que deve nortear todo o direito sucessório e será tratada mais adiante.

2.2 FUNDAMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO

Investigar o fundamento do direito   herança equivale a empreender esforços para, nas mais variadas épocas da história do ser humano, verificar o que de fato justificou a transmissão de bens deflagrada pela morte de seu titular.

Nos alerta Giselda Hironaka que, muito embora os pressupostos da sucessão (a morte e a voca o hereditária), de maneira geral e abstrata, não tenham sido alterados, os seus fundamentos não foram os mesmos ao longo da história, se constatando flagrantes as suas modifica es, em virtude dos mais variados movimentos sociais e econ micos que a humanidade experimentou¹¹⁷.

Inicialmente, o primeiro fundamento sucessório no qual alguns puderam se apoiar foi a justifica o de ordem religiosa, pois, como já mencionado, havia a imperiosa necessidade de se manter o culto familiar. No entanto, uma vez que neste período os bens ainda não eram transmitidos, mas sim a responsabilidade na condu o do culto doméstico e na administra o do acervo familiar, pouco importava formular uma justificativa para tais práticas.

Esta   a razão pela qual aqueles que defendem a concep o religiosa do fundamento do direito sucessório, notadamente Fustel de Coulanges e Summer Maine, são criticados por Hermenegildo de Barros, citado por Washington de Barros Monteiro, que assevera que o chefe condutor do culto era

¹¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: direito das sucessões*, cit., p. 1.

tão somente administrador dos bens que pertenciam à coletividade, inexistindo transferência de bens e, portanto, nada havendo que se falar em sucessão hereditária¹¹⁸.

Na medida em que a propriedade individual surge e se consolida, decorrendo dela o lógico interesse na transmissão de bens hereditários para a preservação dos cultos domésticos ao redor do altar privado, o fundamento sucessório passou a se firmar na pretendida continuidade patrimonial, sendo, portanto, de ordem patrimonial e familiar, defendendo-se a ideia de manutenção do patrimônio no mesmo grupo familiar.

Sem dúvida, é partir da propriedade privada individual que se iniciam intensas discussões filosóficas e jurídicas a respeito do fundamento existente na possibilidade de se estender o direito de propriedade aos sucessores do seu titular¹¹⁹.

De igual modo, adverte Maria Helena Diniz que o fundamento do direito à herança “tem sido objeto de muitas discussões doutrinárias”¹²⁰, se destacando alguns entendimentos que merecem registro, a começar por aqueles que repudiam o direito à herança por não identificarem fundamentação hábil a legitimá-lo.

Dentre eles estão os jusnaturalistas, para os quais o direito à sucessão não integraria o direito natural, sendo criação do direito positivo e, por este motivo, perfeitamente passível de eliminação caso não atenda às conveniências sociais. Alguns defensores que podem ser mencionados nesta oportunidade são Kuntze, Kant, Fichte, Montesquieu, Comte, Pothier, Spencer, Le Play e Stuart Mill.

¹¹⁸ BARROS, Hermenegildo de. *Manual do Código Civil*, de Paulo Lacerda, 18/10 apud MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 7.

¹¹⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 21.

¹²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 5.

Nesse sentido, Montesquieu repudiava o direito à herança dos bens deixados e julgava que “a lei natural ordena aos pais que alimentem seus filhos, mas não os obriga a instituí-los herdeiros”¹²¹.

Augusto Comte considerava imoral a sucessão *legítima* e asseverava que os filhos mereciam apenas o auxílio necessário e indispensável relativo à educação completa, para iniciarem suas carreiras¹²².

Clóvis Beviláqua critica os jusnaturalistas, acusando-os de se basearem em observações que não traduzem a realidade da vida, em olhares incompletos da vida real, que intentam sanar as injustiças presentes na lei civil através da “aplicação de um remédio violento, de efeitos, mais funestos do que o mal, que pretendem extirpar”¹²³.

Ainda para o autor em comento, os jusnaturalistas deram ensejo às argumentações dos socialistas, que também defenderam a abolição da sucessão *causa mortis*.

Para este grupo, famigerado opositor da legitimidade da propriedade privada¹²⁴, e defensor da riqueza proveniente apenas do trabalho lícito, o direito sucessório deveria ser abolido dos direitos subjetivos, visto que promoveria a preguiça daquele que recebe o acervo hereditário, e se constitui injusto, pois, assim como a escravidão, incentivaria a desigualdade social e impediria que os meios de produção estivessem acessíveis aos mais aptos a produzir.

¹²¹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997, v. II., p. 169.

¹²² COMTE, Augusto. *Cours de philosophie*, II, p. 197 *apud* BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 12.

¹²³ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 12.

¹²⁴ Inocêncio Galvão Telles nos ensina que a propriedade individual existe em todos os sistemas jurídicos, até mesmo nos coletivistas. A diferença reside no fato de que, nesses sistemas, a propriedade possui âmbito muito limitado, sendo chamada de *propriedade pessoal*, destinada à satisfação de necessidades individuais, a qual abrange os bens de consumo (habitação, vestuário, alimentos, jóias, automóveis, salários etc) e exclui obviamente os nacionalizados bens de produção, que servem para criar riquezas, produzir novas utilidades como, por exemplo, a terra. Vide: TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 258-259.

A melhor solução para os socialistas seria a devolução dos bens após a morte do seu titular para o Estado, ou seja, para a coletividade, de tal modo que por muito tempo assim foi o regime na extinta URSS, inexistindo o direito sucessório como atualmente é conhecido, até a Constituição Russa de 1936, que o restaurou em plenitude.

Antes disso, relata Washington de Barros Monteiro que houve pequeno avanço na matéria sucessória somente após a Revolução Russa de 1917, visto que o Código Civil soviético passou a admitir a transmissão *causa mortis* de bens até a importância de dez mil rublos ouro, sendo que o excedente pertenceria ao Estado (arts. 416 e 417 do Código Civil)¹²⁵.

Curioso é notar que Giselda Hironaka aponta uma verdadeira contradição no fundamento sucessório dos socialistas, na medida em que estes repudiam a propriedade privada, mas esta determina o fim do direito sucessório:

“(...) parece que permanece o fundamento da sucessão no direito de propriedade, só que esse fundamento vem revestido agora de um cariz público, que é a titularidade dos bens por parte do Estado. Ora, se os bens pertencem ao Estado, como quer a ideologia que governa este período histórico, o retorno destes ao Estado só pode representar a continuidade dos bens nas mãos de seu legítimo senhor, tal qual ocorria na Roma antiga. Mas aqui os bens não pertencem à família, nem são administrados pelo varão *sui iuris*, no direito de inspiração socialista, os bens pertencem ao Estado e encontram-se em mãos dos particulares; mas se encontram por título ilegítimo, que o Estado tolera até o momento da morte do possuidor, voltando depois para o proprietário”¹²⁶.

Silvio Rodrigues bem critica o entendimento dos socialistas, lembrando que a possibilidade de transmissão de bens em virtude da morte é corolário do direito de propriedade e a perpetuidade desta é característica que deve ser preservada. Acrescenta ainda que a possibilidade do acervo ser transferido ao Estado com a morte seria inócua, uma vez provável a ocorrência de

¹²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 6.

¹²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: direito das sucessões*, cit., p. 12.

fraudes, consistentes em doações e liberalidades em vida, realizadas com o fito de burlar a lei. Se obedecida a transferência em favor da coletividade, pouco os indivíduos seriam estimulados para o trabalho, poupança e conservação de suas riquezas, ocasionando a dilapidação do patrimônio, o que acarretaria prejuízo inegável à sociedade¹²⁷.

É possível encontrar, ainda, importantes argumentos em desfavor dos socialistas na doutrina ácida de Luiz da Cunha Gonçalves, citado por José Serpa de Santa Maria, os quais merecem transcrição, ainda que alongada:

‘A execução da teoria socialista é que seria fonte de graves injustiças e pernicioso ao interesse social, pelas seguintes razões: a) essa doutrina suprime um dos maiores estímulos da atividade humana; b) destrói o instituto de parcimônia capitalização, que é origem de toda a riqueza, e fomenta a prodigalidade; c) seca a matéria coletável do imposto de sucessão; d) elimina a base da coesão da família, condenando os seus membros ao egoísmo individual e à dispersão, sob a ameaça da miséria; e) espolia os parentes do criador da herança em proveito de indivíduos que, de nenhum modo, contribuíram para a dita herança; f) considera a família do autor da herança como estranha à coletividade; e esquece que, se o chefe da família tem o dever de a sustentar durante a sua vida, este dever subsiste após a sua morte e recai nos bens que acumulou com o mesmo fim; g) pressupõe erradamente que os funcionários do Estado sejam mais aptos a dar boa aplicação à fortuna dos falecidos, como se fossem vulgares os casos de malversação e dissipação de dinheiros do Estado; h) é fraco o argumento de o existirem ricos ociosos, porque são raros estes casos, avultados pela baixa inveja; a ociosidade dos ricos é aparente, porque a administração da própria fortuna é assaz trabalhosa; e, à sombra da riqueza de tais ociosos, subsistem milhares de pessoas, as indústrias de luxo, as artes, os recreios, os transportes, os hotéis, os cassinos, etc.; i) a sucessão de estranhos, por efeito de testamento, não é menos justa do que a sucessão familiar; porque os sentimentos de amizade, proteção, recompensa, gratidão, etc., devem ter na lei o

¹²⁷ RODRIGUES. Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 5-6.

seu apoio, em todas as sociedades civilizadas; e não o são aquelas que se encontrem dominadas pela inveja odienta e pelo instituto de rapina, exercido por uma minoria audaciosa em nome da coletividade¹²⁸.

Superados os argumentos das concepções que negam fundamento ao direito sucessório, notadamente vencidas, cumpre evidenciar aquelas que buscaram extraí-lo e justificá-lo.

Além das concepções religiosas já trazidas, se evidenciou um “fundamento filosófico espiritualista do imortalismo da criatura humana”, liderado por Leibniz, que situa o direito sucessório na descendência, que seria uma projeção no tempo da alma do *de cuius*¹²⁹.

Na busca pelo fundamento do direito à herança, D’Aguano propôs um modelo puramente científico, apoiando-se:

‘(...) nas conclusões da biologia e da antropologia sobre o problema da hereditariedade bio-psychologica, segundo o qual os progenitores transmitem, pelo fato da geração, aos seus descendentes, não só os caracteres orgânicos, mas também as qualidades psychicas, virtudes e defeitos; e conclui dahi, como corolário logico, consequência necessária, a transmissão hereditária dos bens, de sorte que, se a lei admite e garante ao individuo a propriedade pessoal, deve reconhecer que esta se transmite na sua totalidade, que é uma continuação biológica e psychologica dos progenitores’¹³⁰.

Assim, para D’Aguano, a lei deve reconhecer o que existe naturalmente, de modo que, se o descendente é biológica e psicologicamente

¹²⁸ CUNHA GONÇALVES, Luiz. *Tratado de direito civil*, v. 9 *apud* SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil: sucessão*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 2001, v. IX, p. 6-7.

¹²⁹ SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil: sucessão*, cit., p. 7-8.

¹³⁰ D’AGUANO. *La genese e l’evoluzione del diritto*, ns. 177-183 *apud* ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das sucessões: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil*, cit., p. 24.

continuador do ascendente, a propriedade deve continuar ininterruptamente nas mãos deste sucessor natural¹³¹.

Similarmente à concepção acima descrita, temos o entendimento de Cimbali, para o qual o fundamento do direito das sucessões corresponderia à continuidade da vida humana, através das gerações¹³². Para o autor, a continuidade do homem implicaria, necessariamente, na permanência do desfrutar dos bens necessários à vida.

Em moldes semelhantes, Laponge considera que o fundamento da sucessão *legítima* se funda na biologia, em virtude dos estudos biológicos demonstrarem que todo indivíduo é parte material de seu progenitor¹³³.

Tais fundamentações científicas são severamente criticadas, com acerto, por Washington de Barros Monteiro, que as julga pecarem pela “manifesta fragilidade”, visto que a continuidade da vida humana independe da sucessão, estando sim sujeita ao instinto sexual, além do fato da suposta doutrina científica apenas explicar a transmissão de bens entre ascendentes e descendentes, não o fazendo com relação aos outros sucessores do *de cuius*¹³⁴.

Não raros são os que advogam o direito sucessório sob o fundamento de ordem econômica e social, visualizando verdadeira função social do direito hereditário, visto que ele se revestiria de grande interesse social. Isto porque é responsável pelo estímulo do espírito de empreendimento e pelo favorecimento do progresso econômico, conseqüentemente promovendo o aumento da riqueza social.

¹³¹ D'AGUANO, José. *La génesis y la evolucion del derecho civil*, trad. Espanhola, ns. 207-08 *apud* MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, v. 1, cit., p. 22 e 23.

¹³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 5. No mesmo sentido: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 7.

¹³³ LAPONGE. *Théorie biologique de la succession*, in Rev. générale de droit, 1885, p. 205 e ss *apud* PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*, cit., p. 113.

¹³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 7.

Com relação a este argumento, inicialmente cumpre observar a advertência de Inocêncio Galvão Telles, no sentido de que a propriedade deve ser analisada sob o enfoque coletivo:

“Mas a propriedade não deve conceber-se como algo de puramente egoísta, como existindo no mero interesse do proprietário e menos ainda como um instrumento de dominação ou opressão dos mais fortes relativamente aos mais fracos. Sempre esteve nos espíritos, som maior ou menor nitidez, a ideia de que a propriedade também serve o *interesse geral*; mas antigamente, dentro de uma *visão individualista*, partia-se do pressuposto da preestabelecida harmonia entre o interesse do individuo e o interesse da colectividade”¹³⁵.

Vista não mais no enfoque individual, mas na sua utilidade que extrapola a individualidade do proprietário, Galvão Telles conclui:

“A propriedade tem uma *função social* que não é simples reflexo ou corolário da *função individual*. Função social que por isso deve ser considerada *autonomamente*. A propriedade existe em proveito do titular mas, pelo modo do seu uso ou pelo seu destino ou pelos seus encargos a que dá origem ou pelas limitações ou restrições a que está sujeita, deve também aproveitar à sociedade”¹³⁶.

Neste aspecto, Clóvis Beviláqua bem delinea a função social do direito hereditário:

“É preciso ter a vista perturbada por algum preconceito para não reconhecer, no direito sucessório, um fator poderoso para aumento da riqueza pública; um meio de distribuí-la do modo mais apropriado á sua conservação e ao bem estar dos indivíduos; um vínculo para a consolidação da família, se a lei lhe garante o gôzo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte; e um estímulo para sentimentos altruísticos, porque traduz sempre

¹³⁵ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões*: noções fundamentais, cit., p. 264.

¹³⁶ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões*: noções fundamentais, cit., p. 265.

um afeto, quer quando é a vontade que o faz mover-se, quer quando a providência parte da lei”¹³⁷.

Para Roberto Senise Lisboa, sob a ótica da justificativa social, o patrimônio não é diretamente tutelado pela lei, mas sim os meios pelos quais as pessoas podem obter o desenvolvimento biopsíquico necessário para haver pacificação social:

“A solução adotada pelo legislador civil de manutenção do patrimônio na família do *de cuius* pode até ser considerada conservadora, porém é inegavelmente um meio satisfatório de se permitir aos integrantes da família enlutada de prosseguir com os propósitos para os quais tal patrimônio foi constituído, com a percepção das necessidades dos sucessores”¹³⁸.

Esta seria a razão pela qual o autor bem lembra da necessária observância ao princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana quando aplicadas as normas de direito sucessório, e ao respeito ao patrimônio mínimo como garantia da mencionada dignidade humana¹³⁹.

A despeito do mencionado fundamento social, não há dúvidas de que o direito à herança encontrou sua maior justificativa no próprio direito de propriedade. A esse respeito, Orlando Gomes se posiciona:

“Não é preciso recorrer, porém, à construção artificial para justificar o direito hereditário. A sucessão *mortis causa* encontra sua justificação, conforme acentua Degni, nos mesmos princípios que explicam e justificam o direito de propriedade individual, do qual é a expressão mais enérgica e a extrema, direta e lógica consequência. Esse, o seu fundamento racional”¹⁴⁰.

Do mesmo modo, Inocêncio Galvão Telles compreende a sucessão como a condição lógica e necessária que opera a continuidade do

¹³⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 13.

¹³⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*, cit., p. 295.

¹³⁹ Pela *teoria do patrimônio mínimo*, toda pessoa deve ser titular de um patrimônio mínimo que assegure a sua subsistência. Vide: LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*, cit., p. 297.

¹⁴⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 3.

direito de propriedade individual. Assevera ainda que a ruptura injustificada da possibilidade em apreço ocasionaria “perturbação da ordem e frustração de legítimas expectativas”, visto que coisas móveis e imóveis restariam sem dono e facilmente apropriáveis. Além disso, os créditos se extinguiriam, de modo que o direito sucessório evitaria tais transtornos ao estabelecer um ou mais adquirentes para o patrimônio, segundo regras preestabelecidas.¹⁴¹

De fato, seguindo o pensamento do autor, tal justificativa é plausível, visto que, ante à impossibilidade de suceder, a propriedade particular se extinguiria, perdendo a razão de ser em um sistema capitalista.

Ainda com relação à questão social, Polacco evidencia um duplo fundamento na sucessão *legítima*, este correspondendo tanto à ordem natural dos afetos, quanto à ordem social¹⁴².

Por fim, destaca-se outro argumento de justificação do direito em apreço, consistente em concebê-lo não apenas como direito de propriedade, mas também como direito de família, cuja tutela legal implica na proteção da família e na sua perpetuidade.

Em concordância, Maria Helena Diniz cita Cogliolo, que reconhece a razão de existir do direito sucessório na combinação dos dois institutos, família e propriedade¹⁴³, e faz referência a Lacerda de Almeida, para o qual o direito sucessório é “regime da propriedade na família”¹⁴⁴.

Ainda no âmbito do sobredito enfoque familiar, Carlos Maximiliano justifica o direito à sucessão propondo que a riqueza familiar advém do trabalho e colaboração de todos, razão pela qual se deve deferir a partilha dos bens amealhados após a morte de seu titular:

“O interesse mútuo aperta e solidifica o vínculo familiar. O filho trabalha para todos, e indiretamente para si; uns e outros se

¹⁴¹ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*, cit., p. 258.

¹⁴² PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*, cit., p. 112.

¹⁴³ COGLIOLO. *Filosofia de direito privado*, p. 298 *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 6.

¹⁴⁴ LACERDA DE ALMEIDA. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro, 1915, p. 02 *apud* DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 6.

apóiam, animam, estimulam e consolam mutuamente nas provações, dificuldades e desastres. Nada mais justo do que participarem todos da riqueza para a qual contribuíram quando se lhes ofereceu oportunidade e na medida das próprias fôrças: um laborando, outro economizando, êste vigiando, aquêle aconselhando, repreendendo, providenciando”¹⁴⁵.

Tal justificativa formulada, muito embora não muito recente, parece atender bem aos anseios sociais que o Código Civil de 2002 procurou traduzir, bem como os princípios constitucionais descritos na Constituição Federal de 1988, sobre os quais o direito civil necessita se amparar.

De fato, a solidariedade se constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da Constituição Federal) e, por este motivo, parece cabível conceber a justificativa do direito sucessório nesta premissa. Nesse sentido, pondera Maria Celina Bodin de Moraes, citando Solari:

"Enquanto se acreditou que a maneira mais adequada de tutelar os seres humanos era aquela ligada à proteção de sua "essência" individual, a expressão do jurista era de melancólica e desconsolada solidão: o direito de ser homem contém o direito que ninguém me impeça de ser homem, mas não o direito a que alguém me ajude a conservar a minha humanidade. O princípio da solidariedade, ao contrário, é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana. No contexto atual, a Lei Maior determina - ou melhor exige - que nos ajudemos, mutuamente, a conservar nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos nós e a cada um de nós”¹⁴⁶.

Desse modo, devem as regras sucessórias propiciar a efetivação do dever geral de solidariedade, amplamente previsto constitucionalmente, cumprindo ao fenômeno da sucessão *causa mortis* a importante incumbência de distribuição de riquezas e amparo à pessoa, no âmbito familiar.

¹⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*, v. 1, cit. p. 144.

¹⁴⁶ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade, in Manoel Messias Peixinho *alli* (Org.). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 179.

2.3 NATUREZA JURÍDICA DAS NORMAS DE DIREITO SUCESSÓRIO

Ensina Clóvis Beviláqua que os direitos civis pertencem, basicamente, a duas categorias, quais sejam, a dos direitos das pessoas (atributos das pessoas e das relações familiares que refletem na vida jurídica), e a dos direitos dos bens (atributos das pessoas em relação aos objetos, que compreendem tanto a propriedade quanto as obrigações ou direitos de crédito)¹⁴⁷.

Apesar da referida classificação aparentemente gerar contento, o autor em apreço reconhece que o direito hereditário merece, por necessidade lógica, ser acrescido à classificação dos direitos civis como membro diverso das demais categorias já mencionadas, pois a sucessão seria um modo de aquisição de direitos reais e obrigacionais, mas a sua transmissão, em virtude da morte, estaria ligada tanto ao direito das coisas, quanto ao da família, das obrigações e das pessoas consideradas isoladamente¹⁴⁸.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar visualiza um entrelaçamento lógico-sistemático, aduzindo que o direito das sucessões recolhe princípios e regras básicas da teoria geral do direito civil, aproveita a disciplina do parentesco constante do direito de família (do qual advêm os liames pelos quais se efetiva a sucessão *legítima*), utiliza noções básicas de propriedade, aquisição e preservação dos direitos reais e faz uso das noções de créditos e obrigações ofertadas pelos direitos obrigacionais e contratuais¹⁴⁹.

Lógica é, portanto, a definição de Clóvis Beviláqua, que considera o direito hereditário “o complexo dos princípios, segundo os quais se realiza a transmissão do patrimônio de alguém, que deixa de existir” e, em sentido

¹⁴⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 11.

¹⁴⁸ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 11.

¹⁴⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das sucessões*, cit., p. 6 e 7.

subjetivo, tanto o poder de agir como sucessor, quanto a faculdade de aceitar ou não a herança¹⁵⁰.

No mesmo sentir, Orlando Gomes assinala que o direito sucessório é predominantemente patrimonial, e se relaciona com o direito das coisas e das obrigações, mas defende sua autonomia para regulação unitária, visto que encerra princípios e figuras que não encontram correspondentes na sucessão *inter vivos*, razão pela qual necessitam disciplina orgânica própria¹⁵¹.

De fato, o direito das sucessões tem raízes no direito civil, mantém notório vínculo com suas demais divisões e, muito embora seja considerado um direito privado, sua característica pública é marcante, uma vez que o Estado regula a matéria sucessória de tal maneira que deve ser vista com cautela a possibilidade de autoregulação nesta área do direito civil.

A este respeito, cumpre notar que Pontes de Miranda assevera que a sucessão *causa mortis* pode resultar de negócio jurídico unilateral (confere existência à sucessão *testamentária*), de regra jurídica cogente (regula a sucessão *legítima* necessária), ou de regra dispositiva (disciplina a sucessão *legítima* simples)¹⁵².

2.4 PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À HERANÇA

De fato, são cada vez mais comuns os textos constitucionais contemporâneos que se ocupam em tratar do direito à herança, tais como o italiano, o espanhol, o chinês, o alemão e o português¹⁵³.

Na Constituição Espanhola de 1978, é previsto em seu art. 33 que “*se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”.

¹⁵⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 11.

¹⁵¹ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 1-2.

¹⁵² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial (direito das sucessões)*, t. LV cit., p. 199.

¹⁵³ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 249.

De modo bem semelhante, a Constituição Portuguesa de 1976, no art. 62º, 1, mandamenta que “a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição”.

A respeito da previsão do direito de propriedade constante da Constituição Portuguesa, Canotilho e Vital Moreira observam que, muito embora esteja elencada dentre os “direitos econômicos”, por se revestir de natureza negativa ou de defesa, possui natureza análoga ao grupo dos “direitos, liberdades e garantias”, também previstos na Constituição, compartilhando do regime jurídico específico previsto no art. 17 da Constituição Portuguesa¹⁵⁴.

No que toca especificamente à transmissibilidade da propriedade privada, muito embora seja encarada como direito fundamental, como visto, advertem os autores portugueses que este direito deve ser entendido em sentido restrito, no sentido de o proprietário ostentar o direito de não ser impedido de transmitir seus bens, mas não no sentido genérico de liberdade de transmissão, pois esta pode ser limitada pela lei, o que ocorre notadamente nos limites à liberdade de disposição testamentária, anunciados pelo Código Civil¹⁵⁵.

Conforme já mencionado neste trabalho, No Brasil, o direito à herança é garantido expressamente pelo inciso XXX do art. 5º da Constituição Federal, muito embora nunca o tenha sido feito nas Constituições anteriores.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, a motivação plausível que levou o constituinte a incluir tal previsão na Constituição Federal se refere à tentativa de se evitar que o Estado se aproprie dos bens deixados pelo *de cuius*, reforçando-se o direito de propriedade. Observa ainda o autor que a substituição que se dá na titularidade do patrimônio em virtude da morte, além de assegurar a sobrevivência de aspectos patrimoniais e morais do falecido, viabiliza a preservação da riqueza, uma vez que a possibilidade desta ser transmitida e não

¹⁵⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1, p. 334.

¹⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, v.1, cit., p. 335.

se extinguir com a morte, evita a dilapidação do patrimônio na proximidade do fim da vida de seu titular¹⁵⁶.

Em adição, Silvio Rodrigues aponta que deve ser do interesse do Poder Público assegurar aos indivíduos o direito de transmitir seus bens a seus sucessores, conservando o direito hereditário como corolário do direito de propriedade, o que estimularia a sociedade a produzir ainda mais¹⁵⁷.

No mesmo sentir, José Afonso da Silva reafirma que o estudado inciso XXX é norma constitucional que interfere na propriedade mediante provisão especial¹⁵⁸.

Giselda Hironaka entende que a Constituição Federal de 1988 verdadeiramente “presenteou o direito sucessório com dignidade constitucional, inserindo dispositivo que garante a herança no capítulo destinado a proclamar os direitos fundamentais da pessoa humana”¹⁵⁹.

Como visto, nossa Constituição Federal elevou o direito à herança à intangível categoria dos direitos fundamentais, cuja abolição não pode ser passível de emenda constitucional, de acordo com o art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal.

Ademais, em virtude do direito à herança corresponder a direito fundamental, trata-se de norma constitucional diferenciada que requer aplicabilidade imediata, nos ditames do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que pode ser identificada dentre as normas supereficazes ou com eficácia absoluta, na classificação proposta por Maria Helena Diniz (eficácia positiva). A eficácia negativa da norma diz respeito à vedação, que deve ser observada, a qualquer lei que lhe seja contrastante.¹⁶⁰

¹⁵⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, arts. 5 a 17. 2 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2, p. 161.

¹⁵⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 6.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: direito das sucessões*, cit., p. 9.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 112-114.

Obviamente, referido direito fundamental esbarra nos limites impostos pela legislação infraconstitucional (desde que esta discipline o fenômeno sucessório de acordo com os valores constitucionais), mas que merece resguardo e efetivação para todo aquele que ostenta capacidade para suceder¹⁶¹, especialmente com tratamento à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, visto ser este um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição Federal).

¹⁶¹ A capacidade para suceder, um dos requisitos fundamentais para que ocorra efetivamente a transmissão dos bens hereditários, será mencionada mais adiante neste trabalho, em especial no estudo da legitimidade ativa para o ajuizamento da ação de petição de herança.

3. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA E SUA TEORIA GERAL

3.1 ORIGEM

No direito romano, origem mais notória do nosso direito, a morte operava a transferência do patrimônio do seu titular, bem como os seus direitos e obrigações passíveis de transmissão, para os seus sucessores, os quais originalmente seriam os filhos naturais e, em momento posterior, poderiam ser escolhidos voluntariamente através do *testamentum comitiis celatis*, surgindo assim a sucessão *testamentária* em moldes semelhantes como é conhecida na atualidade¹⁶².

Muito embora o direito romano sofresse certas variações conforme a época considerada¹⁶³, como já mencionado, a sucessão se abria (*delatio hereditatis*) com a morte do *de cuius*, sendo a herança (*hereditas*) adquirida (*acquisitio hereditatis*) pelos herdeiros mediante expressa manifestação, ou inevitavelmente, de maneira forçada e sem livre escolha, dependendo da qualidade do herdeiro¹⁶⁴.

Constatada a falta de sucessores ou a não aceitação expressa da herança por parte deles, aliada à inexistência de herdeiros obrigados a aceitar a herança, esta se tornava jacente (*hereditas jacens*), estabelecendo-se um vazio entre a abertura da sucessão e a sua aquisição pelo herdeiro, visto que não imperava, à época, o já mencionado *principio da saisine*, pelo qual a herança transmite-se logo após a morte do *de cuius* aos herdeiros.

¹⁶² MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 175.

¹⁶³ Em virtude do longo período da história do direito romano, se destacaram aspectos jurídicos diferenciados nos sistemas das XII Tábuas, do Direito Pretoriano, do Direito Imperial e de Justiniano.

¹⁶⁴ Os herdeiros *necessários* (*heredes necessarij*), em concepção diversa da atual, eram aqueles que não podiam deixar de aceitar a herança. Uma vez que o culto era considerado inseparável da sucessão, assim como a continuação do culto era uma obrigação para o filho, a continuação da propriedade também o era. Vide: FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*, cit., p. 70.

Não obstante a necessidade de aceitação expressa, sob pena de a herança quedar-se jacente, os herdeiros sempre eram considerados praticamente donos dos bens que a compreendiam estando ainda o autor da herança vivo, sendo que, na sua aquisição definitiva (após a morte do *de cuius*), se destacava sobremaneira o poder de livremente administrá-la¹⁶⁵.

Assumindo o herdeiro (*heres*) a posição jurídica do *de cuius*, tinha ele a prerrogativa de proteger os bens e direitos que compunham a herança da mesma maneira que o *de cuius* o faria, valendo-se de ações reais e pessoais, conforme a tutela pretendida, mas apenas nas hipóteses em que o demandado não contestava a sua qualidade hereditária¹⁶⁶.

Se a parte contrária das ações que objetivavam a proteção da herança negasse a sua qualidade de *heres*, necessário se fazia obter o reconhecimento do seu *status* para postular o direito que se pretendia, o qual poderia corresponder à reclamação de parte ou do todo da herança em poder de outrem, créditos hereditários, dentre outros.

Assim, todo aquele que pretendesse invocar para si a qualidade de herdeiro e reclamar a universalidade da herança, no todo ou em parte, cujo pleito não encontrava correspondência na *rei vindicatio*, poderia valer-se da *hereditatis petitio* ou *petitio hereditatis*¹⁶⁷, evidente instrumento de proteção judicial do *heres*.

¹⁶⁵ MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*, cit., p. 174.

¹⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: instituições de direito romano*, parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II, p. 448-449.

¹⁶⁷ Com relação à nomenclatura da ação em estudo, Max Kaser propõe que a mesma teria sido denominada, no princípio, *vindicatio familiae*, vindo a ser chamada mais tarde *hereditatis petitio*, quando o termo “família” se tornou equívoco no sentido de bens corpóreos hereditários, sobre os quais os herdeiros faziam um juramento, defendendo a sua pretensão jurídica sobre eles. Vide: KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 410.

Na definição de Cretella Júnior, a *petitio hereditatis* era “a ação, existente em direito clássico, pela qual alguém, que se julga herdeiro civil, pleiteia seja reconhecida essa qualidade em juízo para reclamar valores hereditários”¹⁶⁸.

O autor da *petitio hereditatis* era aquele que afirmava ser herdeiro e buscava o reconhecimento de seus direitos sucessórios para reaver a herança ou parte dela, ao passo que o demandado legítimo seria aquele que contesta a qualidade de herdeiro do autor e fosse possuidor do acervo hereditário (no todo ou em parte) ou devedor do *de cuius*, muito embora a posse só se aplicasse a coisas corpóreas¹⁶⁹.

Cumprido notar que, inicialmente, no período das *legis actiones*, apenas era legitimado passivo dessa ação o possuidor que afirmava ser herdeiro (possuidor *pro herede*). Posteriormente, no direito formular, a ação também poderia se processar contra o possuidor *pro possessor*, o qual exercia a posse, mas não invocava qualquer título hereditário em sua defesa, ou contra, inclusive, aquele cuja posse sobre a herança cessou, como no caso do possuidor ilegítimo ter vendido a coisa¹⁷⁰.

Com relação aos efeitos da *petitio hereditatis*, José Carlos Moreira Alves adverte que é necessário se atentar para dois períodos distintos: o anterior à interferência dos preceitos do *senatusconsulto* Juvenciano nas relações particulares (129 d.c.) e o posterior a ele¹⁷¹.

No primeiro período o possuidor, seja ele de boa-fé ou má-fé, deveria restituir as coisas hereditárias, com os seus acréscimos advindos, e respondia pela perda ou deteriorização delas. No segundo surgiu a diferenciação decorrente da verificação da boa-fé ou má-fé do possuidor.

Se de boa-fé, o possuidor não se responsabilizava por danos ou pelo perecimento da coisa (ainda que com culpa), mas era obrigado a restituí-la,

¹⁶⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*, cit., p. 281.

¹⁶⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: instituições de direito romano, parte especial*, cit., p. 450.

¹⁷⁰ KASER, Max. *Direito privado romano*, cit., p. 410-411.

¹⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: instituições de direito romano, parte especial*, cit., p. 450-451.

acrescida dos frutos percebidos, porém não consumidos. No caso de ter alienado a coisa, o possuidor deveria entregar o que recebera por ela¹⁷².

Se de má-fé o possuidor, este respondia pelos danos ou pelo perecimento acometidos à coisa em decorrência de sua conduta dolosa ou culposa e, além de ser obrigado a restituí-la, deveria indenizar pelos frutos percebidos desde o início da sua posse e pelos que deixou de perceber em virtude de alguma conduta que evidenciava negligência. Se houvesse alienado a coisa, era obrigado a pagar ao herdeiro o valor atual dela, se superior ao valor da alienação.

3.2 PREVISÃO DA PETIÇÃO DE HERANÇA NO DIREITO COMPARADO

3.2.1 PORTUGAL

A petição de herança já era prevista no ordenamento jurídico português desde o seu Código Civil de 1867, o qual, em seus arts. 2.016 e 2.017, concebia a ação em comento como instituto diverso da aceitação da herança, cabível para que qualquer um dos co-herdeiros pleiteasse a totalidade da herança, assinalando que esta ação especial era passível de prescrição.

No atual Código Civil português, cujo anteprojeto fora proposto por Galvão Telles, a petição de herança encontra disciplina autônoma em seus arts. 2.075 a 2.078, passando a ser prevista como ação imprescritível, o que será explorado mais adiante neste trabalho.

O art. 2.075 dispõe, de maneira semelhante a outros ordenamentos jurídicos que preveem a petição de herança, que:

¹⁷² No período do direito de Justiniano, se houvesse alienação da coisa por possuidor de boa-fé, não cabia ao herdeiro a sua reivindicação, para que o possuidor não fosse responsabilizado nos casos de evicção. Vide: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: instituições de direito romano*, parte especial, cit., p. 452.

1. O herdeiro pode pedir judicialmente o reconhecimento da sua qualidade sucessória, e a consequente restituição de todos os bens da herança ou de parte deles, contra quem os possuía como herdeiro, ou por outro título, ou mesmo sem título.

Em continuidade ao Código do passado, o atual diploma civil português assinala a possibilidade de, havendo pluralidade de herdeiros, qualquer um deles ter legitimidade para pedir, separadamente, a totalidade dos bens em poder do demandado, sem que este lhe possa opor que tais bens não lhe pertencem (art. 2.078/2).

A lei portuguesa se ocupa ainda em fazer previsões consideradas novas em relação à anterior codificação (art. 2.076), quais sejam, as consequências jurídicas dos atos praticados pelo *herdeiro aparente* e a descrição das hipóteses de alienação dos bens hereditários a terceiros.

Se ocupa ainda o diploma em trazer com o rigor do enquadramento sistemático até então não existente no Código anterior, a questão do pagamento de legados realizado antes da declaração de invalidade de testamento, e seus efeitos em relação ao herdeiro real, de maneira bastante semelhante à disciplina que consta no Código Civil brasileiro.

3.2.2 ITÁLIA

No direito italiano, o Código Civil de 1865 não regulamentou de maneira satisfatória a ação de petição de herança, apenas prevendo, em seu art. 44¹⁷³, a referida ação em favor de pessoa cuja existência é ignorada ou de quem

¹⁷³ *Art. 44 Le disposizioni dei due precedenti articoli non pregiudicano la petizione di eredità, nè gli altri diritti che spettassero all'ausente od ai suoi rappresentanti od aventi causa; questi diritti non si estinguono se non dopo decorso il tempo stabilito per la prescrizione.*

Art. 44 As disposições dos dois artigos anteriores não prejudicam a petição de herança, nem os outros direitos cabíveis à pessoa da qual se ignora a existência ou aos seus herdeiros ou sucessores; estes direitos não se extinguem senão pelo decurso do tempo, por usucapião ou pela prescrição (tradução livre da autora).

foi declarada morte presumida e, em seu art. 933¹⁷⁴, os efeitos da aquisição dos bens hereditários por terceiro e sua relação com o *herdeiro aparente* sem, todavia, mencionar a petição de herança. Tal fato foi lamentado por Vittorio Polacco, que defendia que a ação em comento merecia um título apropriado devido a sua grande importância¹⁷⁵.

O mesmo não ocorreu no Código Civil de 1942, no qual a ação de petição de herança vem regulamentada em seus arts. 533 a 535.

O primeiro artigo que trata da matéria confere ao herdeiro a faculdade de requerer o reconhecimento de sua qualidade hereditária contra qualquer um que possuir, no todo ou em parte, os bens hereditários, a fim de obter a restituição dos mesmos bens:

*Art. 533 L'erede può (2652, 2690) chiedere il riconoscimento della qualità ereditaria contro chiunque possiede tutti o parte dei beni ereditari a titolo di erede o senza titolo alcuno, allo scopo di ottenere la restituzione dei beni medesimi*¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Art. 933 *L'effetto dell'accettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione. Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a titolo oneroso fatte di buona fede col l'erede aparente. Se questi há alienato in buona fede uma cosa dell'eredità, è soltanto obbligado a restituire il prezzo ricevuto o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagatto. L'erede aparente di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti, se non dal giorno della domanda giudiziale.*

Art. 933 O efeito da aceitação retroage ao momento em que é aberta a sucessão. São reconhecidos os direitos adquiridos por efeito de convenção a título oneroso com o herdeiro aparente, por terceiros que provem ter contratado de boa-fé. O herdeiro aparente que alienou de boa-fé um bem hereditário está apenas obrigado a restituir ao herdeiro o preço recebido ou a ceder o seu direito de ação contra o adquirente que não realizou o pagamento. O herdeiro aparente de boa-fé não é obrigado a restituir os frutos, senão do dia da demanda judicial (tradução livre da autora).

¹⁷⁵ POLACCO, Vittorio. *Delle successioni*: disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie. Seconda edizione a cura di Alfredo Ascoli e Emelina Polacco. Milano/Roma: Società Editrice Libreria, 1937, v. 2, p. 118.

¹⁷⁶ Art. 533 (Noção) O herdeiro pode pedir o reconhecimento da sua qualidade hereditária contra qualquer um que possui todos ou parte dos bens hereditários a título de herdeiro ou sem qualquer algum, para o fim de obter a restituição dos próprios bens (tradução livre da autora).

Vê-se que, como no direito brasileiro, a ação em apreço é prevista com dupla finalidade, pois por meio dela se obtém tanto o reconhecimento judicial do direito hereditário, quanto à restituição dos bens da herança.

Interessante notar que em momento algum a legislação em apreço exige qualquer título do possuidor dos bens da herança, em semelhança com o Código Civil brasileiro, como se verá adiante, sendo que a ação pode ser intentada contra o possuidor a título de herdeiro ou sem qualquer título, o que nos leva a crer que seriam legitimados passivos de igual maneira os seus sucessores:

Art. 534 Diritti dei terzi

L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo.

Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede aparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede.

La disposizione del comma precedente non si applica ai beni immobili e ai beni mobili iscritti nei pubblici registri, se l'acquisto a titolo di erede e l'acquisto dall'erede aparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede aparente¹⁷⁷.

Prevê ainda o Código Civil italiano, além do cabimento da ação em comento e da legitimidade passiva e ativa para a sua propositura, a questão da boa-fé ou má-fé do possuidor, as consequências advindas de sua constatação,

¹⁷⁷ Art. 534 Direito de terceiro

O herdeiro pode agir mesmo contra os sucessores jurídicos daquele que possui a título de herdeiro ou sem título.

Ficam reconhecidos os direitos adquiridos, por efeito de convenção a título oneroso com o *herdeiro aparente*, por terceiros que contrataram de boa-fé.

A disposição da alínea anterior não se aplica aos bens imóveis e aos bens móveis inscritos nos registros públicos, se a aquisição a título de herdeiro e a aquisição do *herdeiro aparente* não estiverem transcritas anteriormente á transcrição da aquisição por parte do herdeiro ou do legatário verdadeiro, ou à transcrição do pedido judicial contra o *herdeiro aparente* (tradução livre da autora).

visto serem relevantes, e a aplicação da legislação geral relativa à posse para se regular o reembolso de despesas, frutos e benfeitorias.

Diferentemente do Código brasileiro, silente a respeito, determina ainda a lei italiana que a ação de petição de herança é imprescritível, respeitado o direito de usucapião sobre os bens singulares, excluída a possibilidade de prescrição aquisitiva da herança como todo (art. 533, 2), o que será mencionado ainda neste trabalho.

3.2.3 ALEMANHA

No direito alemão, a ação de petição de herança é tratada nos §§ 2.018 a 2.030 do Código Civil, os quais a regulam de maneira bem mais minuciosa, se comparada ao Código Civil brasileiro e às outras codificações existentes, tratando de detalhes não constatados em outras legislações, tais como reembolsos de gastos do possuidor da herança, responsabilidade deste se adquiriu a herança por meio de atos ilícitos, obrigação do possuidor em informar o herdeiro sobre o paradeiro dos bens hereditários, impossibilidade de alegação de usucapião, dentre outros.

É importante ressaltar que, de maneira análoga à experiência brasileira, o instituto e sua previsão legal cresceram sobremaneira através da prática judicial, que delimitou seus contornos no direito alemão¹⁷⁸.

No BGB, é expressamente previsto que o herdeiro pode exigir a devolução dos bens da herança em poder daquele que invoca um direito hereditário que não lhe cabe, em flagrante diferença ao Código brasileiro, que prevê o ajuizamento da ação contra qualquer possuidor, com ou sem título, conforme será analisado mais adiante:

§2.018 Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers

¹⁷⁸ KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*. Traducción de la octava revisión alemana. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1951, t. V, v. I, p. 370.

Der Erbe kann von jedem, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (Erbschaftsbesitzer), die Herausgabe des Erlangten verlangen¹⁷⁹.

Apesar disso, a lei alemã dispõe que aquele que adquire a herança através de contrato com um possuidor assume, em relação ao herdeiro, posição equivalente a do possuidor da herança, o que amplia a legitimidade passiva para a ação em comento:

§ 2030 Rechtsstellung des Erbschaftserwerbers

Wer die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt, steht im Verhältnis zu dem Erben einem Erbschaftsbesitzer gleich¹⁸⁰.

Além disso, em comparação à previsão brasileira sobre a petição de herança, o BGB vai além, prevendo a sub-rogação, visto que o § 2.019 considera como obtido da herança, passível de devolução, tudo aquilo que fora adquirido com os meios da herança pelo possuidor, mas assegura que apenas é válida a reivindicação no momento em que o devedor toma ciência de que a herança pertence efetivamente ao reivindicante:

§ 2019 Unmittelbare Ersetzung

1. Als aus der Erbschaft erlangt gilt auch, was der Erbschaftsbesitzer durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt.

2. Die Zugehörigkeit einer in solcher Weise erworbenen Forderung zur Erbschaft hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung¹⁸¹.

¹⁷⁹ §2.018 Obrigação de devolver do possuidor da herança. O herdeiro pode exigir daquele que obteve algo da herança com base em um direito hereditário que não lhe corresponde, a restituição do que foi adquirido (possuidor da herança) (tradução livre da autora).

¹⁸⁰ § 2030 Posição legal do que adquire a herança

Quem adquire a herança de um possuidor da mesma, mediante contrato, se equipara ao possuidor da herança, em relação ao herdeiro (tradução livre da autora).

¹⁸¹ § 2019 Sub-rogação

Disciplina ainda a legislação em apreço a questão da responsabilidade pelo possuidor de boa-fé ou má-fé, bem como os efeitos decorrentes da posse, os quais serão vistos mais adiante neste trabalho e, sem equivalentes em outras legislações, estabelece a lei alemã a obrigação do possuidor e do detentor da herança, além do companheiro do autor da herança, de fornecer ao herdeiro informações sobre os bens da herança e sua localização:

§ 2027 Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers

1. Der Erbschaftsbesitzer ist verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen.

2. Die gleiche Verpflichtung hat, wer, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlass in Besitz nimmt, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat.

§ 2028 Auskunftspflicht des Hausgenossen

*1. Wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, ist verpflichtet, dem Erben auf Verlangen Auskunft darüber zu erteilen, welche erbschaftliche Geschäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist.*¹⁸²

1. Considera-se como aquisição de herança também aquilo que o possuidor da herança adquiriu com os recursos dela através de negócio jurídico.

2. O devedor só é obrigado a considerar válida a reivindicação de herança assim adquirida (através de negócio jurídico) quando ele tomar ciência de que esta pertence efetivamente ao reivindicante; aplicam-se as disposições dos §§ 406 a 408 *mutatis mutandis* (tradução livre da autora).

¹⁸² § 2027 Obrigação do possuidor da herança de fornecer informação

1. O possuidor da herança é obrigado a fornecer ao herdeiro informação sobre a existência da herança e sobre a localização dos bens que a integram.

2. A mesma obrigação tem quem, sem ser o possuidor da herança, vem a deter um bem da herança antes de o herdeiro conseguir a posse efetiva. (Tradução livre da autora)

§ 2028 Obrigação de informar do companheiro

1. Aquele que convivia com o autor da herança na abertura desta é obrigado a fornecer ao herdeiro as informações solicitadas sobre os negócios que fez com os bens da herança e, na medida do seu conhecimento, sobre a localização dos bens que integram a herança (tradução livre da autora).

Faz ainda o BGB previsões sobre a prescritibilidade da ação de petição de herança, que serão exploradas em momento oportuno.

3.2.4 ARGENTINA

O direito argentino cuida propriamente da petição de herança nos arts. 3.421 a 3.430 de seu Código Civil¹⁸³, sendo sua marca fundamental o cuidado com o qual o legislador tratou das hipóteses de cabimento da petição de herança e da distinção com relação a outros meios de efetivação dos direitos sucessórios.

Nesse sentido, a lei argentina destaca meios autônomos de tutela dos direitos do herdeiro preterido, através de petição de herança, para a restituição dos bens que compõem o acervo, e por intermédio de ações possessórias, visto que o herdeiro pode se valer destas para reintegração de posse, se esta já fora exercida em algum momento pelo herdeiro:

Art. 3.421 El heredero puede hacer valer los derechos que le competen por una acción de petición de herencia, a fin de que se le entreguen todos los objetos que la componen, o por medio de una acción posesoria para ser mantenido o reintegrado en la posesión de la herencia, o por medio de acciones posesorias o petitorias que corresponderían a su autor si estuviese vivo.

Tudo isto baseado no título de propriedade que o herdeiro ostenta, desde a morte do autor da sucessão:

Art. 3.420 El heredero, aunque fuera incapaz, o ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión.

Característica marcante da disciplina da petição de herança no direito argentino diz respeito aos detalhes do instituto com os quais o legislador se

¹⁸³ Lei n. 340, de 29 de setembro de 1869. O Código Civil argentino está em vigor desde 1º de janeiro de 1871, mas seu direito sucessório sofreu consideráveis alterações por força da Lei n. 23.264, de 16 de outubro de 1985.

ocupou em descrever, sobretudo em relação às hipóteses de cabimento da ação, sua legitimidade ativa e passiva e a acuidade em se distinguir o possuidor da herança de boa-fé ou má-fé.

Ainda quanto ao cabimento, prevê o Código Civil em apreço as hipóteses em que pode se dar, tanto na possibilidade de um parente mais remoto vir a sofrer exclusão em virtude da imperiosa ordem de vocação hereditária, quanto na hipótese de um parente do mesmo grau se recusar a reconhecer a qualidade sucessória do herdeiro:

Art. 3.423 La acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los pariente más próximos; o bien, contra un pariente del mismo grado, que rehúsa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él¹⁸⁴.

Pela leitura do artigo retro mencionado, em conjugação com o artigo antecedente, 3.422, extrai-se a legitimidade passiva na ação de petição de herança na Argentina, sendo que o respectivo Código apenas prevê a tutela em comento contra aqueles que se julgam sucessores universais do *de cuius*, ao contrário da lei brasileira, que inclui no polo passivo qualquer possuidor dos bens do acervo a serem reivindicados:

Art. 3422 El heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias, poseídas por otros como sucesores universales del difunto, o de los que tengan de ellas la posesión con los aumentos que haya tenido la herencia (...).

Ainda é interessante notar que o Código Civil argentino descreve, dentre os artigos que disciplinam a petição de herança, o direito de ação do herdeiro contra os sucessores universais do *de cuius* para que estes lhe entreguem as coisas que o autor da herança era possuidor como depositário, comodatário etc, a fim de que se devolva aos donos:

¹⁸⁴ Acerca da referida previsão, Eduardo Zannoni formula sua crítica, pois a recorrente alusão ao termo “parente” faz parecer que a hipótese de cabimento da ação apenas se refere à sucessão *legítima*, estando excluída a *testamentária*, o que não corresponde à realidade, nem tão pouco à intenção do legislador. Vide: ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 457.

Art. 3.422 El heredero tiene acción para que se le restituyan las cosas hereditarias, poseídas por otros como sucesores universales del difunto (...) y también para que se le entreguen aquellas cosas de que el difunto era mero tenedor, como depositario, comodatario, etcétera, y que no hubiese devuelto legítimamente a sus dueños.

No entanto, acredita-se que o artigo em comento se refira à possibilidade de ajuizamento de uma ação que não coincide com o pleito original da petição de herança, visto que apresenta característica reivindicatória.

Dispõe ainda o art. 3.425 sobre a obrigação do possuidor da herança de restituí-la, inclusive com as benfeitorias realizadas, e, no caso de perda ou deteriorização do bem hereditário, sobre o dever de indenizar, exceto para o possuidor de boa-fé (a menos que tenha se beneficiado de alguma maneira com o ocorrido). Para o possuidor de má-fé, a lei estabelece a obrigação de indenizar por todo e qualquer dano que causou em virtude de sua posse, inclusive por perda ou deteriorização por caso fortuito, a menos que se constate que o prejuízo ocorreria se os bens estivessem em poder do herdeiro (art. 3.426).

Por fim, há que se lembrar que alguns doutrinadores, no direito argentino, admitem que a ação de petição de herança se transforma em *acción de partición* (prevista nos arts. 3.452 e ss. do Código argentino), se o pleito se dá entre herdeiros do mesmo grau, visto que estes concorrem juntos à sucessão, não sofrendo qualquer eliminação pela superveniência do outro¹⁸⁵.

O art. 3.452¹⁸⁶ do Código argentino encontra certa correspondência com o art. 2.013 do Código brasileiro, que prevê o direito do herdeiro, bem como de seus cessionários e credores, de requerer a partilha para extinguir a comunhão sobre a universalidade dos bens que compõem a herança.

¹⁸⁵ Nesse sentido, Augusto Descalzo e Eduardo Prayones. Vide: DESCALZO, Augusto. *Derecho hereditario*: del orden, forma y modo de suceder en la sucesión legítima. Buenos Aires: Librería Nacional, 1918, p. 53; PRAYONES, Eduardo. *Nociones de derecho civil*: derecho de sucesión. Buenos Aires: Rodriguez Giles, 1939, p. 145.

¹⁸⁶ *Art. 3.452 Los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquiera prohibición del testador, o convenciones en contrario.*

No entanto, acredita-se que não há identidade entre as mencionadas ações, visto que, no ordenamento brasileiro, está bem delimitado o objeto da ação de petição de herança, sendo que esta pressupõe a existência de *herdeiro aparente*, que exerce o domínio injusto sobre o acervo ou parte dele.

3.2.5 ESPANHA

O direito espanhol não tratou de forma explícita da ação de petição de herança em seu Código Civil, apenas fazendo certa menção, no art. 760¹⁸⁷, ao incapaz de suceder que se tornou possuidor dos bens hereditários. Neste caso, a lei civil espanhola determina que está obrigado o incapaz a restituir os bens com seus acessórios e todos os frutos e rendas decorrentes desta posse, presumindo a má-fé do possuidor.

O artigo em comento trata dos incapazes de suceder, que seriam os que não ostentam capacidade legal sucessória, tais como os instituídos como herdeiros, porém ainda não concebidos quando da instituição, os legatários que não cumpriram condição ou faleceram antes de cumpri-la, as pessoas jurídicas não regularmente constituídas, e os excluídos da sucessão por indignidade¹⁸⁸.

A incapacidade para suceder, no direito espanhol, guarda relação próxima com a petição de herança, visto que pode eventualmente tratar-se do fundamento do pleito do co-herdeiro que deseja a restituição de bens hereditários em poder do incapaz.

No entanto, é certo que na Espanha, em semelhança com a maneira pela qual o Brasil tratava o tema antes do Código Civil de 2002, tanto na teoria como na prática, inclusive no Tribunal Supremo Espanhol, se reconhece a

¹⁸⁷ Art. 760 *El incapaz de suceder, que, contra la prohibición de los anteriores artículos, hubiese entrado en la posesión de los bienes hereditarios, estará obligado a restituirlos con sus acciones y con todos los frutos y rentas que haya percibido.*

¹⁸⁸ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de derecho civil español: derecho de sucesión mortis causa*. Valladolid: Talleres Tipográficos, 1926, p. 460-461.

existência do direito do herdeiro pleitear o reconhecimento do seu direito, bem como a devolução da herança.

Prova disso é que o art. 192 do Código Civil espanhol, dispositivo relativo à ausência, se refere expressamente à ação objeto de estudo deste trabalho:

Art. 192 Lo dispuesto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia u otros derechos que competan al ausente, sus representantes o causahabientes. Estos derechos no se extinguirán sino por el transcurso del tiempo fijado para la prescripción. En la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles que acrezcan a los coherederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos a lo que dispone este artículo y el anterior.

Albadejo e Lacruz ensinam que, além do mencionado art. 192, a doutrina entende que a ação tem referência, ainda, nos arts. 1.016 e 1.021¹⁸⁹ do Código espanhol¹⁹⁰.

É precioso notar que, no direito espanhol, a doutrina e a jurisprudência consideram petição de herança todas as ações que persigam bens ou direitos, sejam estes reais ou de crédito, com fundamento no direito hereditário do demandante, sendo que o demandado, *herdeiro aparente* ou não, nega a pretensão do autor por contestar a sua qualidade hereditária¹⁹¹.

Nesse sentido, Albadejo e Lacruz justificam tal entendimento, lembrando que são os direitos que dão vida às ações, de maneira que os efeitos da petição de herança podem ser atribuídos a qualquer ação que objetiva, através

¹⁸⁹ *Art. 1.016 Fuera de los casos a que se refieren los dos anteriores artículos, si no se hubiere presentado ninguna demanda contra el heredero, podrá éste aceptar a beneficio de inventario, o con el derecho de deliberar, mientras no prescriba la acción para reclamar la herencia.*

Art. 1.021 El que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados.

¹⁹⁰ ALBADEJO, Manuel; LACRUZ, José Luis. *Derecho de sucesiones: parte general*. Barcelona: Libreria Bosch, 1961, p. 589.

¹⁹¹ REBULLIDA, Sancho. *Peticion de herencia*. Disponível em <http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4935&cat=Derecho> Acesso em 20-09-2009.

do reconhecimento da qualidade de herdeiro, conferir as titularidades hereditárias até então negadas, tais como impugnações de testamento, declaração de incapacidade por indignidade ou menor grau de parentesco, dentre outras¹⁹².

Com relação à regulamentação dos efeitos da ação, os espanhóis utilizam artigos esparsos do Código Civil.

No caso de deteriorização e perda do acervo, se aplicam os arts. 457 e 1.896¹⁹³, segundo os quais o herdeiro de boa-fé responde até o seu enriquecimento, e o de má-fé responde por toda perda. Além disso, se aplica a regulação da extinção de obrigações por perda da coisa devida, de acordo com os arts. 1.182 e 1.186¹⁹⁴.

A obrigação do herdeiro incapaz de suceder, de proceder à restituição dos bens hereditários com seus acréscimos, frutos e rendas que percebeu está prevista no já mencionado art. 760 do Código, que se aplicaria por analogia, em virtude de os acréscimos serem incorporados aos próprios bens e seguirem a sua sorte¹⁹⁵.

No tocante às benfeitorias, se aplicam as regras constantes dos arts. 452 e ss. do Código Civil espanhol.

¹⁹² ALBADEJO, Manuel; LACRUZ, José Luis. *Derecho de sucesiones: parte general*, cit., p. 590.

¹⁹³ *Art. 457 El poseedor de buena fe no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo. El poseedor de mala fe responde del deterioro o pérdida en todo caso, y aun de los ocasionados por fuerza mayor cuando maliciosamente haya retrasado la entrega de la cosa a su poseedor legítimo.*

Art. 1.896 El que acepta un pago indebido, si hubiera procedido de mala fe, deberá abonar el interés legal cuando se trate de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir cuando la cosa recibida los produjere. Además responderá de los menoscabos que la cosa haya sufrido por cualquier causa, y de los perjuicios que se irrogaren al que la entregó, hasta que la recobre. No se prestará el caso fortuito cuando hubiese podido afectar del mismo modo a las cosas hallándose en poder del que las entregó.

¹⁹⁴ *Art. 1.182 Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.*

Art. 1.186 Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta.

¹⁹⁵ ALBADEJO, Manuel; LACRUZ, José Luis. *Derecho de sucesiones: parte general*, cit., p. 595.

De fato, grande é a produção doutrinária espanhola em sede de petição de herança, restando notória a ânsia dos doutrinadores pela regulamentação da petição de herança como ação singular, nominada.

3.2.6 URUGUAI

O direito uruguaio faz menção, em seu Código Civil, à petição de herança sem, contudo, descrever os procedimentos adotados e os efeitos decorrentes do ajuizamento da ação¹⁹⁶, caracterizando-se a disciplina legal civil pela sua patente timidez.

É curioso que a única e isolada previsão se dá no Título IV (“*De la reivindicación*”), que cuida da ação de reivindicação ou ação de domínio, relativas ao direito do proprietário de perseguir em juízo o que lhe cabe contra qualquer um que possua a coisa e a retenha. No entanto, deixa claro o legislador que a petição de herança não se confunde com as tutelas reivindicatórias:

Art. 677 Pueden reivindicarse las cosas raíces y muebles.

*Pueden reivindicarse como el dominio, los otros derechos reales; excepto el derecho hereditario que produce la acción llamada petición de herencia*¹⁹⁷.

Estranhamente e, ao contrário da maioria dos países que preveem a petição de herança em seus ordenamentos, referida disposição não se encontra na área destinada a tratar dos direitos sucessórios e, muito embora seja mencionada no sobredito art. 677, o Código Civil uruguaio não a regulamenta, havendo referência dela apenas no art. 42 do Código de Processo Civil do país em comento.

¹⁹⁶ BARBOT, Raúl. *Anotaciones al Código Civil: de las sucesiones*. Montevideo: Maximino Garcia Editor, 1929, t. II, p. 66.

¹⁹⁷ A atual previsão do art. 677 correspondia ao art. 577 do mesmo diploma, que foi derogado pela Lei n. 16.603, de 19/10/94, em atenção ao disposto pelo Decreto-lei n. 14.859, de 15/12/78.

Apesar disso, com acerto tratou o legislador de assinalar a não correspondência com as ações reivindicatórias, que objetivam coisas certas e determinadas, nos moldes da lei brasileira, como se verá ainda neste trabalho.

Ainda a respeito da distinção da petição de herança com relação a outras tutelas, Raúl Barbot adverte que não se deve confundi-la com a *acción de reforma* ou com a *acción de partición*, sendo que as três guardam analogia, mas são regidas por princípios diversos¹⁹⁸.

A *acción de reforma*, prevista nos arts. 1.006 a 1.010 do Código uruguaio, é aquela cabível para que o herdeiro *forzoso* ou *necesário* (ou seus sucessores), já abordado neste trabalho, pleiteie a reforma do testamento cuja disposição invadiu de alguma forma a sua *legítima*. Do mesmo modo, tem a seu favor o cônjuge sobrevivente (ou seus sucessores) a *acción de reforma*, a qual objetiva a integração de sua porção conjugal. No direito brasileiro, vê-se que a tutela em apreço corresponderia às ações de invalidade do testamento.

A *acción de reforma* pode ser ajuizada em quatro anos, contados desde o dia em que o herdeiro, de certa forma prejudicado, tomou conhecimento do testamento, ou contados desde o dia em que completou a maioridade, se era menor à abertura da sucessão. Diferentemente, Barbot aponta o prazo prescricional de direito comum de trinta anos para a petição de herança¹⁹⁹.

No tocante à *acción de partición* (semelhante ao direito do herdeiro, previsto na lei brasileira, de reclamar a partilha) esta se destina a dividir o acervo hereditário e se diferencia da petição de herança porque, naquela, não se discute a qualidade de herdeiro do autor da demanda. Nesse sentido, Barbot ensina que, de acordo com o direito uruguaio, se o réu da ação contesta o título de herdeiro do autor da ação, trata-se de petição de herança²⁰⁰.

Ademais, a petição de herança prescreveria em trinta anos, enquanto que a *acción de partición*, de acordo com o art. 1.150 do Código, teria o mesmo prazo contra o co-herdeiro que possui a herança no todo ou em parte, em

¹⁹⁸ BARBOT, Raúl. *Anotaciones al Código Civil: de las sucesiones*, t. II, cit., p. 66.

¹⁹⁹ BARBOT, Raúl. *Anotaciones al Código Civil: de las sucesiones*, t. II, cit., p. 67.

²⁰⁰ BARBOT, Raúl. *Anotaciones al Código Civil: de las sucesiones*, t. II, cit., p. 67.

nome próprio como único dono ou seria imprescritível se todos os co-herdeiros possuem em comum a herança em seus nomes.

3.2.7 PARAGUAI

A ação de petição de herança está prevista no Código Civil Paraguaio dentre os arts. 2.510 e 2.515.

Diferentemente da maioria dos países que preveem a ação contra qualquer possuidor, com ou sem título, o Código paraguaio concebe a tutela em favor daquele que pretende reclamar os bens da herança contra a pessoa que os detém a título sucessório (art. 2.510), e que fora considerada posteriormente co-herdeira ou excluída da sucessão (art. 2.511), tratando em artigo apartado sobre a legitimidade passiva daquele que adquiriu os bens da herança do *herdeiro aparente*.

Neste caso, o art. 2.512 equipara o adquirente, do todo ou de parte da herança, ao possuidor hereditário em suas relações com os herdeiros, e os artigos seguintes ordenam a devolução dos bens hereditários e de todas as coisas sobre as quais o *de cuius* exercia posse mediata ou imediata, sendo que se a restituição for impossível, são aplicadas as disposições relativas ao enriquecimento sem causa.

O Código ainda prevê a aplicação, na petição de herança, das regras referentes à ação de reivindicação para se determinar os efeitos da posse de boa-fé ou má-fé do acervo hereditário, em semelhança com a maior parte dos ordenamentos jurídicos (art. 2.514).

Por fim, é necessário notar que, muito embora o legislador paraguaio não tenha se ocupado com a questão da prescrição da petição de herança no Capítulo III (“*De la petición de herencia*”), do Título II (“*De la seguridad, reconocimiento y ejercicio de los derechos hereditarios*”), do Livro V (“*De la sucesión por causa de muerte*”) do Código Civil, o fez no capítulo do Código específico sobre a prescrição, prevendo o prazo de dez anos, contados da posse da herança pelo demandado (art. 659, “c”).

3.2.8 FRANÇA

O Código Civil francês não se ocupa em disciplinar a ação de petição de herança, visto que a única previsão que fazia alusão à ação estudada, o art. 137²⁰¹ do diploma, fora revogado²⁰².

De fato, o aludido artigo não tratava propriamente da ação, pois estava localizado, no Código, em capítulo apropriado para a regulamentação dos efeitos da ausência.

Apesar disso, por muito tempo a doutrina e a jurisprudência francesas se apoiaram nesta previsão, paulatinamente construindo uma teoria da petição de herança tão sólida, que persiste no ordenamento francês ainda que o diploma civil não mais a mencione.

A ação foi sempre concebida como uma proteção do sucessor universal a título universal, elaborada pelos autores franceses com base na origem romana, mantendo-se as mesmas características do direito antigo²⁰³.

Assim, se constitui de suma importância o trabalho da doutrina, no país em comento, pois tem o papel, não suprido pela lei, de idealizar e, de certa forma, colocar à disposição do jurisdicionado a tutela em apreço.

²⁰¹ *Art. 137 Les dispositions des deux articles précédents auront lieu sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentants ou ayants cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription.*

Art. 137 As disposições dos dois artigos anteriores serão observadas sem prejuízo das ações de petição de herança e de outros direitos os quais caberão ao ausente, ou aos seus representantes ou sucessores jurídicos, e só se extinguirão com o transcurso do tempo estabelecido para a prescrição (tradução de Souza Diniz). FRANÇA. *Código napoleônico ou código civil dos franceses*. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962, p. 102.

²⁰² GRIMALDI, Michel. *Droit civil: successions*. Paris: Litec, 1989, p. 475.

²⁰³ MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, cit., p. 453-454.

3.3 PETIÇÃO DE HERANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

3.3.1 CÓDIGO CIVIL DE 1916

Da leitura da parte especial da codificação de 1916, percebe-se prontamente que a petição de herança não recebeu tratamento legislativo específico em seus artigos, bem observando Silvo de Salvo Venosa que a matéria em estudo fora “relegada, no passado, a princípios gerais e esparsos”²⁰⁴, restando patente a omissão, tanto em leis civis quanto processuais.

Acanhadamente, apenas no parágrafo único do art. 1.580²⁰⁵ da codificação em comento era possível encontrar prenúncio da atual disciplina da *petitio hereditatis* em nosso ordenamento, visto que fazia apenas referência à hipótese de devolução unitária (universal) da herança possuída indevidamente por terceiro. *In verbis*:

Art. 1.580 Qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possuía, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão.

Apesar da embrionária previsão, a tutela de petição de herança fora apontada, constatada e discutida por se constituir produto de construção doutrinária e jurisprudencial de estudiosos e juristas que reconheciam o direito de petição daquele que fora preterido, por alguma razão, na sucessão ocorrida em virtude da morte.

Por óbvio, não raros eram os casos que chegavam aos tribunais, nos quais se ajuizava ação de investigação de paternidade ilegítima cumulada, frequentemente, com pedido de herança do investigado, muito embora não houvesse previsão legal expressa nesse sentido.

²⁰⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005, v. VII, p. 119.

²⁰⁵ O dispositivo encontra certa correspondência no art. 1.791 do Código Civil de 2002.

À época, o único permissivo legal para tal se encontrava no art. 1.001 do Código de Processo Civil, o qual, ainda em vigor na atualidade, dispõe que aquele que fosse preterido no inventário poderia requerer sua admissão até realizada a partilha. O juiz ouviria as partes em dez dias e poderia decidir pela inclusão do herdeiro no inventário. Se não convencido da titularidade do direito alegado, o juiz remeteria o requerente às vias ordinárias, ordenando reserva de bens em seu favor até final solução do litígio.

Nota-se, pela legislação até então existente, que os juristas em diversas oportunidades poderiam se deparar com grandes impasses, sobretudo nas ocasiões nas quais o herdeiro pleiteava a herança que julgava fazer jus após a partilha e findo o inventário²⁰⁶.

Pela casuística da época, bem como pelos registros dos doutrinadores que se debruçavam para estudar a tutela em comento, constata-se que a petição de herança era reconhecida ainda que sem permissivo legal evidente, e que o espírito da codificação civil de 1916 se mostrava tão inclinado em reconhecer o direito de pleito à herança, que muitos eram os que afirmavam que o seu *nomen iuris* seria irrelevante, podendo o autor da ação, objetivando a proteção do que julgava ser seu, invocar em seu petitório desde a nulidade ou a anulabilidade de posse a declarações de ineficácia de documentos, dentre outros²⁰⁷.

3.3.2 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Até então sem disciplina legal, sendo precisado seu regime pela doutrina e jurisprudência da época, conforme já analisado, a *petitio hereditatis* para alguns autores ganhou esboço nas embrionárias previsões constantes dos

²⁰⁶ Cf. BARREIRA, Wagner. A ação de petição de herança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, v. 659, p. 24-28, set. 1990, p. 24.

²⁰⁷ VALLE, Christino Almeida do. *Teoria e prática da ação de petição de herança*. Rio de Janeiro: AIDE, 1988, p. 89-90.

arts. 1.000 (inciso III) e 1.001 do Código de Processo Civil, instituído em 1973 e atualmente em vigor.

Dispõe o art. 1.000, *in verbis*:

Art. 1.000 Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 10 (dez) dias, para dizerem sobre as primeiras declarações. Cabe à parte:

(...)

III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Parágrafo único. (...) Verificando que a disputa sobre a qualidade de herdeiro, a que alude o nº III, constitui matéria de alta indagação, remeterá a parte para os meios ordinários e sobrestará, até o julgamento da ação, na entrega do quinhão que na partilha couber ao herdeiro admitido.

Pela previsão em apreço, nota-se que o preterido na sucessão, por obviamente não ser parte do processo de inventário, e por não se configurar hipótese de intervenção de terceiros, não poderia se valer do prazo concedido para contestar a qualidade de herdeiro de alguém que assim figurava nas primeiras declarações por iniciativa do inventariante.

Da leitura do artigo, a hipótese de aplicação que se evidencia é a de que a própria parte, que já figura no inventário, deseja excluir algum herdeiro, o que não deixa de se referir a uma petição de herança (não propriamente à ação que atualmente se conhece por esta nomenclatura), mas se configurando certa identidade com a finalidade vindicatória da *petitio hereditatis*.

Com relação àquele que se julgava herdeiro, mas que não figurava como parte no inventário, a ele cabia a faculdade de intervir no processo até a partilha, nos ditames do artigo seguinte:

Art. 1.001 Aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários,

mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

Do que fora exposto, não restam dúvidas de que as possibilidades ofertadas pelo Código de Processo Civil, de se contestar a qualidade de herdeiro descrito nas primeiras declarações, pleiteando-se o aumento do seu quinhão hereditário, ou de se requerer admissão no inventário, anteciparam, de alguma maneira, a previsão da *petitio hereditatis* em nosso ordenamento.

De fato, os artigos mencionados continuam em vigor, a despeito do fato de que a *petitio hereditatis* ostenta tratamento próprio no Código Civil, cabendo ao pretense herdeiro verificar a conveniência de uma ou outra medida, questão que será abordada neste trabalho, na diferenciação entre a petição de herança e outros meios processuais, relacionados à tutela sucessória.

3.3.3 SÚMULA 149 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Apesar de sem clara disciplina legal até então, a ação de petição de herança, construída pelos doutrinadores, era ajuizada com o fim de se reconhecer a qualidade de herdeiro e se assegurar a restituição dos bens hereditários, como hoje a utilizamos.

Ocorre que a ação em comento sempre esteve envolvida em debates sobre a sua suposta prescritibilidade, visto que eventual reconhecimento dito tardio, ou fora do prazo prescricional geral, da filiação, poderia prejudicar o pleito de herança do sucessor.

Nesse sentido, com a finalidade de unificar entendimentos e pacificar este dilema, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 149, em 13 de dezembro de 1963, segundo a qual “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Ocorre que, muito embora a Súmula 149 para muitos tenha ampla e irrestrita aplicação, a questão do prazo para propositura da demanda de petição de herança ainda guarda soluções das mais controvertidas, sendo que a questão em apreço será desenvolvida futuramente neste estudo.

Além disso, a Súmula em apreço não logrou êxito integral em pacificar entendimentos, pois fez menção à suposta prescritibilidade, mas não indicou o prazo prescricional a ser observado, o que também ocasiona sérios problemas na aplicação da lei.

Apesar disso, cumpre mencionar a nota histórica de que a Súmula se constituiu registro de grande importância, no sentido de que se reconheceu formalmente a ação de petição de herança como tutela singular em nosso ordenamento jurídico, vindo depois a ser disciplinada no Código Civil de 2002.

3.3.4 CÓDIGO CIVIL DE 2002

Com a promulgação do Código Civil de 2002, instituído pela Lei n. 10.426/02 e vigente em 11 de janeiro de 2003, a petição de herança passa a ser nominada e tratada de forma mais precisa, ordenada e sistematizada no Capítulo VII, do Título I (“Das Sucessões em Geral”), do Livro V, em seus arts. 1.824 a 1.828.

Para Washington de Barros Monteiro, a inclusão do referido capítulo confirma a “intenção do legislador de envidar esforços para atribuir a herança a quem seja legítimo sucessor do autor”²⁰⁸, o que nos parece perfeitamente consonante com o *princípio da eticidade*²⁰⁹, evidente informador da nova codificação.

De modo geral, os artigos em estudo cuidam de definir o objeto e a extensão da ação de petição de herança, bem como sua legitimidade ativa e passiva. Assinalam também a responsabilidade do possuidor da herança (*herdeiro aparente*) e a eficácia de eventuais alienações realizadas dos bens que compõem o acervo hereditário.

²⁰⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 83.

²⁰⁹ Pelo *princípio da eticidade*, se busca compatibilizar os valores técnicos advindos da vigência do Código Civil de 1916, com os valores éticos existentes em nosso ordenamento, os quais são colocados em maior evidência a partir da Constituição Cidadã de 1988. Vide: GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1, p. 51.

De fato, a disciplina civil em estudo compreende, além do direito material objeto deste estudo, matéria processual que tipicamente deveria ter sido tratada pelo Código de Processo Civil, o que não ocorreu, evidenciando-se que as normas que tratam da petição de herança são *heterotópicas*, fenômeno nitidamente advindo da ordem constitucional que unificou a competência para legislar sobre direito privado e direito processual, assunto já mencionado no prefácio deste trabalho.

3.4 FINALIDADE E CABIMENTO DA PETIÇÃO DE HERANÇA

Dispõe o art. 1.824 do Código Civil que pode o herdeiro, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, com a finalidade de obter a restituição da herança, ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Como se pode observar, o próprio dispositivo legal se ocupa em definir a ação em comento como um meio processual apto para se obter tanto o reconhecimento de direito sucessório, quanto à restituição da herança, no todo ou em parte, injustamente em poder de outrem, restando assim evidenciado o objeto da petição de herança.

Do direito italiano, Roberto Ruggiero identifica que o objeto da petição de herança é, na verdade:

“(...) fazer reconhecer que o autor é herdeiro, de modo que se destina não só a obter as várias coisas pertinentes à herança (direitos de propriedade, *jura in re aliena*, ou créditos), mas a conseguir qualquer vantagem que por razão ou ocasião do patrimônio hereditário pertença ao herdeiro e, na falta, a plena indenização do dano”²¹⁰.

É de se observar a definição trazida por Roberto Senise Lisboa, para o qual a “petição de herança é o requerimento judicial formulado pelo

²¹⁰ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário* (tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português pelo Dr. Ary dos Santos). São Paulo: Saraiva S.A. Livreiros Editores, 1958, v. III, p. 538.

interessado objetivando o reconhecimento de sua qualidade de herdeiro e a defesa dos seus direitos sucessórios”²¹¹.

Resta claro, portanto, que a ação de petição de herança é aquela posta ao dispor do herdeiro para que este vindique a herança de quem indevidamente a possui²¹², conceituação esta recorrente nos mais variados estudos existentes, e claramente inspirada e fundamentada na faculdade assegurada ao herdeiro de reclamar sua quota-parte, como esclarece Caio Mário da Silva Pereira²¹³.

Não se pode olvidar de destacar a clássica definição de Itabiana de Oliveira, para o qual:

“Ação de petição de herança é a que compete ao herdeiro legítimo ou testamentário contra aqueles que, pretendendo ter direito à sucessão, detêm os bens da herança no todo ou em parte”²¹⁴.

Interessante notar que, nos dizeres de Sílvio de Salvo Venosa, a clássica definição, obviamente anterior à nova codificação existente, fora absorvida pelo sobredito art. 1.824, sendo marcada a previsão legal do instituto pela didática do seu tratamento²¹⁵.

De fato, a própria definição da petição de herança evidencia a sua notória finalidade. Nesse sentido, aponta Maria Helena Diniz que o objetivo da ação estudada é obter a declaração de que o seu autor é herdeiro do falecido, bem como a condenação do réu a proceder à entrega de toda herança ou parte dela, acrescida de seus rendimentos e acessórios devidos desde a data do óbito²¹⁶.

Ainda ressaltam Euclides Benedito de Oliveira e Sebastião Luiz Amorim que a petição de herança não tem somente como objeto o

²¹¹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*, cit., p. 314.

²¹² ALMADA, Ney de Mello. Petição de herança. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 24, v. 127, p. 9-14, nov./dez. 1990, p. 10.

²¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 58.

²¹⁴ ITABIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. III, p. 951.

²¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 119.

²¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 43.

reconhecimento judicial da qualidade ou condição de herdeiro, mas a sua integral satisfação²¹⁷.

No mesmo sentido, Orlando Gomes enfatiza que a dupla finalidade da ação de petição de herança faz dela o meio próprio e adequado a ser utilizado pelos herdeiros verdadeiros que necessitam exercer seu direito para tornar efetiva a sua condição hereditária.²¹⁸

De seu objeto particular surgem conclusões de que seria a petição de herança uma ação mista, como defende Eduardo Prayones, citado por Eduardo Zannoni, visto que encerraria um aspecto principal, o título hereditário e outro, acessório, qual seja, a restituição dos bens hereditários²¹⁹, com o que discorda Lafaille, por negar a existência de ações mistas e admitir a petição de herança como um conglomerado de remédios legais que tramitam em um só pleito²²⁰.

Sem dúvida, parece razoável conceber a ação com a mencionada dupla finalidade, não se evidenciando qualquer objetivo nela inscrito como principal ou acessório, mas sim como interdependentes, muito embora alguns autores, como Arnaldo Rizzardo, concluem pela restituição dos bens hereditários como finalidade primordial da ação:

“Esta ação constitui o meio judicial de receber os direitos hereditários, ou de salvaguardá-los, contra as usurpações de terceiros. Não propriamente para defender os direitos ou bens, eis que, para tanto, há as ações possessórias, utilizáveis no caso de turbação ou esbulho, ou de ameaça e perda. Serve mais para reclamar e conseguir o bem ou o quinhão hereditário”²²¹.

²¹⁷ AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Inventários e partilhas. Direito das sucessões: teoria e prática*. São Paulo: LEUD, 2005, p. 323.

²¹⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 259.

²¹⁹ PRAYONES, Eduardo. *Nociones de derecho civil: derecho de sucesión*, tomadas de sus clases por Américo S. Cacicci. Bs. As., 1957, p. 145 *apud* ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 469.

²²⁰ LAFAILLE, Héctor. *Curso de derecho civil: sucesiones*, compilado por I. P. Argüello y P. Frutos. Bs. As.: Biblioteca Jurídica Argentina, 1932-1933, t. I, p. 232 *apud* ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 469.

²²¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, cit., p. 131.

Com relação ao cabimento da ação estudada, Clóvis Beviláqua já o contextualizava:

“Estando o verdadeiro herdeiro ausente, ou, por qualquer circunstância, tendo ignorado a abertura da sucessão, pode a herança ter sido arrecadada, ou a quem apresentara títulos suficientes. Esse estado de coisas não destrói o direito hereditário de quem o possui, pois este o poderá fazer valer por uma ação especial denominada *petição de herança*”²²².

Pelo patente esforço dos doutrinadores do passado, que buscavam delinear as formas da não positivada petição de herança, e pela leitura dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil, que tratam da matéria, é possível destacar algumas das hipóteses factíveis e legais nas quais a ação poderia eventualmente experimentar cabimento, muitas elas certamente lastreadas em algum conflito entre herdeiros, relacionado ao caráter excludente ou concorrente ditado na ordem de vocação hereditária²²³.

Destacar-se-ão a seguir as hipóteses de ajuizamento quanto à motivação, ao momento do ajuizamento, aos objetivos pretendidos e aos possíveis demandados.

O motivo pelo qual o herdeiro pode desejar se utilizar da petição da herança é o fato, muito comumente constatado nos Tribunais, de ter sido de certa forma banido, quando do processamento do inventário, da oportunidade de participar da sucessão do *de cuius*, por não possuir até então o reconhecimento de seus direitos sucessórios, por não ter tido informação da morte do *de cuius* ou até mesmo por desconhecer sua condição hereditária.

O primeiro caso citado de não participação na sucessão, por inexistência de reconhecimento dos direitos sucessórios, é cada vez mais comum no universo do companheiro que viveu em união estável nos ditames da lei civil, mas que necessita de sentença judicial que reconheça tal situação jurídica. Também é corriqueiro no caso do filho até então não reconhecido, seja voluntária, judicial ou administrativamente, que alega tal condição.

²²² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*, cit., p. 43.

²²³ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 456.

Em todas estas hipóteses, a petição de herança é cabível para a obtenção da declaração de seu direito sucessório, cumprindo salientar que não há óbice para o ajuizamento de ações autônomas de reconhecimento de união estável ou investigação de paternidade²²⁴, por exemplo, seguidas do pleito de petição de herança.

Interessante notar que o caráter dúplice da ação evita o ajuizamento de uma série de demandas singulares que objetivam a satisfação dos direitos sucessórios dos herdeiros, na persecução dos bens que lhes cabem, contribuindo sobremaneira para a tão almejada economia processual.

Observa Pontes de Miranda que a própria ação de petição de herança contém, em si mesma, uma cumulação de ações:

“A petição de declaração da relação jurídica pode ser incluída na petição de herança, porém não é necessário. Se o foi, há cumulação, devendo-se julgar primeiro, a ação declaratória; depois, a de petição de herança. Nada obsta que se suscite incidentalmente (...)”²²⁵.

Sem prejuízo, importante é registrar que a petição de herança, embora seja ação independente e autônoma, pode ser cumulada com outras ações, desde que se verifique compatibilidade entre os pedidos formulados, adequação do procedimento que serve a todos os pleitos, e desde que atendida a competência jurisdicional prevista em lei, em integral observância ao disposto no art. 292 do Código de Processo Civil.

Assim, cabível é a cumulação da *petitio hereditatis* com todas aquelas que lhe forem conexas.

Nesse sentido, é muito comum a sua cumulação com investigação de paternidade e reconhecimento e dissolução de união estável (declaratória da condição de companheiro), visto que, constatadas a filiação e o

²²⁴ A ação de petição de herança é pertinente e adequada na hipótese em que herdeiro legítimo, reconhecido judicialmente após investigatória de paternidade, não participa, como de direito, do inventário e da partilha dos bens deixados pelo falecido genitor (RT 785/216).

²²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*, cit., p. 141.

companheirismo nos moldes da lei, reconhecidos serão direitos sucessórios cujos titulares merecem experimentar satisfação.

Possível ainda é a cumulação da petição de herança com ação declaratória de nulidade de partilha, de testamento, de injusta deserdação, desconstitutiva de anulação de renúncia a herança (por vício do consentimento), dentre outras, facultando-se ao autor da ação o pedido de reserva do quinhão hereditário que lhe cabe em tese.

Vale destacar também que, embora pouco suscitado nos comentários doutrinários, parece perfeitamente cabível o ajuizamento de ação de indignidade ou deserdação²²⁶ cumulada com a petição de herança, se caracterizada a prejudicialidade do pedido mediato das primeiras em relação a esta, no caso concreto.

Com relação às hipóteses de ajuizamento, levando-se em consideração o momento no qual que se realizam, é importante notar que a ação de petição de herança é mais corriqueira nas ocasiões em que o inventário encontra-se findo, porém não existe impedimento para o ajuizamento da demanda na hipótese de o inventário ainda estar em andamento²²⁷, circunstância na qual o autor da ação notadamente renuncia à prerrogativa inculpada no art. 1.001 do Código de Processo Civil, já mencionada neste estudo.

Finalizando as hipóteses de ajuizamento da ação, necessário observar que a demanda pode ser proposta contra quem quer que ofereça resistência à justa pretensão do verdadeiro herdeiro, podendo ser o réu um terceiro alheio à sucessão que detém a herança²²⁸, o co-herdeiro que sucedeu ao

²²⁶ Na propositura das ações ordinárias de indignidade e deserdação objetiva-se a exclusão de herdeiro da sucessão, mediante a comprovação das causas previstas em lei, que são, em ambos os casos, as previstas no art. 1.814 do Código Civil. Para a deserdação, ainda são previstas as hipóteses descritas nos arts. 1.962 e 1.963 do mesmo diploma legal, e se faz necessária a comprovação da vontade inequívoca do autor da herança, através de testamento, no sentido de se operar a pretendida exclusão do herdeiro demandado.

²²⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 264.

²²⁸ Defende-se a possibilidade de propositura da ação em face de terceiro, estranho à sucessão, desde que este possua a herança pretendida ou parte dela como um todo (universalidade), e não bens certos e determinados, suposição esta que ensejaria o ajuizamento de demanda reivindicatória, diversa da petição de herança. Nesse sentido também o entendimento de

de cujus em excesso (em detrimento dos direitos hereditários do demandante) ou *herdeiro aparente*, que não possuía direito à herança, como se detalhará ainda neste estudo.

No tocante ao juízo competente para o processamento da ação de petição de herança, este será o que naturalmente julgaria o inventário, uma vez que a ação em apreço guarda estreita relação com acervo hereditário, aplicando-se, nesse caso, o art. 96 do Código de Processo Civil.

No entanto, observa Maria Helena Diniz que referida competência para apreciação se constata enquanto a herança se conservar *pro indiviso*, em virtude do caráter universal da sucessão²²⁹.

Dessa maneira, uma vez já partilhado o acervo hereditário, há quem defenda que não mais subsista vinculação com o juízo do inventário, devendo a ação se processar no domicílio dos herdeiros, réus na ação²³⁰.

Interessante notar que, se a petição de herança é cumulada com investigação de paternidade e alimentos, este último pleito, por força do art. 100, I, do Código de Processo Civil, modifica a competência para o domicílio do alimentando²³¹.

Humberto Theodoro Junior. Vide: THEODORO JUNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 73, v. 581, p. 9-24, março 1984, p. 10.

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva: 2002, p. 1188.

²³⁰ Nesse sentido: *Investigação de paternidade. Petição de herança. Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Foro do domicílio do réu. Se ação de investigação de paternidade não vem cumulada com pedido de alimentos, e o investigado é falecido, já tendo sido ultimada a partilha em inventário, o foro competente é o do domicílio dos herdeiros, réus na ação. Elementos que infirmam residir o demandado na comarca onde originalmente proposta a ação, ou ter dela se transferido somente após o ajuizamento. Negado provimento (Segredo de justiça) (Agravo de Instrumento Nº 70014517635, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 10/05/2006).*

²³¹ *Investigação de paternidade. Petição de herança. Exceção de incompetência. Foro do inventário. Se a ação de investigação de paternidade não vem cumulada com pedido de alimentos, e o investigado é falecido, então o foro competente é o do domicílio do autor da herança, onde, inclusive, já tramita o processo de inventário. Inteligência do art. 96 do CPC.*

Com relação à prova na petição de herança, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, o autor deve comprovar o óbito daquele cujo sucessor se intitula, pois, como já ventilado, não é possível demandar sobre herança de pessoa viva. É preciso também fazer prova da violação do seu direito sucessório, ocorrida por ter sido preterido na sucessão ou por ter recebido quota parte inferior à que teria direito, além das condições nas quais esta lesão se deu.

Imperiosa é também a prova de que os bens vindicados pertenciam ao *de cuius* (o que pode ser feito através de escrituras públicas de imóveis, extratos bancários, dentre outros, ou de cópias do inventário, se houver), estabelecendo-se o elo de ligação entre a pretensão do autor e a herança a que alega ter direito.

Não obstante, no direito alemão, Theodor Kipp assinala uma grande vantagem no ajuizamento da petição de herança, qual seja, a desnecessidade de se provar o direito do falecido sobre os bens particulares que compõem a herança que se deseja reivindicar, sendo apenas necessária a comprovação da posse dos mesmos, pelo *de cuius*, quando da sua morte:

“La pretensión de herencia tiene para el heredero la gran importancia de no tener que demostrar el derecho del causante sobre los objetos singulares del caudal relicto. Puede reclamar de los poseedores que se acaban de citar, la entrega de todo lo que el causante tenía en su poder en el momento de su muerte, y sólo queda reservado al demandado la demostración, que por su parte pueda hacer, de que estos o aquellos objetos singulares son de su propiedad o que, por cualquier otra razón, tiene derecho a retenerlos”²³².

Sobre os dizeres em apreço, justifica o autor alemão que a aquisição dos bens pelo autor da herança se constitui simples derivação da força expansiva do caráter universal do título de herdeiro²³³, e conclui, esboçando o objeto da ação estudada:

Recurso provido (Agravo de Instrumento Nº 70015821697, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 04/10/2006).

²³² KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*, t. V, v. I, cit., p. 370.

²³³ KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*, t. V, v. I, cit., p. 377.

“Según la idea fundamental de la pretensión de herencia, el punto discutido nos es tanto si un determinado objeto pertenece o no al patrimonio del fallecido, sino quién es el dueño actual de este patrimonio”²³⁴.

De qualquer forma, para tanto, ainda imprescindível é a comprovação da sua qualidade de herdeiro, não outrora renunciante ou excluído da sucessão, seja *legítimo* ou *testamentário*, até mesmo para se verificar a sua legitimidade ativa para o ajuizamento da ação, condição da ação que será estudada mais adiante.

Se o herdeiro é *legítimo*, necessária se fará a vinda aos autos de prova documental de parentesco com *de cujus* ou de sentença de *ação de estado*²³⁵, que reconheceu o seu *status familiae*.

Se o herdeiro for *testamentário*, necessária é a comprovação da última manifestação de vontade do *de cujus* que o contemplou, bem como de sua patente validade, além da prova do implemento da condição que ao pretense herdeiro fora imposta, se existir²³⁶.

Ainda com relação à prova da qualidade de herdeiro, pondera Ney de Mello Almada:

“A prova da qualidade hereditária é, na verdade um *prius* inarredável. Pode ela mostrar-se pré-constituída ou vir a ser produzida no curso processual, como quando se cumulam investigação de paternidade e petição de herança, aquela como *prejudicial* lógica (negada, perde objeto à segunda)”²³⁷.

²³⁴ KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*, t. V, v. I, cit., p. 371.

²³⁵ Orlando Gomes lembra que a ação de estado, na qual se comprova o parentesco, é premissa da petição de herança. Ocorre que nada impede, como visto neste trabalho em tópico anterior, que o autor cumule ações, ou seja, ajuíze uma ação de estado cumulada com a petição de herança. Vide: GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit. 261.

²³⁶ Theodor Kipp, a respeito da prova do testamento que contempla o herdeiro, ensina que a este apenas incumbe demonstrar o conteúdo das disposições testamentárias e a sua validade, sendo desnecessária a prova da ausência de causas de impugnação. Vide: KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*, t. V, v. I, cit., p. 375.

²³⁷ ALMADA, Ney de Mello. *Direito das sucessões*, cit., p. 226.

Assim, é imprescindível a vinda aos autos de comprovação de parentesco ou de relação jurídica hábil a gerar efeito sucessório, mas tal exigência é relativizada no caso de cumulação de petição de herança com investigação de paternidade ou reconhecimento de união estável.

Com relação à prova da posse dos bens hereditários, exercida por aquele que injustamente o fez, esta parece necessária, até mesmo para se comprovar a legitimidade passiva daquele que está sendo demandado²³⁸.

Por fim, alerta Carvalho Santos que, se o herdeiro julgar que o possuidor dos bens que compõem a herança agiu de má-fé, ou seja, conhecia a impossibilidade de aquisição legítima da herança, deve prová-lo para se operar as consequências previstas em lei, uma vez que a boa-fé é presumida²³⁹.

3.5 NATUREZA JURÍDICA DA PETIÇÃO DE HERANÇA

A questão da natureza jurídica da ação de petição de herança claramente se constitui de grande relevância, não pelo mero estudo de terminologia ou por tecnicismo jurídico, mas pelas consequências que se desprendem de sua solução, estando intimamente ligada à questão da suposta prescrição da ação, em especial aos prazos que seriam aplicados à tutela²⁴⁰.

Isto porque, por muito tempo e em muitas legislações, variavam os prazos prescricionais na medida em que se referiam a prazos para ações reais ou pessoais.

De qualquer forma, identificar se uma ação é pessoal ou real influencia na determinação do início da contagem dos prazos prescricionais, que acabam por encobrir a exigibilidade da ação ou da omissão. Nesse sentido, se a

²³⁸ Pontes de Miranda entende que a ação cabe ainda que, no momento da propositura, o que se diz herdeiro ainda não haja tomado posse dos bens. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial. cit., p. 151.

²³⁹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático*: direito das sucessões (arts. 1572 a 1631). 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1952, v. XXII, p. 95.

²⁴⁰ PRAYONES, Eduardo. *Nociones de derecho civil*: derecho de sucesion, cit., p. 144.

ação é pessoal, a violação ao direito subjetivo surge do não cumprimento de uma obrigação de conteúdo positivo ou da prática de ato que corresponde a uma obrigação cujo conteúdo é negativo²⁴¹.

Se a ação é real, o início da contagem do prazo prescricional se dá a partir do momento em que alguém oferece perturbação ao exercício do direito real²⁴².

Demonstrados alguns aspectos relacionados aos reflexos do considerar a natureza jurídica da ação, é preciso mencionar que há registros de que, desde o direito romano, se debate se a *petitio hereditatis* seria ação real ou pessoal²⁴³, não se constituindo tarefa das mais simples definir a sua natureza jurídica, visto que se constata variação de entendimentos de acordo com o objeto reclamado no caso concreto.

Apenas é cediço que se trata de uma ação notoriamente universal, pois objetiva a universalidade da herança ou de parte dela, *universum jus defuncti*, ao lado do reconhecimento da qualidade sucessória, inexistindo identificação dos bens que compõem a herança pretendida, como ocorre na ação que se pleiteia um legado.

Este é um consenso na doutrina. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, trata-se de:

“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”²⁴⁴.

Voltando à celeuma, é de se notar que, por muito tempo, não poucos foram os que advogaram que a ação em estudo seria de natureza pessoal, em virtude de identificarem, na ação, a prevalência do pedido de reconhecimento da qualidade hereditária, destacada em seu exercício tão somente a disputa do título hereditário.

²⁴¹ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., v. III, p. 947.

²⁴² ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., v. III, p. 947.

²⁴³ RODRIGUES. Silvio. *Direito civil*, cit., p. 88.

²⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 58.

Atualmente, não há dúvidas de que a maior parte dos doutrinadores brasileiros, tais como Maria Helena Diniz, Silvio Rodrigues, Sílvio Venosa, Zeno Veloso, Giselda Hironaka, Ney de Mello Almada, Flavio Tartuce, José Fernando Simão, Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, dentre outros, filiados a uma segunda corrente, se inclinam em afirmar que a petição de herança é de natureza real, argumentando-se que, por força do art. 80, II do Código Civil, a sucessão aberta constituiria bem imóvel, sendo o caráter predominante da ação a transferência de bens e de coisas, em comparação ao objeto de proclamação de um título.

Assim, tem prevalecido que a petição de herança é ação real, uma vez que sua finalidade principal é a aquisição dos bens hereditários

Para uma terceira corrente, a petição de herança seria ação de natureza mista, visto que em um primeiro momento objetivaria a apuração do título hereditário, indicando índole eminentemente pessoal e, seguidamente, a postulação de patrimônio, evidenciando natureza real²⁴⁵.

Nesse sentido, para o argentino Eduardo Prayones, a despeito das teorias formuladas em seu país, algumas apontando o caráter real da ação, enquanto que outras, o pessoal, o autor claramente se filia à teoria das ações principais e acessórias. Segundo referido entendimento, a ação de petição de herança participa da natureza das ações pessoais de estado enquanto requer a justificação da qualidade hereditária, e é real quando, uma vez justificada tal qualidade, se reclama a entrega de bens determinados²⁴⁶.

Com relação a esta dificuldade em se aferir sua natureza jurídica, Orlando Gomes, muito embora admitisse o caráter real preponderante da ação, bem observou que a *petitio hereditatis* seria uma ação especial em virtude da singularidade da natureza de seu objeto, uma vez que através dela se busca o reconhecimento da qualidade sucessória, da qual deriva a aquisição da herança, posicionamento que parece acertado e que se acolhe²⁴⁷.

²⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, cit., p 124.

²⁴⁶ PRAYONES, Eduardo. *Nociones de derecho civil: derecho de sucesion*, cit., p. 144-145.

²⁴⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 260.

3.6 DISTINÇÃO EM RELAÇÃO A OUTROS MEIOS PROCESSUAIS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SUCESSÓRIOS

Como já amplamente explanado, a ação de petição de herança sempre será cabível para aqueles que julgam ter direitos sucessórios violados e que buscam a restituição da universalidade da herança correspondente, independentemente de quem a possua (art. 1.824 do Código Civil).

Ocorre que, na prática forense, subsistem outros meios processuais que acabam por operar a satisfação de direitos sucessórios, os quais não se confundem com a estudada petição de herança, e que merecem ser abordados neste presente trabalho.

Observa Pontes de Miranda que a ação de petição de herança não se confunde com a *ação do direito do herdeiro*, a qual corresponde à ação “declaratória da relação jurídica de propriedade em que é sujeito ativo o herdeiro”²⁴⁸.

É sabido que a petição de herança, por ter dupla finalidade, tem como seus objetos, além da declaração do reconhecimento da relação jurídica que compreende os direitos sucessórios, a condenação à restituição dos bens da herança indevidamente possuídos pelo réu.

Nesse sentido, a sentença que simplesmente declara um direito hereditário, sem conferir certa universalidade de herança a alguém, não se confunde com a decisão proferida na *petitio hereditatis*, pois esta ainda guarda caráter condenatório, visto que determina a restituição dos bens hereditários.

No tocante ao recorrente *pedido de habilitação* existente nos Tribunais, formulado nos próprios autos de inventário pelo pretense herdeiro, Arnaldo Rizzardo esclarece que, estando ainda em curso o inventário, e sendo o caso de o nome do herdeiro não figurar nas declarações do inventariante, não é exigido que se ajuíze uma ação de petição de herança, bastando que se

²⁴⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. cit., p. 141.

apresente nos autos um simples pedido de habilitação, comprovando a qualidade de herdeiro e reclamando o quinhão a que julga ter direito²⁴⁹.

O *pedido de habilitação* corresponde a um pedido simplório apresentado nos autos, não sendo propriamente uma ação, e sua previsão se encontra no art. 1.001 do Código de Processo Civil, já mencionado neste trabalho, segundo o qual o preterido na sucessão poderá requerer a sua admissão no inventário, desde que o fazendo antes da partilha, evitando-se a reabertura de procedimento de inventário já encerrado.

Neste procedimento, as partes são ouvidas no prazo de dez dias e, após, o juiz proferirá sua decisão: se o pedido for acolhido, passará a figurar o requerente dentre os herdeiros e participará da sucessão, recebendo o seu quinhão hereditário; se o pedido não for acolhido, o juiz remeterá o requerente para os meios ordinários, em virtude da complexidade da causa, ordenando a reserva, em poder do inventariante, do quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

Com relação à dúvida recorrente sobre qual providência processual seria mais adequada, se o *pedido de habilitação* nos autos ou o ajuizamento de ação de petição de herança, importante dizer que, muito embora o primeiro seja menos custoso, mais célere e evite a partilha que, uma vez posteriormente rescindida, ocasiona problemas para os herdeiros, nada obsta o ajuizamento da ação de petição de herança antes ou depois da homologação da partilha²⁵⁰.

Pela leitura do art. 1.001 do Código de Processo Civil, infere-se que o pedido de habilitação seja adequado até a partilha²⁵¹, sendo que, após a

²⁴⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, p. 132.

²⁵⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 264.

²⁵¹ *Homologada a partilha e expedido o formal, em inventário, não cabe habilitação de herdeiros que tiveram a sua filiação reconhecida, em ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, em juízo diverso do inventário, pela forma direta, em substituição a um herdeiro originário, não sendo de acolher-se a nulidade de partilha, admitida por aquele juízo diverso, cabendo aos herdeiros reconhecidos o ingresso em ação anulatória de partilha* (RT 739/275). Apesar disso, admitido já fora o pedido de habilitação se julgada a partilha, mas ainda não transitada em julgado. Nesse sentido: *Inventario. Herdeiro excluído. Admissível e o pedido de*

sua realização, mais apropriada será a propositura de *ação de nulidade* ou *anulatória de partilha* ou a ação de petição de herança.

Neste passo, necessário também se faz tecer algumas considerações sobre as *ações de invalidade da partilha*.

De início, cabe dizer que as *ações de invalidade (ação de anulação e ação declaratória de nulidade)* se diferem da ação de petição de herança porque, nesta, o pedido principal é o reconhecimento da qualidade de herdeiro e, naquelas, se pretende direta ou indiretamente a invalidação da partilha, já provada a condição do sucessor²⁵².

Salienta-se que as referidas ações de invalidade são cabíveis com relação à partilha, pois ela corresponde a um ato jurídico, mesmo que seja proveniente de origem judicial.

Nesse sentido, Sebastião José Roque observa que a decisão judicial baseia-se em alguns atos jurídicos privados e, se estes forem nulos, deverá ser nula a partilha²⁵³.

A *ação de nulidade da partilha*, que pode ser ajuizada em até dez anos, tem cabimento nos casos em que faltou pressuposto essencial exigido por lei ou se a partilha fora realizada mediante o vício social da simulação (arts. 166 e 167 do Código Civil)²⁵⁴.

habilitação formulado após a sentença de partilha, mas antes de seu trânsito em julgado. Se bem que ao juiz da instância originária já não fosse lícito retratar a sentença, pode o juízo recursal cassar o decisório para assegurar o processamento do pedido de habilitação sem submeter o interessado às moras e gravames da via rescisória. Inteligência do art.1001 do CPC. Embargos infringentes. Admissibilidade. Tendo a câmara julgadora convertido em apelação o recurso interposto como agravo, dele conhecendo com aquela caracterização e não com esta, o acórdão majoritário resultante e embargável. Embargos rejeitados (Embargos Infringentes Nº 586029027, Terceiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adroaldo Furtado Fabrício, Julgado em 22/05/1987).

²⁵² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 518.

²⁵³ ROQUE, Sebastião José. *Direito das sucessões*. São Paulo: Ícone, 1995, p 234.

²⁵⁴ Muito embora a lei não faça previsão de ajuizamento de ação de nulidade da partilha no caso de herdeiro preterido, nossos tribunais vêm decidindo pelo seu cabimento. Nesse sentido: *Ação anulatória de partilha. Possibilidade de ajuizamento por herdeiro necessário que foi preterido. O*

Já a *ação de anulação de partilha*, esta visa invalidar a partilha amigável, que fora lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz.

Referida providência é suscetível ao prazo decadencial de um ano e pode ser ajuizada nas hipóteses de ocorrência dos vícios do consentimento²⁵⁵, correspondentes ao erro essencial, dolo, coação ou se houve participação de incapaz, nos termos do art. 1.029 do Código de Processo Civil.

Depois de realizada a partilha, parece permitir o artigo subsequente, 1.030, o ajuizamento de uma *ação rescisória* no prazo de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão, nos casos mencionados no artigo antecedente (1.029), nas hipóteses de partilhas realizadas com desatenção às formalidades legais e nas partilhas que preteriram herdeiro real²⁵⁶ ou incluíram *herdeiro aparente*.

herdeiro, reconhecido como tal por sentença transitada em julgado, pode requerer a anulação de partilha, embora lhe seja possível, também, a execução da sentença que declarou a filiação e a procedência da petição de herança, cabendo a ele a escolha do meio mais adequado para fazer valer seu direito. Apelo improvido (Apelação Cível Nº 598447209, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Breno Moreira Mussi, Julgado em 17/06/1999). Cf também: RT 750/267, 602/232 e 631/199.

²⁵⁵ Acrescente-se às hipóteses de anulação os outros vícios do consentimento, quais sejam, estado de perigo, lesão e fraude contra credores visto que, embora não previstos no art. 1.029 do Código de Processo Civil, são previstos como causa de anulação de atos jurídicos, nos termos do art. 171 do Código Civil.

²⁵⁶ Apesar da previsão legal, a respeito da possibilidade de o herdeiro preterido na sucessão rescindir a partilha transitada em julgado, há julgados em sentido contrário.

O artigo 1.030 do CPC não se aplica a herdeiro que não participou do inventário, a decisão é 'res inter alios acta', cabendo-lhe propor a ação de nulidade da partilha, pressuposta de petição de herança e que prescreve em 20 anos (RT 543/211).

A via adequada para a proteção de herdeiro excluído do inventário é a ação de petição de herança (art. 1.030, III, CPC) ou a ação anulatória dos atos jurídicos em geral (art. 486, CPC) – o herdeiro excluído não tem contra si o efeito da coisa julgada em primeiro grau, sendo inviável o reconhecimento do seu direito, através da rescisória, sob pena de ocorrer a supressão de uma instância. Carência de interesse processual das autoras – extinção do processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do CPC (TJPR, II Grupo de Câmaras Cíveis, Ação Rescisória 0039336000, Rel. Des. Angelo Zattar, j. 14/11/1996).

Uma vez que o art. 1.030 fala em rescisão da partilha, sem mencionar com precisão se é caso de nulidade ou anulação, surgem na doutrina discussões sobre qual seria a verdadeira intenção do legislador.

Sebastião José Roque entende que, ante à impossibilidade de se aferir gramaticalmente com clareza a direção da norma, se deve entender como *ação de nulidade absoluta*, se motivada pela preterição de formalidades legais ou de herdeiro com inclusão de quem não o era, ou como *ação de anulação*, se impulsionada por erro, dolo, coação ou intervenção de capaz, o que revelaria dois sentidos no artigo em estudo²⁵⁷.

Muito embora haja debate na doutrina sobre o art. 1.030, acerca da natureza do provimento a que se refere, parece se tratar de verdadeiro permissivo legal de ajuizamento de *ação rescisória* até mesmo porque, a nosso ver, se o legislador estivesse se referindo, no artigo, de *ação de nulidade absoluta* ou *relativa*, estaria repetindo as previsões legais antecedentes, o que culminaria em total desacordo com a sistemática da codificação.

Assim, conclui-se que a *ação rescisória*, prevista no art. 485 do Código de Processo Civil, é também um meio processual a que pode se socorrer o herdeiro preterido, no prazo de dois anos após o trânsito em julgado da sentença de partilha, pois objetiva a desconstituição desta e o novo julgamento da lide.

Importante notar que a *ação rescisória* não se confunde com a ação de petição de herança, pois aquela é ação autônoma de impugnação, e esta é ação que objetiva a declaração de direito hereditário, e posterior condenação à restituição de bens que compõem o acervo hereditário.

De fato, transitada em julgado a sentença de partilha, tem o herdeiro a opção de escolha, conferida a ele pela lei, de lhe serem devolvidos os bens da herança a que tem direito, invalidando-se a decisão por *ação rescisória*, respeitado o prazo de dois anos, ou pleiteando-se em ação de petição de herança.

²⁵⁷ ROQUE, Sebastião José. *Direito das sucessões*, cit., p. 236.

Ainda quanto à hipótese de cabimento da *ação rescisória*, importante salientar a lição de Orlando Gomes, no sentido de que o processo de divisão hereditária, a partilha, não faz coisa julgada em relação ao herdeiro real, por ser estranho à lide, de modo que desnecessária a rescisão do seu julgado²⁵⁸.

Aproveitando a lição do citado autor, o fato de o herdeiro preterido ter a faculdade de propor a ação de petição de herança, independentemente da propositura preparatória de ação que visa à invalidade da partilha, se deve justamente pela inexistência de sua citação, que seria condição imprescindível para atribuir os efeitos da sentença do inventário ao litisconsórcio necessário que ali se instaura, nos termos do art. 472 do Código de Processo Civil²⁵⁹.

Imperioso ainda se faz distinguir, no tocante ao cabimento, a petição de herança do *pedido de exclusão de herdeiro* do inventário.

Conforme já ventilado neste trabalho, prevê o art. 1.000 do Código de Processo Civil que a parte do inventário que pretende contestar a qualidade de herdeiro daquele que figura nas primeiras declarações, poderá fazê-lo no prazo de dez dias, após concluídas as citações.

Se a questão da exclusão envolver matéria de alta indagação e complexidade, o inventário será sobrestado até que, em vias ordinárias, tudo se decida, procedendo-se, após, à entrega do quinhão ao herdeiro real.

Tal regra, portanto, não diz respeito à *petitio hereditatis*, muito embora por meio dela o herdeiro real possa lograr êxito em restituir bens hereditários outrora em posse daquele que não é verdadeiro herdeiro, pessoa que não é titular de direitos hereditários, mas que é reputada legítima proprietária dos bens do acervo, por erro, equívoco ou pela falta de conhecimento de um fato que afasta a qualidade hereditária necessária²⁶⁰ (*herdeiro aparente*²⁶¹).

²⁵⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 264-265.

²⁵⁹ Este é o entendimento dos nossos Tribunais. Nesse sentido: *A procedência da ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, dispensa a propositura de nova ação para a decretação da nulidade da partilha e reivindicação de bens* (Resp 74.478-PR).

²⁶⁰ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, p. 138.

²⁶¹ A figura do *herdeiro aparente* ainda será tratada neste trabalho, com mais pormenores.

Ao contrário, a petição de herança pode ser utilizada por todo aquele, especialmente o que não é parte do processo, que pretende a declaração de direito sucessório e a posse dos bens hereditários, de maneira que não pode ser confundida com a possibilidade outorgada pela lei processual tão somente à parte constante do inventário, de se pleitear apenas exclusão de herdeiro, e consequente aumento de seu quinhão hereditário.

Quanto à *impugnação de testamento*, é sabido que esta pode ser exercida pelo herdeiro preterido na sucessão, e diz respeito às ações que este tem a faculdade de intentar, referentes à nulidade absoluta ou relativa do negócio jurídico em comento.

Cabe menção de que o Código Civil prevê um prazo de cinco anos, contados da data do registro do testamento, para se impugnar a validade do mesmo (art. 1.859), mas este é decadencial, aplicando-se apenas às ações de nulidade relativa (anulatórias). Ao contrário, as ações de nulidade absoluta são imprescritíveis e podem ser ajuizadas a todo o tempo (art. 169 do Código Civil).

Poderá ser ajuizada *ação declaratória de nulidade de testamento* nas hipóteses elencadas no art. 166 do Código Civil, especialmente se o testador era incapaz para testar, se o seu objeto for impossível ou ilícito, se houver inobservância das formas legais exigidas (por ser negócio jurídico solene) ou se proibido por lei²⁶².

Ainda poderá ser declarado nulo o testamento se nele for comprovada simulação ou se suas disposições forem consideradas nulas nos termos dos arts. 1.900, 1.901 e 1.902 do Código Civil.

Cabível será a ação de anulação de testamento se constatada a existência de algum vício do consentimento na sua realização (dolo, coação, fraude contra credores ou erro substancial na designação da pessoa do herdeiro, do legatário ou da pessoa legada).

Em todos os casos, poderá se valer dessas ações o herdeiro preterido, a fim de invalidar testamento que não o contemplou ou o fez de maneira

²⁶² De acordo com o art. 1.863 do Código Civil, é proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

que o desprestigiou, em flagrante ofensa à já mencionada ordem de vocação hereditária prevista na lei e à parte indisponível.

Percebe-se que, nas mencionadas ações, apenas se busca a invalidade da ultima manifestação de vontade do *de cuius* enquanto que, na petição de herança, objetiva-se o reconhecimento de direito sucessório, aliado à aquisição da posse da herança, razão pela qual não há que se confundir as ações que ora foram comentadas com as hipóteses de cabimento da petição de herança.

Com a petição de herança também não se confundem a *ação reivindicatória* e *ação do legatário*. A este respeito, para o argentino Augusto Descalzo:

*“Hay una inmensa diferencia entre el adquirente de derechos sucesorios y el adquirente de objetos singularmente considerados. El primero está sometido a la acción de petición de herencia y el segundo a la acción de reivindicación como tenedor a título singular”*²⁶³.

Como é bem sabido, a *ação reivindicatória* tem por finalidade reaver a coisa que está em poder de quem injustamente a detém, objetivo este que encontra certa correspondência na petição de herança, se nesta restou indiscutível a qualidade de herdeiro e ocorreu a participação da universalidade arrecadada, ou seja, à restituição da herança, o que demonstra contorno reivindicatório.

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro pondera que a petição de herança “reveste-se igualmente de índole reivindicatória, pois busca o reconhecimento de uma qualidade pessoal inerente do herdeiro e, como consequência lógica, a entrega dos bens que lhe pertencem”²⁶⁴.

No tocante à natureza jurídica dessas ações, é possível ainda constatar em ambas um cunho real e, ainda que a petição de herança guarde também natureza pessoal concernente ao reconhecimento de direitos

²⁶³ DESCALZO, Augusto. *Derecho hereditario: del orden, forma y modo de suceder en la sucesión legítima*, cit., p. 53.

²⁶⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, cit., p.83-84.

hereditários, ambas são exercitáveis contra todos e oponíveis mesmo perante terceiros (*erga omnes*).

Ainda há que se apontar que tanto a *ação reivindicatória*, como a petição de herança, podem se constituir meios processuais adequados para a satisfação de direitos sucessórios que foram, de alguma maneira, violados.

Ocorre que, muito embora se identifiquem alguns pontos comuns entre a *ação reivindicatória* e a petição de herança, cumpre assinalar suas flagrantes desigualdades, as quais podem fazer de um autor inadvertido carente da ação que pretende ajuizar para defesa de bens oriundos de sucessão *causa mortis*, por falta de interesse de agir (adequação).

Primeiramente, como salienta a própria finalidade dupla da petição de herança, nesta há uma pretensão declaratória, no mínimo subjacente, que figura como pressuposto para o recebimento do quinhão, enquanto que na *ação reivindicatória* se busca apenas o recebimento do bem²⁶⁵.

Também se apontam diferenciações pela prova nas duas ações. Enquanto que na *ação reivindicatória* o autor tem o ônus de provar tanto a aquisição da coisa pleiteada, quanto à legítima aquisição de seus antecessores, na petição de herança a prova fundamental é a da condição de herdeiro²⁶⁶.

De fato, tal distinção guarda relação com a trazida por Marco Aurélio Viana que, citando Planiol, lembra que, na *ação reivindicatória* discutem-se as condições de aquisição da propriedade, ao passo que na petição de herança a origem da propriedade não é posta em causa²⁶⁷.

No mesmo rumo, a observação de Carvalho Santos que, baseando-se no pensamento de Pacifici-Mazzoni, pondera que:

“(...) para distinguir-se uma da outra, dadas as analogias que apresentam, deve dar-se maior atenção ao título, pelo qual o herdeiro pede a restituição da coisa hereditária, e não a própria coisa demandada. Se ele age na qualidade de herdeiro e contra

²⁶⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*, p. 133.

²⁶⁶ ZACLIS, Lionel. Petição de herança. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 6, v. 12, p. 323-341, jul./dez. 2003, p. 333.

²⁶⁷ VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de petição de herança*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 41.

um adversário que tem a posse da coisa hereditária, como sucessor universal, é de petição de herança que se trata, porque em questão está a própria qualidade de herdeiro. Se, ao invés, age como proprietário contra adversário, que não pretende a coisa a título de herdeiro, a ação proposta será a reivindicatória. No primeiro caso, a ação é de petição de herança, ainda que um só objeto seja possuído pelo adversário; no segundo, é reivindicatória, ainda que vise todos os bens componentes da herança”²⁶⁸.

Ademais, quanto ao objeto das ações em comparação, é indubitoso que, na *ação reivindicatória*, ele é certo, determinado e singular, ao passo que, na petição de herança, ainda que ele seja plural, sempre deve corresponder à universalidade da herança pretendida, parcial ou integralmente.

Vale transcrever a lição de Pontes de Miranda sobre o caráter universal da ação de petição de herança:

“A despeito da multiplicidade dos objetos que a compõem, a herança é universalidade, e a pretensão a ela, pretensão unitária. O adquirente da herança adquire o todo, ou quota; a ação do comprador da herança ou da quota é ação unitária, isto é, para haver herança ou a quota prometida.

A vindicação é no todo, e não de bens especificados. Restituindo-se o todo, ou quota da herança, restituem-se bens objeto de direitos reais e de direitos pessoais, corpóreos e incorpóreos, *et omnia iura et actiones* (direitos, pretensões, ações a exceções)”²⁶⁹.

Portanto, com relação ao objeto, clara fica a delimitação de uma e outra, levando-se a inferir que o exercício da petição de herança, nos moldes dos arts. 1.824 e ss. do Código Civil, encontra seus limites na sucessão a título universal, seja ela *legítima* ou *testamentária*.

²⁶⁸ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático: direito das sucessões*, v. XXII, cit., p. 88.

²⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. cit., p. 141.

Luiz da Cunha Gonçalves esclarece que a ação em estudo é universal porque:

“ (...) não tem por fim tutelar este ou aquele direito do herdeiro, mas sim a qualidade de *herdeiro*, de que dependem todos os direitos transmitidos pelo *de cuius*. Essa ação é universal em dois sentidos: a) porque é absoluta, oponível a toda e qualquer pessoa que pretenda contestar aquela qualidade; b) porque não respeita a determinada coisa ou a certo direito do falecido, mas sim ao *universum jus*”²⁷⁰.

Para Humberto Theodoro Junior:

“Na essência, não há diferença substancial entre a ação de petição de herança e a ação reivindicatória. O que as distingue, praticamente, é que a ação de petição de herança tem caráter universal, isto é, com ela visa-se uma universalidade, que é o patrimônio deixado pelo *de cuius*. Já a reivindicatória propriamente dita é sempre uma ação singular ou particular, ou seja, uma demanda em torno apenas da coisa ou coisas individualizadas”²⁷¹.

E prossegue o douto processualista em seu estudo, mencionando importante consequência oriunda desta diferenciação: enquanto que na petição inicial da *ação reivindicatória*, sob pena de sua inépcia, é necessário individualizar de maneira inequívoca o seu objeto físico²⁷², na petição de herança o mesmo não ocorre, até mesmo pelas comuns modificações que sofrem os elementos que compõem uma universalidade. Neste caso, basta indicar a herança a que julga ter direito, sendo desnecessária a individualização dos bens.

²⁷⁰ CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil*: em comentário ao Código Civil português, v. X, cit., p. 479.

²⁷¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, cit., p. 11.

²⁷² De acordo com o art. 286 do Código de Processo Civil, o pedido descrito na petição inicial deve ser certo e determinado, admitindo-se pedido genérico em casos muito particulares, previstos nos incisos I a III do artigo em comento, correspondência esta que não se verifica na *ação reivindicatória*.

Ademais, é preciso mencionar que, apesar de, eventualmente, se perseguir bem determinado através da petição de herança, prevalece seu caráter universal, como adverte Theodor Kipp:

“Y como no se trata de ninguna pugna acerca de la propiedad de una cosa determinada, sino de dilucidar se efectivamente el actor es el herdero real y el poseedor un vulgar heredero aparente, de ahí que la petición de herencia sea una acción que se refiere globalmente a la sucesión, aunque se trate de reclamar un bien singular que outro posee alegando que le corresponde por herencia del mismo causante”²⁷³.

Em virtude do que fora até então exposto, é preciso lembrar que a ação de petição de herança não se confunde, em tempo algum, com a ação do legatário, como bem observa Maria Helena Diniz, citando Washington de Barros Monteiro, visto que esta última é ação reivindicatória, uma vez que o legatário tem o domínio do bem, é sucessor singular e reclama a posse específica de bem certo e determinado, não vindicando uma universalidade²⁷⁴.

É por esta razão que o legatário, que é aquele que fora lesado em seu direito hereditário a título singular, tem ação própria para se socorrer, qual seja, a ação reivindicatória.

Por fim, é preciso assinalar algumas considerações sobre os *interditos possessórios*, os quais que se processam por procedimento especial e são utilizados nas hipóteses em que o possuidor for esbulhado (reintegração de posse), turbado (manutenção de posse) ou ameaçado (interdito proibitório) em sua posse justa.

Eventualmente, podem ser confundidas, em seu cabimento, as ações possessórias e a petição de herança, tanto pelo fato de que ambas apresentam natureza real, quanto pelo fato de a restituição da herança, pretendida na petição de herança, revelar também proteção da posse do herdeiro.

Esta é a razão pela qual é necessário diferenciar as ações em comento.

²⁷³ KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*, t. V, v. I, cit., p. 377.

²⁷⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 44.

Apesar da semelhança, nas *ações possessórias*, o herdeiro, por ter sido ele ou o *de cujus* ofendido em sua posse dos bens hereditários, deve buscar a proteção da posse de bens certos e determinados (título singular), o que não guarda identidade com a petição de herança, que é ação universal, ou seja, seu objeto corresponde à universalidade de bens da herança, no todo ou em parte, de acordo com o quinhão a que julga ter direito.

Ademais, ainda que o herdeiro pretenda se valer das *ações possessórias* para assegurar o seu direito de posse, nos casos em que o herdeiro fora absolutamente excluído da sucessão por algum motivo, ele nunca chegou a ter a posse dos bens hereditários, inexistindo requisito essencial para a caracterização do pedido possessório. Nesse sentido, esclarece Vicente Greco Filho:

“Se o autor nunca teve a posse, seu pedido não pode ser possessório; deve ser petitório. Quem nunca teve a posse e precisa que esse direito lhe seja outorgado deve ingressar com ação reivindicatória, no procedimento ordinário”²⁷⁵

Reiteradamente percebe-se o cabimento da *ação reivindicatória* na proteção a direitos sucessórios, destacando-se a sua conveniência no pleito da herança a título singular, como já mencionado.

3.7 LEGITIMADOS NA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

3.7.1 LEGITIMIDADE ATIVA

Pelo teor do que já fora exposto, e pela previsão do art. 1.824 do Código Civil, infere-se que tem legitimidade ativa para a propositura da ação de petição de herança o *herdeiro real* do autor da sucessão, seja ele *legítimo* ou *testamentário*, que possivelmente fora lesado, e que busca o reconhecimento de

²⁷⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro* (processo de execução a procedimentos especiais). São Paulo: Saraiva, 2008, p. 237.

tal título, de tal condição, com vistas a obter a totalidade da herança (herdeiro universal) ou parte dela (co-herdeiro).

O dispositivo em comento, assim como os correspondentes nas legislações alemã, portuguesa e italiana (respectivamente, § 2.018 e arts. 2.075 e 533 dos diplomas civis) apenas se referem à figura do herdeiro como parte legítima para a propositura da ação em estudo, o que leva a concluir que o legislador alude ao herdeiro que, por alguma razão, teve seu título sucessório frustrado. Infere-se que o dispositivo legal trata tanto daquele que foi contemplado em testamento válido, quanto do herdeiro legítimo preterido, que está na mesma classe e grau do *herdeiro aparente*, em classe preferencial ou em grau mais próximo ao autor da herança, em relação ao suposto herdeiro.

Roberto de Ruggiero lembra que incumbe ao autor da petição de herança provar seu título sucessório, bem como sua veracidade, sendo desnecessária a comprovação de que aceitou a herança, pois a propositura da ação em comento importaria em aceitação da herança, efeito em harmonia com a aceitação tácita prevista no *caput* do art. 1.805 do Código Civil brasileiro²⁷⁶.

Cumprido informar que o direito civil argentino notadamente amplia o rol dos legitimados, ao estabelecer que, ante à inércia dos herdeiros legítimos e testamentários, os parentes do autor da herança, previstos na ordem de vocação hereditária, mas em grau mais remoto, podem ajuizar a ação em estudo:

Art. 3.424 En caso de inacción del heredero legítimo o testamentario, la acción corresponde a los parientes que se encuentran en grado sucesible, y el que la intente no puede ser repulsado por el tenedor de la herencia, porque existan otros parientes más próximos.

A respeito do mencionado artigo, Eduardo Zannoni comenta que o comando, alvo de acirradas discussões na doutrina, legitima o titular de uma vocação *eventual* a peticionar, se inativo aquele que goza de vocação *atual* (não sendo possível a alegação, pelo demandado, de que o autor da ação ostenta

²⁷⁶ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*, cit, p. 539.

vocação *eventual*)²⁷⁷, provavelmente inspirado pela *saisine coletiva* do direito alemão, segundo a qual a posse hereditária diz respeito não apenas aos herdeiros de vocação *atual*, mas também a todos os parentes legítimos de qualquer grau²⁷⁸.

No Brasil, prevalece o entendimento de que o legitimado para propor a ação é o herdeiro mais próximo, apenas sendo possível que o de grau mais remoto o faça mediante a renúncia daquele.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira, muito embora ciente dos argumentos dos doutrinadores que defendem a legitimidade de parentes em grau sucessivo, dentre eles De Page, delinea a legitimidade ativa da ação:

“(...) somente o herdeiro mais próximo, isto é, aquele a quem os bens devem caber, tem ação de petição de herança. Intentada por outro, deverá ser repelido pela *exceptio proximioris heredis*, pois que a ninguém é lícito compelir alguém a demandar, e o autor não tem ação para postular direitos alheios”²⁷⁹.

Neste passo, importante se faz tecer comentários sobre a figura do *herdeiro real*, a conjugação de suas *capacidades sucessória e para suceder* e as condições que devem estar presentes para que se afirme incontinente a sua legítima situação sucessória.

De fato, a ação de petição de herança, objeto deste estudo, está profundamente ligada à *capacidade ou legitimação para suceder* e à *capacidade ou legitimação sucessória*, visto que se busca, através da tutela em comento, o reconhecimento da condição de herdeiro e, mais do que isto, a demonstração de notável aptidão para que este participe efetivamente da sucessão.

Francisco José Cahali nota que “para pretender a herança, haverá necessidade de um ‘título’ ou ‘fundamento jurídico’ do direito hereditário, consistente na convocação do interessado pela lei ou pelo testador”²⁸⁰.

²⁷⁷ As vocações *atual* e *eventual* foram mencionadas no primeiro capítulo deste trabalho.

²⁷⁸ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 459.

²⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 60.

²⁸⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*, v. 6, cit., p. 125.

Assim, há que se verificar, primeiramente, com relação ao pretense herdeiro, se este possui *capacidade* ou *legitimação para suceder*, que diz respeito à qualidade para herdar do sucessível²⁸¹. Portanto, deve-se demonstrar generosidade testamentária válida ou o reconhecimento como herdeiro ditado na lei, na já mencionada ordem de vocação hereditária do art. 1.829 ou no art. 1.790, ambos do Código Civil.

Dessa maneira, têm *capacidade para suceder* todos aqueles lembrados como herdeiros ou legatários por liberalidade válida, bem como os descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro e colaterais até 4º grau do *de cuius*, se devidamente comprovada a condição que se alega, seja ela de parentesco, consanguíneo ou civil, ou advinda de casamento válido ou união estável constituída nos estritos requisitos impostos pela lei.

Cumprido notar que, de acordo com o art. 1.787 do Código Civil, a *capacidade para suceder* depreende-se da lei vigente quando da abertura da sucessão, ou seja, da morte do autor da herança.

Ocorre que se exige, para se participar da sucessão dos bens deixados, e, portanto, na propositura da ação de petição de herança, além da *capacidade* ou *legitimação para suceder*, a comprovação da *capacidade* ou *legitimação sucessória*, que diz respeito à autorização legal para se efetivamente receber a herança.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz, a *capacidade* ou *legitimação sucessória* é “a aptidão específica da pessoa para receber os bens deixados pelo ‘de cuius’, ou melhor, é a qualidade virtual de suceder na herança deixada pelo ‘de cuius’”²⁸².

De fato, aquele que não pode usufruir da herança a que teria, em tese, direito sucessório assegurado, possui *incapacidade sucessória* a qual, nas linhas de Caio Mário da Silva Pereira, corresponde ao impedimento legal para se adir à herança²⁸³.

²⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 46.

²⁸² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 45.

²⁸³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 24.

Do contrário, para se verificar a *capacidade* ou *legitimação sucessória*, é necessária a verificação de alguns requisitos.

Em primeiro lugar, obviamente, deve ocorrer a morte do *de cujus*, pois se o fato jurídico em comento não ocorrer, nada há que se falar em sucessão *causa mortis*, ou seja, em transmissão de bens e de direitos deflagrada pela morte.

Ademais, além da morte do sucessível, deve restar evidenciada a sobrevivência do sucessor, pois, se este falecer antes do autor da herança, perderá a *capacidade para suceder*, seja ela relativa à sucessão *legítima* ou *testamentária*. Assim, se o pretense sucessor falecer antes do testador, a disposição restará sem efeito e os bens testados, se não forem objeto de novo negócio jurídico, serão destinados à partilha segundo as regras da *legítima*.

De outra banda, se o pretense sucessor for pré-morto ao autor da herança e ostentar *capacidade para suceder* oriunda de lei, os bens que lhe seriam destinados serão herdados por outrem, segundo algumas condições que serão analisadas em seguida.

Se o herdeiro pré-morto for o único da sua classe, passará a sucessão aos da classe mais próxima, por direito próprio ou por cabeça, não cabendo petição de herança por seus sucessores. Se, de outro modo, o herdeiro pré-morto compartilhava de *capacidade para suceder* com outros da mesma classe, há que se verificar se o sucessor morto era descendente do autor da herança, pois, não sendo, os quinhões dos outros herdeiros serão aumentados, e, sendo, a herança passará aos seus próprios sucessores, por direito de representação²⁸⁴.

Verificado, no caso concreto, patente direito de representação, conclui-se que seus sucessores possuem legitimidade ativa para ajuizar ação de petição de herança, objetivando a herança que receberia caso vivo fosse.

²⁸⁴ De acordo com o art. 1.851 do Código Civil, “dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia, se vivo fosse”, e ocorre apenas nas linhas reta descendente e transversal, sendo que nesta última somente em favor dos filhos de irmãos do falecido, quando com irmãos deste concorrerem. No direito de representação, os representantes herdam o que herdaria o representado, partilhando-se o quinhão por igual entre eles, em conformidade com os arts. 1.854 e 1.855.

Voltando aos requisitos para se ter *capacidade* ou *legitimação sucessória*, cumpre mencionar que, pela previsão expressa do art. 1.798 do Código Civil, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, que corresponde à data da morte do autor da herança

Dessa maneira, se evidencia a capacidade sucessória do nascituro, sendo que, nomeando-lhe a curadoria adequada, seria possível a propositura da petição de herança em seu favor, cumulada com investigação de paternidade, para que se reconheçam seus direitos sucessórios e se proceda à reserva de quinhão, mediante o necessário aguardo do implemento da condição suspensiva relativa a seu nascimento.

No tocante às disposições testamentárias, o artigo seguinte confere *capacidade sucessória* aos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que estas vivas ao abrir-se a sucessão, sendo que se “decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos” (§ 4º do art. 1.800 do Código Civil).

Questão de grande polêmica envolve muitos juristas sobre a possibilidade ou não de ser titular de direito sucessório uma pessoa concebida *post mortem* por inseminação artificial, uma vez que o art. 1.798 apenas legitima a suceder o concebido quando da abertura da sucessão.

Ocorre que a reprodução assistida é uma realidade cada vez mais corriqueira em nossos dias (e praticamente desconhecida quando da elaboração do Código Civil atualmente em vigor), razão pela qual merece tutela estatal e proteção de seus direitos sucessórios a filiação, seja ela havida naturalmente ou por meio artificial, em consagração aos arts. 227, §6º da Constituição Federal, 1.596 e 1.597, ambos do Código Civil.

Quanto às pessoas jurídicas, estas não têm capacidade testamentária ativa, ou seja, não podem testar, dispor de seus bens, mas podem receber heranças e legados, segundo a previsão dos incisos II e III do art. 1.799 do Código Civil.

Ainda sobre este tema, bem observa Orlando Gomes, trazendo ressalva acerca de condição que deve se verificar para que haja, de fato, a *capacidade sucessória* das pessoas jurídicas:

“Equiparadas às pessoas físicas na órbita patrimonial, podem as pessoas jurídicas ser chamadas à sucessão. Necessária, porém, a designação em testamento, como é intuitivo”²⁸⁵.

Portanto, conclui-se que as pessoas jurídicas, através de seus representantes legais, têm legitimidade ativa para ajuizar petição de herança, se contempladas em testamento e, por alguma razão, são preteridas no processo de inventário, por exemplo.

Ainda cumpre notar que algumas pessoas podem ter *capacidade* ou *legitimação para suceder*, ou seja, ostentam direitos sucessórios, mas não os gozam por sentença que reconheceu ocorrida hipótese legal de indignidade ou de deserdação, as quais ocasionam a exclusão do herdeiro da sucessão.

Tais hipóteses, bem como sua previsão legal, já foram abordadas brevemente neste trabalho, e revelam condutas inapropriadas do herdeiro em repudiável afronta ao autor da herança, geralmente intentadas contra a sua integridade física, moral (honra) ou liberdade de disposição de seus bens por ato de última vontade, que podem ocasionar a carência de eventual ação de petição de herança proposta, por patente falta de legitimidade para tal.

Não se pode deixar de salientar que ainda pode faltar legitimidade ativa a titulares de direitos sucessórios que outrora renunciaram a eles. Como é sabido, a renúncia corresponde ao ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro se manifesta, expressa e solenemente (por escritura pública ou termo nos autos), no sentido de que não aceita a herança a que tem direito.

Se válida a renúncia, feita nos termos da lei (arts. 1.806 e ss. do Código Civil), Pontes de Miranda nos lembra que ela “tem eficácia negativa *extunc*: quem renuncia *nunca* foi herdeiro ou legatário”²⁸⁶, de modo que se deve considerar que o beneficiário nunca sequer existiu, aumentando-se a quota parte

²⁸⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 31.

²⁸⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 106.

dos demais herdeiros da mesma classe ou, se estes inexistentes, deferindo-se a herança em sua integralidade a outra classe mais próxima.

Assim, sendo a renúncia ato jurídico irrevogável e irretratável (art. 1.812 do Código Civil), aquele que manifesta a vontade de não ser herdeiro jamais terá legitimidade para ajuizar ação de petição de herança²⁸⁷.

No tocante ao Estado, obviamente este tem legitimidade para a ação quando é destinatário dos bens do autor da herança, uma vez declarada a vacância (art. 1.822 do Código Civil), o que pode ocorrer na hipótese de inexistirem quaisquer dos herdeiros descritos na ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do Código Civil, ou se existentes, eles renunciaram à herança, ou forem dela excluídos, não restando em nenhuma das hipóteses aqui conjeturadas outra destinação testamentária válida para os bens que integram a herança.

É preciso ainda dizer que outros interessados têm legitimidade processual ativa extraordinária para a ação (substituição processual), tais como o inventariante não dativo²⁸⁸, o curador da herança ou do herdeiro, o síndico da massa falida do autor da herança ou do herdeiro, o administrador do insolvente civil e o curador dos bens do ausente²⁸⁹.

A hipótese existente, de um terceiro ajuizar petição de herança, não em defesa de direito alheio (legitimidade extraordinária), mas próprio, diz respeito ao cessionário da herança, que é aquele a quem o herdeiro cedeu, a título gratuito ou oneroso, uma universalidade de direito, um conjunto de bens que formam a massa, e não bens individualizados, respeitada a sua quota parte, sendo que o cessionário se sub-rogou nos direitos do cedente²⁹⁰.

²⁸⁷ Entende-se que se a renúncia pode ser anulada caso seja constatado vício do consentimento na vontade emanada, por erro, dolo ou coação, nos termos do art. 147, II, do Código Civil.

²⁸⁸ O juiz poderá nomear inventariante todos aqueles mencionados no art. 990 do Código de Processo Civil, sem prejuízo do companheiro, reconhecido pela Constituição Federal de 1988, pelas Leis n. 8.971/94 e n. 9.278/96 e pelo Código Civil de 2002.

²⁸⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 147.

²⁹⁰ Inválida será a cessão de direitos hereditários se realizada antes da abertura da sucessão, como já mencionado neste estudo, por configurar pacto sucessório, vedado em nosso direito (art. 426 do Código Civil).

Nesse caso, após homologada a partilha, uma vez individualizados os bens, cabível será *ação reivindicatória*, e não mais ação de petição de herança, como já analisado nesta dissertação.

Não se pode deixar de citar que o italiano Ruggiero aponta a legitimidade dos credores do herdeiro²⁹¹, hipótese que não deve colidir com a legislação brasileira, nos casos de renúncia à herança que provoca prejuízo aos credores do renunciante. Pela previsão do art. 1.813 do Código Civil brasileiro, que confere a tais credores a faculdade de aceitar, com autorização judicial, a herança no lugar do herdeiro que a renunciou, parece ostentarem eles legitimidade nos limites dos respectivos créditos, pela patente sub-rogação²⁹².

A este respeito, Valverde y Valverde, do direito espanhol, assinala que, se a posse indevida dos bens é exercida por *herdeiro aparente* indigno, sendo o exercício da ação para pleitear indignidade correspondente a todos os que ostentam direito sobre os bens hereditários, tem o credor legitimidade para tal, presente certa condição:

“(...) los acreedores pueden ejercitar esa acción de declaración de incapacidad, después de haber perseguido los bienes del deudor en que tienen la posesión, subrogándose los derechos de este”²⁹³.

Ademais, conforme prevê o art. 1.825 do Código Civil²⁹⁴, a petição de herança pode ser exercida por um só dos herdeiros isoladamente, sendo que este tem legitimidade para postular a restituição de todos os bens que compõem a herança, devido à universalidade e indivisibilidade da herança, impostos pela saisina, já mencionada neste trabalho, visto que estabelecidos, com a morte do *de cujus*, o condomínio e a comosse entre os herdeiros²⁹⁵.

²⁹¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*, cit., p. 539.

²⁹² VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de petição de herança*, cit., p. 48.

²⁹³ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de derecho civil español: derecho de sucesión mortis causa*, cit., p. 462-463.

²⁹⁴ Em conformidade com o art. 1.825 está o art. 1.314, também do Código Civil, o qual disciplina as regras do condomínio.

²⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. VII, p. 127.

Cabe aqui indicar duas consequências de relevo advindas da supra mencionada possibilidade outorgada pela lei: a) se o herdeiro formula pedido de restituição da integralidade da herança, beneficia os demais co-herdeiros que não tiveram a mesma iniciativa, e b) o réu não pode contestar a ação alegando que a herança não pertence por inteiro ao patrimônio do autor.

Finalmente, cumpre esclarecer que o legatário não tem legitimidade para a propositura da ação, visto que a ação em comento tem natureza universal e, portanto, não objetiva a restituição de bens individualizados, conforme já mencionado.

3.7.2 LEGITIMIDADE PASSIVA

Em linhas gerais, pela simples leitura do art. 1.824 do Código Civil, conclui-se que pode ser réu da ação em estudo, ou seja, tem legitimidade passiva, todo aquele que indevidamente possua, no todo ou em parte, os bens hereditários que o autor julga que lhes caibam, com ou sem título.

Portanto, pode figurar como réu da petição de herança qualquer pessoa que, “pretendendo ou aparentando direito à sucessão, detém a herança ou parte dela”²⁹⁶, não tendo legitimidade passiva o espólio²⁹⁷.

Na lição de Silvio Rodrigues:

“O réu, nessa ação, é a pessoa que está na posse da herança, como se fosse herdeiro (possuidor *pro hedere*), aparentando a qualidade e assumindo a posição de herdeiro, sem que, verdadeiramente, herdeiro seja, ou o que tem a posse de bens hereditários sem título algum que a justifique”²⁹⁸.

²⁹⁶ ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de direito das sucessões*, cit., v. III, p. 951.

²⁹⁷ *Investigação de paternidade cumulada com petição de herança. Legitimidade passiva "ad causam". Código Civil, art. 363. Na investigação de paternidade "post mortem", os herdeiros do investigado - e não o espólio - tem legitimidade passiva. Recurso extraordinário conhecido e provido.*

(RE 100014, Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª T., j. 04/10/1983, DJ 21-10-1983)

²⁹⁸ RODRIGUES. Silvio. *Direito civil*, cit., p. 87.

Assim, destacam-se no pólo passivo da ação de petição de herança tanto o possuidor *pro herede*, aparentemente com justo título, quanto o possuidor *pro possessore*, o qual não ostenta qualquer causa jurídica que justifique a posse exercida nos bens invocados, bem como seus sucessores.

Seja qual for a natureza da posse, se oriunda de título sucessório ou qualquer outro título, ela deve ser atual para que se determine a legitimidade do réu, conforme adverte Ruggiero:

“(...) é necessário uma posse atual, pelo que, se no momento da propositura da ação a posse for de outro, é contra o novo possuidor que se deverá intentar, visto que só este tem a *facultas restituendi*, salvo se a posse foi dolosamente abandonada precisamente para frustrar a ação.”²⁹⁹

Assim, postos os requisitos primordiais para se determinar o polo passivo da ação, se passará a analisar com mais acuidade as duas espécies de possuidores vislumbrados na ação em estudo.

3.7.2.1 POSSESSOR PRO HEREDE

Como já mencionado, o possuidor *pro herede* (pretensão herdeiro) é aquele que possui os bens pleiteados pelo autor da ação, e julga ter título para ser herdeiro, ou seja, tem a posse dos bens como se herdeiro legítimo fosse, alegando tal condição.

Orlando Gomes bem define o herdeiro em apreço como sendo o “considerado genuíno herdeiro por força de erro comum”, mas adverte que tal condição apenas recai sobre ele após sentença definitiva que reconhece que a aparência não corresponde à realidade dos fatos, uma vez proposta a competente ação em seu desfavor³⁰⁰.

²⁹⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*, cit, p. 540.

³⁰⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 262.

Em definição muito semelhante, destaca-se o art. 2.076/3 do Código Civil português, segundo o qual “diz-se *herdeiro aparente* aquele que é reputado herdeiro por força de erro comum ou geral”.

Este possuidor, que geralmente é o demandado mais comum da ação, é também denominado *herdeiro aparente*³⁰¹ e afirma, de boa-fé ou má-fé, ser o herdeiro dos bens que possui, sendo que nesta qualidade disputa a herança, contestando o seu direito³⁰².

Como ainda será abordado no presente estudo, a constatação de boa-fé ou má-fé daquele que se julga herdeiro e exerce a posse sobre a totalidade ou parte dos bens que compõem a herança, traz consequências de relevo³⁰³, mas neste momento cumpre destacar apenas aqueles que ostentam tal condição de aparência sucessória.

Este estado parece pertencer àqueles que se enquadram em situação de flagrante desvantagem em relação ao autor da ação na ordem de vocação hereditária trazida pelo já mencionado art. 1.829 do Código Civil, criada segundo a provável vontade presumida do *de cuius*.

O dispositivo em comento elenca os sucessores do autor da herança em ordem preferencial e excludente, restando claro que, se um herdeiro de classe mais remota ou menos privilegiada vier a ser chamado à sucessão, preterindo-se o *herdeiro real*, o *status* de apenas aparência de herdeiro estará configurado.

Não pode ser olvidada também a hipótese de ser *herdeiro aparente* o co-herdeiro, a quem lhe fora atribuída quota hereditária superior à que teria direito.

³⁰¹ *Herdeiro aparente* é o possuidor a título universal; se a título singular, temos a figura do proprietário aparente.

³⁰² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*, cit., p. 1.065.

³⁰³ Em alguns ordenamentos, como o espanhol, é irrelevante a constatação de boa-fé ou má-fé do possuidor, seja ele incapaz ou indigno, visto que o art. 760 de seu Código Civil prevê a obrigação de restituir os bens hereditários, acrescidos dos frutos e rendas percebidos, independentemente da constatação do sobredito elemento subjetivo. Na França e na Itália, aplica-se a presunção de má-fé apenas ao possuidor indigno. Vide: VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de derecho civil español: derecho de sucesión mortis causa*, cit., p. 461.

Isto pode ocorrer pelo fato de o herdeiro requerente, que pode ser inclusive da mesma classe do co-herdeiro, ter sido preterido de alguma maneira na sucessão, participando menos do que deveria.

Neste caso, cabe ao co-herdeiro prejudicado a petição de herança, em sua universalidade, pleiteando-se o aumento de sua quota-parte diminuta.

Cabe a informação de que em todas as hipóteses acima descritas se encontra correspondente no Código Civil argentino, que cuidou de descrevê-las com acerto:

Art. 3423 La acción de petición de herencia se da contra un pariente del grado más remoto que ha entrado en posesión de ella por ausencia o inacción de los pariente más próximos; o bien, contra un pariente del mismo grado, que rehúsa reconocerle la calidad de heredero o que pretende ser también llamado a la sucesión en concurrencia con él.

Apesar da correspondência argentina, como já salientado, seu Código apenas prevê como demandado na ação analisada o possuidor que ostenta título hereditário, excluindo-se o possuidor a qualquer título, em moldes muito distintos da previsão brasileira.

Voltando ao direito brasileiro e ao cabimento da ação, da mesma forma ocorre na hipótese de um herdeiro testamentário vier a ser chamado a suceder, sendo que se desconhecia ou se ocultou maliciosamente a existência de *herdeiro necessário* (descendente, ascendente ou cônjuge do autor da herança) que, como já visto neste trabalho, é aquele a quem a lei, inspirada pelo *principio da reserva*, lhe destina uma quota certa do patrimônio hereditário, balizando-se a liberdade de testar.

Ressalva ainda Humberto Theodoro Junior que podem ser réus da petição de herança o herdeiro testamentário que fora contemplado e, após a anulação do testamento, não restituiu devidamente os bens. Do mesmo modo, pode figurar no polo passivo aquele que participou da sucessão *legítima* e, em momento posterior, deveria ter devolvido a herança ou parte dela por ter sido declarado indigno, por ter sido descoberto testamento válido dispendo dos

mesmos bens que recebera ou pelo reconhecimento do título de herdeiro a outra pessoa (como nos casos de filiação superveniente, por exemplo)³⁰⁴.

Ademais, importante notar que o cessionário da herança também pode figurar no polo passivo da ação, como possuidor *pro herede*, pelo fato de eventualmente violar o direito do autor invocando em sua defesa o título hereditário ostentado pelo cedente³⁰⁵.

De igual maneira, cabe a ação em comento contra o terceiro que eventualmente adquiriu a herança ou parte dela do *herdeiro aparente*³⁰⁶, nos termos do art. 1.827 do Código Civil, e contra os herdeiros dos réus da ação, obviamente de maneira restrita aos limites das forças da herança.

Quanto à figura do sucessor do possuidor, do mesmo modo que o diploma brasileiro, o Código Civil italiano, em seu art. 534, já mencionado, prevê que o herdeiro real pode se insurgir contra os sucessores do *herdeiro aparente* e até mesmo os que sucedem o possuidor que não ostenta qualquer título:

*Art. 534 L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo*³⁰⁷.

³⁰⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, cit., p. 13.

³⁰⁵ *Ação de nulidade de partilha cumulada com petição de herança. Litisconsórcio passivo necessário dos herdeiros e cessionários contemplados na partilha. Evidentemente ineficaz a sentença desconstitutiva de partilha em feito para o qual não houve citação de todos os herdeiros ou cessionários. A partilha não pode ser anulada restritivamente àqueles sucessores escolhidos pelas autoras, nem apenas os bens com que foram contemplados hão de responder, com exclusividade pelo quinhão hereditário reclamado. Formar-se-á este, exitosa a ação, de cota proporcional incidente sobre cada pagamento feito. Afigura-se assim óbvio, na espécie, o litisconsórcio necessário no pólo passivo, que a natureza da relação jurídica impõe decisão uniforme para todas as partes integrantes, vale dizer, para todos aqueles contemplados na partilha de bens cuja desconstituição é pretendida* (Apel. Civ. n. 589025956, 4ª Câmara. Civ. do TJRS, j. 13/12/1989, Revista de Jurisprudência do TJRS 147/346).

³⁰⁶ *Os efeitos da ação de petição de herança não poderão prejudicar aquele que, de boa-fé, adquiriu do herdeiro aparente qualquer bem do espólio* (RT 681/250).

³⁰⁷ Art. 534 O herdeiro pode agir mesmo contra os sucessores jurídicos daquele que possui a título de herdeiro ou sem título (tradução livre da autora).

Nesse sentido, não se pode olvidar das palavras de Pontes de Miranda, que atenta para o fato de que “quem adquiriu a herança (o patrimônio ou parte dêle) mediante negócio jurídico, ou por herança do possuidor da herança, é tratado como êsse”³⁰⁸.

Indubitavelmente, segue a mesma lógica o BGB alemão, que determina em seus §§ 2.018 e 2.019, ambos já comentados, o cabimento da petição de herança contra todo aquele que obteve algo às custas da herança, baseado em um direito hereditário que não lhe corresponde, até mesmo para reivindicação dos bens sub-rogados em seu lugar.

3.7.2.2 POSSESSOR PRO POSSESSORE

Questão das mais polêmicas, relativas à ação de petição de herança, envolvia a suposta legitimidade passiva do possuidor *pro possessore*, que é aquele que possui injustamente a herança ou parte dela, sem qualquer título, seja hereditário ou *causa mortis* (alegação de condição sucessória), seja *inter vivos*.

Uma vez que a ação objeto destes comentários se constituía, no passado, exclusivamente obra da produção dos doutrinadores brasileiros, carecendo de disciplina legal, exaltavam-se as discussões acerca da possibilidade ou não de demandar, por petição de herança, quem quer que violasse o direito hereditário do autor, independentemente da existência de título.

Roberto de Ruggiero ponderava que:

“Convencido na ação é todo o possuidor, que possua ou detenha a herança ou uma parte sua, contestando ao autor a qualidade de herdeiro. Não serviria para o legitimar como réu ou convencido a posse da simples coisa e a invocação, feita por ele, para justificar tal posse, da existência de um título particular; uma vez que o objeto da *petitio* é a *universitas* e a matéria da discussão o título

³⁰⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 147.

hereditário, qualquer título particular exclui a procedência da petição³⁰⁹.

Semelhantemente, para Mazeaud e Mazeaud, a *petitio hereditatis* seria ajuizada apenas em face do possuidor *pro herede*, visto que a sua finalidade seria o reconhecimento do título do autor, de modo que a ação ficaria circunscrita à discussão da condição sucessória das partes³¹⁰.

Da mesma forma, Caio Mário da Silva Pereira afirmava, anteriormente ao Código Civil de 2002, que a *petitio hereditatis* apenas seria admissível em face do possuidor *pro herede*, não subsistindo cabimento contra o possuidor ordinário, munido de outro título, caso em que caberia ação *reivindicatória*. Obviamente, nas obras atualizadas do autor fora registrado entendimento contrário, advindo alteração em suas ponderações devido à promulgação da nova codificação, a qual ainda será comentada a seguir³¹¹.

Humberto Theodoro Junior, antes nova disciplina, entendia que a ação de petição de herança poderia ser promovida contra quem quer que violasse o direito do autor aos bens hereditários e argumentava:

“(...) a doutrina tradicional admite a petição de herança para simplificar a via processual de defesa dos direitos do sucessor à herança, pois somente dessa maneira se evita uma penosa sucessão ou cumulação de ações reivindicatórias que tenham por objeto cada um dos bens singulares que, no seu conjunto, compõem a universalidade da herança”³¹².

Orlando Gomes, da mesma maneira, sempre defendeu o entendimento no sentido de que “legitimado passivamente é o possuidor dos bens hereditários com o título de herdeiro, ou mesmo a outro título”³¹³, parecendo prenunciar a disciplina que o tema haveria de ostentar.

³⁰⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*, cit., p. 539-540.

³¹⁰ MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil*, cit., p. 454.

³¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 60.

³¹² THEODORO JUNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, cit., p. 14.

³¹³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 261.

De fato, com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, restou aparentemente pacificada a questão, visto que seu art. 1.824, já estudado, confere expressamente ao autor da ação a faculdade de demandar o possuidor sem título.

Lionel Zaclis lembra que, no direito romano, era possível o ajuizamento da *petitio hereditatis* contra qualquer pessoa que se encontrava na posse injusta dos bens hereditários. Da mesma forma, assinala que as codificações da Itália e de Portugal admitem de maneira expressa o ajuizamento contra o possuidor sem título, e pondera que este entendimento é correto, visto que “o possuidor sem título contesta, ainda que indiretamente, a qualidade de herdeiro do autor, opondo-se ao exercício de seus direitos”³¹⁴.

Humberto Theodoro Junior, *a contrario sensu*, considera que nem sempre é possível chegar ao conhecimento do herdeiro se o possuidor alegará ou não algum título para justificar a sua posse, ainda mais se esta perdura desde antes da abertura da sucessão, sendo a razão pela qual a petição de herança deve sempre ser facilitada, bastando para sua admissibilidade a existência de uma posse lesiva³¹⁵.

Apesar de não restar mais dúvidas quanto à possibilidade de se estender a legitimidade passiva ao possuidor que não ostenta qualquer título, devido à específica previsão brasileira e, muito embora a maioria dos países admita tal ampliação, cabe mencionar que o direito alemão não o faz.

Sua legislação, como já mencionado neste trabalho, legitima apenas o possuidor da herança, *herdeiro aparente*, a figurar no polo passivo da ação (sem prejuízo daquele que adquiriu os bens da herança), mas Theodor Kipp, embora seja contrário, menciona que a jurisprudência alemã tem admitido o ajuizamento da petição de herança contra o que a possui, a qualquer título. O autor se opõe categoricamente à referida equiparação de tratamento entre os

³¹⁴ ZACLIS, Lionel. Petição de herança, cit., p. 333.

³¹⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, cit., p. 14.

possuidores, visto que o § 448³¹⁶ do Código alemão ofereceria obstáculo suficiente para não se proceder ao sustendo de tal igualdade³¹⁷.

3.8 EFEITOS DA SENTENÇA DE PETIÇÃO DE HERANÇA

Tradicionalmente, a sentença proferida na ação de petição de herança é considerada, ao mesmo tempo, *declaratória*, por reconhecer o direito do herdeiro, e *condenatória*, por compelir o injusto possuidor a restituir a herança com seus acréscimos e a eventualmente indenizar, dependendo da posse exercida.

Pontes de Miranda, comentando sobre a petição de herança como produto de fusão de ações, em virtude de sua dupla finalidade, observa que ela “tem a força executiva e as eficácias condenatória e declaratória, imediata aquela e mediata essa”³¹⁸.

Roberto Senise Lisboa ainda considera que a sentença proferida nos autos da ação de petição de herança tem, além das mencionadas naturezas *declaratória* e *condenatória*, a *constitutiva*³¹⁹.

Nesse ponto, é preciso notar que muito embora alguns autores também reconheçam na ação de petição de herança natureza *constitutiva* em sua sentença procedente, parece que este caráter não se sobressai, visto que a

³¹⁶ § 448 *Kosten der Übergabe und vergleichbare Kosten*

1. *Der Verkäufer trägt die Kosten der Übergabe der Sache, der Käufer die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort.*

2. *Der Käufer eines Grundstücks trägt die Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags und der Auflassung, der Eintragung ins Grundbuch und der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen.*

§ 448 *Gastos com a tradição*

Os gastos com a tradição da coisa vendida, particularmente os gastos de medir e pesar, são de responsabilidade do vendedor; os gastos com o recebimento e a remessa da coisa para um local diverso do local da execução cabem ao comprador. Se um direito for vendido, caberão os gastos de fundamentação e de transmissão do direito ao vendedor (tradução livre da autora).

³¹⁷ KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*, t. V, v. I, cit., p. 382.

³¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 140.

³¹⁹ LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*, cit., p. 316.

decisão apenas declarará o *status* de herdeiro, que sempre existiu e cuja relação jurídica apenas dependia de uma declaração para que fossem gerados os efeitos sucessórios esperados³²⁰.

No que tange aos efeitos da sentença, uma vez procedente e transitada em julgado, o art. 1.826 do Código Civil os menciona³²¹:

Art. 1.826 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.

Parágrafo único. A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora³²².

Da leitura do dispositivo, se ressalta a aplicação dos princípios relativos ao enriquecimento sem causa³²³, restando claro que o acolhimento do pedido formulado pelo autor obriga o possuidor³²⁴ a promover a restituição dos

³²⁰ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, cit., p. 141.

³²¹ José Luiz Gavião de Almeida critica o dispositivo legal, por não ter regulado os problemas relativos às construções e plantações, bem como outras formas de aquisição da propriedade móvel, tais como achado de tesouro, especificação, confusão, comistão e adjunção. Vide: ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima* (arts. 1784 a 1856, coord. Álvaro Villaça Azevedo). São Paulo: Atlas, 2003, XVIII, p. 191.

³²² *Na hipótese de herdeiro posteriormente reconhecido, o termo Inicial da percepção dos frutos e rendimentos é a data da constituição em mora dos herdeiros já existentes. É com a constituição em mora que desaparece a presunção de que não há mais herdeiros. Antes disso, não podem os possuidores de boa-fé responder pelos frutos e rendimentos já consumidos, nos termos do art. 510 do Código Civil (atual 1.214), aplicável à espécie* (STJ, 4ª T., Resp 263243-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18/12/2001, DJU 22/03/2002).

³²³ Previsão semelhante se extrai do BGB: §2021 *Soweit der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außerstande ist, bestimmt sich seine Verpflichtung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung.*

§2021 Sempre que o possuidor da herança estiver em mora na restituição, sua obrigação se determina com base nas regras que regem a restituição por enriquecimento sem causa (tradução livre da autora).

³²⁴ O art. 1.826 do Código Civil não esclarece a qual possuidor a previsão de restituição da herança se refere (se ao que ostenta título hereditário, outro título ou ao que não tem qualquer um), de maneira que se deve interpretar amplamente, em consonância com o art. 1.824. Assim,

bens do acervo, transferindo-se a titularidade em favor do autor, bem como seus acréscimos e frutos, o preço daquilo que tiver sido alienado, as prestações de crédito ora recebidas e qualquer outro valor que tenha sido auferido por atos de disposição e gestão da herança³²⁵.

Pontes de Miranda esclarece a natureza da obrigação do réu da petição de herança, que nasce a partir de sua sentença de procedência:

“A obrigação do legitimado passivo, quanto à restituição dos bens e do que foi adquirido com o valor dos bens, é *real*; não se trata de obrigação pessoal de transferir o possuidor da herança ao herdeiro os bens ou aquilo que com o valor dos bens adquiriu: o direito é real; real o dever; real a pretensão e real a ação do herdeiro. O que se adquiriu passou imediatamente ao herdeiro, por força do princípio de sub-rogação real”³²⁶.

Ainda com relação aos efeitos da petição de herança, além do dever de restituição dos bens hereditários, haverá responsabilização do réu pela posse injusta, de acordo com a maneira pela qual fora exercida, devendo ser verificada a boa-fé ou má-fé do possuidor, hipóteses pautadas em critérios psicológicos, subjetivos, que compete a este estudo analisar.

3.8.1 EM RELAÇÃO AO POSSUIDOR DE BOA-FÉ

É possuidor de boa-fé da herança ou de parte dela aquele que verdadeiramente acreditava ser herdeiro do *de cuius*. Da lição de Pontes de Miranda extraímos:

“A boa-fé, em se tratando de possuidor de herança, consiste em não saber, ao adquirir a posse, que não é do herdeiro, ou não

todo aquele que possuir injustamente a herança ou parte dela, é atingido pela sentença de petição de herança, sendo obrigado a restituir.

³²⁵ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*, cit., p. 540.

³²⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. cit., p. 150-151.

saber sem negligência grave. O que, pelas circunstâncias, devia saber que não era herdeiro iniciou de má-fé a posse”³²⁷.

Em linhas bem semelhantes, no Código Civil italiano, é possuidor de boa-fé aquele que adquiriu a posse do bem hereditário, acreditando ser herdeiro por erro (parágrafo terceiro do art. 535)³²⁸.

Ainda no direito italiano, temos a brilhante lição de Roberto de Ruggiero, que bem empreende esforços em definir o *herdeiro aparente* de boa-fé como “aquêle que possui a herança ou uma sua quota com base num título suscetível em abstrato de produzir a aquisição, mas que concretamente enfêrma de um vício, cuja existência foi ignorada”³²⁹.

No mesmo sentido, o direito civil argentino descreve o possuidor da herança de boa-fé, em seu art. 3.428 do Código Civil, como aquele que, por erro de fato ou de direito, acredita ser legítimo proprietário da sucessão cuja posse se tem, e este fato se configura quando os parentes mais distantes tomam posse da herança pela inatividade de um parente mais próximo:

Art. 3428 El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a éste último (...)

De fato, esta ocorrência pode ser constatada em diversas hipóteses nas quais resta patente a ignorância do possuidor, oriunda de um erro escusável, dentre as quais destacamos:

³²⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. cit., p. 152.

³²⁸ Art. 535 *E possessore in buona fede colui che ha acquistato il possesso dei beni ereditari, ritenendo per errore di essere erede.*

Art. 535 É possuidor de boa-fé aquele que adquire a posse dos bens hereditários acreditando, por erro, ser o herdeiro. A boa-fé não aproveita se o erro resulta de culpa grave (tradução livre da autora).

³²⁹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*, cit., p. 541.

a) O herdeiro testamentário que fora contemplado com a herança e, posteriormente, surpreendido pelo reconhecimento da ineficácia da manifestação de última vontade que o contemplou, acarretando sua inexecução³³⁰;

b) O herdeiro legítimo que fora posteriormente excluído da sucessão, declarado indigno ou deserddado, aumentando-se o quinhão daqueles que concorriam com ele por direito próprio;

c) O herdeiro legítimo que, após possuir a herança ou parte dela, tivera seu quinhão diminuído pela superveniência de outro sucessor que com ele passou a concorrer;

d) O herdeiro legítimo que, após possuir a herança ou parte dela, fora obrigado a restituí-la ao verdadeiro sucessor, por alguma razão até então desconhecido, e que pertencia à classe sucessória mais privilegiada que acarretou a exclusão do possuidor.

Por certo, muitas são as hipóteses nas quais presente está a boa-fé subjetiva daquele que possuía o acervo hereditário, mas, em todas elas, se procedente a ação, deverá o réu restituir a herança e, pela leitura dos arts. 1.214 a 1.222 do Código Civil, assim o fará acrescentando os frutos, nas seguintes condições:

a) Os frutos pendentes, ligados à coisa principal, ao tempo em que cessar a boa-fé devem ser restituídos, depois de deduzidas as despesas da produção e custeio (art. 1.214, parágrafo único do Código Civil);

b) Os frutos colhidos com antecipação, já destacados da coisa principal, devem ser restituídos (art. 1.214, parágrafo único do Código Civil).

De outra banda, o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa a que não der causa e tem direito aos frutos percebidos (colhidos) enquanto durar a posse (arts. 1.217 e 1.214 do Código Civil).

³³⁰ De acordo com Maria Helena Diniz, são hipóteses de inexecução das disposições testamentárias: revogação, rompimento, caducidade, nulidade e anulabilidade. Vide: DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*, v. 6, cit., p. 262-279.

Com relação às benfeitorias que o possuidor de boa-fé realizar no bem que deve restituir, ele terá direito à indenização das necessárias e úteis, podendo exercer o direito de retenção pelo valor delas. Quanto às benfeitorias voluptuárias, se estas não forem pagas ao possuidor, este poderá levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa (art. 1.219 do Código Civil).

De todo o exposto, infere-se que a lei preserva alguns direitos reais do possuidor de boa-fé, pois privilegia o fato de que este não teria em tempo algum, aparentemente, conhecimento de que sua condição sucessória sofreria abalo. É por esta razão que, a partir da sua citação na ação de petição de herança, com a qual se faz litigiosa a herança, a responsabilidade do possuidor se regulará pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora, que serão vistas a seguir, em conformidade com o parágrafo único do art. 1.826 do Código Civil, o qual se firma na previsão do art. 219 do Código de Processo Civil.

3.8.2 EM RELAÇÃO AO POSSUIDOR DE MÁ-FÉ

O possuidor de má-fé é aquele que tem ciência de que não é o possuidor legítimo da herança ou de parte dela, ou que procede com negligência na investigação das circunstâncias capazes de ensejar dúvida a respeito de seu título sucessório³³¹.

Pacifici-Mazoni lembra que o possuidor de má-fé é aquele que conhece a sua incapacidade sucessória, seja por recair sobre ele causa de indignidade, seja por possuir bens que lhe foram atribuídos por testamento que, sabidamente, é nulo ou está revogado³³².

A respeito da delimitação do referido elemento subjetivo da posse dos bens hereditários, o Código Civil italiano expressamente assinala, no parágrafo terceiro do art. 535, já transcrito, que a boa-fé não prospera se o erro depende de culpa grave, o que denota flagrante má-fé.

³³¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*, cit., p. 109.

³³² MAZZONI-PACIFICI, Emidio. *Instituzioni di diritto civile italiano: delle successioni*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1927, v. VI, parte 2ª, p. 96.

O Código Civil argentino assinala a existência de má-fé nos parentes mais distantes que conhecem a existência de parente mais próximo, priorizado na ordem de vocação hereditária, que ainda não participou da sucessão por desconhecer o seu deferimento:

Art. 3.428 Pero son de mala fe, cuando conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque ignoraba que le fuese deferida.

Constatada a sua má-fé, ele responderá por todos os frutos, colhidos ou percebidos, bem como por todos aqueles que se deixou de perceber por sua culpa, desde o momento em que se constituiu a má-fé, ressalvado o seu direito às despesas da produção e custeio (art. 1.216 do Código Civil brasileiro).

Se ocorrer perda ou deteriorização da coisa que se possuiu injustamente, ainda que acidental, o possuidor de má-fé responderá pelo dano experimentado, salvo se provar que de igual modo se teria dado, estando a coisa na posse do reivindicante (art. 1.218 do Código Civil).

Aparentemente com mais rigor, no direito argentino, como já mencionado, o possuidor de má-fé responde pela perda ou deteriorização da coisa ainda que ocasionadas por caso fortuito, a menos que se prove que o mesmo teria ocorrido se os bens estivessem em posse do herdeiro (art. 3.426 do Código Civil argentino).

No tocante às benfeitorias realizadas na coisa, algumas regras devem ser respeitadas:

a) Serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias, não assistindo ao possuidor o direito de retenção pela importância destas, tampouco o de levantar as voluptuárias (art. 1.220 do Código Civil);

b) As benfeitorias a que o possuidor de má-fé teria direito só obrigam ao ressarcimento se ao tempo da evicção ainda existirem, e devem ser compensadas com os danos experimentados pela coisa (art. 1.221 do Código Civil);

c) Se o autor da petição de herança for obrigado, por sentença, a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, ele tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo (art. 1.222 do Código Civil).

Finalmente, com relação à imposição dos efeitos da mora ao possuidor de má-fé, prevista no parágrafo único do art. 1.826 do Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite pondera que, muito embora o texto legal tenha silenciado sobre a sua disciplina, são aplicáveis os dispositivos que constam nos arts. 394 a 401 do mesmo diploma³³³.

Nesse sentido, há que se salientar que, antes do Código Civil de 2002, a jurisprudência brasileira já considerava que a má-fé restava caracterizada desde a constituição em mora do devedor³³⁴.

3.9 HERDEIRO APARENTE E VALIDADE DE SEUS ATOS

3.9.1 HERDEIRO APARENTE E A TEORIA DA APARÊNCIA

Não tratado de maneira expressa no Código Civil de 1916³³⁵, o *herdeiro aparente*, já mencionado neste trabalho, é aquele que não é titular de direito sucessório, mas que se apresenta com título de herdeiro ou que se comporta como se herdeiro fosse, levando a coletividade ao erro comum³³⁶.

³³³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões*, v. XXI, cit., p. 203.

³³⁴ *Na hipótese de herdeiro posteriormente reconhecido, o termo inicial da percepção dos frutos e rendimentos é a data da constituição em mora dos herdeiros já existentes. É com a constituição em mora que desaparece a presunção de que não há mais herdeiros. Antes disso, não podem os possuidores de boa-fé responder pelos frutos e rendimentos já consumidos, nos termos do art. 510 do Código Civil, aplicável à espécie (Resp 263.243-RS, STJ, julgado em 18/12/2001, DJ 22/04/2002).*

³³⁵ Ney de Mello Almada alerta que, muito embora não houvesse previsão expressa sobre o *herdeiro aparente* na antiga codificação, este não era estranho à anterior sistemática jurídico-sucessória, especialmente se analisada a condição do indigno, possuidor de bens da herança que posteriormente é excluído da herança. Vide: ALMADA, Ney de Mello. *Direito das sucessões*, cit., p. 225.

³³⁶ Cumpre notar que o herdeiro declarado indigno, somente é assim considerado a partir de sua exclusão da sucessão por sentença, de modo que não é intitulado *herdeiro aparente*. No entanto, conforme art. 1.817 do Código Civil, são considerados válidos as alienações onerosas de bens

Interessante transcrever que Giselda Hironaka, em simplicidade, bem define o *herdeiro aparente* como “aquele que nunca foi herdeiro pela essência, mas o foi na aparência”³³⁷.

De forma semelhante, o argentino Luis Ovsejevich, citado por Eduardo Zannoni, menciona que a ação de petição de herança se confere contra quem tem vocação suficiente no exterior, mas insuficiente no essencial, como no caso de um herdeiro legítimo não necessário, afastado por uma instituição testamentária³³⁸.

De fato, são inúmeras as factíveis possibilidades de alguém se apresentar como herdeiro sabendo que não o é, ou ciente de risco potencial de não mais vir a ser, ou até mesmo sinceramente desconhecendo as variáveis aqui mencionadas, agindo de boa-fé³³⁹.

Não raras também são as hipóteses de alguém, de boa-fé ou não, na posse da herança ou de parte dela, ostentando o título hereditário, ou seja, comportando-se de maneira compatível com as condutas de um herdeiro legítimo, celebrar negócios relativos à herança com terceiros, como alienações, imposição de gravames, pagamentos etc.

Em virtude dos comuns infortúnios que podem se suceder em consequência desta prática, e diante da inexistência de disciplina legal que regulamentasse seus efeitos³⁴⁰, importou por muito tempo o estudo e a análise

hereditários a terceiros de boa-fé e os atos de administração legalmente praticados por ele antes da sentença de exclusão, subsistindo aos herdeiros reais, quando prejudicados, o direito de demandar-lhe perdas e danos.

³³⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: direito das sucessões*, cit., p. 202.

³³⁸ OVSEJEVICH, Luis. *Petición de herencia*, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XXII, p. 314 *apud* ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 462.

³³⁹ Carvalho Santos alerta para o fato de que “a instituição de herdeiro subordinado a uma condição suspensiva ainda pendente, não pode atribuir a qualidade de herdeiro aparente”. Vide: CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático: direito das sucessões*, v. XXII, cit., p. 96.

³⁴⁰ Se o ordenamento jurídico faz previsão de hipótese de aparência e oferece para ela uma solução, geralmente em homenagem à boa-fé crença, não se trata de aparência de direito, mas sim aparência no direito. Vide: BORGHI, Hélio. *Teoria da aparência no direito brasileiro: aparência*

das hipóteses nas quais o *herdeiro aparente* celebra negócios cujo objeto é a herança a que julga ter direito, bem como a questão da sua validade, se esta permeia ou não os atos do *herdeiro aparente*.

Esta é a razão pela qual Ney de Mello Almada observa que “é no estudo da petição de herança que mais se destaca o interesse prático da figura do herdeiro aparente”³⁴¹.

Tais casos revelavam a *aparência de direito*, que “se dá quando um fenômeno manifestante faz com que o irreal apareça como se fosse real, ou seja, há uma descoincidência absoluta entre a realidade e a exteriorização”³⁴².

Nesse sentido, surgiram algumas teorias, as quais buscaram entender e definir o fenômeno da aparência, bem como os efeitos decorrentes desta falta de correspondência entre o estado de fato e o estado de direito.

Com relação à questão do *herdeiro aparente* e à prática de seus atos, buscou-se também explicá-los e optar pela validade ou não dos mesmos.

Defendida, dentre outros, por Sarrut, Laurent, Troplong, Baundry-Lacantinerie, a clássica *teoria da aparência*, extremamente fria, lógica, restritiva e radical, asseverava a absoluta nulidade de todos os atos praticados pelo *herdeiro aparente* com terceiros, independentemente da boa-fé do suposto herdeiro ou daquele com quem se contratava, justificando-se na impossibilidade de se dar ou de se transferir a outrem aquilo que não lhe pertence (*nemo ad alium plus juris transferre potest quam ipse habet*)³⁴³.

Esta teoria fora utilizada especialmente após o advento da Revolução Industrial e da aceleração da atividade comercial como um todo, buscando-se conferir maior segurança jurídica aos negócios.

Em contraposição, a corrente liberal, defendida por Planiol e Ripert, Mazeud, Josserand, dentre outros, repudiava a suposta nulidade das

de direito e aparência no direito, no direito civil e no direito processual civil: confrontações e aplicações, inclusive na jurisprudência. São Paulo: Lejus, 1999, p. 40.

³⁴¹ ALMADA, Ney de Mello. *Direito das sucessões*, cit., 226.

³⁴² KUSANO, Suely Mitie. *Herdeiro aparente*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000, p. 12.

³⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 204.

alienações e, baseando-se na máxima *error communis facit ius*, valorizava os interesses do *herdeiro aparente* por uma questão de justiça e equidade³⁴⁴.

A partir desses pensamentos tão contrapostos, surgiram inúmeras outras teorias, ora mais tendentes a um, ora mais a outro.

Mas certo é que, pela recorrente busca da equidade, se evoluiu posteriormente para a percepção de que, não sendo o Direito um fenômeno lógico, e sim uma ciência de valoração da vida, os negócios jurídicos realizados entre o *herdeiro aparente* e o terceiro de boa-fé, por escusável erro de fato, teriam validade, prevalecendo a máxima *error communis facit jus*.

A respeito desse princípio, leciona Vicente Ráo:

"A aplicação da máxima 'error communis facit jus' equivale, porém, no entender da doutrina francesa, ao saneamento de atos praticados por erro comum, em contraste com alguma regra de direito, quer de erro de fato se trate, quer de erro de direito. Preciso é, porém, que o erro seja invencível, isto é, que não o houvesse podido evitar quem nele incidiu. E é preciso, mais, que a noção errônea seja admitida senão pela totalidade, quando menos pela generalidade ou maior número de pessoas, assumindo como que o caráter de erro coletivo - exigindo-se, ainda, de quem a aludida máxima invoca, que haja procedido razoavelmente sem incidir em qualquer falta. Assim entendida, a máxima 'error communis' tem por fundamento o interesse social, corresponde a uma regra de segurança social, tanto assim que os julgados franceses, ao aplicá-la, invocam 'graves razões de ordem pública, ou de interesse geral'³⁴⁵.

Assim, a despeito das teorias que buscaram delimitar a *aparência de direito*, tutelá-la ou não e definir seus efeitos, consagrou-se a proteção da boa-fé daquele com quem contratava o *herdeiro aparente*.

³⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*, cit., p. 205.

³⁴⁵ RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais*. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 208-209.

Este era o sentir dos juristas e doutrinadores anteriormente ao Código Civil de 2002, que expressamente descreveu as hipóteses de validade dos atos praticados pelo *herdeiro aparente*, que serão analisadas mais adiante.

Para Orlando Gomes, os atos praticados pelo *herdeiro aparente* são tutelados pela lei em homenagem à boa-fé de terceiros, e com a finalidade precípua de conferir segurança às relações jurídicas, de modo que se a aparência evidencia a realidade, prevalece o visível sobre o oculto³⁴⁶.

Nesse sentido, Vicente Ráo descreve dois grupos de requisitos essenciais para se caracterizar a aparência de um direito e se observar a tutela pretendida:

“São seus requisitos essenciais objetivos: a) uma situação de fato cercada de circunstancias tais que manifestamente a apresentem como se fora uma situação de direito; b) situação de fato que assim possa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas; c) e que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou o direito como se realmente existisse.

São seus requisitos subjetivos essenciais: a) a incidência em erro de que, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera; b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu”³⁴⁷.

De fato, ainda que atualmente os atos praticados pelo *herdeiro aparente* estejam regulamentados em nossa legislação civil, de grande valia é a lição acima posta, para que se verifique, em uma situação prática, se presentes os requisitos inspiradores da lei exigidos para a caracterização da aparência agora tutelada.

³⁴⁶ GOMES, Orlando. Sucessões, cit., p. 262.

³⁴⁷ RÁO, Vicente. *Ato jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração, cit., p. 210.

3.9.2 ALIENAÇÕES A TERCEIRO

Nas relações entre o *herdeiro aparente* e terceiros, aquele apresenta um comportamento capaz de produzir nestes a crença de que se trata de verdadeiro sucessor, independentemente de boa-fé ou má-fé, e de estar ou não na posse atual dos bens³⁴⁸.

O terceiro adquirente é aquele para quem o *herdeiro aparente* aliena, gratuita ou onerosamente, a herança ou parte dela e, como já mencionado neste estudo, esta pessoa estranha à relação principal, que é circunscrita ao herdeiro real e ao *herdeiro aparente*, pode ser demandada em ação de petição de herança para que restitua os bens da herança que estão em seu poder (art. 1.827, *caput*, do Código Civil).

Cabe mencionar que a disciplina brasileira que trata da possibilidade de se demandar o terceiro adquirente, bem como o possuidor originário para se obter a restituição dos bens da herança, encontra semelhança no Código Civil português, em seu art. 2.076/1, segundo o qual:

Se o possuidor de bens da herança tiver disposto deles, no todo ou em parte, a favor de terceiro, a acção de petição pode ser também proposta contra o adquirente, sem prejuízo da responsabilidade do disponente pelo valor dos bens alienados.

Se a referida alienação for a título gratuito, ou seja, decorrer de um ato de liberalidade do *herdeiro aparente* que outorga a vantagem em apreço sem impor ao beneficiário a obrigação de contraprestação, tal transferência será nula, carecerá de validade, sendo certo que, se ajuizada e procedente a petição de herança, o terceiro deverá devolver os bens ao herdeiro real, desde que não consumada a prescrição *aquisitiva* relativa à usucapião, nos termos da lei.

Neste caso, caberá ao terceiro que fora compelido a entregar os bens da herança intentar ação regressiva contra o possuidor que lhe alienara tais bens, a fim de reaver a sua prestação.

³⁴⁸ KUSANO, Suely Mitie. *Herdeiro aparente*, cit., p. 44.

De modo diverso, se o terceiro de boa-fé³⁴⁹ adquiriu onerosamente, ou seja, sofreu sacrifício patrimonial de alguma monta para lhe ser alienado o bem do *herdeiro aparente*, de acordo com o parágrafo único do art. 1.827 do Código Civil, esta alienação é eficaz e tutelada³⁵⁰.

Semelhantemente, o Código Civil italiano, em seu art. 534, protege os direitos adquiridos por força de convenções a título oneroso, celebradas nas condições já mencionadas:

Art. 534 L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo.

*Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a titolo oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede*³⁵¹.

Acrescenta-se que a eficácia em comento só restará configurada se o terceiro adquire de boa-fé o bem da herança, e transaciona com o *herdeiro aparente*, o qual, como já mencionado neste trabalho, é aquele que não tem a titularidade dos direitos sucessórios, mas que é tido como legítimo proprietário da herança por erro comum.

Isto significa que, movida ação de petição de herança em face do terceiro, e estando comprovada a alienação onerosa, a sua boa-fé e que o

³⁴⁹ Será considerado terceiro de boa-fé aquele que ignorava, quando da alienação, a existência de sucessores testamentários (em disposição perfeitamente válida) ou legítimos, de classe mais privilegiada que o *herdeiro aparente*. Acrescenta ainda o direito civil argentino que é terceiro de boa-fé aquele que desconhece que os direitos do *herdeiro aparente* eram objeto de controvérsia judicial (art. 3.430 do Código Civil argentino).

³⁵⁰ Flávio Tartuce e José Fernando Simão comentam que o artigo em destaque está em perfeito acordo com o já abordado *princípio da eticidade*, consagrado pelo Código Civil de 2002, visto que a previsão protege a boa-fé daquele que realiza o negócio com pessoa que se apresenta como herdeira. Vide: TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 108.

³⁵¹ Art. 534 Direito de terceiro

O herdeiro pode agir mesmo contra os sucessores jurídicos daquele que possui a título de herdeiro ou sem título.

Ficam reconhecidos os direitos adquiridos, por efeito de convenção a título oneroso com o herdeiro aparente, por terceiros que contrataram de boa-fé (tradução livre da autora).

negócio fora celebrado com pessoa que se dizia herdeiro, que dizia ostentar título sucessório ou que se comportava como tal (exercendo a posse sobre a coisa, pagando tributos etc), o demandado em apreço não é obrigado a restituir o bem ao herdeiro real, devendo este se insurgir contra o *herdeiro aparente*, a fim de que este responda pelo valor dos bens alienados (art. 1.827 do Código Civil).

Do contrário, se provada a má-fé do terceiro adquirente, a alienação realizada será considerada ineficaz.

Curioso informar que no direito argentino, no qual o herdeiro real é obrigado a respeitar todos os atos de administração do *herdeiro aparente* a favor de terceiros, sendo irrelevante a boa-fé ou má-fé do possuidor, se houver alienação onerosa de bens imóveis, esta será válida com relação ao herdeiro se o possuidor tivesse obtido declaração ao seu favor dos outros herdeiros ou aprovação judicial e sempre que o terceiro agisse de boa-fé (arts. 3.429 do Código Civil argentino).

A diferença reside no seguinte: se o possuidor é de boa-fé, apenas restitui o preço que recebera pela alienação; se de má-fé, indeniza os herdeiros por todos os prejuízos causados pela alienação.

3.9.3 PAGAMENTO DE LEGADO

Prevê ainda o Código Civil, em seu art. 1.828 (sem correspondente no Código Civil de 1916), que se o *herdeiro aparente*, de boa-fé, houver pago um legado, ele não está obrigado a prestar o equivalente ao herdeiro real, ressalvado a este o direito de demandar contra quem o recebeu, ou seja, o legatário.

Claro está que a previsão em comento protege o *herdeiro aparente* de boa-fé que, no atendimento de determinação testamentária do autor da herança, entregou bem certo e determinado àquele a quem o *de cujus*

desejava contemplar, de modo que não pode ser responsabilizado por agir no estrito cumprimento de um dever seu, previsto no art. 1.934³⁵² do Código Civil.

Sendo a entrega do legado uma alienação gratuita, na perseguição do escopo do autor da herança, o art. 1.828 se faz exceção à regra geral esculpida no artigo antecedente, já comentado, segundo a qual a transferência gratuita é inválida, seja ela de boa-fé ou má-fé do adquirente e do alienante³⁵³.

Semelhante é a previsão do Código Civil português, disposta no art. 2.007, 1:

Se o testamento for declarado nulo ou anulado depois do cumprimento de legados feito em boa-fé, fica o suposto herdeiro quite para com o verdadeiro herdeiro entregando-lhe o remanescente da herança, sem prejuízo do direito deste último contra o legatário.

Comentando o artigo retro mencionado, Pires de Lima e Antunes Varela de maneira curiosa concluem:

“Por um lado, o suposto herdeiro, se, agindo de boa-fé, se limitou a cumprir os legados constantes do testamento, que mais tarde veio a ser declarado nulo ou anulável, lavarás suas mãos no rescaldo da situação como Pilatos no Credo, entregando ao verdadeiro herdeiro e remanescente dos bens hereditários, que ficou em seu poder. E caberá naturalmente ao *verdadeiro* herdeiro – àquele que *vem à tona de água* com a nulidade ou anulação do testamento – a tarefa de reagir contra o suposto legatário para a restituição daquilo que ele indevidamente recebeu”³⁵⁴.

Nesse sentido, o legatário que recebeu bem singular da herança, o qual não legitimamente lhe cabia em virtude de invalidade do testamento que o privilegiou, é denominado pelo doutrinador português José de Oliveira Ascensão

³⁵² O artigo prevê que, no silêncio do testamento, o cumprimento dos legados incumbe aos herdeiros e, não os havendo, aos legatários, na proporção do que herdaram.

³⁵³ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado*, cit., p. 196.

³⁵⁴ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado (artigos 2024º a 2334º)*, v. VI, cit. p. 133.

legatário aparente e poderá ser compelido a entregar o bem ou a prestar o equivalente ao verdadeiro herdeiro³⁵⁵.

Diversamente, será demandado e responsabilizado o *herdeiro aparente*, se configurada a sua má-fé ao entregar o legado, o que pode ser comprovado se ao menos desconfiava, à época, da existência de fato capaz de ocasionar a inexecução do testamento.

Impende notar que se o legado é devido, o legatário poderá, em defesa da sua propriedade, ajuizar a já mencionada neste trabalho *ação de petição de legado*, requerendo a restituição do bem objeto do legado contra aquele que, mesmo de boa-fé, se beneficiou de alguma maneira com o engano inicial do *herdeiro aparente*³⁵⁶.

Por fim, interessante notar que, diversamente da lei brasileira, a disciplina, no direito português, avança mais um pouco e prevê que o legatário de boa-fé, que cumpre os encargos do legado, impostos em testamento que posteriormente experimenta sua invalidade, restituirá o remanescente da herança ao herdeiro real, cabendo a este se insurgir contra o terceiro suposto beneficiário do encargo (art. 2.077/2)³⁵⁷.

³⁵⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, s.d., p. 444.

³⁵⁶ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo* (Coord. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, Glauber Moreno Talavera, Jorge Shiguemitsu Fujita, Luiz Antonio Scavone Jr.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1306.

³⁵⁷ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado (artigos 2024º a 2334º)*, v. VI, cit., p. 134.

4. QUESTÃO DA SUPOSTA PRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO À HERANÇA

Ventilada até então de maneira superficial neste trabalho, foi a questão da suposta prescritibilidade da pretensão relativa à ação de petição de herança.

Em virtude de sua recente disciplina no Código Civil de 2002, cremos que sua previsão, por ser consideravelmente inovadora em nosso ordenamento jurídico, carece de alguns ajustes para que a aplicação do instituto atenda de maneira mais satisfatória o jurisdicionado, assegurando o direito fundamental à herança.

Sem dúvida, ficou prejudicada a disciplina da ação de petição de herança na codificação, em razão de não ter o legislador cuidado expressamente da questão relativa à prescrição, motivo pelo qual surgiram grandes indagações sobre a extinção ou não da pretensão da qual se trata.

Na verdade, é preciso consignar que no anteprojeto revisto do Código Civil, com data de 1972, o parágrafo único do art. 2.011 (atual art. 1.824) previa que “a petição de herança é imprescritível, ressalvadas as regras sobre usucapião relativamente a cada um dos bens singulares do acervo”, dispositivo suprimido pela Comissão no art. 1.871 (correspondente ao mencionado art. 2.011, relativo ao atual 1.824), do Projeto nº 634/75³⁵⁸.

De fato, a discussão sobre a incidência ou não da prescrição não adveio apenas depois do Código Civil, havendo registros antigos dos nossos doutrinadores nesta celeuma, que há muito debatiam a questão e se posicionavam sobre ela.

Bem antes da promulgação do novo Código e da apresentação formal da ação na legislação civil, bem como de seu tratamento, uma vez acirrados os debates, foi editada a já abordada Súmula 149 do STF, de 13 de

³⁵⁸ VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado* (Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva – Coord. até a 5. ed. Ricardo Fiuza). 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2003.

dezembro de 1963, segundo a qual seria imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não seria a de petição de herança.

Ocorre que, à época da edição da Súmula, no campo da investigação de paternidade, não se verificavam os avanços tecnológicos que nossa sociedade atual dispõe, e, dentre outras razões abordadas mais adiante, a discussão sobre a prescrição da petição de herança passou a ser essencial.

Do mesmo modo, o vasto reconhecimento, pela lei civil, dos efeitos decorrentes da união estável, que não se verificavam à época da Súmula em apreço, veio trazer à realidade a possibilidade do companheiro pleitear sua participação na sucessão, mas o que apenas pode se efetivar após o reconhecimento judicial da união estável, o que flagrantemente influi na questão da prescribibilidade, de certa forma pacificada pelo Supremo.

4.1 PRESCRIÇÃO

4.1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prescrição revela a imperiosa influência do fato jurídico do tempo e suas implicações nas relações jurídicas³⁵⁹.

Isto porque o decurso do tempo (acontecimento ordinário que independe da vontade humana), uma vez que seus efeitos são atribuídos pela norma jurídica, somado a outros fatores, tem aptidão para modificar, criar ou extinguir direitos, encontrando as duas últimas repercussões correspondentes no instituto da prescrição, e a última delas, na decadência³⁶⁰.

³⁵⁹ Para Orlando Gomes, dentre os acontecimentos naturais ordinários, o decurso do tempo é o que gera mais influência nas relações jurídicas. Vide: GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 495.

³⁶⁰ Muito embora a decadência não seja objeto deste estudo, não há como deixar de ser mencionada, quando se fala da prescrição, uma vez que ambas estão inarredavelmente ligadas ao tempo, como fato jurídico *stricto sensu*, motivo pelo qual são corriqueiras as confusões entre os institutos. Além disso, o fundamento que justifica os institutos é bem próximo, estando eles ligados

Da repercussão de aquisição de direitos em virtude do tempo se destaca a *prescrição aquisitiva*, relacionada à conversão de posse em propriedade, mais comumente denominada de usucapião, e prevista nos arts. 1.238, 1.239, 1.240, 1.242, 1.260, 1.261 e 1.379 do Código Civil, flagrantemente apartada do Título IV (“Da prescrição e decadência”), do Livro III (“Dos Fatos Jurídicos”) do Código.

Muito diferentemente, guardando a mínima similitude, do decurso do tempo como causador do efeito relacionado à extinção da pretensão, se evidencia a prescrição *extintiva* ou *liberatória*.

Apesar disso, ambas as prescrições têm sido largamente tratadas como institutos unificados pelo elemento comum, o tempo³⁶¹.

A respeito das codificações e das doutrinas, nas quais se insiste em relacionar as prescrições *aquisitiva* e *extintiva*, Maria Helena Diniz acertadamente critica a iniciativa dos juristas medievais, por idealizarem uma teoria conjunta e única que abarca e regulamenta tanto a prescrição *aquisitiva*, quanto a *extintiva*, a qual veio a ser adotada pelo Código Civil Francês e influenciou a codificação brasileira. Nesse sentido, Clóvis Beviláqua concebia a prescrição *extintiva* como uma energia extintiva da ação, e a *aquisitiva* como uma energia criadora de direitos reais³⁶².

A crítica subsiste porque, para a autora, a usucapião seria, ao mesmo tempo, energia criadora de direito real para aquele que exerceu a posse nos ditames dos requisitos legais, e energia extintiva para aquele que perdeu a propriedade, restando evidenciado que a usucapião e a prescrição são institutos

à conveniência de que algumas situações jurídicas não se perpetuem. Enquanto que a prescrição é a extinção de pretensões patrimoniais, que ocorre apenas ante à inatividade, a caducidade ou decadência se refere à extinção de uma faculdade ou direito potestativo, de caráter patrimonial ou não, tendente a modificar uma relação jurídica, que nasce com duração limitada. Vale lembrar que, para Pontes de Miranda, a prescrição corresponde a ato-fato jurídico, devido ao ato humano negativo ou involuntário. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. VI, p. 112.

³⁶¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição), t. VI, cit., p. 98.

³⁶² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*, v. 1, cit., p. 393.

diversos, tanto pela natureza de cada um deles, quanto pela previsão legal apartada³⁶³.

Orlando Gomes, muito embora de certo modo alheio a respeito das críticas à orientação unificadora, entende que tanto a prescrição *aquisitiva*, quanto a *extintiva* devem ser tratadas e estudadas separadamente, visto se tratarem de institutos diversos. Além disso, enquanto que o elemento essencial da *aquisitiva* é a posse, o da *extintiva* é a *inércia* do titular do direito³⁶⁴.

Para Pontes de Miranda, o fato de a prescrição e a usucapião ostentarem algumas regras jurídicas comuns levou à unidade conceitual que, segundo o autor, sempre falhou e falha, pois seria forçada e artificial a simetria dos dois institutos, equívoco lamentavelmente reiterado em diversos ordenamentos³⁶⁵.

Na Espanha, muito embora seu Código Civil trate das prescrições *aquisitiva* e *extintiva* conjuntamente, no Título XVIII (“*De la prescripción*”), do Livro IV (“*De las obligaciones y contratos*”), a doutrina espanhola bem pondera que as prescrições *aquisitiva* e *extintiva* apenas têm em comum alguns de seus requisitos, quais sejam, o decurso do tempo e a inação do titular, circunstâncias que não justificam o estudo conjunto de ambas³⁶⁶.

A questão da suposta prescritibilidade da petição de herança, a ser tratada neste trabalho, não está ligada à prescrição *aquisitiva*, mas sim à prescrição *extintiva* ou *liberatória*, regulamentada sobremaneira nos arts. 189 a 206 do Código Civil, e que sempre será referida, neste trabalho, simplesmente como *prescrição*, apesar da já mencionada existência da prescrição *aquisitiva*.

³⁶³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*, v. 1, cit., p. 393-394.

³⁶⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 496.

³⁶⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição)*, t. VI, cit., p. 104.

³⁶⁶ ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general (la relación, las cosas y los hechos jurídicos)*. Barcelona: Libreria Bosch, 1975, t. 1, v. 2, p. 445.

4.1.2 CONCEITO E EFEITOS

Pontes de Miranda, se referindo à prescrição como a “defesa do presente contra o passado”, conceitua o instituto como “a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra fixa, a sua pretensão ou ação”³⁶⁷.

Portanto, a prescrição corresponde a uma exceção ou técnica de defesa disponível³⁶⁸, e hábil a evidenciar a oposição de uma sanção, uma pena, dirigida ao titular de um direito que não exerce sua pretensão jurídica, uma vez violado o seu direito subjetivo, consistente na extinção desta pretensão (conforme o art. 189 do Código Civil).

É preciso notar que, violado um direito, surge para o seu titular a pretensão, que corresponde ao direito de exigir judicialmente a prestação inadimplida, seja de origem legal ou contratual.

Para Pontes de Miranda, no brilhantismo peculiar de muitas de suas definições, “na pretensão o direito *tende* diante de si, dirigindo-se para que alguém cumpra o dever jurídico”, ou seja, a pretensão corresponde à “posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa”, ou à “*tensão* para algum ato ou omissão dirigida a alguém”. Trata-se de uma faculdade jurídica de exigir, oriunda da existência de uma obrigação não satisfeita, que deve

³⁶⁷ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição), t. VI, cit., p. 100 e 103.

³⁶⁸ Muito embora, tradicionalmente, a prescrição esteja relacionada a uma alegação de defesa da parte a quem se aproveita da inércia do titular de um direito, é preciso mencionar que o juiz pode reconhecê-la de ofício, em virtude da Lei n. 11.280/06, que revogou o art. 194 do Código Civil (o qual previa que o juiz não poderia suprir de ofício a alegação de prescrição, exceto para favorecer absolutamente incapaz), e alterou o §5º do art. 219 do Código de Processo Civil. Ao contrário, em Portugal, a lei é expressa no sentido de que o tribunal não pode suprir a prescrição de ofício, sendo que “esta necessita, para ser eficaz, de ser invocada, judicial ou extrajudicialmente, por aquele a quem aproveita, pelo seu representante ou, tratando-se de incapaz, pelo Ministério Público” (art. 303 do Código Civil português).

ser exercida dentro de um prazo legal, fixado para esta finalidade, o qual sofre variação de acordo com o entendimento de cada civilização.³⁶⁹

Assim, para se configurar a prescrição, é necessário que exista um direito material relativo a uma prestação que deve ser cumprida, e que ocorra violação a este direito material, em virtude do inadimplemento. Surgindo a pretensão, é necessário que o seu titular se quede inerte durante o prazo fixado em lei, transcorrendo-o sem interrupção e “vazio de exercício pelo titular da pretensão”³⁷⁰.

No tocante aos efeitos operados pelos prazos prescricionais, é preciso mencionar que eles não estão relacionados à destruição de direitos, tampouco os prazos cancelam ou apagam pretensões, mas sim encobrem a eficácia destas, atendendo à conveniência de que não se perdesse a exigibilidade ou acionabilidade, criando o *ius exceptionis*, ou seja, o direito de exceção de prescrição³⁷¹.

Assim, não exercido o direito de postular em juízo no prazo legal, extingue-se a pretensão, a ação em sentido material (*actio romana*), a qual nasce com a pretensão quando não há satisfação, e que pode ser exercida por meio da ação como remédio jurídico processual, bem como por outros meios jurídicos que nem sempre correspondem à via judicial.

É importante mencionar que o Código Civil de 1916, atento à teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos (a ação judicial seria

³⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. V, p. 451 e 452.

³⁷⁰ Sobre os requisitos para que se caracterize a prescrição, Pontes de Miranda observa que, muito embora comumente se mencione a pretensão como pressuposto, ela não necessariamente seria elemento essencial, uma vez que o não devedor, que supostamente não violou qualquer direito, pode exercer o *ius exceptionis temporis*. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição), t. VI, cit., p. 111.

³⁷¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição), t. VI, cit., p. 101 e 112.

o direito subjetivo lesado, em movimento), se referia ao fenômeno da prescrição como “perda da ação”³⁷².

Claro é que o modo pelo qual o antigo Código delineou a prescrição evidenciava linguagem imprópria, uma vez hábil a levar ao entendimento de que a prescrição operaria a extinção do direito de ação, no sentido processual, relacionado ao direito público, autônomo e abstrato à prestação jurisdicional, o que não é possível se admitir, ainda mais pela análise do direito processual, visto a partir de um modelo constitucional no qual notoriamente o acesso à justiça é concebido como garantia.

É do mesmo modo importante mencionar novamente que, diante da inércia de seu titular, o direito subjetivo não é atacado pela prescrição, pois, ao contrário da pretensão, não se encobre pela prescrição, subsistindo, embora não mais “amparado pelo direito de forçar o seu cumprimento pelas vias jurisdicionais”³⁷³.

Esta é a razão pela qual aquele que cumpre a obrigação, já operada a prescrição, não pode se valer da repetição de indébito contra o que se beneficiou do adimplemento, nos ditames do art. 882 do Código Civil brasileiro, que encontra correspondência no art. 304 da codificação portuguesa³⁷⁴.

³⁷² É possível encontrar correspondente no Código Civil espanhol, para o qual “*las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la ley*” (art. 1.961). Já a lei civil alemã, esta não fala em prescrição da ação, visto que seu §194 estabelece que “o direito de exigir um ato ou omissão a outrem se extingue pela prescrição” (§ 194 *Gegenstand der Verjährung*. 1. *Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung*). Sobre a lei alemã, Pontes de Miranda, por diversas oportunidades em sua obra, não poupa críticas à sua redação, considerando-a infeliz por levar a entender que se limita o conceito de pretensão apenas às prestações de fazer e não fazer. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações), cit., t. V, p. 457.

³⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários do novo Código Civil: dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova*, arts. 185 a 232 (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III, t. II, p. 152.

³⁷⁴ Art. 304

1. Completada a prescrição, tem o beneficiário a faculdade de recusar o cumprimento da prestação ou de se opor, por qualquer modo, ao exercício do direito prescrito.

Nos dizeres de Pontes de Miranda, uma vez que a exceção de prescrição encobre a eficácia da pretensão, se o devedor satisfaz esta não há doação, nem falta de causa, restando evidenciada a sua irrepetibilidade, inclusive sendo cabível negócio jurídico de reconhecimento da dívida³⁷⁵.

Nesse sentido, cumpre apenas ressaltar que o direito brasileiro se filiou à concepção da prescrição como extinção da pretensão, mas o direito italiano não o fez, visto que concebeu o instituto como aquele que evidencia a inércia do titular que, somada ao decurso do tempo, opera verdadeiramente a extinção de direitos.³⁷⁶

4.1.3 FUNDAMENTO

Segundo Humberto Theodoro Junior, as justificativas político-jurídicas para o instituto da prescrição são, tradicionalmente, a inconveniência que representa, no meio social, a litigiosidade perpétua em torno das relações jurídicas; a renúncia ou abandono presumido do direito pelo titular que não o exercita no prazo fixado por lei, ou a sanção à negligência dele em fazê-lo atuar no aludido prazo; e a necessidade de proteger os obrigados, especialmente os devedores, contra as dificuldades de prova a que se exporiam caso o credor

2. Não pode, contudo, ser repetida a prestação realizada espontaneamente em cumprimento de uma obrigação prescrita, ainda quando feita com ignorância da prescrição; este regime é aplicável a quaisquer formas de satisfação do direito prescrito, bem como ao seu reconhecimento ou à prestação de garantias.

³⁷⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição)*, t. VI, cit., p. 106.

³⁷⁶ *Art. 2934 Estinzione dei diritti*

Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge.

Art. 2934 Extinção dos direitos

Todo direito se extingue pela prescrição quando o titular não o exercer por um tempo determinado por lei (tradução livre da autora).

pudesse exigir em data muito distante do negócio a prestação que já tivesse recebido³⁷⁷.

Pontes de Miranda comenta que a prescrição tem como fundamento a proteção do devedor, bem como o do que não mais o é, e do não devedor, diante da verossímil possibilidade de perda ou destruição de provas favoráveis a este último. O autor ainda ressalta que a prescrição não se fundamenta, mas encontra razão de existir nos ordenamentos jurídicos, uma vez que “corresponde à experiência humana de ser pouco provável a existência de direitos, que longo tempo não foram invocados”³⁷⁸.

Emilio Eiranova Encinas, em obra na qual traduz e comenta o Código Civil alemão, da mesma forma aponta que o fundamento do instituto da prescrição repousa na proteção do devedor, por facilitar a defesa de reclamações sem fundamento, mas também encontra justificção na ideia de paz social e de segurança jurídica, uma vez que fatos que não são impugnados por muito tempo devem ser reconhecidos como existentes e válidos pelo Direito. O autor assinala que, como fins secundários, a prescrição serve, ao mesmo tempo, para possibilitar o trânsito de direitos provenientes do desenvolvimento das relações jurídicas, e para desafogar os tribunais, por livrá-los da discussão acerca de reclamações oferecidas fora do prazo previsto em lei³⁷⁹.

Do direito espanhol, Manuel Albadejo confirma tais fundamentos da prescrição, e acrescenta que o instituto não existe para impor a extinção do direito ou da ação, mas sim para facultar a quem dela se aproveita a se negar a satisfazer a reclamação oposta. Nesse sentido, não seria justa a alegação automática, *ipso iure*, da prescrição, outorgando-se a escolha de oposição a

³⁷⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Prescrição e decadência no novo Código Civil: alguns aspectos relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 23, mai-jun/2003, p. 136.

³⁷⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição)*, t. VI, cit., p. 100,101 e 112.

³⁷⁹ EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil alemán comentado (BGB Bürgerliches Gesetzbuch)*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998, p. 97-98.

quem deve tomá-la, visto que moralmente ninguém que realmente está obrigado ao que se reclama deve se servir dela³⁸⁰.

Observando as considerações do autor espanhol, resta a dúvida se o direito brasileiro andou bem ao possibilitar a alegação da prescrição de ofício pelo juiz, conforme já mencionado neste trabalho, com a revogação do art. 194 do Código Civil.

Apesar disso, Manuel Albadejo valora as repercussões negativas da prescrição, concernentes em sua utilização para beneficiar o verdadeiramente obrigado, e conclui que:

“(...) pero, em aras de la seguridad jurídica, es preferible correr el riesgo de que la use injustamente una persona, a dejar expuestas a todas a reclamaciones viejas, de cuya legitimidad o ilegitimidad es difícil estar seguro por el tiempo transcurrido”³⁸¹.

Portanto, há que se concordar que, não obstante o possível mau uso do instituto, em favor do inadimplente, a faculdade de se alegar a extinção da pretensão é mais benéfica à sociedade, em virtude do fato de que a litigiosidade perpétua das relações jurídicas é reprovável.

Tão benéfica é, que se trata de instituto de ordem pública, de modo que os prazos prescricionais não podem ser alterados por acordo entre as partes (art. 192 de Código Civil), segundo o que Pontes de Miranda chama de *princípio da inegociabilidade da prescrição*³⁸², e a renúncia aos efeitos da prescrição apenas pode se dar uma vez consumada a prescrição³⁸³, sem prejuízo a terceiros (art. 191 de Código Civil).

³⁸⁰ ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general* (la relación, las cosas y los hechos jurídicos), cit., p. 449.

³⁸¹ ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general* (la relación, las cosas y los hechos jurídicos), cit., p. 450.

³⁸² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição), t. VI, cit., p. 109.

³⁸³ Clóvis Beviláqua ensina que prescrição não pode ser renunciada por ser instituto de ordem pública, mas, depois de consumada, “é um direito, uma vantagem, um valor patrimonial, de que o indivíduo dispõe”. Vide: BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*

Por outro lado, como já se mencionou e será analisado mais adiante, constatar a extinção da pretensão pelo seu não exercício, uma vez que o titular flagrantemente fora impossibilitado de exercê-la, não parece atender à justiça almejada pelo instituto.

4.1.4 ÂMBITO DA PRESCRIÇÃO

No tocante ao âmbito da prescrição, é preciso mencionar que estão sujeitas ao fenômeno as pretensões relativas aos direitos subjetivos, visto que a pretensão como poder do titular do direito, de exigir uma ação ou omissão, é própria deles, “não existindo nos direitos potestativos nem nos direitos que se exercem por meio de ações prejudiciais ou de estado”³⁸⁴.

Dentre os direitos subjetivos, é importante notar que nem todas as pretensões se sujeitam aos prazos prescricionais previstos em lei, visto que apenas se submetem a eles as pretensões relativas aos direitos patrimoniais, de coisas que estão no comércio, suscetíveis de apreciação pecuniária, e que podem ser reais ou pessoais.

Restam excluídas, portanto, as ações extrapatrimoniais, dentre elas as ligadas aos direitos da personalidade, de família³⁸⁵, e as ações meramente declaratórias, tais como as que visam a obtenção de declaração de nulidade absoluta.

A respeito das ações sujeitas ou não à prescrição, o Código brasileiro não se ocupou em mencioná-las expressamente (apenas se referindo,

comentado por Clóvis Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1958, v. VI, p. 438.

³⁸⁴ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, cit., p. 109.

³⁸⁵ Para Pontes de Miranda, notoriamente influenciado pelo Código alemão, as pretensões relativas ao direito de família são imprescritíveis sempre que tenham por fim restabelecer ou estabelecer, para o futuro, situação que corresponda a relações jurídicas de família. O autor admite a prescritibilidade de tais ações sempre que a lei assim determinar. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral* (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição), t. VI, cit., p. 128.

no art. 1.601, à imprescritibilidade da ação na qual o marido contesta a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher), ao contrário do Código alemão, o qual dispôs expressamente sobre a imprescritibilidade das ações de família³⁸⁶, e do Código português, que sujeita à prescrição, “pelo seu não exercício durante o lapso de tempo estabelecido na lei, os direitos que não sejam indisponíveis ou que a lei não declare isentos de prescrição”, conforme estabelece o art. 298/2.

Semelhante é a previsão do Código italiano, para o qual “não estão sujeitos à prescrição os direitos indisponíveis e os outros indicados por lei”³⁸⁷.

O Código espanhol prevê que “*se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean*” (art. 1.930). Não obstante, Manuel Albadejo bem salienta que o legislador não se expressou de maneira adequada, visto que, pelo espírito da lei espanhola, não há como poder significar que prescrevam todas as ações, mas sim que é indiferente a classe do direito ou ação que se trate, estando sujeitas à prescrição todos os direitos ou ações patrimoniais³⁸⁸.

³⁸⁶ § 194 *Gegenstand der Verjährung*

(...)

2. Ansprüche aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegen der Verjährung nicht, soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft oder auf die Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung gerichtet sind

§ 194 Âmbito da prescrição

2. Uma demanda que surja de uma relação jurídico-familiar não está sujeita à prescrição desde que tenha como finalidade estabelecer o futuro do estado apropriado da relação (tradução livre da autora).

³⁸⁷ Art. 2934 *Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge.*

³⁸⁸ ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general* (la relación, las cosas y los hechos jurídicos), cit., p. 450.

4.2 CONTROVÉRSIA SOBRE A PRESCRITIBILIDADE, OU NÃO, DA PETIÇÃO DE HERANÇA NO DIREITO BRASILEIRO

Em toda a teoria geral da ação de petição de herança, que a doutrina se dispõe a realizar, além de todas as questões já tratadas neste trabalho, muitos deles de caráter procedimental, não faltam comentários a respeito da questão da prescritibilidade da ação.

Embora todos os outros aspectos da ação sejam, de certo modo, tratados de maneira semelhante, sem grandes disparidades e controvérsias, tal não ocorre com relação à possibilidade ou não da pretensão em estudo ser fulminada pela prescrição *extintiva*, sendo que o acalorado debate na doutrina gera uma verdadeira cisão entre os autores, alguns defendendo veementemente a prescritibilidade, enquanto que outros, diga-se, minoria (provavelmente em decorrência da existência da já ventilada Súmula 149 do STF), insistem no entendimento contrário.

Diante de seu duplo objeto, o qual provavelmente enseja a controvérsia em apreço, parece a opção mais acertada para a maioria dos autores brasileiros, a de que o conteúdo condenatório, patrimonial, da petição de herança, seria o mais evidente, prevalecendo uma pretensão que seria passível de extinção pelo decurso do tempo, ante a inércia do herdeiro preterido³⁸⁹.

Caio Mário da Silva Pereira critica o tumulto provocado pelos juristas e tribunais, em virtude da confusão estabelecida entre o objeto coincidente de ação de estado e o efeito patrimonial da petição de herança. Propõe a solução da questão com base na análise da distinção entre o *status* da ação, que seria imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível,

³⁸⁹ Nesse sentido, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira, José Fernando Simão (embora Flávio Tartuce, co-autor, defenda a imprescritibilidade da petição de herança, em virtude de seu caráter declaratório predominante), Sílvio de Salvo Venosa, Marco Aurélio S. Viana. Vide: AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Inventários e partilhas*, cit., p. 324; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 105; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 119; VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de petição de herança*, cit., p. 75.

notoriamente para o autor passível de prescrição, em notória conformidade com o entendimento da Súmula 149 do STF³⁹⁰.

Conforme já amplamente mencionado, a tese da prescritibilidade foi a que se firmou na jurisprudência brasileira, inclusive sendo importante mencionar que o termo inicial do lapso prescricional, para os tribunais superiores, coincide com a data da abertura da sucessão, em virtude de ser impossível juridicamente a disputa relativa à herança de pessoa viva. Além disso, a suposta pretensão sujeita aos prazos nasceria no momento da possibilidade de acionabilidade pelo herdeiro preterido, respeitada a ordem de suspensão de prescrição ao absolutamente incapaz, uma vez que o apossamento da herança por terceiro pode ocorrer a partir do momento da abertura da sucessão³⁹¹.

Para Orlando Gomes, a ação de petição de herança é imprescritível e, apesar dos intensos debates acerca da natureza jurídica da ação,

³⁹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*, cit., p. 61.

³⁹¹ *Civil - Ação de Investigação de Paternidade, cumulada com pedido de herança - Prescrição - Súmula n. 149, do STF - artigos 5, 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 e ela o fato gerador; o momento em que o autor completa dezesseis anos de idade e o limite da interrupção da prescrição prevista no art. 169, I, do Código Civil, por força do disposto no art. 5, 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 (STJ, 3ª T., Resp 17566-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 17/11/1992, DJU 17/12/1992).*

Ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança. 2. Imprescritibilidade da primeira e prescritibilidade da última contada a partir da abertura da sucessão. 3. Recurso extraordinário. Prazo para sua fluência. Aplicação do art.168, 1, c/c o art. 881, ambos do Código de Processo Civil. 4. Negativa de vigência dos arts. 12, I, 202 e 348, do Código Civil e 39, I e II, do Decreto n. 4.587/1939, não reconhecida. Dissídio jurisprudencial não comprovado. Recurso não conhecido (RE 71088, Rel. Min. Thompson Flores, 2ª Turma, julgado em 06/08/1972, DJ 17-09-1972).

Quanto à segunda questão, atinente ao 'dies a quo' do prazo prescricional da ação de petição de herança, está configurada a divergência. A melhor exegese encontra-se no acórdão embargado, ao estabelecer que o início do prazo prescricional corre da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que não há sucessão de pessoa viva. Inteligência dos arts. 1.572, 177 e 109, inc. I do Código Civil (RE 74100 embargos, Rel. Min. Eloy da Rocha, Tribunal Pleno, j. 03/10/1973, DJ 02-01-1974).

quer se entenda a mesma como real, quer como pessoal, a tutela pode ser intentada a todo o tempo, entendimento este com o qual se concorda amplamente e sem qualquer restrição.

Isto porque, se a ação é tida como real, sujeita não está aos prazos prescricionais, por guardar certa equiparação à *ação reivindicatória*; se é tida como pessoal ocorre o mesmo, uma vez que o reconhecimento da qualidade hereditária de alguém não se perde pelo não-uso, devendo “ser declarado, passem ou não os anos”, prerrogativa que jamais deve ser trancada pelo decurso do tempo³⁹².

Orlando Gomes identifica, como gênese da problemática, a confusão estabelecida em virtude da frustração do herdeiro preterido, cuja causa seria a tão defendida pela doutrina ocorrência de prescrição *extintiva*, ou a alegação de ocorrência de prescrição *aquisitiva*:

“O *herdeiro aparente* pode *usucapir* os bens recebidos na convicção de que lhe pertenciam por devolução regular. Assim sendo, se o consumo *real* somente promove a aquisição do título quando já se consumou o usucapião, impossibilitado ficará de recolher os bens. Nessa hipótese, a *petitio hereditatis* torna-se inútil, em vista de não se produzir sua conseqüência natural, que é a restituição dos mesmos bens. Não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza”³⁹³.

Assim, o autor oferece uma solução similar à do Código Civil português, a ser vista mais adiante, segundo a qual a ação em estudo não estaria sujeita aos prazos da prescrição *extintiva*, apenas os bens que compõem o acervo estariam sujeitos aos prazos da *aquisitiva*, o que vem a livrar o aplicador do Direito de qualquer confusão oriunda da administração desses dois prazos³⁹⁴.

³⁹² GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 265.

³⁹³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, cit., p. 265.

³⁹⁴ Humberto Theodoro Junior, que reconhece a prescritibilidade da pretensão, identifica a problemática surgida em virtude dos prazos de usucapião e o prescricional serem diferentes, e propõe uma conciliação: enquanto não decorrido o prazo para o ajuizamento da petição de herança, a alegação de aquisição originária do bem por usucapião não pode ser utilizada, pois a universalidade ainda é passível de reivindicação pelo herdeiro preterido; o prazo de usucapião

Em exata concordância com Orlando Gomes está Giselda Hironaka, que também entende que o não exercício do direito de propriedade não causa a sua extinção, propriedade esta oriunda no exato momento da abertura da sucessão (que coincide com a morte do *de cuius*). A autora também fundamenta ainda a imprescritibilidade no fato de que a qualidade de herdeiro não se perde (*semel heres, semper heres*), razão pela qual não estaria sujeita a prazos, muito embora reconheça a prescrição *aquisitiva* como meio de defesa passível de ser alegada pelo *herdeiro aparente* ou por aquele que simplesmente está na posse dos bens hereditários³⁹⁵.

Wagner Barreira assevera que, apesar do conteúdo da Súmula 149 do STF, em relação à petição de herança há uma imprescritibilidade natural ou básica, em completa harmonia ao direito de herança consagrado pelo já mencionado art. 5º, XXX, da Constituição Federal, além de seu fundamento residir no domínio ou na propriedade que ostenta o herdeiro, como direito seu, desde a abertura da sucessão:

“Ora, se da herança o herdeiro tem domínio, ou propriedade, sobre ela tem ele o direito de usar, gozar e dispor, irrestritamente, consoante indica o art. 524 do mesmo Código. E tendo, assim, tais direitos, por certo, também tem os de não dispor, não gozar ou não usar. E esses direitos o acompanham pela vida inteira, até que das coisas objeto da sucessão alguém adquira direito, por usucapião. Sobre tais coisas, portanto, até que se opere o usucapião, tem domínio o herdeiro desapossado. Isso deixa ver, no tocante à ação de petição de herança, que com ela não se dará prescrição extintiva enquanto outrem não adquirir por prescrição aquisitiva o todo ou parte dos bens que formam a herança”³⁹⁶.

somente pode findar após a prescrição da petição de herança ou, no máximo, deve coincidir com esta. Vide: THEODORO JUNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, cit., p. 18.

³⁹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: direito das sucessões*, cit., p. 196.

³⁹⁶ BARREIRA, Wagner. A ação de petição de herança, cit., p. 28.

É de se concordar com cada um dos argumentos expostos por aqueles que defendem a imprescritibilidade da ação estudada.

Acrescente a todos eles o fato de que a ação de petição de herança claramente é suscetível da eventual dependência do provimento de importantes ações relativas ao estado da pessoa, muito comuns para se comprovar qualidade sucessória.

Dentre elas, se destacam as ações de investigação de paternidade e a de reconhecimento de união estável, estas notoriamente imprescritíveis, revelando o caráter prejudicial em relação à petição de herança e apontando a real possibilidade de se extinguir a pretensão à herança na espera pelo provimento dessas ações.

A ação de investigação de paternidade vem a ser o instrumento processual por meio do qual o filho visa obter a declaração de seu *status familiae*³⁹⁷, procedendo à investigação de sua identidade biológica ou genética contra o suposto genitor.

Já a ação de reconhecimento de união estável, corresponde a uma tutela de igual modo declaratória, por meio da qual se pretende o reconhecimento judicial da constituição de concubinato puro, ou seja, de uma união estável que se protraiu em um período de tempo que o julgador analisa se atendeu à estabilidade e aos demais requisitos da lei, em especial aos mencionados no art. 1.723 do Código Civil.

As ações acima mencionadas, como muitas outras relativas ao estado da pessoa e aos direitos da personalidade, são ações notoriamente imprescritíveis, que fugiram à regra geral da prescritibilidade das ações, pois obviamente tratam de pretensões de direito de família que visam estabelecer para o futuro situação que corresponda à relação jurídica de família, além de serem declaratórias, ou seja, envolverem preceitos de ordem pública³⁹⁸.

³⁹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*, v. 5, cit., p. 457.

³⁹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição)*, t. VI, cit., p. 128 e 130.

Como ações de estado, ambas têm por objeto a constatação ou a manifestação do estado de uma pessoa³⁹⁹, à primeira vista completamente dissociadas de conteúdo patrimonial.

Apesar disso, é preciso dizer que não são todos os que defendem a sua ampla imprescritibilidade, visto que nelas reconhecem efeitos patrimoniais, que estariam sujeitos aos prazos prescricionais.

Esta é a opinião de Mário Moacyr Porto, para o qual:

“O regime de ações de estado não se aplica às ações que objetivam estabelecer uma genealogia destinada a justificar a aquisição de direitos sucessórios. Tais ações visam, na verdade, a propósitos nitidamente pecuniários e não, propriamente, ao estado de pessoa”⁴⁰⁰.

Como consequência, o autor assinala que, nesse sentido, quando visam à obtenção de vantagens econômicas, as ações de estado nesta oportunidade mencionadas perdem sua característica de indisponibilidade e imprescritibilidade, passando à condição de interesse privado, sendo consideradas prescritíveis⁴⁰¹.

Com a devida vênia, tal entendimento não parece estar alinhado com a própria natureza das ações de estado, uma vez que elas não trazem em si qualquer conteúdo patrimonial necessário⁴⁰², podendo ser ajuizadas com as mais

³⁹⁹ LE CALONNEC, Joseph. *Repertoire de droit civil*, 1985, n. 119, v. 4/12 *apud* PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança: estudo de direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 78, v. 645, p. 7-12, jul. 1989, p. 7.

⁴⁰⁰ PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança: estudo de direito comparado, cit., p. 8.

⁴⁰¹ PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança: estudo de direito comparado, cit., p. 9.

⁴⁰² *União estável. Valor da causa. Custas processuais. A ação declaratória de união estável sem qualquer pretensão de cunho patrimonial é mera ação de estado, sem referencial para a indicação do valor da causa. A desistência da ação não autoriza a imposição do pagamento das custas processuais tomando por base o quinhão percebido pela autora em sede de inventário. Agravo provido (Agravo de Instrumento N° 70005031695, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 13/11/2002).*

variadas finalidades, ou seja, a parte autora pode naturalmente ser impelida a proceder ao ajuizamento com vistas a futuras pretensões que não estejam obrigatoriamente ligadas a qualquer proveito econômico.

Assim, forçoso se admitir que ações de estado possam ser consideradas sujeitas aos prazos prescricionais ditados pela lei, razão pela qual podem ser ajuizadas a qualquer tempo e, assim o sendo, a petição de herança, que pode depender de seus provimentos, deve ser considerada imprescritível, além de todos os argumentos a favor da imprescritibilidade, já expostos.

Some-se a isto a já mencionada garantia constitucional do direito à herança (art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal), a qual deve nortear a concepção da ação de petição de herança, de modo que esta seja efetivamente um instrumento de proteção dos direitos sucessórios daqueles que obtiveram o reconhecimento judicial de sua qualidade hereditária, seja pela declaração de filiação ou união estável.

4.3 A IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO NA LEGISLAÇÃO COMPARADA

No estudo dos mais variados institutos, a análise do direito comparado é de grande valia, não pela tentativa de se incorporar destemperadamente textos legislativos que não guardam relação com as necessidades pátrias, mas sim para se buscar investigar quais entendimentos, já existentes e regulamentados em outros países, poderiam se mostrar mais adequados a promover a tão almejada pacificação social.

Ação de investigação de paternidade. Valor da causa. A ação de investigação de paternidade simples (não cumulada com ação de alimentos), e puramente declaratória, sem efeito patrimonial e, como ação de estado que é, seu valor é inestimável, podendo ser atribuído como valor da causa o de alçada. Precedente jurisprudencial. Incidente processual. Impugnação ao valor da causa. Honorários advocatícios. Descabimento. Descabe fixação de honorários advocatícios em sede de incidente processual. Precedentes jurisprudenciais. Agravo provido (Agravo de Instrumento Nº 596104901, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 22/08/1996).

Nesse sentido, se buscou verificar em alguns ordenamentos jurídicos qual seria o entendimento com relação à prescritibilidade ou não da ação objeto deste estudo.

Na Itália, como já mencionado, o Código Civil de 1865 não regulamentou a petição de herança. Apesar disso, mencionou a ação e assinalou que não se extinguiria o direito de ajuizá-la senão pelo decurso do tempo, o que não evitou uma série de debates doutrinários sobre o tema.

No entender de Pacifici-Mazzoni, não se poderia confundir a prescrição da ação com a faculdade de aceitar a herança, de modo que a ação, essencialmente real e universal, prescreveria em trinta anos. Além disso, coexistiriam duas prescrições: a *extintiva*, em relação ao herdeiro verdadeiro, visto que esta fulminaria a sua pretensão; e a *aquisitiva*, em relação ao *herdeiro aparente*, relativa à possibilidade de aquisição dos bens hereditários pelo decurso do tempo⁴⁰³.

Polacco, ao contrário, mesmo antes da previsão em sentido diverso, existente no Código Civil italiano de 1942, já defendia, anos antes, que a ação seria imprescritível.

Isto porque, para o autor, a ação objetiva um título hereditário, que não seria passível de cancelamento uma vez adquirido, sendo que o que realmente prescreveria seria o direito de aceitar a herança, tudo sem prejuízo da hipótese de usucapião em favor do *herdeiro aparente* ou de qualquer outro possuidor da herança⁴⁰⁴.

Conforme mencionado, este passou a ser o entendimento expressamente estabelecido no Código Civil de 1942 (não inicialmente, sendo posteriormente introduzido), no mesmo artigo no qual é prevista a ação em comento, eliminando qualquer dúvida existente a respeito⁴⁰⁵.

⁴⁰³ MAZZONI-PACIFICI, Emidio. *Instituzioni di diritto civile italiano*: delle successioni, cit. p. 92.

⁴⁰⁴ POLACCO, Vittorio. *Delle successioni*: disposizioni comuni alle successioni legittime e testamentarie, v. 2, cit., p. 150-151.

⁴⁰⁵ FERRI, Luigi. *Commentario del codice civile*: successioni in generale (art. 456-511). Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1980, p. 212.

Art. 533 L'erede può chiedere il riconoscimento della qualità ereditaria contro chiunque possiede tutti o parte dei beni ereditari a titolo di erede o senza titolo alcuno, allo scopo di ottenere la restituzione dei beni medesimi.

*L'azione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell'usucapione rispetto ai singoli beni*⁴⁰⁶. (Grifado)

Pela simples leitura do dispositivo, compreende-se que a Itália, em sede de ação de petição de herança, admitiu apenas uma prescrição, qual seja, a *aquisitiva*.

Desta feita, se transcorrido o lapso temporal que a lei confere aquisição de propriedade, segundo determinadas condições, o *herdeiro aparente* ou qualquer outro possuidor pode alegar como exceção a usucapião de bens singulares da herança.

A respeito da usucapião, muitos autores italianos apontam o acerto do legislador, por fazer referência apenas em relação a bens singulares, afastando-se por completo a possibilidade de usucapião da herança em sua integralidade⁴⁰⁷.

Jurisprudencialmente, os italianos ainda optam pela manutenção do caráter imprescritível da petição de herança até mesmo contra aquele que fora destituído da posse dos bens hereditários, com o objetivo de se obter os valores referentes a estes⁴⁰⁸.

Em moldes semelhantes, Portugal, talvez o país que mais inspirou os doutrinadores brasileiros que defendem a imprescritibilidade, ostenta a referida previsão no art. 2.075 do Código Civil:

⁴⁰⁶ Art. 533 O herdeiro pode pedir o reconhecimento da sua qualidade hereditária contra qualquer um que possui todos ou parte dos bens hereditários a título de herdeiro ou sem qualquer algum, para o fim de obter a restituição dos próprios bens.

A ação é imprescritível, reconhecidos os efeitos da usucapião a respeito dos bens singulares (tradução livre da autora).

⁴⁰⁷ FERRI, Luigi. *Commentario del codice civile: successioni in generale*, cit., p. 212 e 213.

⁴⁰⁸ PERLINGIERI, Pietro (a cura di). *Codice civile anotado com la dottrina e la giurisprudenza: delle successioni*, art. 456-809. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 149.

2. A acção pode ser intentada a todo tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas, e do disposto no artigo 2.059. (Grifado)

O dispositivo mencionado (2.059) se refere à caducidade do direito de aceitar a herança, que ocorre ao final de dez anos, contados desde que o sucessível tem conhecimento do seu chamado à sucessão.

Interessante notar que o direito português não permite simplesmente que a situação sucessória permaneça sem resolução, indefinidamente ao longo do tempo. Isto porque estabelece que o direito de ajuizar a petição de herança é imprescritível desde que exercitada a aceitação, dentro dos dez anos subsequentes ao momento em que o sucessível tem conhecimento de que fora chamado a participar da sucessão⁴⁰⁹.

No caso de instituição sob condição suspensiva, cujos efeitos estão suspensos até o implemento da condição, conta-se o prazo a partir do conhecimento da verificação do evento futuro e incerto.

Em se tratando de substituição fideicomissária⁴¹⁰, conta-se o prazo de caducidade a partir do conhecimento da morte do fiduciário ou da extinção da pessoa jurídica.

Na Argentina, a regulamentação da petição de herança existente no Código Civil nada dispôs sobre sua prescribibilidade ou não, razão pela qual surgiram algumas teses. Para alguns, como Fassi, a pretensão estaria sujeita à prescrição, partindo-se do princípio geral de que todas as ações seriam prescriteis, com exceção daquelas mencionadas imprescriteis pelo art. 4.019⁴¹¹ do Código, rol no qual não se encontra a ação em comento⁴¹².

⁴⁰⁹ LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado (artigos 2024º a 2334º)*, v. VI, cit. p. 131.

⁴¹⁰ A substituição fideicomissária, ou simplesmente fideicomisso, é regulada no Código Civil brasileiro nos arts. 1.951 ao 1.960, e pressupõe a existência de três partes: o *fideicomitente*, o *fiduciário* e o *fideicomissário*. O *fideicomitente* é o próprio testador que, através da manifestação de sua vontade, institui herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmitirá ao *fiduciário*, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outra pessoa, que se denomina *fiduciário*.

⁴¹¹ *Art. 4019 Todas las acciones son prescriptibles con excepción de las siguientes:*

Um segundo entendimento, que surgiu na Argentina com diferentes matizes, é o de que a petição de herança está sujeita à prescrição entre os co-herdeiros, em virtude da aplicação dos arts. 3.460 e 4.020 do Código Civil⁴¹³, dispositivos relativos à *acción de partición de herencia*, mas que deveriam ser estendidos à petição de herança.

De acordo com a referida aplicação, a petição de herança seria inicialmente imprescritível enquanto durasse o estado de indivisão da herança, vindo a estar sujeita aos prazos da lei no momento em que algum dos herdeiros viesse a possuir os bens em nome próprio. Rébora-Grünberg assim justificam:

‘(...) la verdad es que, cuando la indivisión cesa de hecho, el poseedor pretende ser el único heredero y que, en tales condiciones, el excluido no puede intentar la acción de partición que supone el reconocimiento de su calidad hereditaria y que es imprescriptible, sino que debe intentar la acción de petición, que supone el desconocimiento de su calidad hereditaria y que em este caso es prescriptible’⁴¹⁴.

1 - La acción de reivindicación de la propiedad de una cosa que esta fuera del comercio;

2 - La acción relativa a la reclamación de estado, ejercida por el hijo mismo;

3 - La acción de división, mientras dura la indivisión de los comuneros;

4 - La acción negatoria que tenga por objeto una servidumbre, que no ha sido adquirida por prescripción;

5 - La acción de separación de patrimonios, mientras que los muebles de la sucesión se encuentran en poder del heredero;

6 - La acción del propietario de un fundo encerrado por las propiedades vecinas, para pedir el paso por ellas a la vía pública

⁴¹² FASSI, Santiago C. *Prescripción de la acción de petición de herencia y de partición hereditaria*. Bs. As., 1971 *apud* ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 473.

⁴¹³ Art. 3460 *La acción de partición de herencia es imprescriptible, mientras que de hecho continúe la indivisión; pero es susceptible de prescripción, cuando la indivisión ha cesado de hecho, porque alguno de los herederos, obrando como único propietario, ha comenzado a poseerla de una manera exclusiva. En tal caso la prescripción tiene lugar a los veinte años de comenzada la posesión.*

Art. 4020 *La acción para pedir la partición de la herencia contra el coheredero que ha poseído el todo o parte de ella en nombre propio, se prescribe a los veinte años.*

⁴¹⁴ RÉBORA, Juan Carlos; GRÜNBERG, Carlos M. *Cinco estudios de derecho sucesorio*. Bs. As., 1930, p. 172 e 173 *apud* ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 474.

Apesar dos referidos argumentos, prevalece na Argentina a tese de que a ação pode ser ajuizada a todo o tempo, inicialmente defendida por Segovia, para o qual a petição de herança seria a reivindicação de um patrimônio, não estando sujeita à extinção pelo mero transcurso do tempo, ressalvada a prescrição *aquisitiva* com relação a cada um dos bens particulares⁴¹⁵.

Para Eduardo Zannoni, que sustenta a imprescritibilidade, as dificuldades presentes na questão existem em virtude do equívoco em não se distinguir cabalmente os dois níveis nos quais se opera a aquisição hereditária: o chamamento do herdeiro e a situação deste após a partilha⁴¹⁶.

Isto porque o titular de uma vocação hereditária tem chamamento para uma universalidade patrimonial (sem considerar objetos particulares), sendo que este chamamento à herança não se extingue pelo decurso do tempo e está relacionado à petição de herança, e não a qualquer questão relacionada à propriedade de bens singulares, a ser considerada uma vez realizada a partilha⁴¹⁷.

Eduardo Prayones divide a ação de petição de herança em duas fases, uma principal, que indaga se o demandante é herdeiro, e uma acessória que questiona se o demandado deve proceder à entrega dos bens. O primeiro questionamento poderia ser formulado judicialmente a qualquer tempo, enquanto que o segundo apenas poderia experimentar êxito se não consumada a prescrição *aquisitiva* em benefício do possuidor.

Cumprido notar que, no caso das fases acima descritas e das soluções apontadas para cada uma, ressalva o autor que não se constata identidade de objetos entre a petição de herança e a *ação reivindicatória*, esta cabível contra terceiros estranhos possuidores da herança⁴¹⁸, estando sujeita a prazos prescricionais distintos.

⁴¹⁵ SEGOVIA, Lisandro. *El Código Civil de la República Argentina*, con su explicación y crítica bajo la forma de notas. Bs. As., 1881 *apud* ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 475.

⁴¹⁶ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 475.

⁴¹⁷ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*, t. I, cit., p. 476.

⁴¹⁸ É preciso lembrar que, no direito argentino, apenas é previsto como demandado da ação de petição de herança aquele que ostenta título sucessório, estando excluído do polo passivo da

Da mesma forma, não haveria identidade entre a petição de herança e a *acción de partición* (já mencionada neste trabalho e prevista no art. 3.452 do Código Civil argentino), por meio da qual um herdeiro é compelido a dividir a herança e entregá-la a outro herdeiro do mesmo grau.

A respeito da eventual prescritibilidade da *acción de partición*, Eduardo Prayones é silente, mas, pela leitura do art. 3.452 do mencionado diploma, seria possível se formular a conclusão de que tal exercício seria cabível a qualquer tempo.

Destoando dos países mencionados, na Espanha prevalece o entendimento de que a petição de herança está sujeita aos prazos prescricionais, visto que o art. 1.930 Código Civil dispõe que “*se extinguen del propio modo por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean*”.

Ademais, os arts. 192 e 1.016 do Código, já mencionados neste trabalho, deixam claro que os direitos relacionados à reclamação da herança não se extinguem, senão pelo decurso do tempo, de modo que, entre os espanhóis, parece que a grande controvérsia doutrinária repousa na escolha do prazo prescricional a ser aplicado, uma vez que o Código é silente a respeito.

Para Manuel Albadejo e Jose Luis Lacruz, a petição de herança persegue a herança, que não corresponde a uma universalidade, e sim a um conjunto coerente de direitos reais e de crédito, o que conduz à dúvida se a pretensão é real ou pessoal. Os autores alertam que se deve eliminar o critério da natureza dos bens para se chegar ao prazo prescricional, adotando-se um só prazo, seja ele pessoal ou real, optando-se pelo último, dado o caráter *erga omnes*⁴¹⁹.

Apesar disso, é preciso mencionar que o Código espanhol não é explícito quanto à prescritibilidade da ação em estudo, subsistindo entendimentos doutrinários no sentido da imprescritibilidade.

ação o possuidor a qualquer título, ao contrário da lei brasileira (arts. 3.422 e 3.423 do Código Civil argentino).

⁴¹⁹ ALBADEJO, Manuel; LACRUZ, José Luis. *Derecho de sucesiones*: parte general, cit., p. 599 e 601.

4.4 SOLUÇÃO SUBSIDIÁRIA À IMPRESCRITIBILIDADE

Uma vez não acolhida a tese da imprescritibilidade, com relação à pretensão à herança, é de se opinar, ao menos, pela aplicação de algumas causas interruptivas e impeditivas da prescrição.

A interrupção da prescrição resulta da prática de um ato específico pelo interessado, que importa na inutilização da prescrição em curso, iniciando novamente a contagem a partir do ato praticado. Dentre as causas de interrupção, mencionadas no art. 202 do Código Civil, parece que a ocorrência mais verossímil, relacionada à petição de herança, seria o despacho do juiz, ainda que incompetente, que ordena a citação daquele que possui os bens hereditários cuja devolução se objetiva.

No tocante à aplicação de causas legais de impedimento, segundo as quais o prazo prescricional não chega a correr, é absolutamente pacífico na doutrina que não corre a prescrição da pretensão à herança contra o absolutamente incapaz (art. 198, I, do Código Civil). Assim, enquanto perdurar a incapacidade absoluta, ainda que a abertura da sucessão tenha se dado em um período de tempo pretérito que, em tese, justificaria a exceção de prescrição, tal alegação jamais reuniria condições de prosperar.

Além da aplicação das causas mencionadas, sugere-se a adoção do entendimento de que o fundado desconhecimento, pelo herdeiro, da sua origem genética, pode ser interpretado como uma causa impeditiva da prescrição, embora não prevista no Código Civil⁴²⁰.

De igual modo, mesmo que o suposto filho tenha conhecimento da possibilidade de eventualmente ser herdeiro do *de cuius* (não está mais se falando de completa ignorância da possibilidade), enquanto não julgada a ação de

⁴²⁰ Nesta hipótese de desconhecimento, não há que se falar da situação do companheiro, que se espera ao menos desconfiar que ostenta direitos sucessórios com relação do *de cuius*. A questão do desconhecimento pode ainda se estender ao herdeiro que fora preterido da sucessão pela ocultação maliciosa do fato da morte do *de cuius*.

investigação de paternidade⁴²¹, inafastável pressuposto, prejudicial incontornável da ação de petição de herança, não há que se falar em decurso do prazo prescricional, fenômeno análogo ao impedimento da prescrição (*action non natae non praescribitur*).

Do direito italiano, é interessante mencionar que o art. 2.935⁴²² do seu Código Civil, que disciplina o início da contagem dos prazos prescricionais, estabelece que “a prescrição começa a correr do dia em que o direito pode ser exercido”⁴²³, o que parece lógico, razoável e, de certa forma, este é um conceito aplicado no direito brasileiro, embora o ordenamento não tenha uma previsão tão expressa como o artigo italiano mencionado.

Isto porque, analisando o Código Civil brasileiro, é possível visualizar em todas as hipóteses de impedimento e de suspensão da prescrição (arts. 197 a 200), embora sejam institutos diversos⁴²⁴, situações nas quais o beneficiado pelo legislador com o impedimento ou com a paralisação do curso do

⁴²¹ Neste caso, é possível a hipótese de companheiro no aguardo da procedência da ação de reconhecimento de união estável.

⁴²² *Art. 2935 Decorrenza della prescrizione*

La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere.

⁴²³ No Código Civil espanhol, “*el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*” (art. 1969).

⁴²⁴ O Código Civil, dentre os seus arts. 197 e 200, se refere às “causas que impedem ou suspendem a prescrição”. A primeira leitura poderia levar ao entendimento de que impedimento e suspensão seriam sinônimos, em virtude do tratamento não apartado, do emprego da conjunção “ou”, e do fato de o Código não ter discriminado quais seriam as causas de cada um dos institutos. Enquanto que alguns autores identificam, nos artigos, as causas impeditivas e suspensivas, Miguel Maria de Serpa Lopes adverte que as causas impeditivas e suspensivas são as mesmas, sendo que aquelas atuam para impedir o início da prescrição, enquanto que estas ocorrem supervenientemente, com a prescrição em curso. Vide: LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9 ed. rev. atual. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I, p. 576 e 577. Para Pontes de Miranda, se a pretensão ocorreu depois das causas, não começa a correr o prazo; se antes da causa nasceu a pretensão, o curso da prescrição suspende-se. Vide: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição)*, t. VI, cit., p. 177.

prazo prescricional, supostamente não reúne amplas condições de exercer sua pretensão.

Resta claro que uma pretensão pode ter seu exercício prejudicado pelo desconforto que a ação (em sentido material) poderia gerar nas relações entre cônjuges (durante a sociedade conjugal), ascendentes e descendentes (persistindo o poder familiar), ou tutores e tutelados e curadores e curatelados (durante o encargo). Isto sem falar na muito provável inação, nos casos aqui mencionados relacionados a algumas incapacidades, por parte daquele que deveria promover as ações de interesse dos incapazes e não o faria contra si mesmo.

Similarmente, os ausentes do país em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios e os que se acham servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra, também ostentam em comum uma situação personalíssima que demonstra certa impossibilidade de exercício integral da pretensão.

Do mesmo modo, não há como se admitir o curso do prazo prescricional pendendo condição suspensiva, não estando vencido o prazo ou pendente ação de evicção.

Em todas as causas, resta evidente uma impossibilidade, total ou parcial, de exercício da pretensão, o que também se verifica no caso do filho que desconhece por completo sua origem genética e age tardiamente por conta disso, ou do filho ou companheiro que aguardam a procedência da respectiva ação de estado que visa a declaração do *status familiae*.

Importante mencionar que esta última hipótese, de aguardo de uma decisão judicial, bem encontra equivalente no art. 200 do Código Civil, que estabelece que não corre a prescrição até o proferimento de sentença definitiva, quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal. Semelhantemente, temos a já mencionada previsão que autoriza o não decurso do prazo enquanto pende ação de evicção, visto que apenas depois de procedente a demanda em favor do evictor, tem o evicto ação contra o alienante da coisa (art. 199, III, do Código Civil).

É preciso reconhecer que a defesa da aplicação de impedimento legal ou de suspensão de prescrição na ação petição de herança, por

desconhecimento fundado de qualidade sucessória ou pela dependência de decisão judicial, pode gerar críticas sobre a idoneidade dos motivos que ensejam o impedimento.

Esta é a desconfiança de Manuel Albadejo, que observa que a possibilidade do exercício deve ser levada em conta em abstrato, e não em casos concretos, como aqueles relacionados a circunstâncias singulares nas quais é prevista uma causa de impedimento. O autor identifica que a possibilidade da exercitabilidade pode ser *objetiva (em abstrato)* ou *subjetiva (concreta)*⁴²⁵.

Na concepção da possibilidade *objetiva* de exercer a pretensão, é preciso que o interessado conheça o fato do qual a ação nasce, mas também basta que o fato seja perceptível externamente no círculo do interessado, ou seja, que não seja oculto. Na concepção *subjetiva*, reprovada por Manuel Albadejo, a possibilidade de exercício da pretensão leva em conta se realmente o titular conhecia ou não a existência do fato ou se se viu impossibilitado de exercer sua pretensão por impedimentos pessoais, como pela perda de informações ou enfermidade⁴²⁶.

Manuel Albadejo afirma que a lei espanhola e os tribunais adotaram o critério *objetivo* (aparentemente admitindo o *subjetivo* em casos isolados), tendo como certo que o exercício da pretensão é possível sempre que o fato que gera a ação exista e seja passível de cognição, independente de que o titular o conheça ou não, e dos impedimentos pessoais que venham porventura a impossibilitar algum exercício⁴²⁷.

Levando-se em conta as considerações seguras do autor espanhol, é possível concordar que o herdeiro preterido, que tardiamente formula sua pretensão à herança, pode ter em seu favor uma causa de impedimento do prazo prescricional pela impossibilidade de exercício da sua pretensão, mas esta

⁴²⁵ ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general (la relación, las cosas y los hechos jurídicos)*, cit., p. 460.

⁴²⁶ ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general (la relación, las cosas y los hechos jurídicos)*, cit., p. 461 e 462.

⁴²⁷ ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general (la relación, las cosas y los hechos jurídicos)*, cit., p. 463.

não embasada no simples desconhecimento da paternidade (cuja comprovação sempre restará prejudicada), mas sim na paternidade incognoscível.

Do mesmo modo, o herdeiro que não tomou conhecimento da morte do autor da herança por ocultação maliciosa dos outros co-herdeiros ou por ter sido feito prisioneiro, por exemplo, pode alegar o impedimento da prescrição, pois o fato da morte, nestes casos, seria também incognoscível.

CONCLUSÕES

Em continuidade ao notório anseio pela propriedade privada, que o ser humano traz em si, está o desejo de que seus bens sejam transmitidos às pessoas com as quais esteve ligado, especialmente pela afetividade. Dentre elas, se destacam os familiares e aqueles que se mostraram de alguma maneira, no decorrer da vida, mercedores de um legado que venha a expressar algum agradecimento, motivações que podem indicar os fundamentos das sucessões *legítima e testamentária*.

Foi constatado neste trabalho que, a partir do momento histórico em que a propriedade passou a ser transferida para os sucessores, não apenas pela simples manutenção do culto religioso familiar, a morte natural passou a ser vista de outra forma, em algum sentido superada pela projeção, na pessoa dos sucessores, de alguns reflexos da personalidade do morto, sobretudo de conteúdo patrimonial.

Se assim não fosse, certamente as pessoas dilapidariam seus bens na proximidade da morte, ou pouco empreenderiam esforços no sentido de adquirir, fazer frutificar e manter um patrimônio, o que claramente se mostra contrário aos ideais de uma sociedade que cresce na proporção em que a riqueza é gerada.

Ademais, inarredável é a ideia de que, preferencialmente, os bens não podem se tornar acéfalos após a morte de seu titular, mas sim aptos e desembaraçados, com vistas a oferecer todas as condições para que a nova titularidade produza ainda mais e melhor, servindo e beneficiando de alguma maneira a coletividade.

Nesse sentido, sobressai a importância do direito das sucessões, ramo do direito civil que trata da transmissibilidade dos bens em virtude da morte. Mais do que regulamentar os pormenores da mencionada transferência, concluímos que este conjunto de normas atende à missão especial conferida ao direito civil, de tratar do destino dos bens do titular que não mais vive, tudo com vistas aos mencionados fundamentos que interessam à sociedade.

Ao lado das normas de direito material encontramos disposições processuais, que são absolutamente necessárias para a efetivação dos direitos sucessórios.

Dentre as tutelas existentes, se destaca a ação de petição de herança, de origem romana, que se constitui meio processual adequado para que o herdeiro preterido na sucessão obtenha a restituição da universalidade do acervo hereditário em poder de outrem.

Referida ação foi tratada neste trabalho, com a finalidade de oferecer alguns aspectos basilares de sua teoria geral, bem como traçar algumas considerações sobre questão das mais controvertidas, relativa à sua suposta prescritibilidade, indagação intimamente relacionada à efetividade dos direitos sucessórios.

No decorrer de todo o trabalho foi investigada a previsão legal da ação em alguns países, além do ordenamento jurídico brasileiro, restando claro que a disciplina guarda certa semelhança em todos eles, e se dá nos diplomas civis, muito embora esteja evidentemente relacionada a algumas questões processuais.

No tocante à similitude observada nas leis civis, concluiu-se que a experiência romana com a ação foi a grande inspiradora de todas elas, razão pela qual até mesmo antes da positivação, a maioria dos países analisados construiu os contornos da ação por meio de árduo trabalho doutrinário e jurisprudencial, labor sempre atento aos anseios e necessidades do jurisdicionado.

Este fato se mostra flagrante na França, cujos doutrinadores e juristas se referem à ação com tamanha naturalidade, fato que se constitui incapaz de levar ao conhecimento de que a petição de herança não está prevista em seu ordenamento, havendo apenas breve menção sobre ela no art. 137 do Código Civil, o qual fora revogado.

Constatou-se que o mesmo ocorreu no Brasil, em moldes semelhantes, até que o Código Civil de 2002 passou a prevê-la expressamente, regulamentando-a.

Do estudo da ação, restou evidenciada a sua finalidade, notória em seu duplo objeto, visto que em si mesma podem ser compreendidos tanto o

pedido de reconhecimento de qualidade sucessória, quanto o de restituição dos bens, fato que leva à dificultosa tarefa de se extrair sua natureza jurídica, se ação pessoal ou real.

Justamente em razão da singularidade de seu objeto, concluímos que se trata de uma ação universal e mista, pois contém em si mesma um caráter real preponderante, haja vista a almejada restituição da universalidade dos bens hereditários, além da nuance pessoal, em virtude da pretendida declaração do título hereditário.

Enfrentado o delinear inicial da ação, foram mencionados detalhes de sua propositura, que nos levaram à conclusão de que se trata de ação autônoma presente em nosso ordenamento jurídico, capaz de produzir efeitos particulares que não se confundem com outros meios processuais de efetivação de direitos sucessórios, os quais também foram mencionados superficialmente neste trabalho, apenas para possibilitar a necessária e imperiosa diferenciação existente entre eles.

Por fim, apesar dos doutrinadores brasileiros se inclinarem em identificar a sujeição da pretensão em apreço aos prazos prescricionais, provavelmente em razão da existência da Súmula 149 do STF, bem como da inexistência de comando legal específico, defendeu-se a sua imprescritibilidade, decorrente de sua já mencionada natureza *sui generis*.

A pretensão não se extinguiria pelo decurso do tempo porque a ação a ela relacionada é real, e, uma vez que guarda algumas identidades com a *ação reivindicatória*, não está sujeita à perda pelo não-uso, ou seja, o não exercício do direito de propriedade não se constitui hábil para causar sua própria extinção. Tudo isto em observância ao indiscutível fato de que desde a abertura da sucessão, que coincide com a morte do autor da herança, esta é deferida ao herdeiro.

Da mesma forma, verificou-se que o pleito relativo à declaração da qualidade hereditária, cariz pessoal da ação, não se perde pelo decorrer do tempo, sendo que ostenta uma imprescritibilidade natural a ser respeitada, principalmente em atenção à previsão do art. 5º, XXX, da Constituição Federal. Referido inciso elevou o direito à herança à categoria dos direitos fundamentais,

tendência observada nos textos maiores de outros países, mencionados neste trabalho.

Ademais, foi observado que as legislações de Portugal e da Itália fazem expressa previsão da imprescritibilidade, o que veio de encontro ao nosso entendimento, ressalvada a possibilidade de oposição da exceção de usucapião em favor do possuidor, se decorrido o prazo legal que enseja a aquisição da propriedade, com o que se concorda, uma vez que causa razoável insegurança jurídica ao possuidor dos bens hereditários permanecer à mercê indefinida da possibilidade de aparecimento do herdeiro real, bem como do conseqüente pleito de restituição dos bens.

Apesar da sobredita defesa de imprescritibilidade, se não acolhida, procuramos demonstrar uma solução subsidiária a ela, menos danosa do que o considerar da contagem dos prazos prescricionais desprovida de quaisquer obstáculos, concernente na aplicação de causas de interrupção, impedimento e suspensão da prescrição.

Chegou-se ao entendimento de que não corre a prescrição contra o absolutamente incapaz, o que se constatou uníssono na doutrina. Assim, ainda que o herdeiro absolutamente incapaz possa ajuizar a petição de herança em seu favor, a contagem dos prazos prescricionais apenas experimentará início quando cessar a incapacidade absoluta.

No tocante à aplicação de causas impeditivas e suspensivas, demonstrou-se que, em todas as hipóteses previstas no Código Civil, é possível verificar que o legislador favoreceu com o não início ou com a paralisação da contagem, pessoas que estavam em situações que potencialmente impedem ou prejudicam, por si só, o exercício de ação.

Tais situações, sem dúvida, encontram certa analogia nas dificuldades que podem surgir em desfavor do herdeiro, que da mesma forma prejudicam o exercício de direitos e podem ocasionar a extinção de sua pretensão.

Citamos como exemplos, no decorrer do trabalho, a possibilidade de descoberta tardia da origem genética ou da morte do autor da herança por

ocultação maliciosa, o reconhecimento judicial tardio de filiação ou união estável, dentre outros.

Assim, concluímos que, ante a inexistência de previsão legal a respeito da prescrição, deve-se adotar o entendimento de que o herdeiro pode pleitear a restituição dos bens hereditários a qualquer tempo, ressalvada a usucapião de bens singulares da herança.

Se não acolhido tal entendimento, deve ser observada a existência de causa que impediu, de certa forma, o exercício da ação pelo herdeiro, pugnando-se pela paralisação da contagem dos prazos, tudo em atendimento ao direito da herança, previsto constitucionalmente como direito fundamental que merece efetivação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. LIVROS

ALBADEJO, Manuel. *Derecho civil: introducción y parte general (la relación, las cosas y los hechos jurídicos)*. Barcelona: Libreria Bosch, 1975, t. 1, v. 2.

ALBADEJO, Manuel; LACRUZ, José Luis. *Derecho de sucesiones: parte general*. Barcelona: Libreria Bosch, 1961.

ALMADA, Ney de Mello. *Direito das sucessões*. São Paulo: Brasiliense Coleções, 1991, v. 1.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. *Código Civil comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima (arts. 1784 a 1856, coord. Álvaro Villaça Azevedo)*. São Paulo: Atlas, 2003, XVIII.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano: instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. I.

_____. *Direito romano: instituições de direito romano, parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. II.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência*. Campinas: Bookseller, 2003.

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Inventários e partilhas. Direito das sucessões: teoria e prática*. São Paulo: LEUD, 2005.

ARAÚJO, Luciano Vianna. A petição de herança. *In: DELGADO, Mario Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). Questões controvertidas no novo Código Civil.* São Paulo: Método, 2003, v. 1.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões.* Coimbra: Coimbra Editora, s.d.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil anotado e legislação complementar.* São Paulo: Atlas, 2004.

BARBOT, Raúl. *Anotaciones al Código Civil: de las sucesiones.* Montevideo: Maximino Garcia Editor, 1929, t. I e II.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, arts. 5 a 17.* 2 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua.* Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1958, v. VI.

_____. *Direito das sucessões.* 5 ed. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1955.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito das sucessões.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. *In: PEIXINHO, Manoel Messias et al (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BORGHI, Hélio. *Teoria da aparência no direito brasileiro: aparência de direito e aparência no direito, no direito civil e no direito processual civil: confrontações e aplicações, inclusive na jurisprudência*. São Paulo: Lejus, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistemático de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BURDESE, Alberto; GROSSO, Giuseppe. *Le successioni: parte generali*. Torinese: Unione Tipografico Editrice, 1977.

CAHALI, Francisco José. *Direito das sucessões*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Família e sucessões no Código Civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos*. Coletânea orientações pioneiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 1 e 2.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil: direito das sucessões* (Coord. Everaldo Cambler). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 6.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath V. A. *Lições de direito das sucessões*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, v. 1 e 2.

CARRIL, Julio J. Lopez Del. *Derecho de las sucesiones*. Depalma: Buenos Aires, 1991.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático: direito das sucessões (arts. 1572 a 1631)*. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1952, v. XXII.

CASTILLEJO Y DUARTE, Jose. *La forma contractual em el derecho de sucesiones*. Madrid: Imprenta de los Hijos de M. G. Hernández, 1902.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das sucessões*. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CICU, Antonio. *Le succesioni: parte generale*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1945.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

_____. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 5.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA. *Manual de direito romano: e correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. I.

COVIELLO, Nicola. *Corso completo del diritto delle succesioni*. Napoli: Lorenzo Alvano Editore, 1914.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito romano moderno: introdução ao direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de direito civil: em comentário ao Código Civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1935, v. X.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Editora Letras Jurídicas, 2004.

DESCALZO, Augusto. *Derecho hereditario: del orden, forma y modo de suceder en la sucesión legítima*. Buenos Aires: Librería Nacional, 1918.

DESTEFENNI, Marcos. *Curso de processo civil: processo de conhecimento convencional e eletrônico*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1, t. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

_____. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito das coisas*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.

_____. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1-4.

_____. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso moderno de Direito Civil: direito das sucessões*. São Paulo: Nelpa Edições Jurídicas, 2004, v. 6.

EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil alemão comentado (BGB Bürgerliches Gesetzbuch)*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

FERNANDES, Anacleto de Magalhães. *Direito das sucessões: comparação da lei portuguesa e brasileira*. Viseu: Tipografia Guerra, 1979.

FERRI, Luigi. *Commentario del codice civile: successioni in generale (art. 456-511)*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1980.

_____. *Commentario del codice civile: successioni in generale (art. 511-535)*. Bologna: Nicola Zanichelli Editore, 1970.

FRANÇA. *Código napoleônico ou código civil dos franceses*. Tradução de Souza Diniz. Rio de Janeiro: Record, 1962.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Comentários ao Código Civil: artigo por artigo* (Coord. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo, Glauber Moreno Talavera, Jorge Shiguemitsu Fujita, Luiz Antonio Scavone Jr.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Direito das sucessões*. Bauru: Edipro, 1996.

GARCIA, Luis Echeopar. *Derecho de sucesiones: examen del libro tercero del Código Civil Peruano de 1936*. Lima: Emp. Gráfica Sanmarti S.A., 1950.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Sucessões*. 14 ed. rev., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 e a Lei n. 11.441, de 04 de janeiro de 2007 por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. VI.

_____. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2008, v. VII.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro (processo de execução a procedimentos especiais)*. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRIMALDI, Michel. *Droit civil: successions*. Paris: Litec, 1989.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil: direito das sucessões, arts. 1.784 a 1.856* (Coord. Antônio Junqueira de Azevedo). São Paulo: Saraiva, 2003, v. 20.

_____. Da ordem de vocação hereditária nos direitos brasileiro e italiano. *In: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio; CARBONE, Paolo; TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

_____. Direito das sucessões: introdução. *In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Direito das sucessões e o novo código civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss de língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Elementos de direito das sucessões: exposição doutrinária do Livro IV da parte especial do Código Civil*. Rio de Janeiro: Typog. do Jornal do Commercio Rodrigues & C., 1929.

_____. *Princípios das sucessões e testamentos*. Rio de Janeiro: Benjamim de Aguila Editor, 1910.

_____. *Tratado de direito das sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. I, II e III.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KIPP, Theodor. *Tratado de derecho civil: derecho de sucesiones*. Traducción de la octava revisión alemana. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1951, t. V, v. I e II.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil: do direito das sucessões, arts. 1.784 a 2.027* (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. XXI.

_____. *Do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado (artigos 1º a 762º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, v. I.

_____. *Código Civil anotado (artigos 2024º a 2334º)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, v. VI.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9 ed. rev. atual. pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, v. I.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro de. *Instituições de direito das sucessões*. Leme: Editora de Direito Ltda, 2001.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS, Herlânder A.; NETO, Abílio. *Código Civil anotado*. Lisboa: Livraria Petrony, 1984.

MARTY, Gabriel; RAYNAUD, Pierre. *Les successions et les libéralités*. Paris: Sirey, 1983.

MASI, Antonio. Successioni in generale. *In*: BESSONE, Mario (Coord.). *Instituzioni di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das sucessões*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 1, 2 e 3.

MAZEAUD, Henri et Leon; MAZEAUD, Jean. *Leçons de droit civil: regimes matrimoniaux, successions et libéralités*. Paris: Éditions Montchrestien, 1972, t. 4, v. 2.

MAZZONI-PACIFICI, Emidio. *Instituzioni di diritto civile italiano: delle successioni*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1927, v. VI, parte 1^a e 2^a.

MEIRA, Sílvio A. B. *Instituições de direito romano*. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial (direito das sucessões)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. LV.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral (Eficácia jurídica. Determinações inexas e anexas. Direitos. Pretensões. Ações)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. V.

_____. *Tratado de direito privado: parte geral (Exceções. Direitos mutilados. Exercício dos direitos, pretensões, ações e exceções. Prescrição)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. VI.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 6.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997, v. II.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 4ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

PANGRAZIO, Miguel Angel. *Código Civil Paraguayo: y leyes complementarias*. Asunción: Intercontinental Editora, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões* (de acordo com o Código Civil de 2002 e com a Lei n. 11.441, de 4 de janeiro de 2007). 17 ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. VI.

PERLINGIERI, Pietro (a cura di). *Codice civile anotado com la dottrina e la giurisprudenza: delle successioni*, art. 456-809. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

POLACCO, Vittorio. *Delle successioni: successioni legittime e testamentarie*. Seconda edizione a cura di Alfredo Ascoli e Emelina Polacco. Milano/Roma: Società Editrice Libreria, 1937, v. 1 e 2.

PRAYONES, Eduardo. *Nociones de derecho civil: derecho de sucesion*. Buenos Aires: Rodriguez Giles, 1939.

RAMOS, Rafael. *De las sucesiones: tratado teórico-practico según el Código Civil*. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1894, t. 1.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. Napoli: Jovene Editore, 1988.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 6.

_____. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 7.

ROQUE, Sebastião José. *Direito das sucessões*. São Paulo: Ícone, 1995.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil: direito das obrigações e direito hereditário*. Tradução da 6ª edição italiana, com notas remissivas aos Códigos Civis brasileiro e português pelo Dr. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva S.A. Livreiros Editores, 1958, v. III.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de direito civil: sucessão*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos Editora S.A., 2001, v. IX.

SERESIA, Alfred. *De la pétition d'hérédité: en droit moderne*. Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cie Éditeurs, 1873.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Método, 2007, v. 6.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das sucessões: noções fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários do novo Código Civil: dos atos jurídicos lícitos, dos atos ilícitos, da prescrição e da decadência, da prova, arts. 185 a 232* (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. III, t. II.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1.

VALLE, Christino Almeida do. *Teoria e prática da ação de petição de herança*. Rio de Janeiro: AIDE, 1988.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de derecho civil español: derecho de sucesión mortis causa*. Valladolid: Talleres Tipográficos, 1926.

VELOSO, Zeno. Do direito sucessório dos companheiros. *In* Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (Coord.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Código Civil comentado* (Coord. Regina Beatriz Tavares da Silva – Coord. até a 5. ed. Ricardo Fiuza). 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Atlas, 2005, v. VII.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da ação de petição de herança*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Teoria e prática do direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VITALE, Vittore. *Il diritto civile italiano secondo la doutrina e la giurisprudenza: delle successioni testamentarie e legittime* (già diretto dal Prof. Pasquale Fiore e continuato a cura del Prof. Biagio Brugi). Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1921, v. V.

ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1982, t. I e II.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v. 5.

II. PERIÓDICOS

ALMADA, Ney de Mello. Petição de herança. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 24, v. 127, p. 9-14, nov./dez. 1990.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Investigação de paternidade e petição de herança. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, ano 7, v. 25, p. 183-191, jul./set. 1983.

BARREIRA, Wagner. A ação de petição de herança. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 79, v. 659, p. 24-28, set. 1990.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Tendências modernas do direito de família. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 77, v. 628, p. 19-39, fev. 1988.

PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança: estudo de direito comparado. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 78, v. 645, p. 7-12, jul. 1989.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 73, v. 581, p. 9-24, março 1984.

_____. Prescrição e decadência no novo Código Civil: alguns aspectos relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 23, mai-jun/2003.

ZACLIS, Lionel. Petição de herança. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 6, v. 12, p. 323-341, jul./dez. 2003.

III. DISSERTAÇÕES, TESES E SIMILARES

KUSANO, Suely Mitie. *Herdeiro aparente*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2000.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Ordem da vocação hereditária na sucessão legítima: análise crítica e proposta de mudanças*. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

IV. SITES

DIAS, Maria Berenice. A união estável. Disponível em <http://www.mariaberenice.com.br/site/content.php?cont_id=766&isPopUp=true> Acesso em 22-09-2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes*. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc.asp>> Acesso em 22-09-2009.

REBULLIDA, Sancho. *Peticion de herencia*. Disponível em <http://www.canalsocial.net/GER/ficha_GER.asp?id=4935&cat=Derecho> Acesso em 20-09-2009.