

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

LUIZ ANTÔNIO ALVES TORRANO

PETIÇÃO DE HERANÇA

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2007

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

LUIZ ANTÔNIO ALVES TORRANO

PETIÇÃO DE HERANÇA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito (Direito das Relações Sociais), sob orientação do Professor Doutor Francisco José Cahali.

SÃO PAULO

2007

Banca Examinadora

À Else,

minha esposa;

À Maria Aparecida,

minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Professor Doutor Francisco José Cahali, pelas aulas e ensinamentos.

Ao professor Daniel Blikstein, pela amizade e atenção.

A Cássia Luzia Di Fiore Rela Siqueira, Solange Barbosa do Vale Camargo e Antônio Sérgio Albergaria Pereira, pelo auxílio, sem o qual redigir este trabalho teria sido muito mais difícil.

E a todos os que, de um modo ou de outro, estiveram presentes com o seu apoio e estímulo.

RESUMO

A presente monografia tem por escopo principal fixar, à luz do vigente Código Civil e demais legislações pertinentes, os lindes do campo de atuação da ação de petição de herança.

Não obstante o Código Civil revogado fosse silente a esse respeito, é inegável a relevância desse objetivo, o que, por si só, implica a sua atualidade.

Não se pode olvidar, pois, que hoje, além da *petitio hereditatis* estar cumulada, não poucas vezes, com os pedidos de investigação de paternidade, pode ela associar-se àqueles referentes à declaração de união estável, em que o companheiro supérstite tenha sido alijado da sucessão do outro, à declaração de anulação de dado testamento e seu benefício para o herdeiro até então afastado da linha sucessória, à declaração de indignidade de herdeiro e o proveito para o herdeiro mais remoto. Enfim, são inúmeras as situações em que se faz presente o instituto da petição de herança.

Urge, por conseguinte, estudá-lo.

Para tanto, nesta monografia, por primeiro, discorrer-se-á acerca de seus aspectos gerais, focando-se atenção no conceito de petição de herança e seu objeto, na sua natureza jurídica e conseqüências da classificação adotada, bem como nas suas características universal e imobiliária.

Na seqüência, comparar-se-ão a petição de herança e as ações afins, com ênfase para a ação reivindicatória, processo sumário para a admissão, ou exclusão, de herdeiro, anulação da partilha, sua nulidade e rescisão. A legitimidade ativa e a passiva também têm especial destaque, assim como a sentença prolatada na

ação de petição de herança e seu cumprimento, oportunidade em que se analisarão as hipóteses em que se deve, ou não, reabrir o inventário, descartando-se, em todas elas, a necessidade de ação autônoma para se anular, ou declarar nula, a partilha antes levada a efeito.

Após, os efeitos da sentença serão estudados. Examinar-se-ão as relações entre herdeiro real e herdeiro aparente e aquelas entre herdeiro real e terceiro com quem ele contratou.

Nos dois capítulos derradeiros, abordar-se-á a incidência da prescrição das pretensões que se podem deduzir nas diversas ações antes tratadas e a decadência do direito que nelas é defendido, inclusive com abordagem do direito intertemporal.

Insta, por fim, consignar que aos tópicos analisados invariavelmente precede estudo da matéria na qual eles se inserem.

ABSTRACT

The present paper is purposed to set, in the light of the existing Civil Code, and other pertinent legislation, the limits of scope of the inheritance petition suit.

Notwithstanding the revoked Civil Code being silent in this regard, it is unquestionable the relevance of this objective which, in itself, has to be updated.

We must not forget that today, in addition to the *petitio hereditatis* being often associated with claims for paternity investigation, it may also be associated with a declaration of stable union, in which the surviving spouse had been withdrawn from the other's inheritance, declaration of annulment of a given will and its benefit to an heir so far withdrawn from the line of succession, or declaration of incapacity of inheritance to the benefit of a most remote heir. In short, there are many cases in which the inheritance petition suit is a reality.

We must therefore study it.

For such, in this paper, we will first address the main aspects focusing attention on the concept of inheritance petition and its objective, on the legal nature and the consequences of the classification adopted, as well as its universal and real-estate characteristics.

Then we shall compare the inheritance petition suit to related claims, with emphasis on recovery action, summary proceeding for admission or exclusion of heir, annulment of partition, its nullity and rescission. Special attention will also be given to the active and passive legitimacy, as well as to rendition of judgment to the inheritance petition and its enforcement, when we shall review the

case in which an inventory may or may not be reopened, by discarding, in all of them, the need for an independent action to annul or to declare null and void the partition previously judged.

Then the effects of judgment will be studied. We will examine the relationships between the actual heir and the apparent heir, and those between the actual heir and a contracted third party.

In the last two chapters we will approach the application of prescription of claims that may be deduced from the various actions previously addressed, and the lapsing of the right there defended, including an approach to the intertemporal law.

Finally we shall explain that before the topics under review we will present a study of the matter in which they are inserted.

SUMÁRIO

<u>CAPÍTULO I - PETIÇÃO DE HERANÇA: ASPECTOS GERAIS</u>	11
<u>CAPÍTULO II - PETIÇÃO DE HERANÇA E AÇÕES AFINS</u>	26
<u>CAPÍTULO III - LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA</u>	36
<u>CAPÍTULO IV - SENTENÇA E SEU CUMPRIMENTO</u>	48
<u>CAPÍTULO V – EFEITOS DA SENTENÇA: RELAÇÕES ENTRE HERDEIRO REAL E HERDEIRO APARENTE</u>	57
<u>CAPÍTULO VI - EFEITOS DA SENTENÇA: RELAÇÕES ENTRE HERDEIRO REAL E TERCEIRO QUE COM AQUELE CONTRATOU</u>	72
<u>CAPÍTULO VII - PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA</u>	79
<u>CAPÍTULO VIII - DIREITO INTERTEMPORAL</u>	99
<u>INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS</u>	105

Capítulo I

PETIÇÃO DE HERANÇA: ASPECTOS GERAIS

Há tempos, o direito moderno aboliu a herança jacente, no sentido que os romanos lhe davam. Para esses, o domínio e a posse da herança não se transferiam ao herdeiro pelo simples evento morte. Havia um vácuo entre a abertura da sucessão e a sua aquisição pelo herdeiro, entre a *delata* e a *acquisitio*. O herdeiro tornava-se proprietário dos bens hereditários tão-somente após a aceitação da herança.

A herança jacente dos romanos sucumbiu em razão da adoção do princípio da *saisine*¹.

De fato. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Di-lo o art. 1.784 do CC. Trata-se do princípio da *saisine*. A sucessão hereditária abre-se com a morte do autor da herança, quando há a substituição dos sujeitos das relações jurídicas, das quais esse autor participava. Até então, o titular dessas relações era o *de cujus* e, a partir daí, sem qualquer formalidade, o titular delas passa a ser o herdeiro.

Não há, por conseguinte, qualquer hiato nessa substituição. Ela se opera sem necessidade de ato algum por parte do herdeiro. A aceitação da herança por este constitui mera formalidade, cujos efeitos retroagem, entretanto, à abertura da sucessão (art. 1.804, *caput*).

¹ Foi o Alvará de 9 de novembro de 1754, seguido do Assento de 16 de fevereiro de 1786, que introduziu no direito luso-brasileiro a transmissão automática dos direitos hereditários. Nesse sentido: Pontes de Miranda. *Tratado das ações*. Atualizador: Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed. Campinas/SP: Ed. Bookseller, 1999, p. 250.

Investido na situação em que o *de cuius* se encontrava, o herdeiro pode agir como se aquele fosse. De um lado, descabe, em consequência, pedido ao juiz seja o herdeiro imitado na posse dos bens hereditários. O art. 1.784 do CC, por si só, já lha transmite. De outro, o herdeiro poderá usar dos interditos possessórios, se alguém pretender a posse desses bens. Ainda, poderá ele continuar as ações já ajuizadas pelo autor da herança, bem como, salvo as personalíssimas, propor outras, mesmo que não possessórias, as quais o autor da herança poderia ter ajuizado. Compete-lhe, ainda, apresentar defesas em ações contra esse autor propostas, as quais esse poderia apresentar. Enfim, ao herdeiro assistem os mesmos direitos e obrigações que ao *de cuius* caberiam, se vivo fosse.

Na hipótese, diz-se que se tem a sucessão *causa mortis*. Isso porque é a morte do autor da herança que a provoca. E essa sucessão pode regular-se por lei ou por disposição de última vontade (art. 1.786 do CC). Na espécie de a sucessão ser disciplinada por lei, tem-se a sucessão legítima, também denominada *ab intestato*. Se por disposição de última vontade, a sucessão será testamentária, igualmente chamada *ex testamento*.

Sílvio Rodrigues ensina que a sucessão legítima é a decorrente da lei. Se o defunto, por exemplo, deixou de fazer testamento, seu patrimônio, por força da lei, irá a seus descendentes; inexistindo descendentes, aos seus ascendentes; não havendo nem descendentes nem ascendentes, ao seu cônjuge; à falta daqueles parentes e de cônjuge, aos colaterais até 4º grau², observada a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes e ascendentes. É comum, por isso, a afirmação de que a sucessão legítima é o testamento presumido do *de cuius*.

Ainda, acerca da sucessão legítima, além da hipótese de a pessoa morrer sem testamento, o art. 1.788 determina que ela também ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento e se o testamento

²RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 25ª ed., atual. (atualizador Zeno Veloso). São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, v. 7, p.16.

caducar ou for julgado nulo. Também, não obstante esse artigo se mantenha silente a respeito, acresce-se que igualmente é caso de sucessão legítima se se reconhecer a anulação do testamento.

Por outro lado, a sucessão testamentária dá-se quando houver disposição de última vontade. O testamento e o codicilo retratam essa última vontade. Logo, essa sucessão ocorre na hipótese de haver testamento ou codicilo, ou ambos simultaneamente.

É veraz que a sucessão pode ser, ao mesmo tempo, legítima e testamentária. Isso ocorre se o testamento não abranger todos os bens hereditários. Aqueles abrangidos são deferidos às pessoas aquinhoadas no testamento, enquanto os bens restantes, àquelas elencadas na ordem legal da vocação hereditária.

A sucessão *causa mortis* processa-se a título universal ou a título singular. Dá-se a sucessão a título universal na hipótese de o herdeiro ser chamado a suceder na totalidade dos bens hereditários ou em um percentual deles. Aqui, o sucessor sub-roga-se na posição do finado, como titular da totalidade, ou de parte, da *universitas iuris*, que é o seu patrimônio³. Tem-se a sucessão a título singular quando o beneficiado recebe um bem certo e determinado.

E, para receber bem certo e determinado, necessária é a existência de testamento, no qual o *de cuius* determina a coisa e a quem ela caberá. E isso só é possível por meio da sucessão testamentária. Se a sucessão for legítima, o beneficiado receberá uma fração de todos os bens hereditários, mas jamais uma coisa certa.

Na sucessão a título singular, aquela coisa certa e determinada se chama legado, e o seu beneficiário, legatário. Na sucessão a título universal, a

³ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 25ª ed., atual. (atualizador Zeno Veloso). São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, v. 7, p.17.

totalidade dos bens hereditários ou parte deles denomina-se herança, e o seu beneficiário, herdeiro.

Atente-se que, na sucessão testamentária, além de se ter a sucessão a título singular, pode haver também a sucessão a título universal, que ocorre na hipótese de o testador, após individualizar o bem destinado à sucessão a título singular, ou mesmo nem o fazendo, deixar percentual ou a totalidade dos bens restantes a dada pessoa.

Feitas essas observações, pode-se passar à doutrina e legislação com o objetivo de buscar, por primeiro, os lindes da petição de herança para, depois, conceituá-la, bem como explicitar suas peculiaridades.

Na doutrina, a lição de Salomão de Araújo Cateb⁴ diz que o art. 1.824 outorga ao herdeiro, em ação denominada de petição de herança, o direito de postular, em juízo, o reconhecimento de sua condição de herdeiro e participante do processo sucessório, bem como permite a esse herdeiro obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.

Fabrizio Zamprogna Mattiello, por sua vez, leciona que a ação de petição de herança tem por finalidade o reconhecimento do direito sucessório invocado pelo autor e a restituição do acervo, ou de parte dele, quando se encontrar sob o poder de alguém que, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, o possua. Cabe, pois, a propositura a quem avoca para si a condição de herdeiro e procura a confirmação judicial da aptidão sucessória, visando participar da partilha ou obter a totalidade do acervo⁵.

⁴ *Direito das Sucessões*. 4ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p.221.

⁵ *Código Civil Comentado*. São Paulo: Ed. LTr, 2003, p. 1.191 (comentário ao art. 1.824).

Também, Mário Roberto Carvalho de Faria, em seu *Direito das Sucessões*, discorre que a petição de herança é a ação cabível para o herdeiro legítimo ou testamentário, e que foi excluído da partilha, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, obter a herança ou parte dela, contra quem na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui⁶.

De forma similar, Carvalho Santos aborda o tema. Para esse doutrinador, ao herdeiro compete uma ação toda própria, direta a fazer reconhecer a sua qualidade de herdeiro, e obter a restituição das coisas compreendidas na herança, a qual se chama petição de herança⁷.

Na legislação pátria, o CC, por sua vez, em seu art. 1.824, reza que o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui⁸.

Diante daqueles ensinamentos e deste dispositivo legal, há de se concluir, desde logo, que os lindes da petição de herança se encontram na sucessão a título universal, legítima ou testamentária. É, pois, a petição de herança matéria estranha à sucessão a título singular.

Também, essa ação nasce autonomamente com a abertura da sucessão, e a sua peculiaridade reside no fato de as duas partes – autor e réu – invocarem para si a qualidade de herdeiro, ou, pelo menos, aquele negar que esse último tenha tal qualidade⁹.

⁶ *Direito das sucessões*. 3ª ed., atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003, p. 403.

⁷ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Ed. Liv. Freitas Bastos, 1981, v. XXII, p. 87.

⁸ No direito português, o art. 2075º/1 do CC disciplina que o herdeiro pode pedir judicialmente o reconhecimento da sua qualidade sucessória, e a conseqüente restituição de todos os bens da herança ou de parte deles, contra quem os possui como herdeiro, ou por outro título, ou mesmo sem título. Já no direito italiano, o art. 533, 1ª parte do CC estabelece que l'erede può chiedere il riconoscimento della sua 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.

⁹ ZACLIS, Lionel. *Petição de Herança in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Ed. RT, vol. 12, julho-dezembro 2003, p. 323.

Ressalte-se que, em razão de a qualidade de herdeiro só existir na sucessão a título universal, se estranhos ou não à sucessão estiverem injustamente na posse, mas a título singular, de bens hereditários, o herdeiro deverá utilizar-se dos interditos possessórios que lhe couberem, no caso de essa posse ter iniciado após a abertura da sucessão, ou das ações que ao *de cujus* caberiam, na hipótese de o início da posse ter ocorrido antes dessa abertura .

A petição de herança compete, portanto, ao herdeiro para obter o reconhecimento judicial de sua qualidade sucessória e a restituição da totalidade da herança, ou de parte dela. Logo há de se concluir que o seu objeto consiste cumulativamente no reconhecimento judicial da qualidade de herdeiro de seu autor e na devolução, no todo ou em parte, da herança àquele a quem se reconheceu aquela condição de sucessor universal *causa mortis*.

Parece, entretanto, que a jurisprudência não vê essa cumulação no objeto da ação de petição herança. Deveras. Segundo a Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal, *é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a (ação) de petição de herança*. Dessa Súmula deve-se concluir que, na espécie, ao invés de cumulação de pedidos numa mesma ação, há duas ações distintas, conquanto conexas e invariavelmente deduzidas numa mesma petição inicial, *rectius*, ação de investigação de paternidade e ação de petição de herança. Isso se conclui do fato de aquela ser imprescritível e esta, prescritível¹⁰.

Na mesma linha de raciocínio, Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, por seu turno, ensinam que é possível a cumulação de ações, desde que compatíveis os pedidos, adequado o rito processual e observada a competência jurisdicional, conforme os requisitos previsto no artigo 383 do CPC. Como exemplo asseveram que a *petitio hereditatis* pode ser proposta juntamente com ação

¹⁰ José da Silva Pacheco também excluiu dos lindes da *petitio hereditatis* o pedido prejudicial ao do recolhimento da herança, ou de parte dela, relativo ao reconhecimento judicial de que o seu autor possui a qualidade de herdeiro. Daí o seu ensinamento no sentido de que essa ação geralmente se apresenta cumulada com a ação declaratória da qualidade de herdeiro. Acerca da prescritibilidade da petição de herança, veja o capítulo Prescrição e decadência.

anulatória de título, investigação de paternidade, declaratória da condição de companheiro e outras¹¹.

Em favor da existência de cumulação de pedidos na mesma ação, tal como antes se concluiu, não se pode, contudo, olvidar que o art. 1.824 autoriza que, em *ação de petição de herança*, o herdeiro demande *o reconhecimento de seu direito sucessório para (entenda-se e) obter a restituição da herança, ou de parte dela*.

Há de se ver, por conseguinte, mais adequada ao vigente ordenamento jurídico a conclusão de que o objeto da mesma ação de petição de herança é *dúplice, rectius*, cumula o reconhecimento da qualidade de herdeiro e a devolução a ele da herança, ou de parte dela. A ação de petição de herança, em consequência, constitui, em si mesma, verdadeira proteção específica da qualidade de sucessor universal *causa mortis*, seja quanto ao reconhecimento dessa qualidade, seja quanto à universalidade dos bens hereditários, ou de parte dela, cuja restituição nela se pede.

No tocante àquela posição de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim sobre a cumulação de ações, não pode ela ser aceita, pelo menos com relação à ação anulatória por eles citada. Igualmente não se pode ter por aceita sem ressalva a dita cumulação com outras ações como de indignidade, deserdação, nulidade de testamento.

Com efeito. As ações de indignidade, deserdação e nulidade ou anulação de testamento têm por objeto apenas a declaração de indignidade, deserdação, nulidade ou anulação do testamento, o que, por si só, implica o afastamento da sucessão hereditária do indigno, de deserdado e do beneficiado com o testamento declarado nulo ou anulado. E, afastado o herdeiro ou beneficiado, o autor da ação será, se mais próximo na vocação hereditária, automaticamente

¹¹ *Inventários e Partilhas*. 18ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Leud, 2005, p. 324.

chamado à sucessão. Não se terá aqui a ação de petição de herança, já que do seu pedido não constou o pleito de reconhecimento da qualidade de herdeiro de seu autor. Mas, ao contrário, pode ocorrer que, com o pedido de afastamento do herdeiro ou do beneficiado em razão daquelas causas antes invocadas, esteja ainda cumulada a pretensão desse reconhecimento da condição de herdeiro. Nesse caso, ter-se-á a *petitio hereditatis*. Exemplificando ambas as situações, imagine-se, no tocante àquela primeira delas, um de dois filhos ingressa com pedido de declaração de indignidade do outro, que, se procedente, devolve a herança por inteiro àquele primeiro filho; agora, quanto à segunda, se um de dois filhos, não reconhecido, ingressa com pedido de declaração de indignidade do outro filho, já reconhecido, deverá esse pedido ser cumulado com o de investigação de sua paternidade, uma vez que apenas a declaração de indigno não chamará, no caso, o investigante à sucessão.

Não desnatura, também, a conclusão a que se chegou acerca da cumulação de pedido e não de ação, o fato de, na prática forense, ser comum o filho não reconhecido ingressar em face do suposto pai, se vivo, ou dos herdeiros dele¹², se se tratar de investigação *post mortem*, com ação à qual se dá o nome de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, ou simplesmente ação de investigação de paternidade, na qual, entretanto, também se deduz o pedido de petição de herança, já que esse ou aquele nome é processualmente irrelevante, em virtude de a denominação não ser requisito previsto no art. 282 do CPC. Sua inserção na petição inicial deriva não mais do que de mero arraigado costume. Vital para um bom deslinde são, na verdade, os pedidos que se articulam na petição inicial.

De igual forma e pelo mesmo motivo, a conclusão em análise não fica maculada pela hipótese de ação promovida por convivente em face dos herdeiros do finado companheiro, na qual se pleiteiam reconhecimento da união

¹² Já se julgou que, na ação de investigação de paternidade *post mortem*, no pólo passivo devem figurar os herdeiros, já reconhecidos como tal, do suposto pai. Não se propõe, pois, na espécie, essa ação em face do espólio do *de cuius*. Nesse sentido: STJ, REsp nº 331.841/AL, 3ª T., Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 10.6.02, p. 202.

estável, com a conseqüente declaração de sua qualidade de participante na sucessão desse *de cuius*, sua meação e seu quinhão na herança (art. 1.790 do CC).

Essa cumulação no objeto da petição de herança, por sua vez, tem provocado acirrada controvérsia acerca da natureza jurídica dessa ação.

Nesse particular, não poucos advogaram, no passado, que a natureza jurídica da petição de herança é pessoal, já que nela viam apenas o pedido de reconhecimento da qualidade de herdeiro, que seria prejudicial à ação em que se visaria a devolução dos bens hereditários. Essa corrente adota, pois, a tese das duas ações distintas anteriormente expostas. Ocorre que, incoerentemente, consideravam a petição de herança aquela prejudicial, já que é nela que se pede o reconhecimento da qualidade de herdeiro. E o fato de nessa ação estar em destaque apenas a qualidade de herdeiro deriva a natureza pessoal a ela atribuída. Carvalho Santos não encontra o menor fundamento nessa classificação¹³, com o que se há de concordar.

Outros a classificam como real. Dessa forma o fazem porque, nos termos do art. 1.784 do CC, aberta a sucessão, ao herdeiro se transmitem, desde logo, o domínio e a posse dos bens hereditários. *A contrario sensu*, se o herdeiro ainda não tiver essa sua qualidade de herdeiro reconhecida, será ele preterido nessa transmissão. Para não sê-lo, deve ingressar com a *petitio hereditatis*, em que se reconhecerá tal qualidade e ao herdeiro, agora assim declarado, se devolverão aquela domínio e posse, *rectius*, a herança. Considerado que o direito assegurado por essa ação, além do reconhecimento da qualidade de herdeiro, é o domínio dos bens hereditários, ou de parte deles, ao herdeiro transmitido, o que é um direito real, tem-se que a natureza jurídica da ação de petição é real.

Ainda, não se olvide que, tal como anteriormente exposto, a esses bens hereditários, ou parte deles, cuja restituição o herdeiro preterido persegue, o que constitui a universalidade deixada pelo *de cuius*, dá-se o nome de

direito à sucessão aberta. E o direito à sucessão, segundo o art. 80, inc. II do CC, é um bem imóvel. A doutrina classifica-o como imóvel por determinação legal¹⁴. Sendo imóvel o direito assegurado, pode-se, em consequência, concluir que a *petitio hereditatis* é uma ação, além de real, como asseverado, imobiliária. Diz-se, então, que ela é uma ação real imobiliária.

Por fim, de que há também uma terceira corrente, denominada mista ou especial. Tal classificação se dá porque, de um lado, com relação ao reconhecimento da qualidade de herdeiro pleiteado por seu autor, o que lhe empresta um caráter eminentemente pessoal, a ação tem natureza pessoal e, de outro, no que tange ao pedido de restituição de herança, o que equivale a uma reivindicação universal dos bens hereditários, essa natureza é real. Daí, dadas essas duas facetas da natureza jurídica da petição de herança, deve-se ter que sua natureza é mista ou especial. Dentre os autores que assim entendem, destacam-se Baudry-Lacantinerie e Wahl.

Aquela corrente que dá como real a natureza jurídica da petição de herança, suposto haja opositores a ela, é, sem sombra de dúvidas, a dominante na moderna doutrina, autóctone e alienígena. Filiam a ela, dentre outros doutrinadores nacionais, Sílvio Rodrigues, Itabaiana de Oliveira e Caio Mário. Também, essa corrente é a que neste trabalho se adota.

Adota-se ela porque efetivamente, conquanto a petição de herança exija dois pedidos cumulativos, *rectius*, um referente ao reconhecimento da qualidade de herdeiro e o outro relativo à restituição da herança, ou de parte dela, tal como antes dito, é esse último que a diferencia das demais ações similares. Veja, pois, que, na ação de investigação de paternidade, apenas se deduz o pedido concerte à paternidade do autor, o que equivale dizer à sua qualidade de herdeiro, não havendo pedido acerca de sua participação na herança, pois, se houvesse, a ação

¹³ *Código Civil brasileiro interpretado*. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1981, v. XXII, p. 87.

¹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, v. 1, p. 330, por exemplo.

seria de petição de herança. Igual raciocínio aplica-se à ação em que se pleiteia a declaração de existência de união estável, sem pedido de participação do companheiro supérstite na herança do *de cujus*.

E, se o pedido de restituição da herança, ou de parte dela, é o elemento identificador da petição de herança, a sua natureza é real, uma vez que, atente-se, o direito por ela assegurado, no tocante a essa devolução dos bens hereditários, é o domínio deles ao herdeiro por ocasião da abertura da sucessão transmitido. E domínio é direito real (art. 1.225, inc. I do CC), o que implica ser real a natureza jurídica da dita ação.

Ainda, há de se consignar que a ação de petição de herança é universal. Com efeito. Observe-se que, ao lado do mencionado pedido prejudicial de reconhecimento da qualidade de herdeiro que o autor a si atribui, busca ele, com essa a ação (e esse é o seu elemento identificador, ressalte-se), a restituição da herança, ou de parte dela, o que equivale dizer que se persegue uma universalidade. Na verdade, a pretensão do autor diz respeito ao *universum jus defuncti*. De seu objeto não participam, portanto, bens singulares. Afinal, o patrimônio hereditário por inteiro, ou parte ideal dele, constitui um complexo de relações jurídicas, antes do *de cujus* e agora do herdeiro, dotadas de valor econômico, pelo que uma universalidade de direito. Também, em favor da conclusão de que a herança é universalidade, note-se que os bens que compõem aquele patrimônio, embora reunidos, não são considerados em si mesmos, independentemente uns dos outros, do que se deflui que efetivamente não podem eles ser havidos como bens singulares, mas coletivos. Invocam-se aqui os arts. 89 e 91 do CC.

E, sendo uma universalidade o pedido, universal é a ação na qual se deduz ele. Então, a ação de petição de herança tem mais essa característica, pelo que ela é real, imobiliária e universal.

Acrescente-se que, por ser universal a ação, nela se pode formular pedido genérico na hipótese de não ser possível, desde logo, individualizar os bens que integram o *universum jus defuncti*. Nesse sentido, está o art. 286, inc. I do CPC.

No tocante à prova a ser produzida na ação de petição de herança, atento ao disposto no art. 333, inc. I do CPC, que dispõe sobre a quem ela incumbe, ao autor caberá demonstrar o óbito do autor da herança, a sua qualidade de herdeiro mais próximo segundo a vocação hereditária, legítima ou testamentária, a lesividade ao seu direito e o acervo hereditário.

Não raras vezes, o autor não tem prova pré-constituída de sua qualidade de herdeiro, uma vez que um dos pedidos da *petitio hereditatis* consiste justamente lhe seja declarada essa sua qualidade.

A prova do óbito do autor da herança é imprescindível, uma vez que inexiste herança de pessoa viva. *Viventis nulla hereditas*. E, no caso de morte real, ela se faz por meio de certidão de óbito. Tratando-se de morte ficta sem decretação de ausência, prova-se ela com a certidão de trânsito em julgado da sentença a que alude o art. 7º, parágrafo único. Finalmente, caso a morte seja ficta com decretação de ausência, sua prova dá-se com a certidão de trânsito em julgado da decisão que determinou a abertura provisória da sucessão (art. 26) ou com similar certidão da sentença que autorizou a abertura da sucessão definitiva (art. 37).

A qualidade de herdeiro, se legítimo, é, por sua vez, demonstrada por meio de certidão de nascimento, se sucessor em primeiro grau do *de cujus*. Se mais distante o grau, aos autos, para tanto, deve vir a cadeia de certidões que demonstrem o parentesco nos diversos graus que se interpõem entre o do herdeiro e o do autor da herança. Se herdeiro testamentário, a sua qualidade ficará evidenciada com o testamento e prova idônea de que ele é a pessoa beneficiada. Aqui, a doutrina alerta que, na hipótese de tratar de vocação testamentária, de regra a prova na petição de herança se produz com a simples

apresentação do testamento; se, porém, a instituição é subordinada a condição, cumpre provar o implemento desta, para o que são hábeis todos os meios de prova¹⁵.

Urge que o herdeiro preterido demonstre, igualmente, a lesividade ao seu direito hereditário. É necessário, pois, que esse herdeiro prove que o réu, injustamente, possui, *pro herede vel pro possessore*, a herança. É nessa posse injusta que reside o direito de o autor ver-se restituído na herança, ou em parte dela. Exemplificando, pode-se citar a hipótese de um parente mais afastado, dizendo-se herdeiro, estar na posse da herança quando há parente mais próximo dela excluído. Aquele será o réu da petição de herança e este, seu autor. Também, alguém, que não seja parente, sem título, portanto, a possui, como se herdeiro fosse.

Quanto às provas de que se falou, cujo ônus incumbe ao autor, resta a ele demonstrar que os bens por ele noticiados pertencem à herança, sem, contudo, necessitar individualizá-los, já que o objeto da ação, nesse particular, é a universalidade, e não os bens singulares.

Ressalte-se, também, aqui que, por esse mesmo motivo, ainda que o autor da herança seja um só dos co-herdeiros, pode ele perseguir a restituição de toda a herança. Essa faculdade a ele deferida tem sua origem no fato de a herança ser indivisível. Dessa conclusão resulta ser desnecessária a participação dos demais co-herdeiros no pólo ativo da demanda, já que, dada a indivisibilidade do bem perseguido, não se admite a exceção de que o autor estaria demandando direito alheio em nome próprio. Roborando essa assertiva, tem-se, de um lado, que cada um dos credores, sendo indivisível a obrigação, pode exigir a dívida inteira (art. 260) e, de outro, se, havendo dois ou mais devedores, a prestação não for divisível, cada um será obrigado pela dívida toda (art. 259).

Ao réu, por sua vez, incumbe apresentar em sua defesa a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. E a prova da existência desses fatos a ele cabe (art. 333, inc. II do CPC).

¹⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1981, v. XXII, p. 94.

Nesse sentido, ele poderá alegar que não tem a posse da herança, ser seu mero detentor, caso em que lhe cabe nomear à autoria aquele em nome de quem a detém (art. 62 do CPC), bem como questionar a qualidade de herdeiro que autor a si atribuiu.

Esse questionamento poderá dar-se por meio da *exceptio promixioris heredis*, hipótese em que a insurreição quanto àquela qualidade derivará da alegação de que o seu grau de parentesco com o *de cuius* é mais próximo que o do autor da ação, ou, também, do argumento de que este autor não é parente do *de cuius*, caso em que deverá pedir a anulação do título que lhe deu tal qualidade, o que será feito em reconvenção. Anote-se que essa anulação deve fundar em fraude (simulação de parto, falsidade documental etc.), já que, se reconhecidas a paternidade e a maternidade, somente o filho ou o respectivo genitor terão legitimidade para questioná-las.

A qualidade de herdeiro do autor da petição de herança poderá, ainda, ser contestada com o argumento de invalidade do testamento que a esse autor deu aquela qualidade, o que, de igual forma, se dará por meio de reconvenção, na qual se alegará que tal testamento foi declarado nulo, anulado, caduco ou revogado. O réu poderá, ainda, alegar que aquele herdeiro foi reconhecido indigno ou deserddado.

Não se olvide, por último, que o réu se defenderá, também, invocando ter a posse *ad usucapionem* do bem hereditário ou, mesmo, ser titular de servidão pessoal (usufruto, uso e habitação) que grave esse bem.

O valor da causa na petição de herança é aquele atribuído ao monte-mor, se o pleito abranger todo *universum jus defuncti*, ou o do quinhão hereditário do autor, caso o objeto da ação a essa quota restringir-se. Esse valor determinará também o procedimento, ordinário ou sumário, a ser adotado (arts. 274 e 275 do CPC), bem como o valor das custas processuais e o *quantum* a ser arbitrado a título de honorários advocatícios. Isso porque tais quantias são percentuais do valor da causa

(art. 4º, inc. I da Lei Estadual nº 11.608/03 e art. 20, § 3º do CPC).

Capítulo II

PETIÇÃO DE HERANÇA E AÇÕES AFINS

O direito processual pátrio, no que tange à herança, possibilita a interposição de algumas ações. As principais delas são: petição de herança, reivindicatória, ação de legatário, anulação e nulidade de testamento, inventário e partilha, ação do testamenteiro, interessado ou Ministério Público para obrigar o legatário a cumprir os encargos do legado, ação para excluir herdeiro ou legatário, anulação e nulidade de partilha, bem como a sua rescisória, ação de indignidade do herdeiro, ação de deserdação e *actio supplendam legitimam*. Acrescente-se, ainda, a esse rol, conquanto não seja propriamente ação, mas mero incidente processual, o processo sumário para a admissão de herdeiro (art. 1.001 do CPC).

Não se olvide, também, que, ao lado dessas ações, estão, ainda, à disposição do herdeiro os interditos possessórios. Estes, por sua própria natureza, não devem ser tidos aqui por relevantes, uma vez que estão à disposição do herdeiro não em razão de seu direito hereditário, mas por ter tido ele ou o *de cujus* ofendida a sua posse sobre os bens hereditários ofendida. Esses bens, esbulhados ou turbados, hão de ser tidos, na hipótese, como bens singulares.

Como já visto, a ação de petição de herança tem por objeto o reconhecimento judicial da qualidade de herdeiro que o autor a si atribui e a condenação do possuidor da herança em restituí-la, no todo ou em parte, àquele a quem se reconheceu a qualidade de sucessor universal *causa mortis*. Não se olvide que aqui a herança, no todo ou em parte, constitui uma universalidade. Nesse caráter universal é que reside importante característica da petição de herança e elemento dela diferenciador das diversas outras ações.

Com relação àquele processo sumário para admissão de herdeiro (art. 1.001 do CPC), anote-se que, muitas vezes, não se questiona a qualidade de herdeiro. Não obstante a inexistência desse questionamento, por erro ou causa outra qualquer, prestadas as primeiras declarações, dela se pode excluir quem efetivamente tenha essa qualidade ou, mesmo, nela incluir quem não seja herdeiro.

Se se indevidamente incluído quem quer que seja no rol de herdeiros, com fulcro no art. 1.000, inciso III do CPC, deve ser contestada a qualidade de herdeiro do incluso. Se não houver disputa, cabe a exclusão de plano. Verificando, ao contrário, que há disputa sobre a qualidade de herdeiro, o que constitui matéria de alta indagação, a parte será remetida para os meios ordinários com o sobrestamento do inventário até julgamento final, quanto à entrega do quinhão que na partilha em tese caberia ao herdeiro que se questionou (art. 1.000, § único do CPC).

Na hipótese, de omissão de herdeiro que relacionado deveria ter sido, aplica-se o processo sumário para sua admissão previsto no art. 1.001 do CPC, desde que o seu requerimento de admissão se dê antes da partilha. Ouvem-se as partes, e o juiz decide. Se não acolher o pedido, remeterá o pretense herdeiro para os meios ordinários, mandando também reservar, em poder do inventariante, o quinhão desse herdeiro até que se decida o litígio.

E esses meios ordinários constituem a ação de petição de herança, pelo que essa com o processo sumário de exclusão ou admissão de herdeiro não se confunde. Também se terá a *petitio hereditatis* caso o pleito de admissão de herdeiro se dê após a partilha.

Não se pode, também, confundir a ação de petição de herança com a ação reivindicatória. É veraz que ambas têm natureza real¹⁶. Na verdade, a petição de herança é para o direito hereditário o que a reivindicatória é para o direito de propriedade¹⁷. Afinal, esta tem por objeto o reconhecimento do direito de propriedade sobre coisa determinada, enquanto aquela visa à declaração da qualidade de herdeiro, da qual deriva, em razão de sucessão *causa mortis*, o reconhecimento de um direito de propriedade, de outro direito real, de um direito de crédito ou de outro direito pessoal, mas agora sobre uma universalidade, que é a herança. Ainda, enquanto na ação reivindicatória o autor deve provar não somente que adquiriu a propriedade, mas também que a houve de quem era proprietário, na ação de petição de herança o herdeiro deve provar unicamente seu título de aquisição¹⁸, *rectius*, a sua qualidade de herdeiro universal.

A ação reivindicatória tem como objeto coisa singular ou particular. Aqui a querela se resume em as coisas litigiosas serem devidamente individualizadas. Aquele que se diz proprietário vindica coisa certa e determinada. Ao contrário, a ação de petição de herança tem um caráter universal. Nela se busca uma universalidade, que é o patrimônio deixado pelo autor da herança. Frise-se que o fato de o seu autor buscar parte dos bens não descaracteriza tal universalidade, desde que essa parte seja percentual da herança, *scilicet*, da totalidade dos bens hereditários e não parte de determinado bem, componente daquela universalidade. Na verdade, pode-se na *petitio hereditatis* perseguir a totalidade da herança ou tão-somente o quinhão que, se caso, ao seu autor caberá.

¹⁶ Sobre a natureza real da ação de petição de herança, veja o capítulo *Petição de herança: aspectos gerais*.

¹⁷ SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11ª ed.. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1981, v. XXII, p. 88.

¹⁸ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 260 (atualizador Mario Roberto Carvalho de Faria).

Não obstante se possa dizer que o objeto da ação de petição de herança sejam coisas universais, é certo, e disso não se deve esquecer, que a *petitio hereditatis* deve buscar cumulativamente a qualidade de herdeiro que o autor a si atribui. Noutras palavras, ela tem por objeto a declaração dessa qualidade de herdeiro e a vindicação de bens universais.

Exemplificando, a ação reivindicatória pode ter por objeto a restituição de um determinado imóvel, pertencente ao espólio, mas alienado pelo inventariante sem anuência dos interessados e sem autorização judicial. A petição de herança, por sua vez, deve ter por objeto o reconhecimento de paternidade c.c. partilha de bens hereditários, o que, por si só, implica o refazimento da anterior partilha, que, por proferida sem participação do herdeiro reconhecido, contra ele não produziu, entretanto, a *res judicata*. Outro exemplo trivial de ação de petição de herança é a ação de reconhecimento de união estável c.c. partilha de bens, na hipótese de esse relacionamento ter sido dissolvido por morte de um dos conviventes.

A ação do legatário, por sua vez, é uma espécie de ação reivindicatória, porque nela o legatário, sucessor a título singular, reclama a posse do legado que não lhe foi entregue.

Da petição de herança, também diferenciam-se a anulação e a rescisão da partilha, o que impõe, por sua vez, algumas observações. Ao lado dessas ações, há de se falar também da nulidade de partilha.

Desde logo, insta consignar que, no tocante a essas três ações e a sua diferenciação com a ação de petição de herança, a importância delas extrapola a seara processual para atingir os institutos da prescrição e decadência, já que à petição de herança se aplica aquele instituto, com prazo especial, como se verá, e à anulação de partilha e rescisória, a decadência, igualmente com prazos diversos,

enquanto à ação de nulidade de partilha, nem um nem outro instituto, por ser ela imprescritível e insuscetível à decadência.

Feitas essas observações, há de se discorrer, por relevante, sobre a partilha. Ela pode ser amigável ou litigiosa. Não obstante aquela primeira seja tradicionalmente homologada em juízo¹⁹, a essa última também se dá o nome de judicial.

A partilha amigável é aquela prevista no artigo 1.029, *caput* do CPC. É ela igualmente disciplinada no art. 2.015 do vigente CC. Segundo aquele dispositivo processual, essa partilha é aquela lavrada em instrumento público, reduzida a termo nos autos do inventário ou constante de escrito particular homologado pelo juiz. O art. 2.015 disso não diverge. Não se olvide, ainda, que esse último artigo exige sejam as partes capazes. Neste particular, aquele dispositivo processual, de forma direta, se mantém silente. Mas, por via oblíqua, requer, igualmente, capacidade das partes. FÁ-lo ao facultar a anulação de partilha amigável, da qual tenha participado incapaz. Daí é que, em conclusão, a capacidade, sob pena de anulação, é exigência indeclinável da partilha amigável. Além da capacidade, ambas as legislações exigem consensualidade. Aliás, o próprio nome do instituto assim o diz: partilha amigável. Descabida é a litigiosidade nessa partilha.

Quando vigente o CC/1916, além da capacidade, a maioria também era exigência dessa espécie de partilha. Di-lo o art. 1.773 do CC revogado. A diferença, conquanto aparentemente irrelevante, é substancial. Afinal, os menores de dezesseis a dezoito anos, se emancipados, conquanto capazes, continuam menores, pelo que, segundo a legislação civil anterior, não poderiam ser parte em partilha amigável.

¹⁹ Aqui se refere tão-somente a partilha de inventários judiciais. Não se está abordando, pois, aquela de que se fala na Lei nº 11.441/07.

Poder-se-ia, então, questionar, no tocante à capacidade e maioridade, acerca dos requisitos necessários para a partilha amigável ao tempo em que concomitantemente vigeram o antigo CC e o CPC. Deve-se ter como requisito apenas a capacidade, desprezando-se a maioridade. De fato, é veraz que a partilha amigável é mero negócio jurídico, cuja disciplina deve em consequência ser ditada pela lei civil. No entanto, dada a sua íntima relação com a matéria processual, ter a capacidade como único requisito será um avanço legislativo por parte do CPC em face CC/1916. Isso porque o binômio menoridade/majoridade tem, no direito civil, sua maior aplicação tão-só para, aos dezesseis anos, graduar a incapacidade, em absoluta e relativa, e para, aos dezoito anos, em razão da idade, fazê-la cessar definitivamente, pelo que estranho à partilha o binômio em questão. Ainda, aplicável à espécie o anexam *lex posterior derogat priori*.

Ter-se-á, também, partilha amigável no rito de arrolamento regulado pelos arts. 1.031 a 1.034 do CPC. Aquele primeiro artigo reza, pois, que a partilha amigável celebrada entre partes capazes, nos termos do art. 1.773 do CC (hoje art. 2.015), será homologada de plano pelo juiz. Esse procedimento exige, desde o início, apenas capacidade das partes e consensualidade.

A partilha amigável, na lição de Orlando Gomes, tem a estrutura de um contrato. Daí é que são seus pressupostos a capacidade plena de todos os herdeiros e a intenção de sem discrepância promovê-la. Trata-se de fruto de autonomia da vontade exercitada por meio de negócio jurídico resultante de acordo de vontade dos interessados²⁰.

A sentença homologatória dessa partilha²¹ é de jurisdição voluntária, cuja rescindibilidade²² está subordinada às regras do art. 486 do CPC.

²⁰ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 309 (atualizador Mario Roberto Carvalho de Faria).

²¹ Segundo Humberto Theodoro Junior, a partilha amigável lavrada por escritura pública e a reduzida a termo nos autos de inventário, conforme previsto no art. 1.029 do CPC, nem mesmo exigem a participação do juiz, a sua homologação. Na verdade, essa exigência se dá tão-só com a partilha constante de escrito particular (*Curso de Direito Processual Civil*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1.989, 1ª ed., p. 1.781).

²² Na verdade, anulabilidade ou nulidade. Usou-se o vocábulo rescindibilidade para seguir a expressão literal do CPC.

Essa subordinação deriva do fato de a decisão judicial em tela não estar acobertada pela coisa julgada material.

A partilha judicial, de outro lado, é aquela cuja base não é a vontade das partes, mas a convicção do juízo. Ouvidas, pois, as partes, o juízo, segundo sua convicção, em decisão fundamentada, acolherá a vontade de uma delas ou, ainda, aquela que melhor vá ao encontro dos ditames legais. A decisão será de mérito, pelo que, transitada em julgado, estará, de forma oposta à sentença homologatória da partilha amigável, acobertada pela autoridade da *res judicata*.

A sentença que julga a partilha judicial está prevista no art. 1.026 do CPC.

É igualmente judicial aquela prevista no art. 1.036, § 2º do CPC. Essa partilha, embora disciplinada no procedimento de arrolamento sumário, não exige consenso e capacidade das partes. Requer, entretanto, que o monte-mor partilhado se enquadre no teto legal do art. 1.036, *caput*. Dessa maneira, na espécie tem-se apenas uma simplificação do procedimento, sem, contudo, eliminar a natureza contenciosa²³.

Não se deve, ainda, esquecer que Clito Fornaciari Júnior leciona que a partilha judicial se dá nas hipóteses de divergência entre as partes e da presença de herdeiros incapazes. Ainda, não desnatura a partilha judicial o fato de nenhum herdeiro ou interessado ter-se oposto ao esboço de partilha. Basta mera possibilidade de litígio para que a partilha seja judicial²⁴.

Dada a *res judicata*, a sentença que julga a partilha judicial não poderá ser anulada ou declarada nula. Será ela apenas rescindida por medida autônoma, prevista no art. 485 do CPC. Trata-se da denominada ação rescisória.

²³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1989, v. III, p. 1.782.

²⁴ RT 551/54.

A anulação ou nulidade da partilha amigável, por seu turno, deverá ser deduzida em ação de procedimento comum de rito ordinário, que se processará perante o mesmo juízo do inventário. Nem mesmo o fato de o inventário estar concluído afasta a sua conexão com a ação de anulação.

Repita-se: a anulação ou nulidade terá lugar apenas se a partilha foi amigável. Partilha judicial não se anula, rescinde-se.

Também, as hipóteses que dão azo à anulação de partilha amigável são dolo, coação, erro essencial ou intervenção de pessoa relativamente incapaz (art. 1.029, *caput*). Observe-se que o relativamente incapaz, ainda que assistido, não pode participar de partilha amigável. Daí é que a sua intervenção impõe a anulação dela.

A partilha amigável também poderá ser nula. E tal se dará quando for celebrada por pessoa absolutamente incapaz, mesmo que representado, for ilícito, impossível ou indeterminável seu objeto, for ilícito o motivo determinante comum às partes, não revestir a forma prescrita em lei ou for pretérita alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade (art. 166 do CC).

Agora, a partilha julgada por sentença, *scilicet*, a partilha judicial é rescindível nos casos de dolo, coação ou erro essencial (art. 1.030, I c.c. art. 1.029, *caput*, ambos do CPC). É igualmente rescindível a sentença em que se preteriram formalidades legais ou algum herdeiro, bem como se incluiu quem não fosse herdeiro (art. 1.030, I e II). Da mesma forma, ter-se-á ação rescisória quando a sentença que julgou a partilha estiver eivada por uma das circunstâncias previstas no art. 485 do CPC.

Para a propositura da ação de anulação da partilha, daquela que declara a sua nulidade e da ação rescisória, são legitimados ativos o herdeiro e demais interessados na herança, tais como o cônjuge supérstite e o do herdeiro,

assim como o cessionário²⁵. O cessionário possui legitimidade porque ele é, em última análise, um sub-rogado do cedente, que, no caso, será o herdeiro ou aqueles demais interessados. O credor, no entanto, não possui tal legitimidade. Não a possui porque ele deve habilitar-se no inventário. Se não foi admitido, cabe-lhe buscar as vias ordinárias. Se o foi, não por que rebelar-se. Ainda, o êxito na cobrança de seu crédito está vinculado às forças da herança (art. 1.792 do CC), pelo que lhe é indiferente o destino dela, se para esta ou aquela pessoa.

Cabe ressaltar, entretanto, que a falta de participação no processo de quem dele deveria participar, herdeiro por exemplo, não obstante seja judicial a partilha, não de ser atacada por ação ordinária que declare a anulabilidade de sua sentença (RT 508/202).

O herdeiro que não participou do inventário terá, em consequência, legitimidade apenas para essa ação ordinária. Não lhe cabe ação rescisória, já que, com relação a ele, a decisão proferida no inventário não é *res inter alios acta*. Nesse caso, ao pedido inicial de declaração de anulação, poderá ser cumulado aquele de petição de herança.

Aqui, insta ressaltar a diferença do herdeiro que não participou do inventário e daquele que foi preterido (art. 1.030 do CPC). Diz-se que não participou herdeiro que nem mesmo tentou no inventário ingressar e herdeiro preterido aquele que tentou ingressar no inventário, mas nele não foi aceito. Tanto lá quanto cá, pouco importa o motivo, tem o herdeiro, nessas condições, legitimidade para a propositura da ação de anulação em comentário.

Pelo exposto, a ação de anulação de partilha amigável, aquela em que se declara a sua nulidade e a ação de anulação de partilha judicial não se confundem com a petição de herança, não obstante, como dito, com o pedido daquelas possa ser cumulado com o desta. De fato. Ambos são diversos. Aquele

²⁵ AMORIM, Sebastião e OLIVEIRA, Euclides de. *Inventários e partilhas*. 18ª ed., rev.e atual. São Paulo: Ed. Leud, 2005, p. 446.

visa desconstituir, nas suas formas e motivos vários, a partilha levada a efeito, enquanto esse tem por objeto o reconhecimento judicial da condição de herdeiro que o autor a si atribui e a restituição para si da herança, na sua totalidade ou de apenas seu quinhão²⁶.

A impugnação de testamento, da qual fala o art. 1.859 do CC, pode-se dar por ser ele anulável ou nulo. Na denominada anulação de testamento busca-se a sua invalidade em razão da prática de qualquer ato anulável, tal como, por exemplo, algum dos vícios de vontade, enquanto na nulidade de testamento visa-se o reconhecimento de sua invalidade por ele estar eivado de algum ato nulo. Ressalte-se que aquela e esta ação são diversas porque, além de uma estar embasada em ato anulável e a outra em ato nulo, aquela decai em cinco anos contado da data do registro do testamento (art. 1.859) e essa é imprescritível e insuscetível de decadência (art. 169 do CC), tal como no capítulo próprio de estudará.

A *actio supplemam legitimam* tem por objetivo reduzir as doações e as disposições testamentárias inoficiosas²⁷. **Vide**, neste particular, os arts. 549 e 1.966 a 1.968 do CC.

Por frugais as diferenças entre as demais ações no início deste capítulo mencionadas e a ação de petição de herança, desnecessária aqui considerações outras além de elencar aquelas. Há de se concluir, pois, que inexistem dificuldades maiores na distinção entre petição de herança e ação de nulidade de testamento, ação de inventário e partilha, ação do testamenteiro, do interessado ou do Ministério Público para obrigar o legatário a cumprir os encargos do legado, ação para excluir herdeiro ou legatário, ação de indignidade do herdeiro, ação de deserdação, já que no tocante a essas os próprios nomes delas revelam o seu objeto.

²⁶ Sobre a necessidade de se anular a partilha anterior quando procedente a *petitio hereditatis*, veja o capítulo *Sentença e seu cumprimento*.

²⁷ BARROS, Hamilton de Moraes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1975, v. IX, p. 209.

Capítulo III

LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA

Qualquer sucessor a título universal, legítimo ou testamentário, cujo direito hereditário, pelo que após a abertura da sucessão, tenha sido lesado, pode intentar a ação de petição de herança²⁸. Também possuem tal legitimidade os sub-rogados nos direitos desse sucessor a título universal, bem como, em caso de herança jacente, o Município ou o Distrito Federal, se localizada na circunscrição daquele ou deste.

Insta, em conseqüência, por primeiro, delinear as regras dos institutos da aceitação da herança e do seu repúdio, uma vez que é sucessor universal apenas aquele que a aceitou e, ao contrário, não o é quem a repudiou.

Já se ensinou que aceitação, ou adição, da herança é o ato pelo qual o herdeiro manifesta a sua vontade de receber a herança, que lhe é devolvida²⁹. É ela, por conseguinte, um ato unilateral.

²⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Aspectos processuais da ação de petição de herança*, in *Ajuris* 30, ano XI, 1984, março, p.120.

²⁹ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1917, vol. 6, p. 25.

Deve-se consignar, desde logo, que, na sucessão *causa mortis*, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde a abertura da sucessão, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784 do CC), pouco importando se esses herdeiros tenham tido ou não ciência do falecimento do autor da herança, bem como se tenham ou não conhecimento do número de herdeiros. Trata-se de aplicação do princípio da *saisine*.

É, ainda, irrelevante o fato de a herança encontrar-se em mãos de terceiros em razão de direito real ou pessoal. Senão vejamos. No tocante ao domínio, aberta a sucessão, ele é irremediavelmente transferido para o herdeiro, enquanto a posse (e essa posse em mão de terceiro é justa e de boa-fé, dado aquele direito pessoal ou real), na hipótese, se biparte em direta e indireta. Então o herdeiro sucede o autor da herança nessa, permanecendo aquela com o terceiro que tem o bem hereditário em seu poder. Isso porque assim já o era quando ainda vivo o autor da herança. Agora, se o *de cuius* tinha o domínio do bem hereditário, mas não a sua posse, por óbvio esta não será transmitida ao herdeiro. Sê-lo-á, entretanto, a propriedade.

Há de se ressaltar que a sucessão *causa mortis* se processa a título universal na hipótese de o herdeiro ser chamado a suceder na totalidade dos bens hereditários ou em parte ideal deles. Ela se dará, no entanto, a título singular se o testador legar ao beneficiário bem determinado. Diz-se naquele primeiro caso sucessão a título universal porque a herança, ou parte dela, é uma *universitas juris* e, no segundo, sucessão a título singular em virtude de o bem determinado ter sido destacado dessa universalidade, tornando-se coisa singular. Lá se tem herdeiro, e aqui, legatário.

Não obstante a herança se transmita desde que aberta a sucessão, vital é a sua aceitação pelos chamados à sucessão. A falta dela pode ensejar a interpelação do herdeiro por parte de qualquer interessado para que ele,

dentro de prazo razoável fixado pelo juiz, não superior a trinta dias, declare se aceita ou não a herança. Seu silêncio implica a aceitação dela (art. 1.807 do CC).

Essa aceitação, por sua vez, pode ser expressa ou tácita. Será expressa quando manifestada por escrito. Tácita, quando resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro (art. 1.805, *caput* do CC). São exemplos de aceitação tácita: a cessão de direitos hereditários, o pagamento de credores, a cobrança de devedores, a nomeação de advogado para o inventário, o ajuizamento de ação de petição de herança (ao ajuizá-la, busca-se direito hereditário que do autor foi subtraído, o que significa dizer, por via oblíqua, que o herdeiro aceitou a herança). Aquele silêncio que implica aceitação da herança é doutrinariamente chamado de aceitação presumida, que é uma modalidade de aceitação tácita.

Não se pode aceitar a herança em parte, sob condição ou a termo. Enfim, a aceitação tem que ser pura e simples. Há, entretanto, duas exceções. O herdeiro, a quem também se testa legado, pode aceitar a herança e repudiar o legado ou aquiescer este e recusar aquela. E o herdeiro, chamado numa mesma sucessão, sob títulos sucessórios diversos (numa mesma sucessão, herda por direito próprio e herda por representação, herda por direito próprio e herda em razão da indignidade de um dos co-herdeiros, por exemplo), pode livremente deliberar quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia (art. 1.808 do CC). Pode-se, então, acolher o quinhão advindo do direito próprio, e rejeitar aquele originado da indignidade.

A aceitação é irrevogável. Nada obsta, no entanto, que ela seja anulada, em razão de o aceitante, por exemplo, não ser herdeiro, já que chamado em preterição a um parente de grau mais próximo, cuja existência se verifica apenas posteriormente. Declara-se a ineficácia da aceitação e devolve-se a herança a quem assiste o direito de recebê-la. Para tanto, apenas se exclui do rol de herdeiros aquele indevidamente incluído e se acresce o antes excluído. Se houver litígio, no entanto, decidem-se a manutenção da inclusão havida por irregular e a inclusão do preterido

em ação de petição de herança Pode ela, ainda, ser anulada em razão de vício de consentimento, o que no caso se dará por meio de ação ordinária.

Em resumo, inexistente atualmente a irrevogabilidade da aceitação. Há, contudo, a possibilidade de sua ineficácia e anulação.

Aceita a herança, ter-se-á verdadeiramente mera confirmação de que o seu beneficiário desvela sua intenção de recolher a sucessão que lhe é deferida. Torna-se incontínuo herdeiro, retroagindo a transmissão do domínio e da posse dos bens hereditários ao momento da abertura da sucessão.

Se, ao invés de aceitá-la, aquele que pela herança poderia ser beneficiado declarar sua renúncia, tem-se, igualmente por ato unilateral, que esse declarante quer manter-se estranho à sucessão, dela não quer beneficiar-se.

A renúncia da herança é, pois, o ato pelo qual a pessoa chamada à sucessão de outra recusa aceitá-la. Deve ser declarada por escritura pública ou por termo nos autos do inventário, antes de qualquer interferência, que importe aceitação. Assim a renúncia, além de ser sempre expressa, é, também, um ato solene que deve revestir a forma especial, que a lei prescreve³⁰. No tocante à forma solene, que é um requisito *ad substantiam* e não apenas *ad probationem*. Veja art. 1.806 do CC.

Não se esqueça de que o renunciante deve ser capaz. A capacidade necessária não é apenas aquela genérica para os atos da vida civil. Deve sê-lo para proceder a alienação de bem imóvel, já que o direito à sucessão aberta é imóvel por determinação legal (art. 80, inciso II do CC).

³⁰ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1917, vol. 6, p. 26.

E, se é bem imóvel, o renunciante, se casado for, deve obter, para renunciar a herança, a competente vênua conjugal, nos casos em que a legislação a exige para alienação de bem imóvel (art. 1.647 e 1.656 do CC), ou o suprimento judicial (art. 1.648 do CC), sob pena de anulabilidade da renúncia (art. 1.649 do CC).

Tal como a aceitação, a renúncia da herança é irrevogável (art. 1.812 do CC). Pode, entretanto, ser essa renúncia anulada por vício de consentimento. Essa anulação se dá por meio de ação ordinária.

Também não existe renúncia parcial, sob condição ou em termo (art. 1.808 do CC). Lembre-se, aqui, no entanto, das duas exceções de que se falou quando se discorreu sobre a aceitação. Se se pode, nessas exceções, aceitar em parte, é porque, nessas mesmas circunstâncias, numa visa especular, se pode renunciar em parte.

A renúncia levada a efeito em prejuízo de terceiro não é, por sua vez, anulada ou revogada. Fica ela mantida, embora o credor prejudicado, com autorização do juiz, possa aceitá-la em nome do renunciante, com posterior habilitação, se caso, dos demais credores (art. 1.813 do CC). Daí é que não se pode entender na hipótese o termo aceitação como de boa técnica, uma vez que, pagas as dívidas do renunciante, prevalece a renúncia quanto ao remanescente, que será devolvido aos demais herdeiros (art. 1.813, § 2º).

Se contrária à lei ou conflitante com direitos de terceiro, para Maria Helena Diniz, a renúncia terá o seu objeto ilícito³¹, pelo que será nula.

Da renúncia defluem alguns efeitos. Dentre eles, pode-se citar que a parte do renunciante, na sucessão legítima, é acrescida a dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente (art.

1.810). Então, na sucessão do pai, se um dos filhos renunciou, a herança divide-se entre os outros filhos. O filho renunciante e os outros filhos, irmãos daquele, são, pois, da mesma classe. O renunciante e os descendentes desse são como se pré-mortos fossem para fins da sucessão. Agora, se o renunciante for filho único, a parte dele é devolvida aos seus ascendentes, mesmo se o renunciante tiver descendentes. Mais uma vez o renunciante e os seus descendentes, dada a renúncia, são como se fossem pré-mortos. Daí é que com a renúncia do filho único, a parte a ele cabente vai para os ascendentes dele.

Ainda, na sucessão testamentária a renúncia do herdeiro, salvo tenha o testador indicado substituto ou exista direito de acrescer entre os co-herdeiros ou co-legatários, o seu quinhão será acrescido entre os demais co-herdeiros ou co-legatários conjuntos (art. 1.943).

Consumada a renúncia, aquele que poderia ser herdeiro não no será, em razão do que a transmissão do domínio e da posse dos bens hereditários ocorrida com a abertura da sucessão se tem por não verificada.

Feitas essas observações acerca da aceitação da herança e do seu repúdio, relevantes para se identificar que é herdeiro, há de se reiterar que é o herdeiro universal, legítimo ou testamentário, quem possui legitimidade ativa para a propositura da ação de petição de herança, o que significa dizer que legitimidade a tem aquele que, aceitando a herança, não a repudiou. Aliás, como já dito, o ajuizamento da ação de petição de herança significa sua aceitação, o que, por si só, exclui eventual renúncia.

Além do sucessor a título universal, que, quando negada a sua qualidade de herdeiro, pode buscá-la, cumulando esse pedido com o de restituição da respectiva herança ou parte dela, também tem legitimidade ativa para a

³¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 21ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007, v.6, p.77.

propositura da *petitio hereditatis* o Município e o Distrito Federal, no tocante aos bens hereditários jacantes localizados em suas respectivas circunscrições.

Isso se dá porque, não havendo herdeiros legítimos ou testamentários, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve a esses dois entes estatais (art. 1.844). Por óbvio, intentarão eles a ação de petição de herança, se não for o caso de arrecadação. Arrecada-se ela para que, mesmo não se questionando a jacência, os bens hereditários não fiquem à mercê de esbulhadores. Trata-se de medida protetiva. De outro lado, ajuíza-se ação de petição de herança na hipótese de, ainda que presentes as condições de jacência, alguém, na qualidade de herdeiro aparente ou mesmo sem título, esteja possuindo aqueles bens.

Os sub-rogados do sucessor universal também possuem legitimidade ativa. Sub-rogar é substituir um dos sujeitos da obrigação. O sucessor universal é o titular do direito hereditário. Pode ele, pelos diversos modos legalmente previstos, ser substituído nessa titularidade. E, com a substituição, a legitimação ativa para reclamar o *universum jus defuncti* que a ele cabia é transmitida ao substituto, *rectius*, ao sub-rogado. Nessa categoria de sub-rogados, estão os cessionários dos herdeiros.

Não se pode olvidar, também, que os credores do herdeiro, se este renunciar a herança, fazendo-o em prejuízo daqueles, podem aceitá-la, como já anteriormente exposto, em nome do herdeiro renunciante. E se aqueles agem em nome deste, por certo, se negada ao renunciante a sua qualidade de herdeiro do renunciante, podem aforar a competente ação de petição de herança para com ela ver reconhecida essa qualidade e, em consequência, a restituição ao renunciante dos bens hereditários, com os quais se pagarão as dívidas.

Pontes de Miranda vê também como legitimados ativos para a petição de herança o inventariante não dativo, o síndico da falência do morto ou do

herdeiro, o administrador do insolvente civil, o curador da herança ou do herdeiro e o curador dos bens do ausente³².

Essas pessoas, no entanto, são representantes legais, respectivamente, do espólio, da falência do *de cuius* ou do herdeiro, do insolvente civil, da herança jacente ou do herdeiro incapaz, e do ausente. Então, tais pessoas não agem em nome próprio, pelo que não tem legitimidade pessoal para a interposição da ação de petição de herança. Defendem, dessa forma, interesses alheios, pelo que a legitimação é do representado, que a ajuíza por meio daqueles representantes.

Já se discutiu acerca da legitimação ativa dos herdeiros de grau mais distante quando o sucessor chamado à sucessão, *scilicet*, o herdeiro mais próximo, não ajuíza a necessária ação de petição de herança. Na doutrina pátria, Caio Mário leciona que somente o herdeiro mais próximo, isto é, aquele a quem os bens deve caber, tem legitimidade para ação de petição de herança. Intentada por outro, deverá ser repelida pela *exceptio proximioris heredis*, já que a ninguém é lícito compelir alguém a demandar, e o sucessor mais distante não tem ação para postular direitos do sucessor mais próximo. Ninguém pode, pois, litigar direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º do CPC), o que aqui, entretanto, não é o caso.

Por fim, não tem legitimação ativa o legatário, sucessor *causa mortis* a título singular, já que a qualidade de legatário é questionada apenas diante do testamento. Se houver insurreição, ela será, pois, em face do testamento, ou cláusula testamentária, pleiteando seja reconhecida a sua validade, o que terá lugar na hipótese de ele, ou cláusula que institui legado, ter sido reconhecido revogado, caduco, nulo ou anulado. Na hipótese de o legado, se válido o testamento ou cláusula, não lhe ser entregue, cabe-lhe a ação do legatário para haver a entrega do legado. Trata-se de uma ação de reivindicação, uma vez que o legatário é titular do

³² *Tratado das Ações*. 1978, vol VII, § 47, p.257.

direito de propriedade derivado do seu título de sucessor singular. Reclamará ele o domínio e a posse do legado. Diversa é, há de se lembrar, essa ação da ação de petição de herança, essencialmente universal, cujo objeto não é bem singular, mas a universalidade das coisas e direitos hereditários, ou de parte deles.

No tocante à legitimação passiva, segundo o artigo 1.824, parte final, a ação de petição de herança deve ser dirigida contra quem, na qualidade de herdeiro ou mesmo sem título, possui herança. Não se pode, entretanto, esquecer, mais uma vez, que o vocábulo *herança* indica uma universalidade de direito, pelo que aquele possuidor deve possuí-la na qualidade de sucessor universal.

Essa sucessão da qual se veste o possuidor é tão-só aparente, porque, se real fosse, seria ele verdadeiramente herdeiro, em razão do que improcedente seria o pedido formulado na petição de herança.

Também, a posse da herança, no todo ou em parte, pelo sujeito passivo, pode ser *pro herede* ou *pro possessore*. Naquela, ele a possui como herdeiro aparente e como herdeiro se comporta. Na lição de Giselda Hironaka, o herdeiro aparente é o reputado herdeiro legítimo, por força de erro comum ou geral. Em outras palavras, é aquele que, não sendo titular de direitos sucessórios, é tido, entretanto, como legítimo proprietário da herança, em consequência de erro invencível e comum. Enfim, é aquele que nunca foi herdeiro pela essência, mas o foi pela aparência³³. Ao contrário, o herdeiro *pro possessore* é aquele que a herança possui sem título, pelo que, conquanto a possua, não reivindica para si a qualidade de herdeiro. Note-se, contudo, que ele a possui como universalidade de direitos que é.

Consigne-se que a posse *pro herede* é a mais comum. Dá-se, na espécie, ao possuidor o nome de herdeiro aparente, em oposição ao herdeiro real, que é o verdadeiro herdeiro e que será o autor da ação de petição de herança.

Dessa forma, possuem legitimidade passiva: a) o herdeiro que recebeu a herança e foi, posteriormente, declarado indigno; b) o herdeiro testamentário, por o testamento ter sido declarado nulo ou anulado; c) qualquer herdeiro que tenha sido contemplado em testamento que posteriormente se descubra ter sido revogado; d) qualquer herdeiro que tenha sucedido, não obstante o reconhecimento do título de herdeiro a outra pessoa; e) o sucessor legítimo excluído pelo sucessor testamentário nomeado em testamento posteriormente descoberto; f) aquele que se apossou da herança mediante testamento falso; g) o esbulhador e todo aquele, afinal, que possua os bens hereditários, ou parte deles, mas sempre considerados como universalidade, com base em título absolutamente nulo ou que, depois, venha a ser declarado anulado, ou mesmo sem título.

Com relação ao indigno, insta ressaltar que ele possui a herança *pro herede*, quando nega a indignidade, ou *pro possessore*, caso confesse a causa que lhe afastou do direito sucessório. Tal se dá de igual forma com os demais possuidores. Se negam o fato que lhes excluiu da herança, a posse é *pro herede*. Ao contrário, se confessam ele, a posse é *pro possessore*.

Daí é que, se o demandado reclama para si a qualidade de herdeiro, estará ele de fato colocando em dúvida o direito hereditário do autor. Indubitavelmente, tem-se, na espécie, a ação de petição de herança.

No entanto, na hipótese de o réu ter consciência de que possui os bens hereditários sem título, isto é, *pro possessore*, não colocará ele em dúvida o direito hereditário do demandante em razão de ser ele o titular da propriedade daqueles bens. Não obstante, a melhor doutrina e o CC (art. 1.824, parte final), mesmo assim, entende que se trata da ação de petição de herança. Assim o faz para simplificar a defesa dos direitos sucessórios, já que se evita uma cumulação de ações reivindicatórias e possessórias que teriam por objeto cada um dos bens singulares, os quais, no seu conjunto, compõem a universalidade da herança. Em

³³ Comentários ao Código Civil, São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, v. 20, p. 202.

resumo, a ação de petição de herança deve sempre ser bem vista em favor do herdeiro real, bastando para a sua admissibilidade, em princípio, a existência de uma posse lesiva ao seu direito hereditário³⁴.

Ressalte-se, entretanto, que não tem legitimidade passiva aquele que possui bens hereditários a título singular, ou seja, aquele que os possui considerados de per si, independentemente dos demais. No caso, estranha à hipótese a qualidade de herdeiro daquele que seria o autor da ação de petição de herança, já que esse possuidor invocará, certamente, em seu favor, tão-somente a sua posse do bem singular. A espécie requererá mera ação possessória.

Cumpra esclarecer que, no tocante à petição de herança, a posse de que se falou deverá ter sido adquirida pelo possuidor, réu dessa ação, após a morte do *de cuius*. Se, antes disso, ele já tinha adquirido a posse, aos herdeiros cabem apenas as ações possessórias. Aquelas mesmas que ao autor da herança cabiam se ainda vivo fosse.

É irrelevante que os bens da herança estejam em poder de terceiro. Possível, mesmo assim, a ação de petição de herança, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados. Serão, entretanto, eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé (art. 1.827)³⁵.

Insta, igualmente, registrar, de um lado, que, nos termos do art. 80, inc. II do CC, o direito à sucessão aberta é, para os efeitos legais, considerado bem imóvel. De outro, não se pode esquecer de que o art. 10, *caput* do CPC dispõe que o cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos imobiliários, enquanto o seu § 1º, inc. I do CPC determina que ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações que versem sobre esses

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Aspectos processuais da ação de petição de herança* in *Ajuris* 30, ano XI, março de 1984, p.122.

³⁵ Nesse particular, veja o capítulo *Efeitos da sentença: relações entre herdeiro real e terceiro que com aquele contratou*.

direitos. E, como reiteradamente visto, a petição de herança tem por objeto o direito à sucessão aberta, que é bem imóvel, do que, em consequência, se conclui que o ajuizamento da ação requer de seu autor, se casado for, a vênua conjugal, assim como do pólo passivo da ação deverão estar presentes ambos os cônjuges.

Sobre a vênua conjugal, não se deve esquecer de que será ela desnecessária se o autor da *petitio hereditatis* for casado no regime de separação de bens (art. 1.647, *caput*). Também descabe a exigência de outorga conjugal se o regime de bens for o da participação final dos aqüestos, desde que prevista essa dispensa em pacto antenupcial (art. 1.656). Ainda, essa vênua, quando necessária, poderá ser judicialmente suprida se o cônjuge a denegar sem motivo justo ou lhe for impossível concedê-la (art. 1.648).

Agora, ao contrário do que ocorre com o pólo ativo, como réus devem figurar ambos os cônjuges. Trata-se de litisconsórcio passivo necessário, imposto pelo citado art. 10, § 1º, inc I. Nesse particular, Nélon Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que a não integração do litisconsórcio passivo pelo outro cônjuge acarreta nulidade do processo. Caso sobrevenha sentença, terá sido dada inutilmente (*inutiliter data*), sendo ineficaz e prescindindo de ação rescisória para ser desconstituída, porque não estará acobertada pela coisa julgada material³⁶.

³⁶ Código de Processo Civil. 9ª ed., rev., atual. e ampl.. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 170 (nota 16 ao art. 10).

Capítulo IV

SENTENÇA E SEU CUMPRIMENTO

Por primeiro, instar lembrar que, na *petitio hereditatis*, há cumulação de dois pedidos, a saber, o reconhecimento judicial da qualidade de herdeiro que a si o autor atribui e a condenação, em restituir a herança, daquele que, com título ou sem ele, injustamente a possui, na totalidade ou em parte dela. Atente-se o sentido de que, como visto, aquele pedido é prejudicial a este.

Disso deflui que, considerada a classificação tradicional das sentenças em meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias³⁷, a sentença prolatada na ação de petição de herança, se procedentes aqueles seus pedidos, é, na parte que reconhece a qualidade de herdeiro, constitutiva, enquanto, naquilo que determina a restituição, condenatória³⁸. Diz-se constitutiva, no tocante ao reconhecimento da qualidade de herdeiro, porque, nesse particular, essa sentença realiza o exercício de um direito potestativo, que é o direito à aquisição de um estado e aos efeitos daí decorrentes, e por meio dela se cria uma relação jurídica da qual deriva um estado de sujeição para terceiros, independentemente do concurso da

³⁷ É certo que Pontes de Miranda, além dessas três categorias, vê a possibilidade de haver, ainda, sentenças mandamentais e executivas, cuja existência, contudo, para o presente trabalho, é irrelevante.

³⁸ Humberto Theodoro Júnior, *in* seus *Aspectos processuais da ação de petição de herança*, acerca dessa matéria, ao contrário do que aqui se conclui, leciona que *há, assim, uma carga declaratória e uma carga condenatória na sentença que acolhe a petição de herança* (Revista da Ajuris, nº 30, ano XI, março de 1984, p. 132)

vontade deles, ou até mesmo contra essa vontade. Por outro lado, quanto à restituição, ela é condenatória, uma vez que, nessa parte, se impõe ao réu a obrigação de prestar coisa devida ao autor, *rectius*, a devolução da herança, ou de parte dela.

E a sentença constitutiva prescinde de execução posterior para que se realize por inteiro a pretensão na ação deduzida pelo seu autor. A eficácia constitutiva está, pois, na própria atividade sentencial, por meio da qual o magistrado constitui, ou desconstitui, a relação jurídica até então inexistente, ou existente, conforme se constitutiva positiva, também simplesmente denominada constitutiva, ou se constitutiva negativa³⁹. Na prática, trântita em julgado a sentença que acolhe o pedido constitutivo, *scilicet*, o pedido de reconhecimento da qualidade de herdeiro, apenas é expedido, se caso, o competente mandado para a devida averbação, se caso. Aqui, a título de exemplo, pode-se citar a sentença prolatada em pedido de investigação de paternidade.

Não se olvidem, no entanto, casos há em que esse reconhecimento da qualidade herdeiro se dá em sentença declaratória. Cite-se, a título de exemplo, sentença prolatada em ação promovida por convivente em face de herdeiros do convivente falecido, na qual se reconhece a união havida entre ambos, dissolvida em razão da morte deste, defere em favor do companheiro sobrevivente a meação e, nos termos do art. 1.790 do CC, atribui a ele a qualidade de participante da herança deixada pelo *de cujus*. Aqui, transitada em julgado a sentença, expede-se somente mandado para, por exemplo, eventuais averbações na matrícula de imóveis pertencentes ao autor da herança. Sua eficácia, de igual forma, está na própria atividade sentencial. Outros exemplos de sentença declaratória são: aquela que declara a indignidade de dado herdeiro, o que, em consequência, por via oblíqua, beneficia outro herdeiro; a sentença que declara nulo o testamento no qual se embasou a admissão de herdeiro testamentário no inventário, do que deriva

³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da Silva. *Curso de Processo Civil*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, v. 1, p.183.

ingresso de outrem como herdeiro nesse mesmo inventário ou aumenta quinhão de herdeiro já admitido.

Agora, no tocante à execução da parte da sentença em que ela é condenatória, julgado procedente o pedido de devolução da herança, conquanto a excussão dessa decisão possa, à primeira vista, apresentar-se tão-somente sob o frugal rito de entrega de coisa certa, é veraz que, não poucas vezes, exsurtem incidentes outros que tornam incorreta essa assertiva.

Com efeito. Por primeiro, se, de um lado, por exemplo, efetivamente na ação reivindicatória, com quem a petição de herança possui grande similitude, tendo o seu pleito sido julgado procedente, a condenação nela decidida consiste na restituição pelo réu ao autor do bem singular que tenha sido seu objeto, restando em favor deste, no inadimplemento daquele, a expedição de mandado de imissão na posse ou de busca e apreensão, conforme se tratar de imóvel ou de móvel (art. 625 CPC), na *petitio hereditatis*, por outro, o seu objeto é uma universalidade, que, por ocasião do trânsito em julgado de sua decisão, já pode, ou ainda não, ter sido adjudicada, no caso ao único herdeiro até então reconhecido, ou partilhada, se diversos forem os herdeiros nesse tempo habilitados. Realizada a adjudicação ou partilha, uma será a trilha processual a ser percorrida. Diversa, entretanto, será ela, caso não se tenha dado aquela adjudicação ou partilha. Ainda, distintos igualmente serão os caminhos na hipótese de aquela universalidade se compor de um único bem singular ou de diversos deles.

Então, para se optar pela solução adequada diante desses diversos caminhos advindos da procedência do pedido de restituição da herança, deve-se, então, relevar as suas origens de direito substancial para atentar apenas os seus aspectos processuais. Isso decorre do fato de um mesmo direito subjetivo material dar ensejo a um daqueles vários caminhos processuais ou a outro deles, segundo a fase processual em que se encontram a partilha e, por conseguinte, os bens integrantes da herança.

Senão vejamos. Na hipótese de o autor da petição de herança concorrer tão-somente com co-herdeiros que ainda não levaram a efeito a partilha do bem ou bens hereditários, basta que se processe o ingresso daquele autor no inventário. Como não realizada a partilha, a ele se deferirá a sua quota hereditária, a exemplo do que ocorrerá também com os demais co-herdeiros já antes habilitados no juízo do inventário, que terão, entretanto, dado aquele ingresso, agora os seus respectivos quinhões reduzidos. Alerta-se que, nesta hipótese, do pólo passivo da petição figuram necessariamente tão-só outros herdeiros. Nele não há, por conseguinte, terceiros que, sem título, possuam a herança. Também, não deve ter ocorrido a partilha dos bens, que ainda se encontram na posse desses outros herdeiros.

Há, por outro lado, a hipótese de o autor da petição de herança concorrer apenas com um herdeiro que, entretanto, já levou a efeito a partilha do único bem existente no acervo hereditário.

Tratando-se dessa hipótese, segundo o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, desnecessária a reabertura do inventário. Por serem o autor da petição de herança e o seu réu os únicos interessados, basta adjudicar àquele a metade do bem anteriormente deferido na sua totalidade a este. Feita essa adjudicação, expede-se a respectiva carta de sentença para registro na serventia predial, se tal bem for imóvel. Aquele doutrinador explica que não se invalida o título expedido no inventário. Sobrepõe a ele, na verdade, um novo título judicial derivado da sentença da petição de herança, que deferiu ao seu autor a metade do bem antes adjudicado somente ao réu⁴⁰. Esse mesmo raciocínio, de igual forma, se aplica ao único bem móvel, que tenha registro ou qualquer anotação administrativa acerca da titularidade de seu domínio, a exemplo do que ocorre com veículos automotores, ações escriturarias, títulos de clube, depósitos bancários.

⁴⁰ Revista da Ajuris, nº 30, ano XI, março de 1984, p. 135.

A igual conclusão deve-se chegar na hipótese de o autor da petição de herança concorrer com vários herdeiros que, da mesma forma, já partilharam o único bem existente no acervo hereditário. Esta situação e anterior diferenciam-se apenas porque lá há um único herdeiro e aqui, vários. Mas em ambas o monte-mor é composto de um único bem, que, com o reconhecimento do novo herdeiro, será submetido à nova partilha.

Tem-se, também, a hipótese de o autor da petição de herança concorrer com um único herdeiro, ou indiferentemente diversos co-herdeiros, que, de igual forma, já levou a efeito a partilha dos vários bens existentes no acervo hereditário. Note-se que a diferença entre essa hipótese e as duas anteriores consiste no fato de a herança agora ser composta de diversos bens.

Aqui, há de se lembrar que os bens hereditários, cuja partilha se processou anteriormente à sentença favorável proferida na petição de herança, era antes dessa partilha uma universalidade, tendo, entretanto, deixado de sê-lo por ocasião em que ela foi levada a efeito. Daí é que, contrariamente à hipótese anterior, em que havia um único bem, na qual a nova partilha se deu atribuindo metade desse único bem a cada um dos dois herdeiros, na hipótese ora em estudo, dada a multiplicidade de herdeiros, se impõe a reabertura do inventário a fim de que todos os bens hereditários, considerados sua universalidade, sejam devolvidos ao monte-mor, procedendo-se a nova partilha, agora com a participação do autor da petição de herança.

A reabertura do inventário com nova partilha, na espécie, faz-se necessária em virtude da possibilidade de a partilha ser judicial ou amigável. Ainda, se judicial, de existirem múltiplas formas em que se pode dividir o monte-mor. Deveras. Na lição de Euclides de Oliveira e Sebastião Amorim, partilha judicial não significa a necessária distribuição de todos os bens em mero fracionamento. Alertam eles que, observados os princípios de igualdade e comodidade dos herdeiros, se deve evitar, tanto quanto possível, a subsistência de

condomínio, a que, invocando Washignton de Barros Monteiro, denominam sementeira de demandas, atritos e dissensões⁴¹.

Completando essa lição, Orlando Gomes ensina que, no partilhar os bens, há de se observar a maior igualdade possível quanto ao seu valor, natureza e qualidade. Correta, portanto, a formação de quinhões de modo que todos os herdeiros adjudiquem bens da mesma espécie, procedendo-se à reta divisão na qualidade e quantidade, o que evitará, por exemplo, que apenas um deles fique com os bens imóveis. Cumpre ao juiz, em síntese, proceder *ex bono et aequo*. Importa prevenir a contitularidade, dividindo-se os bens por forma a que caibam os diversos quinhões, atento à circunstância de que não convém o condomínio, por ser ele verdadeira *mater rixarum*. Por ser tão necessária a aplicação da regra *singulas res singulis haeredibus*, a lei prescreve que, não cabendo o bem no quinhão de um só herdeiro, ou não admitindo divisão cômoda, deve ele ser vendido judicialmente para divisão do preço se um ou mais herdeiros não lhe requererem a adjudicação, repondo aos outros, em dinheiro, o que sobrar⁴².

E tal apenas se obtém por meio de nova partilha, amigável ou judicial, já que, com a mera inclusão do herdeiro reconhecido no inventário, apenas se obteria um novo percentual para herdeiro, mantendo-se, entretanto, aquela indesejável contitularidade.

Há de se notar que da ação de petição de herança deriva, de pleno direito, a nulidade da anterior partilha anterior, cujo refazimento se impõe. Afinal, a anterior partilha não pode prejudicar direito de quem não participou do inventário, configurando, em relação ao herdeiro preterido, *res inter alios acta*. Note-se, ainda, que, em conseqüência de essa invalidade defluir de forma automática da sentença da petição de herança, desnecessário o ajuizamento de ação de nulidade ou de ação rescisória para reconhecer sua nulidade.

⁴¹ *Inventários e partilhas: direito das sucessões*. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2005, p. 438.

⁴² *Sucessões* (atualizador: Mário Roberto Carvalho de Faria). 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2004, p. 311.

Ressalte-se, também, que a invalidação de partilha não opera necessariamente apenas sobre a metade atribuída aos herdeiros, mas atinge a própria meação da viúva, desde que questionadas a justeza e igualdade na divisão entre o cônjuge supérstite e os herdeiros⁴³.

Ainda, uma última hipótese apresenta-se. Ela ocorre no caso de o autor da petição de herança concorrer com tão-somente herdeiro aparente ou estranho à sucessão, ou seja, com quem efetivamente de direito não é herdeiro. A presença exclusiva daquele ou deste no pólo passivo da ação é quem caracteriza essa hipótese. Note-se, então, que nesse pólo aparecem tão-somente pessoas que, por terem a qualidade de herdeiro frutiferamente contestada ou, mesmo, por não terem título, ficaram excluídas da sucessão.

Nesta hipótese, três são as situações. A primeira ocorre no caso de o autor da *petitio hereditatis* ser o único herdeiro, independentemente do número de bens que compõe a herança. A segunda, no pólo ativo dessa ação figuram vários herdeiros, mas agora há um único bem no monte-mor. Lá e cá, expedir-se-á, nos próprios autos da petição de herança, carta de sentença em favor daquele único herdeiro ou herdeiros. Neste último caso de vários herdeiros, cada quinhão obedecerá à proporcionalidade do número de herdeiro. Essa carta deverá ser levada a registro no tocante aos bens imóveis e aos móveis que se sujeitarem a quaisquer formalidades administrativas, a exemplo do que se dá com os já citados automóveis, cotas de fundo de investimento, ações escriturais e nominativas, depósitos bancário. Agora, a terceira situação, que se verifica caso haja pluralidade de autores, o que significa dizer multiplicidade de herdeiros, com vários bens integrando o monte-mor, nova partilha necessariamente deverá ser levada a cabo com anterior reabertura do inventário. Aqui, recorrem-se os mesmos argumentos antes expostos para a hipótese de vários herdeiros e vários bens.

⁴³ RSTJ 32/381 – citado por Theotônio Negrão, em nota ao artigo 1.029 CPC

Dirimidos eventuais impasses acerca da necessidade ou não de nova partilha, há de se registrar que, reconhecida na *petitio hereditatis* a qualidade de herdeiro e condenado o seu réu à restituição àquele de parte da herança ou de sua totalidade, se poderia questionar acerca da possibilidade de esse réu não proporcionar ao autor da ação de petição de herança o uso e o gozo do seu quinhão.

Se o demandado também for herdeiro, a resposta ao impasse instalado encontra-se nas regras relativas ao condomínio e à composses (arts. 1.314 a 1.330 e 1.199). Afinal, pelo princípio da *saisine*, aberta a sucessão, a herança (e aqui se entenda domínio e posse, na dicção do Código revogado) transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784). Daí é que tantos os herdeiros já admitidos na sucessão quanto aquele antes preterido, mas cujo ingresso se determinou por meio da petição de herança, são compossuidores dos bens hereditários, pelo que cada um deles poderá exercer sobre esses bens atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

Caso, entretanto, o réu dessa ação seja pessoa estranha à sucessão (*rectius*, mero herdeiro aparente, terceiro de má-fé a quem esse herdeiro aparente alienou onerosamente o bem hereditário e terceiro, de boa ou má-fé, a quem o dito herdeiro aparente gratuitamente alienou o bem), cabíveis são as ações possessórias. Isso porque, não tendo sido transmitida a posse a esses estranhos, a posse por eles havida o foi mediante esbulho ou turbacão, o que legitima aquelas possessórias.

Mas, e se o inventariado não tinha a posse do bem hereditário ? Assim mesmo ao herdeiro, vitorioso na ação de petição de herança, a posse dos bens hereditários foi a ele transmitida pelo princípio da *saisine* ? Não. *Nemo transferre potest quod non habet nec plus quam habet*. Ninguém pode alienar o que não tem ou mais do que tem. Daí é que, com a abertura da sucessão, ao herdeiro se transmite apenas o domínio, mas não a posse, já que a ela o *de cuius* não na tinha. O réu da demanda, no caso, é pessoa estranha à herança. Impõe-se, então, na

espécie, que, ao lado da nova partilha, se caso, seja o herdeiro imitado na posse dos bens. móveis ou imóveis, o que se dá na competente ação de imissão na posse.

Há, por fim, a possibilidade de, na sentença da *petitio hereditatis*, ao seu autor ter sido deferido indenização por perecimento ou deterioração dos bens hereditários, bem como por frutos percebidos pelos outros herdeiros ou terceiros que, injustamente, possuíam a herança, ou parte dela. Igualmente é possível que a esses outros herdeiros ou terceiros, réus da ação de petição, tenha sido concedido indenização por benfeitorias por eles realizadas, com ou sem direito de retenção.

Conforme se verá, a fixação dessas indenizações é disciplinada pelos artigos 1.214 a 1.222 do CC. Ainda, a sua execução, que nada mais do que aquela por quantia certa contra devedor solvente (ou insolvente, se caso), dar-se-á nos mesmos autos da ação de petição de herança. Trata-se de execução de julgado (art. 475-J do CPC). Também, ao contrário do que ocorre com o pedido de restituição da herança, em que o herdeiro preterido é habilitado nos autos do inventário, aquinhoando-se ele com a sua quota hereditária, pelo que obtida com a divisão do monte-mor, na execução da indenização em que os executados são aqueles outros herdeiros ou terceiros, devem esses solvê-la com seu próprio patrimônio. Essa indenização não onera, por conseguinte, o espólio. Se, entretanto, os outros herdeiros ou terceiros forem os exequentes, tal como ocorre na indenização por benfeitorias por eles efetuadas nos bens hereditários, será o herdeiro preterido, autor da petição de herança, que com ela arcará.

Capítulo V

EFEITOS DA SENTENÇA: RELAÇÕES ENTRE HERDEIRO REAL E HERDEIRO APARENTE

Da sentença proferida na ação de petição de herança que julga procedente o pedido formulado deflui como efeito principal o reconhecimento do direito sucessório perseguido, em razão do que se determina a restituição da herança, ou parte dela, ao legítimo herdeiro por aquele que, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem tal título, injustamente a possuía. Essa restituição, em consequência, implica a transmissão compulsória da posse dos bens hereditários que até então estava com este para aquele.

De fato. É pacífico na jurisprudência que a procedência da ação de petição de herança implica de forma lógica e automática a nulidade da partilha realizada sem a participação do herdeiro real, pelo que é dispensável a propositura de ação específica para a anulação da partilha e sua retificação. Basta, na espécie simples pedido de retificação daquela anteriormente realizada.

Havendo essa alteração de quem é o possuidor, impõe-se seja estudada a responsabilidade daquele que restitui o acervo hereditário. Essa responsabilidade será fixada segundo as características de sua posse. Di-lo o art. 1.826 do CC.

Esse artigo, em seu *caput*, determina que o possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222.

Para tanto, por não se olvidar que a remissão a esses artigos diz respeito aos efeitos da posse, não de se estudar tais efeitos. Ressalte-se que a relevância da análise desses efeitos deriva do fato de a posse, em razão da procedência do pedido inicial da ação de petição de herança, que até então estava em poder do réu passar para o seu autor. Essa alteração implica a necessidade de aferir a responsabilidade daquele e os direitos desse, bem como os direitos daquele e a responsabilidade deste.

Não se pode, entretanto, estudar os efeitos da posse, sem antes defini-la e dar-lhes as classificações.

E muitos foram os estudos que a conceituaram. As diversas teorias, historicamente, podem, contudo, serem reduzidas a dois grandes grupos: as teorias subjetivas, cujo principal representante foi Savigny, e as teorias objetivas, capitaneadas por Ihering⁴⁴.

Segundo Savigny, posse é o poder que tem a pessoa de dispor fisicamente de uma coisa, com a intenção de tê-la para si e de defendê-la contra a intervenção de outrem. Desse conceito surgem os seus dois elementos constitutivos, que são *corpus* e *animus*. Aquele é a detenção física da coisa, é o fato de a coisa estar à disposição do possuidor. Daí afirmar-se, como corolário, que não podem ser

objeto de posse os bens não passíveis de serem apropriados⁴⁵. Este, por seu turno, é a intenção de o possuidor ter a coisa como se sua fosse, a intenção de exercer sobre ela o direito de propriedade, *animus rem sibi habendi*. *Corpus* é o elemento objetivo da posse, e *animus*, o seu elemento subjetivo.

Para as teorias subjetivas, a posse configura-se com a necessária presença cumulativa de ambos os elementos. Isoladamente nenhum deles lhe dá existência. Na verdade, se presente tão-só o *corpus*, ter-se-á na hipótese apenas mera detenção. O *animus*, por seu turno, solitariamente, não passa de um mero sonho, de uma simples quimera.

Não se olvide que esses dois elementos da posse, através dos tempos, sofreram, dentro das próprias teorias subjetivas, importantes alterações conceituais, as quais, no entanto, são aqui irrelevantes.

As teorias objetivas, ao contrário, vêem que para configurar a posse basta o *corpus*. Ihering, sem negar a influência da vontade na conceituação da posse, leciona que nela a vontade tem ação tão preponderante quanto em qualquer outra relação jurídica. Ainda, esse doutrinador a compreende como a relação de fato estabelecida entre a pessoa e a coisa, pelo fim de sua utilização econômica⁴⁶.

Na verdade, para esse mestre, conquanto o *corpus* constitua o único elemento visível e suscetível de comparação, o *animus* também encontra-se presente na posse. Não é ele, no entanto, um elemento autônomo, mas implícito no *corpus*. O *animus* exsurge da forma como se exercita o *corpus*. Na lição de Caio Mário, a posse, em nosso direito positivo, não exige a intenção de ser dono, nem reclama o poder físico sobre a coisa. É relação de fato entre a pessoa e a coisa,

⁴⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 37ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, v. 3, p. 16 e ss.

⁴⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª ed., atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, v. V, p. 49.

⁴⁶ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1917, vol. 3, p. 8.

tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente agiria o dono. É a visibilidade do domínio⁴⁷.

Para as teorias objetivas, a posse, em resumo, é a exteriorização da propriedade.

Na lição de Clóvis Beviláqua, o CC/1916, e o mesmo pode ser dito acerca do vigente Código Civil, afastou-se das teorias subjetivas por não corresponderem elas à realidade dos fatos, nem à lógica do direito. Adotou ele a teoria de Ihering, para quem, como já asseverado, posse é a visibilidade do poder, que a lei reconhece ao proprietário⁴⁸. O art. 485 do CC/1916, a exemplo do que disciplina o art. 1.196 do CC/2002, reza, pois, que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Daí é que para o CC, seja o revogado, seja o atual, a posse é o exercício do poder que a lei atribui ao proprietário. Abrange ela o domínio e os demais direitos reais.

Noutras palavras, por ser a posse a exteriorização, o exercício do direito de propriedade e, em geral, dos direitos reais, há de se concluir que é possuidor aquele que exterioriza ser proprietário ou titular de um dado direito real, independentemente de sê-lo. Se não o for, será mero possuidor. Se o for será possuidor e, ao mesmo tempo, proprietário ou titular desse direito real. Exemplificando: o locatário exterioriza ser proprietário, já que, nos lindes do bem locado, age como se proprietário fosse. É ele, então, possuidor, mas não é proprietário. Já o proprietário que age como tal é possuidor e proprietário.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, vol. IV, p. 22.

⁴⁸ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1917, vol. 3, p. 9.

Nesse particular, não se pode esquecer de que não é possuidor o servo da posse, *rectius*, aquele que a conserva em nome ou em cumprimento de ordens ou instruções de outrem (art. 1.198 do CC). Esse é o detentor.

Consignadas essas observações acerca da conceituação de posse, cabe perquirir a sua natureza jurídica. A questão é controvertida, já que a solução acerca dessa natureza depende do fundamento da proteção jurídica que à posse se dá. Insta, dessa maneira, questionar se a posse é fato ou é direito.

Sobre essa matéria, de igual forma, manifestaram-se Savigny e Ihering. Para aquele, posse é ao mesmo tempo fato e direito. Considerada em si mesmo, ela é um fato. Segundo os efeitos que produz (usucapião e interditos possessórios) é um direito. Seguem essa teoria: Windscheid, Zachariae, Pothier, Laurent, dentre outros. Na lição de Ihering, posse é tão-só um direito. Assim entende, porque direito é o interesse juridicamente protegido. E a posse reúne os elementos substancial e formal exigidos para a existência de um direito. O elemento substancial consiste em um interesse derivado da utilização econômica da coisa possuída, enquanto o elemento formal diz respeito à proteção jurídica dada àquele interesse. Sintetizando, a posse reveste o caráter de relação jurídica, o que equivale a um direito. São seus seguidores: Molitor, Ortolan, Demolombe⁴⁹.

A maioria da doutrina entende, hoje, que posse é um direito. A posse é, pois, *non tantum corporis, sed et juris est*.

Assim sendo, deve-se definir a sua natureza: se de direito real ou de direito pessoal. Aqueles que a vêem como direito real, argumentam no sentido de que na posse não há um sujeito passivo determinado, tal como existe no direito pessoal. Não existe um sujeito passivo, porque todas as pessoas estão obrigadas a respeitar o direito do possuidor. Esse direito é, portanto, *erga omnes*. A sujeição da coisa possuída ao possuidor é direta e imediata, o que significa dizer sem qualquer

intermediário. E tal característica, estranha ao direito pessoal, é própria do direito real. Daí a natureza jurídica da posse ser de direito real.

Aqueles que a têm como direito pessoal, a exemplo do que ocorre com Savigny, concluem que a posse é um fato, cuja existência não depende de regras de direito. Mas, apesar de fato, ela produz conseqüências jurídicas. Daí é que, sendo simultaneamente fato e direito, a posse, pela sua natureza, está incluída entre os direitos pessoais⁵⁰.

A jurisprudência, por sua vez, mantinha-se vacilante em concluir por ser a posse direito real ou pessoal. A questão é importante, uma vez que, se direito real, na propositura de ações possessórias, haveria necessidade de vênua conjugal, enquanto, se pessoal, despicienda seria a intervenção do outro cônjuge⁵¹.

Hoje, não obstante a doutrina majoritária⁵² continue reconhecendo o caráter de direito real da posse, essa antiga controvérsia acerca da necessidade ou não de intervenção do outro cônjuge nas ações possessórias ficou resolvida por meio da Lei nº 8.952/94 que introduziu o § 2º no art. 10 do Código de Processo Civil, segundo o qual, nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de comosse ou de ato por ambos praticado.

Expostas as principais teorias acerca da posse, das quais se extraiu o conceito desse instituto e a sua natureza jurídica, que é o que interessa ao presente trabalho, urge estudar a sua classificação.

⁴⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 27 (atualizador Humberto Theodoro Júnior).

⁵⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 26ª ed.. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, v. 3, p. 20.

⁵¹ Exigem a vênua conjugal: RT 562/154, 530/79, 514/203, 463/270, JTJ 58/120; não a exigem: RT 578/213, 515/226, 508/88, JTJ 67/250.

⁵² Existem, entretanto, vozes dissonantes, dentre as quais se pode citar Nelson Nery e Rosa Maria Nery (verificar nota 11 ao art. 10 do CPC Comentado).

A posse é tradicionalmente classificada em direta e indireta, justa e injusta, de boa e má-fé, posse *ad interdicta* e *ad usucapionem*, posse nova e velha. Ocorre, contudo, que, para se discutir as relações entre o herdeiro real e o aparente, são relevantes a posse justa e injusta, bem como a posse de boa e má-fé, uma vez que os arts. 1.214 a 1.222, de que fala o art. 1.826, tão-somente a essas posses fazem referência.

Têm-se posse justa e injusta se analisada sob o aspecto de o possuidor ter ou não conhecimento de vícios objetivos que a inquinem. É justa a posse que não for violenta, clandestina ou precária. Di-lo o art. 1.200 do CC. Logo, é injusta a posse que tiver na sua origem um desses três vícios. Na verdade, a qualidade justa ou injusta da posse deriva de sua forma de aquisição.

A posse violenta é aquela adquirida pela força (*vi*). Sem a força física não há essa posse. A violência inicial é a que constitui o vício. Se obtida a posse sem essa violência, ainda que a *vis* passe a existir no curso da duração da posse, não se terá posse violenta. A posse isenta de violência é a posse mansa e pacífica ou tranqüila. A posse clandestina é a que se estabelece às ocultas daquele que tem interesse jurídico em conhecê-la (*clam*). Se não for clandestina, a posse será pública, que é aquela exercida na presença de todos. Por fim, a posse precária é aquela obtida com abuso de confiança por parte daquele que recebeu a coisa possuída com a obrigação de devolvê-la, embora não o faça (*precario*). A posse precária, por conseguinte, é a derivada da retenção indevida do bem que deveria ser restituído.

Não confundir essas três espécies de posse com posse de má-fé, que, como se verá, advém da presença de vício subjetivo.

Não se olvide que, segundo o art. 1.203 do CC, salvo prova em contrário, se entende manter a posse com o mesmo caráter com que foi adquirida. Se foi ela obtida com violência, clandestinidade ou precariedade, jamais a posse

deixará de ser injusta. Ainda, nos termos do art. 1.208, 2ª parte, não autorizam a aquisição da posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessada a violência ou a clandestinidade. Esse último artigo, ressalte-se, diz respeito unicamente à posse violenta e à clandestina, que são, segundo ele, adquiridas pelo esbulhador apenas quando terminadas a violência e a clandestinidade. É o citado artigo estranho à posse precária.

Ao lado dos vícios objetivos de que se falou, existe o vício subjetivo, consistente no fato de o adquirente da posse conhecer, ao adquiri-la, algum obstáculo que impeça a aquisição da coisa. Para que alguém seja possuidor de boa-fé de um bem, preciso é que esteja convencido de que, possuindo-o, a ninguém prejudica. O direito concebe a boa-fé de modo negativo, como ignorância e não como convicção⁵³. Na dicção de Ulpiano, *quic auctore iudice comparavit, bone fidei possessor est*. Ao contrário, se o adquirente da posse tiver consciência de que há obstáculo ou vício que o impede de adquirir a coisa, será possuidor de má-fé. Esse vício ou obstáculo é a *mala fides*, é o conhecimento que o possuidor tem da ilegitimidade de sua posse, na qual, entretanto, se mantém.

A boa-fé pode ser real ou presumida. Ter-se-á boa-fé real na hipótese de o possuidor estar alicerçado em elementos objetivos tão evidentes que dúvida alguma há quanto à legitimidade da sua aquisição. A boa-fé será presumida se o possuidor tiver justo título. Nesse sentido, veja o parágrafo único do art. 1.201 do CC. E justo título é aquele que seria hábil para conferir ou transmitir o direito à posse. Isso porque, se não fosse o vício ou obstáculo no título existente, desconhecido é certo pelo adquirente, seria ele perfeito para a transmissão daquele direito. No entanto, não o transmite em razão desse mesmo vício ou obstáculo.

A presunção de boa-fé é *juris tantum*, já que, segundo o citado parágrafo único, ela cede diante de prova em contrário ou de sua inadmissão por lei expressa. Pode-se exemplificar essa prova em contrário com a confissão do

⁵³ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 41 (atualizador Humberto Theodoro Júnior).

próprio possuidor de que sem título possui o bem. E a lei expressamente não admite boa-fé havendo a citação válida, já que ela, ainda quando ordenada por juiz incompetente, tem o condão de constituir em mora o devedor (art. 219, *caput* do CPC).

A posse de má-fé não se converte em posse de boa-fé. Isso porque, tendo o possuidor conhecimento do vício ou obstáculo que impede a sua aquisição, jamais deixará de tê-lo. No entanto, a posse de boa-fé pode perder este caráter e o perderá no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não mais ignora que indevidamente possui a coisa (art. 1.202).

Observe que essa conversão de boa em má-fé ocorre no momento em que as circunstâncias determinarem aquela presunção de que o possuidor está ciente de que sua posse é indevida. Relevante para essa conversão o instante em que ele tem conhecimento da existência do vício ou do obstáculo. Veja, pois, que, como antes asseverado, o direito vê a boa-fé de modo negativo, como ignorância, e não como convicção.

Ainda antes de iniciar os estudos das relações entre o herdeiro real e o aparente, que são pautadas pelos mencionados arts. 1.214 a 1.222 do CC, insta discorrer sobre os frutos e benfeitorias, já que de tais dispositivos tratam.

Com relação à percepção dos frutos, por primeiro, consigne-se que eles, os frutos, são produções orgânicas periódicas de uma coisa que dela se destacam sem diminuir-lhe a substância, determinando sua produção econômica⁵⁴. Também, frutos são bens que de outro nascem periodicamente, sem destruição ou prejuízo para este⁵⁵. *Fructus est quidquid ex re nasci et resnasci solet.*

São, portanto, características dos frutos a periodicidade, a inalterabilidade da substância da coisa principal que os produz e sua separação

⁵⁴ Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery - Verificar nota 2 ao art. 95 CC

⁵⁵ Código Civil Comentado (Coordenador Min. Cezar Peluso - observação ao art. 95).

dessa mesma coisa principal. Quanto à origem, os frutos podem ser naturais, se renovados periodicamente em razão da força orgânica da coisa que os produz, industriais, se produzidos pela intervenção do esforço humano sobre a natureza, e civis, se constituídos por rendas derivadas da utilização de coisa frugífera por quem não lhe é proprietário. São exemplos: as colheitas, de frutos naturais, a produção de uma fábrica, de frutos industriais, e juros, aluguéis, foros, de frutos civis. No tocante ao estado, os frutos podem ser pendentes, se ainda unidos à coisa principal que os produziu, colhidos, ou percebidos, se já separados dessa coisa, percebidos, se ainda não colhidos, mas se já deveriam tê-lo sido, colhidos com antecipação, se percebidos antes do tempo próprio, e consumidos, se já não existirem por utilizados pelo possuidor.

Há de se ter em mente que os frutos naturais e industriais se consideram colhidos e percebidos logo que são separados da coisa que os produziu, enquanto os civis reputam-se colhidos dia por dia (art. 1.215 do CC).

Benfeitorias, por sua vez, são melhoramentos, obras ou despesas que se fazem em bem, móvel ou imóvel, próprio ou alheio, para conservá-lo, aumentar-lhe ou facilitar-lhe o uso ou, simplesmente, torná-lo mais agradável ou aprazível. É necessário que os melhoramentos e obras não resultem apenas de obra da natureza, já que não se consideram benfeitorias os melhoramentos ou acréscimos sobrevindos ao bem sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor (art. 97 do CC).

As benfeitorias classificam-se em necessárias, se tiverem por fim a conservação da coisa, evitando-lhe o perecimento ou deterioração, úteis, se aumentarem ou facilitarem o uso da coisa, e voluptuárias, se forem de mero recreio ou deleite, uma vez que tornam a coisa mais agradável ou aprazível.

A respeito desses tópicos, como já ressaltado anteriormente, o art. 1.826 do CC reza que, o possuidor da herança está obrigado a restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe as responsabilidades segundo a sua posse, observado o disposto no art. 1.214 a 1.222.

Já estudados os aspectos doutrinários necessários, cabe, agora, examinar a percepção dos frutos produzidos pela coisa reivindicada pelo herdeiro real enquanto ela esteve na posse do herdeiro aparente, a indenização das benfeitorias nela realizadas também na oportunidade em que esteve na posse desse último herdeiro e o seu direito de retenção em virtude da indenização perseguida, bem como a sua responsabilidade pela deterioração e perda da coisa.

Acerca dos arts. 1.214 a 1.216 do CC, que tratam da percepção dos frutos, deve-se consignar que o possuidor de boa-fé, *rectius*, o herdeiro aparente de boa-fé, tem direito, enquanto ela durar, aos frutos percebidos (art. 1.214). Os frutos pendentes ao tempo em que cessar a boa-fé, bem como os colhidos com antecipação a esse momento também devem ser restituídos ao herdeiro legítimo, assegurado, entretanto, ao herdeiro aparente o direito de abater do valor a ser restituído as despesas de produção e custeio. Esse abatimento objetiva evitar o enriquecimento sem causa do herdeiro legítimo, uma vez que, se a posse da coisa reivindicada com ele estivesse, para ele conseguir os frutos que lhe são restituídos teria a necessidade de ter aquelas mesmas despesas de produção e custeio.

Se, no entanto, o herdeiro aparente estiver de má-fé, responderá ele pelos frutos colhidos e percebidos durante todo o período em que foi possuidor de má-fé. Responderá, também, pelos frutos que, por culpa sua, deixou de perceber. A ele também assiste, em razão do mesmo motivo antes exposto, o direito às despesas da produção e custeio. Di-lo o art. 1.216 do CC.

Algumas observações a respeito desse dispositivo legal merecem ser consignadas.

A primeira delas refere-se à possibilidade de o herdeiro aparente, de início, estar de boa-fé que, em dado momento, se converte em má-fé. Nesse caso, ao tempo em que esteve de boa-fé emprega-se a disciplina do art. 1.214 e, a partir do momento em que se constituiu de má-fé, aplica-se o disposto no art. 1.216.

Há de se observar, também, que o ônus da prova da culpa de que se fala nesse art. 1.216 incumbe ao herdeiro aparente, já que na ausência dessa culpa reside o fato impeditivo do direito de o herdeiro real ver-se indenizado pelos frutos não percebidos.

Ainda, o *quantum* da indenização derivada dos frutos que, por culpa do herdeiro aparente, se deixou de perceber é calculado por arbitramento, segundo a quantidade de frutos que se podia perceber caso o herdeiro legítimo tivesse explorado a coisa dentro de critérios técnicos médios e comuns⁵⁶.

No que tange à indenização das benfeitorias e ao direito de retenção, tem-se, de início, que, por um lado, distinguir se a posse do réu, *scilicet*, do herdeiro aparente, era de boa ou má-fé e, de outro, classificar a benfeitoria cuja indenização se persegue.

De fato. Se de boa-fé, o herdeiro aparente tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis. Ainda, assiste-lhe o direito de retê-las, em razão do que pode ele conservá-las em seu poder até que seja cabalmente indenizado pelo herdeiro real. É o que reza o artigo 1.219 do CC. Por óbvio, adimplida a indenização fixada, cabe ao herdeiro aparente devolver a benfeitoria antes retida.

No tocante ao direito de retenção, já se ensinou que não é lícito ao juiz atribuir direito de retenção a quem quer que seja. Cabe-lhe, pois, tão-somente, declarar se justa ou injusta, legal ou ilegal a retenção exercida. A retenção é, então, de um direito negativo. Consiste na faculdade de sustar a entrega da coisa até que se indenize o retentor. Seus pressupostos são a detenção da coisa, a existência de um crédito do retentor e a relação de causalidade entre esse crédito e a coisa retida⁵⁷. Ausente qualquer um desses pressupostos, descabida será a retenção.

Também, esse direito de retenção deve ser exercido por meio de embargos de retenção por benfeitorias, previsto no art. 744 do CPC. Nada obsta,

⁵⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 1ª ed., 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 133.

⁵⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 26ª ed.. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, v. 3, p. 68.

entretanto, que, se não exercido tal direito, a indenização pelas benfeitorias realizadas na coisa reivindicada seja demandada por ação autônoma.

Quanto às benfeitorias voluptuárias, se também de boa-fé o herdeiro aparente, pode ele, se não lhe forem pagas, levantá-las, quando puder fazê-lo sem detrimento da coisa. Trata-se do *jus tollendi* deferido àquele herdeiro. Mas esse direito de levantar as benfeitorias voluptuárias exige dois requisitos cumulativos, a saber, o não pagamento da indenização por essas benfeitorias pelo reivindicante, *rectius*, herdeiro real, e a ausência de ofensa à integridade à coisa, da qual se pretende suprimirem as benfeitorias voluptuárias. Dessa forma, se não houver o pagamento e não puderem essas benfeitorias ser levantadas, o herdeiro aparente as perderá em favor do herdeiro legítimo.

Não se pode olvidar que as pertenças de que fala o art. 93 do CC não têm o mesmo tratamento dado às benfeitorias. Essas, acessórias que são ao bem principal, a ele aderem, pelo que ao herdeiro real são, conjuntamente ao bem principal, devolvidas quando restituído esse bem, restando, então, regra geral, ao herdeiro aparente, que as realizou, tão-só a indenização estudada, ainda que com direito de retenção. As pertenças, por seu turno, ao contrário, são bens que, não constituindo parte integrante do bem principal, se destinam, de modo duradouro, ao uso, serviço ou aformoseamento dele, em razão do que podem ser separadas e alienadas de per si. E, se tal podem, quando da restituição do bem principal, não há se cogitar em sua restituição vinculada a esse bem principal e respectiva indenização compulsórias.

Por outro lado, se o herdeiro aparente esteve de má-fé, ser-lhe-ão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias. Não lhe cabe, ainda, direito de retenção pela importância indenizatória dessas benfeitorias, nem o direito de ver-se indenizado pelas benfeitorias úteis, nem o de levantar as voluptuárias (art. 1.220 do CC). Aquelas e essas ficam para o herdeiro real como compensação do tempo em que ficou privado da posse dos bens restituídos, o que afasta eventual argumento de enriquecimento sem causa. O legislador deu, portanto, ao herdeiro aparente, possuidor de má-fé, severo tratamento. Deu-o justamente para punir a sua má-fé.

Acrescente-se que, se a posse do bem hereditário pelo herdeiro aparente foi em parte de boa-fé e em parte de má-fé, a indenização das benfeitorias se dará segundo a boa ou má-fé da ocasião em que elas foram realizadas.

Quanto ao pagamento da indenização, insta consignar que o valor das benfeitorias se compensa com o dos danos. Para tanto, levam-se em conta tanto aquelas quanto estas se existentes à época da restituição. Trata-se de hipótese de compensação legal, já que prevista no art.1.221 do CC.

Relativamente à fixação do *quantum* indenizatório das benfeitorias, mais uma vez urge identificar se o herdeiro aparente esteve de boa ou má-fé. No caso da boa-fé, o herdeiro real deverá indenizá-lo pelo valor atual das benfeitorias, pouco importando se esse valor na oportunidade seja maior ou menor do que o custo delas. Se de má-fé, o herdeiro real tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo (art. 1.222 do CC). Aqui, a existência da má-fé impõe punição ao herdeiro aparente, já que, por certo, a opção será pelo menor desses dois valores.

No que diz respeito à responsabilidade pela deterioração e perda do bem hereditário, de igual forma há de se considerar a boa ou má-fé do herdeiro aparente.

Se esteve de boa-fé na posse desse bem, o herdeiro aparente não responderá pela perda ou deterioração a que não der causa (art. 1.217 do CC). Então, por ser possuidor de boa-fé, detinha ele a coisa como se sua fosse, com *animus domini*, pelo que, para fins de indenização, eventuais perecimento ou estrago por ele não causados lhe são irrelevantes. Afinal, o herdeiro aparente cuidava do bem como se seu fosse e não foi ele o causador do dano. Assim, obrigado a restituir o bem hereditário ao herdeiro real, fá-lo-á no estado em que ele se encontre. Deve esse herdeiro real buscar a indenização, em consequência, junto ao causador do dano.

Ao contrário, se o herdeiro aparente de boa-fé foi o causador do dano, ele o causou em bem de terceiro, *rectius*, do herdeiro real, pelo que,

independentemente dessa boa-fé, deve indenizá-lo, tal como se indeniza em qualquer outra circunstância em que se lesam terceiros. O dano pode ter sido provocado por culpa ou dolo, já que a expressão *a que não der causa*, constante do art. 1.217, equivale a não ter agido com culpa ou dolo.

Mas se a posse do herdeiro aparente é de má-fé, responderá ele pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidentais. Di-lo o art. 1.218, 1ª parte do CC. Pune-se, aqui, outra vez, a má-fé. Nem mesmo o caso fortuito e a força maior são excludentes dessa punição. A segunda parte desse artigo, no entanto, exime o herdeiro aparente da indenização se provar que a perda ou deterioração de igual modo se teriam dado, estando o bem hereditário na posse do herdeiro real. Ressalte-se que o ônus dessa prova incumbe ao herdeiro aparente, uma vez que nela reside fato extintivo do direito do herdeiro real (art. 333, II CPC).

Por fim, insta considerar que, neste capítulo, ao herdeiro real se atribuíram direitos relativamente à percepção dos frutos, indenização por benfeitorias, direito de retenção e indenização por deterioração ou perda do bem hereditário. Esclareça-se que, apenas por questões didáticas, no corpo deste capítulo se mencionou herdeiro real. Na verdade, por herdeiro real deve-se entender todos aqueles que possuem legitimidade ativa para a propositura de ação de petição de herança.

Capítulo VI

EFEITOS DA SENTENÇA: RELAÇÕES ENTRE HERDEIRO REAL E TERCEIRO QUE COM AQUELE CONTRATOU

Julgado procedente o pedido inicial da ação de petição de herança, a qualidade hereditária de seu autor fica reconhecida, bem como a ele é determinada a restituição dos bens hereditários, ou de parte deles.

Há, entretanto, a possibilidade de esses bens já não mais estarem em poder daquele contra quem se moveu a dita ação. Isso porque foram eles alienados ou dados em pagamento de legado.

Cumprido, por conseguinte, estudar aquela alienação e esse pagamento.

No que tange à alienação dos bens hereditários, o artigo 1.827, **caput** do CC reza que o herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados.

Ainda, o seu parágrafo único determina, entretanto, que são eficazes as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé.

Por primeiro, há de se ressaltar que, na lição de Cristiano Chaves Farias, reconhecida a qualidade de herdeiro do autor da petição de herança em sentença transitada em julgado, deflui como efeito natural e principal a transmissão da titularidade do patrimônio deixado em seu favor, pelo que essa própria sentença impõe a restituição dos bens do acervo, o que torna desnecessária a propositura de qualquer ação outra para pleitear a titularidade dos bens ou mesmo a desconstituição da partilha⁵⁸. Não se pode, verdadeiramente, falar em transmissão, uma vez que ela se dá com a abertura da sucessão, pelo que se deve ter, com a sentença, o mero reconhecimento da titularidade daquele patrimônio.

Se a titularidade do patrimônio é, com a sentença dessa ação, reconhecida, desde logo e sem outros óbices, em favor de seu autor, cabe inquirir acerca da validade das alienações levadas a efeito pelo herdeiro aparente.

A resposta está vinculada à boa ou má-fé do herdeiro aparente e do terceiro adquirente, bem como à onerosidade ou gratuidade da aquisição.

Herdeiro aparente, por sua vez, repetindo o conceito antes já exposto, é aquele que se apresenta à vista de todos como o verdadeiro herdeiro. Assume, pública e notoriamente, a condição de herdeiro, e é reputado herdeiro legítimo, por força de erro comum ou geral⁵⁹.

Deflui dos dispositivos legais anteriormente citados que, se o terceiro adquirente estava de boa-fé, tendo sido a aquisição onerosa, não pode ele

⁵⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Incidentes à Transmissão da Herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos e petição de herança in Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. Ed. Del Rey. 2004. p.70.

⁵⁹ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 25ª ed., atual. (atualizador Zeno Veloso). São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, v. 7, p. 89.

ser molestado pelo herdeiro real, a quem se transmitiu a titularidade do domínio do bem por meio da ação de petição de herança.

Deve estar de boa-fé o terceiro adquirente. Estará ele de boa-fé se ignorar a existência de vício na aquisição por ele feita. E o vício reside justamente no seu desconhecimento de que o herdeiro que a si transmite o bem não é de fato herdeiro. Não importa a causa por que não no seja. Relevante é aquela ignorância sobre da verdadeira situação jurídica de quem se apresenta como herdeiro sem, no entanto, sê-lo.

A boa-fé do terceiro deve estar presente no momento em que ele adquiriu o bem hereditário. *Mala fidas superveniens non nocet*. Ainda, essa boa-fé não se presume. Deve ela ser provada. E o ônus da prova cabe ao terceiro adquirente, uma vez que na sua boa-fé reside fato impeditivo do direito de o herdeiro real ver restituídos a si os bens hereditários a ele alienados pelo herdeiro aparente. Aplica-se à espécie o disposto no artigo 333, inciso II do CPC. Eventual má-fé superveniente à aquisição é irrelevante para a validade do negócio jurídico.

E é em homenagem a essa boa-fé, de um lado, que não se molesta o terceiro adquirente.

Trata-se, na verdade, de aplicação da teoria da aparência, segundo a qual, se as partes contratantes estiverem de boa-fé, a alienação é válida, ainda que feita *a non domino*. No caso, o princípio de que ninguém pode alienar mais direito do que tem fica mitigado em prol do princípio da segurança nas relações jurídicas. O anexim *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* fica preterido, porque, se assim não no fosse, as relações jurídicas estariam, na espécie, invariavelmente comprometidas. Não se pode esquecer de que o adquirente de boa-fé, por erro comum, acabou por tomar uma situação de fato como se situação de direito fosse.

Dessa forma, a validade da aquisição por terceiro exige a presença cumulativa de três requisitos, a saber:

- o alienante tenha sido herdeiro aparente;
- a aquisição tenha sido dada a título oneroso; e
- o adquirente tenha agido de boa-fé.

As regras relativas as relações jurídicas havidas entre o herdeiro aparente a terceiro de boa-fé são aquelas mesmas previstas para as alienações onerosas de bens hereditários feitas pelo herdeiro indigno a terceiros de boa-fé, previstas no art. 1.817, *caput* do CC.

Diante disso, com fulcro nesse dispositivo legal, há de se ter por válidas não só aquelas alienações a terceiro de boa-fé, bem como os atos de administração legalmente praticados pelo herdeiro aparente.

Nada obsta, entretanto, que o herdeiro real, assim reconhecido na petição de herança, em razão de os bens hereditários estarem em poder daquele terceiro de boa-fé, se volte contra o herdeiro aparente, no art. 1.827, *caput* chamado de possuidor originário, pelo valor dos bens alienados, pouco importando sua boa ou má-fé.

Agora, ainda tratando-se de alienação onerosa, caso o terceiro adquirente, por ocasião da aquisição, tenha estado de má-fé, o que ocorre na hipótese de ele não ignorar o obstáculo à aquisição da herança ou de ter sido negligente na indagação das circunstâncias que ensejariam dúvida acerca de sua condição⁶⁰, ineficaz será a alienação. Mais uma vez, despidianda é a boa ou má-fé do herdeiro aparente.

⁶⁰ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998, p. 264 (atualizador Zemp Veloso).

E essa ineficácia, por seu turno, impõe sejam o herdeiro aparente e o terceiro adquirente, em litisconsórcio passivo necessário, responsabilizados pela restituição do bem alienado ou, se impossível, pelo seu valor. Deve-se acrescer a este valor a indenização pelos frutos e abater o das benfeitorias, resguardado eventual direito de retenção, e pelos frutos, tudo nos termos dos artigos 1.214 a 1.222 do CC.

Três são, portanto, os requisitos para a ineficácia do negócio jurídico, *rectius*:

- o alienante tenha sido herdeiro aparente;
- a aquisição tenha sido dada a título oneroso; e
- o adquirente tenha agido de má-fé.

Se, por outro lado, a alienação levada a efeito pelo herdeiro aparente foi gratuita, deve ela também ser tida por ineficaz. Isso deriva do fato de que, dada a gratuidade da aquisição, a sua ineficácia nenhum prejuízo trará ao adquirente. Ainda, essa ineficácia independe de ele estar de boa ou má-fé.

Nessa hipótese, a boa ou má-fé é, entretanto, relevante para a indenização das benfeitorias e para a percepção dos frutos, bem como ressarcimento por eventual deterioração da coisa. E por tais verbas respondem, segundo a boa ou má-fé de cada um, o herdeiro aparente e o terceiro adquirente. Aquela indenização e esse ressarcimento também são disciplinados pelas disposições dos artigos 1.214 a 1.222 do CC.

Finalmente, o herdeiro aparente, que de boa-fé houver pago um legado, não está obrigado a prestar o equivalente ao verdadeiro sucessor, ressalvado a este o direito de voltar-se contra quem o recebeu. Di-lo o art. 1.828 do CC.

A hipótese tratada diz respeito a pagamento de legado feito por herdeiro aparente de boa-fé, quando verdadeiramente, por causa outra, desconhecida desse herdeiro, indevido era o dito pagamento. A título de exemplo, imagine-se um testamento, com previsão de um dado legado em benefício de certa pessoa, que é revogado por outro que não prevê tal legado, cujo conhecimento, por parte do herdeiro aparente que pagou o legado, se dá, no entanto, apenas após esse pagamento.

No que tange ao herdeiro aparente que solveu de forma indevida o legado, aplicam-se as regras do pagamento ao credor putativo. Não se pode esquecer de que credor putativo é aquele que, aos olhos de todos, passa por verdadeiro credor, como o herdeiro ou legatário aparente⁶¹. E aqui o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda que depois se prove a ilegitimidade deste. Isso porque o direito não pode prescindir da aparência⁶².

Não se pode olvidar, contudo, que a validade desse pagamento está condicionada a dois requisitos, *rectius*, ter o *accipiens* a aparência de verdadeiro credor e estar o *solvens* de boa-fé⁶³. Despicienda a boa-fé do *accipiens* que recebeu o legado.

O pagamento feito nas condições do art. 1.828 do CC é tido por válido, pelo que aquele que indevidamente pagou não está obrigado a devolver ao monte-mor da herança o legado que pagou. E, se o verdadeiro sucessor não pode,

⁶¹ BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. São Paulo: Livraria Francisco Alves, 1917, vol. 4, p. 90.

⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 3ª ed., atual. São Paulo: Ed. Atlas, 2003, v. II, p. 186.

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, vol. II, p. 179.

nessas circunstâncias, legitimamente insurgir-se contra aquele que pagou, pode, entretanto, fazê-lo contra quem recebeu o legado.

E esse responderá segundo a sua boa ou má-fé. A sua responsabilidade abrange a deterioração e o perecimento do legado, bem como, se de má-fé, os frutos colhidos, inclusive por antecipação, e aqueles que, por culpa sua, deixou de colher. Sofrerá, também, o perdimento das benfeitorias voluptuárias que não puderem ser levantadas sem detrimento do legado. Se de boa-fé, terá direito, no entanto, aos frutos colhidos enquanto ela perdurar e à indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis, com direito de retenção, tudo na conformidade dos arts. 1.214 a 1.222 do CC.

Capítulo VII

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Anteriormente, estudaram-se as diversas ações relacionadas à sucessão *causa mortis*. Pôde-se, então, observar que as mais comuns são petição de herança, ação reivindicatória, anulação e nulidade de partilha, bem como rescisória de partilha, anulação e nulidade de testamento. Foram-lhes apresentados objeto e diferenças. O escopo desse estudo consistiu na diferenciação da petição de herança das demais ações pertinentes ao direito sucessório.

Aqui, estabelecidos os lindes de cada uma dessas ações, impõe-se o acréscimo de uma dissimilitude. Diz ela respeito aos seus prazos prescricionais e decadenciais, bem como à insuscetibilidade delas àqueles e a esses.

Daí é que se torna obrigatória uma digressão com objetivo de que se possam estudar ambos os institutos para, após, proceder a subsunção a eles de cada uma das ações de que se falou.

Numa exposição primeira das diferenças entre prescrição e decadência, pode-se afirmar que aquela é a definitiva consolidação de um estado de fato de que uma pessoa está gozando, oposto ao direito de outra, enquanto essa

conserva e corrobora um estado jurídico preexistente. Na prescrição, extingue-se a pretensão e, por via oblíqua, torna indefeso o direito dessa outra pessoa, antes defendido por essa pretensão extinta, não obstante o direito em si permaneça incólume. Com a decadência, aquele estado jurídico preexistente se torna hígido, pelo que não se pode mais contestá-lo, o que, por si só, em consequência, extingue a pretensão de vê-lo reconhecido nulo ou anulado.

Por outro ângulo, violado o direito, surge para seu titular a pretensão, que é a faculdade de se exigir o cumprimento do direito infringido, o que deve, porém, aperfeiçoar-se dentro do prazo prescricional previsto em lei, já que a pretensão se extingue pela prescrição. Dentro desse prazo, o exercício dessa faculdade pode ser obstado por meio da exceção de prescrição. Exemplificando: um herdeiro viola direito de outro herdeiro ao não incluí-lo na partilha. Descumprido o direito de esse último herdeiro ver-se nela incluído, nasce para ele a pretensão de ver-se incluído, a qual, entretanto, nos termos do art. 205 do CC, se extingue pela prescrição em dez anos. Se a lei, contudo, não previr prazo a pretensão será ela imprescritível.

O objeto da prescrição, em consequência, é tal exceção, que, não obstante seja mera defesa, se trata de uma preliminar de mérito, uma vez que, decidida, fica ela agasalhada pelo instituto da coisa julgada⁶⁴. Não é, portanto, matéria de defesa processual, a ser abordada antes da análise do mérito como causa extintiva sem a resolução deste.

Na decadência, ao contrário, não há se falar em violação do direito. Inexiste obrigação descumprida. Há apenas alguém que se apresenta como titular de certo direito facultativo. E esse direito se resume na possibilidade de o seu titular, também dentro do prazo prefixado em lei, insurgir-se contra a situação jurídica instalada. Trata-se de mera faculdade desse titular, uma vez que aquela

⁶⁴ Art. 269, IV do CPC.

situação jurídica não corresponde a um dever jurídico alheio, já que aqui não se tem qualquer violação de direito por parte do *ex adverso* do titular de que se falou.

Exemplificando: o erro, vício de consentimento que é, torna anulável a partilha amigável (art. 1.029, *caput* do CPC). O herdeiro que nele incidiu tem, em consequência, o direito de vê-la anulada. Esse direito, entretanto, se extingue, pela decadência em um ano, contado do trânsito em julgado da sentença homologatória (RT 733/193)⁶⁵. Extinto o direito, não mais se falará, por óbvio, em pretensão ou ação que o continue defendendo.

Observe-se que a situação jurídica instalada da qual se falou é aquela derivada do negócio jurídico, *rectius*, a relação jurídica existente entre os herdeiros advinda da partilha anulável. Logo, se o herdeiro, que incidiu em erro, contra a situação instalada não se insurgir no prazo legal, decorrido ele não mais poderá fazê-lo, consolidando-se ela, já que decaído estará o seu direito de insurreição.

O objeto da decadência é, então, o direito facultativo. Note-se que, como dito, esse direito não é aquele retratado pela situação jurídica instalada contra a qual o titular da faculdade pode rebelar-se. O objeto de que se fala é, sim, o direito de esse titular rebelar-se.

Quanto ao fundamento, tanto da prescrição quanto da decadência, deve-se tê-lo como o interesse maior da sociedade à certeza e segurança jurídicas. Não interessa, pois, à sociedade a instabilidade jurídica, se decorrido o prazo fixado em lei (ou pelas partes, no caso de decadência convencional, matéria que, entretanto, é estranha para o presente estudo), derivada da possibilidade de se poder, por um lado, exigir adimplemento de um direito que se diz violado (na hipótese de prescrição) ou, por outro, opor-se contra uma

⁶⁵ Não se desconhece que a doutrina e a jurisprudência entendem que o prazo, na hipótese, é prescricional. Ocorre, entretanto, que efetivamente esse prazo é decadencial.

situação jurídica consolidada, que se diz eivada de dada mácula (no caso de decadência).

Ainda, numa visão mais simples, o objetivo da prescrição é estabelecer um termo *ad quem* para o exercício da defesa de um direito violado, enquanto o da decadência é prefixar o tempo em que um direito pode ser eficazmente exercido.

Não se deve olvidar, também, que a prescrição tem necessariamente a sua origem na lei.

A decadência, por seu turno, pode, além da lei, provir de convenção das partes, consubstanciada em ato jurídico, unilateral ou bilateral, gratuito ou oneroso. Têm-se, então, respectivamente, a decadência legal e a convencional. Com relação à primeira, exemplos estão nos arts. 178, 501, 745 do CC, dentre inúmeros outros. Exemplifica a segunda delas a constituição de um direito opção, seja por testamento, seja por contrato, que deve ser exercido em dado prazo, igualmente estabelecido pelos interessados⁶⁶.

É certo que, na doutrina, já se defendeu a possibilidade de a decadência originar-se igualmente de determinação judicial. Cite-se, *verbi gratia*, a fixação pelo juiz de dado prazo para a prática de certos atos processuais, cuja falta venha a influir na relação jurídica discutida⁶⁷. Há de se entender, contudo, que nesses casos se tem o instituto da preclusão⁶⁸, que, conquanto afim ao da decadência, com ela não se confunde.

⁶⁶ O prazo da decadência convencional pode alterar para maior ou menor, desde que haja a aquiescência de todos os interessados.

⁶⁷ GUIMARÃES, Carlos da Rocha. *Prescrição e decadência*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1980, p. 111.

⁶⁸ Citando Chiovenda, Cahali afirma que *preclusão consiste na 'perda' duma faculdade processual por se haverem tocado os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo. A preclusão é a 'perda' da faculdade de propor questões, da faculdade de contestar (in Aspectos processuais da prescrição e da decadência. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979, p. 21).*

Cumpra, para arrematar as conclusões aqui expostas, e com atenção nelas, esboçar um recurso didático por meio do qual se consiga, de maneira fácil, diferenciar os institutos da prescrição e decadência.

Embasa-se ele na teoria da origem da ação. Se a pretensão, a ser deduzida em ação, na qual se defende o direito violado, nascer apenas quando da violação desse direito, dir-se-á que o prazo para o aforamento da respectiva ação é prescricional. Agora, caso a pretensão, pela qual se busca um dado direito, surja desde logo, com o nascimento do próprio direito que se persegue, o qual, portanto, já nasce eivado de mácula, o prazo é decadencial.

A título de exemplo, pode-se dizer que a pretensão de um herdeiro ver declarada essa sua qualidade e a si restituídos os respectivos bens hereditários só terá ação para se deduzi-la quando esse seu direito hereditário for lesionado (o que ocorrerá com a abertura da sucessão, já que antes não existe direito hereditário) e, cumulativamente, com a sua não inclusão na herança. Daí é que tão-somente na data da abertura da sucessão nascerá a ação de petição de herança que defenderá a qualidade de herdeiro e a inclusão deste na herança, que foram violados na medida e ocasião em que houve a preterição desse herdeiro. Tem-se, então, um prazo prescricional.

Mas o prazo será decadencial, se a ação competente para a defesa do direito nascer simultaneamente com o próprio direito. Tal ocorre, por exemplo, na hipótese de se querer ver anulado um negócio jurídico (partilha, por exemplo), realizado mediante fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, hipóteses em que a ação e o próprio direito à anulação nascem ao mesmo tempo. Veja o art. 178, II do CC. Quanto à anulação por coação, erro e dolo, há previsão específica no art. 1.029, parágrafo único do CPC.

Não se olvide, entretanto, que causas impeditivas de prescrição e decadência podem mascarar essa conclusão. Veja, pois, a ação que

defende o direito de anulação de partilha realizada sob coação nasce com o próprio direito à anulação. Há, contudo, na hipótese, uma causa impeditiva do curso do prazo decadencial, que cessará apenas quando do término da coação. Diante disso, o curso do prazo decadencial passará a correr, em razão dessa causa impeditiva, apenas quando a coação cessar e não da realização do negócio jurídico. Daí é que aparentemente, mas trata-se de mera aparência, direito e ação que o defende não têm origem concomitante. E essa causa impeditiva, nos termos do art. 207 do CC, está prevista no citado art. 1.029, parágrafo único, inc. I do mencionado estatuto processual.

Quanto ao pronunciamento judicial acerca da decadência e prescrição, a mais longeva doutrina já permitia ao juiz o reconhecimento *ex officio* do prazo decadencial. E assim continua até hoje. No tocante ao prazo prescricional, conquanto assim não no fosse até passado próximo, atualmente o art. 219, § 5º do CPC, com a redação que foi dada pela Lei nº 11.280/06, a exemplo do que ocorre com o prazo decadencial, autoriza que o juiz pronuncie de ofício a prescrição.

Não se pode olvidar que os prazos prescricionais e decadenciais, por estarem vinculados a princípios de ordem pública, não podem ser pelas partes alterados, seja para ampliá-los, seja para reduzi-los.

No entanto, há se consignar que alguns fatos obstam o regular curso dos prazos prescricional e decadencial. Constituem eles as chamadas causas preclusivas da prescrição e da decadência. É certo que esses óbices ora impedem, ora suspendem, ora interrompem o curso daqueles prazos. Têm-se, na verdade, aqui, respectivamente, as causas impeditivas, as causas suspensivas e as causas interruptivas, seja da prescrição, seja, quando o caso, da decadência.

Com relação às causas impeditivas, elas preexistem ao nascimento do prazo que deveria começar a correr, pelo que esse prazo nem mesmo se inicia. A pretensão, no aspecto prescricional, manter-se-ia, por conseguinte,

incólume. O direito, tratando-se de decadência, de igual forma, não poderia ser atacado.

As causas suspensivas, por sua vez, surgem após o nascimento do prazo, que, com a ocorrência delas, ficará suspenso. Então, corre-se determinado lapso de tempo do prazo para apenas aí, com o advento de uma dessas causas, ficar ele suspenso até que outro fato faça cessar essa suspensão, retomando-se o curso desse prazo.

Pode-se concluir, dessa forma, que ambas as causas têm a mesma consequência, *rectius*, a de obstar a fluência do decurso do prazo prescricional e, quando o caso, decadencial. Diferem elas tão-somente quanto ao seu termo *a quo*, já que as causas impeditivas nem deixam iniciar a fluência do prazo, enquanto as suspensivas, iniciada essa fluência, fazem-na cessar.

Não se deve olvidar que essa diferença implica, por óbvio, que o prazo, nas hipóteses de causas impeditivas, fluirá por inteiro quando cessadas essas causas, uma vez que antes dele nada correu, e que esse mesmo prazo, nas situações em que houver causas suspensivas, quando findas essas, voltará a correr pelo que faltava, em virtude de antes da superveniência da suspensão o prazo já ter corrido por um dado tempo, que não será desprezado no cômputo geral da contagem do prazo.

As causas interruptivas, por fim, que só podem ocorrer uma única vez (art. 202, *caput*), surgem quando o prazo já está fluindo. Na hipótese, é inutilizado o lapso temporal escoado até a ocorrência da causa interruptiva. Interromper é, portanto, inutilizar o prazo prescricional ou, se caso, o decadencial já escoado, apagando-lhes todo efeito produzido até o momento em que se verifica o fato interruptivo.

Daí, cessada a causa da interrupção, o tempo decorrido antes de seu surgimento deve ser tido por inexistente, em razão do que, depois do ato interruptivo, o prazo voltará a correr pelo tempo inteiro.

Feitas essas observações, há de se discorrer, por primeiro, sobre as causas impeditivas e as suspensivas, que estão elencadas nos arts. 197 a 200 do CC. Ressalte-se, por pertinente, que as causas impeditivas e suspensivas da prescrição são aplicadas à decadência legal apenas se houver expressa previsão legal para tanto. Di-lo o art. 207 do CC.

Segundo o art. 197, I, não corre a prescrição⁶⁹ entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal, entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, bem como entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores durante a tutela ou curatela.

Dessa forma, o casamento faz com que, entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal, não se inicie o prazo prescricional ou, se iniciado, fique ele suspenso. Dissolvida essa sociedade por uma das causas previstas no art. 1.571 do CC, o prazo prescricional correrá por inteiro, na hipótese de ele não ter ainda sido iniciado, ou voltará a correr pelo que faltava, no caso de ele ter sido suspenso em razão de as partes terem convolado núpcias.

No passado, discutiu-se se o desquite, hoje separação judicial, fazia cessar a causa da suspensão ou impedimento da prescrição. Discutia-se porque no Código revogado constava que a prescrição não corria na constância do matrimônio. Daí a pergunta que se propunha era *a separação judicial dissolve o matrimônio ou não?* Tal discussão hoje tornou-se desnecessária em virtude de o CC, de um lado, ter passado a ser expresso no sentido de que a prescrição não corre na constância da sociedade conjugal e de ele também, de outro, ser taxativo em

⁶⁹ As teorias desenvolvidas neste capítulo dizem respeito à prescrição, pelo que a referência sempre se fará a este instituto. É certo que elas também poderão dizer respeito à decadência, se houver para tanto previsão legal.

enumerar, no seu art. 1.571, a separação judicial como causa de dissolução dessa sociedade.

É certo que esse impedimento ou suspensão da prescrição deve ser entendido de forma restritiva. Está suspenso o curso do prazo prescricional, ou ele não se inicia, apenas em ações de um cônjuge em face do outro. Seu curso é, no entanto, normal naquelas ações de um dos cônjuges contra terceiro, ainda que se possa refletir responsabilidade do outro cônjuge.

Ainda, deve-se discutir se a separação de fato faz cessar os efeitos dessa causa suspensiva (ou impeditiva) em questão. A resposta é positiva. De fato. A doutrina tem ensinado que a razão jurídica de não correr a prescrição entre os cônjuges é a paz doméstica e o afastamento de motivos que possam levá-los à dissensão. Então, não sendo mais necessários a preservação da paz doméstica e o afastamento de qualquer desconfiança entre os cônjuges, já que separados de fato, não existirá também mais a razão que determinava a suspensão do curso do prazo prescricional, ou o óbice para que esse prazo se iniciasse.

Por outro lado, de igual forma poder-se-ia perquirir a existência de eventual suspensão, ou impedimento, derivada do fato de as partes encontrarem-se na constância de união estável. É certo que é reconhecida essa união como entidade familiar (CF, art. 226, § 3º). Não obstante, a união estável havida pelas partes envolvidas não pode ser vista como causa de suspensão ou impedimento do curso do prazo prescricional⁷⁰. Vê-la desta forma é o mesmo que proceder a uma interpretação analógica, o que não é admissível na espécie. Dizem, pois, os doutrinadores, de forma unânime, que o rol das causas impeditivas e suspensivas da prescrição é taxativo e não exemplificativo. E, por ser esse rol taxativo, não pode ser ampliado por analogia. Daí ser defesa a interpretação analógica.

⁷⁰ Em sentido contrário posiciona-se Carlos Roberto Gonçalves. Veja: *Prescrição: questões relevantes e polêmicas*, in *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Ed. Método, 2003, p.96.

Também não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar. O impedimento ou suspensão dá-se quer seja em ação de ascendente em face de descendente, quer seja em ação deste em face daquele.

Observe-se, por outro lado, que esse impedimento ou suspensão ocorre tão-somente entre parentes consangüíneos em linha reta que estejam sob vínculo do poder familiar, não se estendendo aos demais parentes em linha reta. Os afins, por exemplo.

Ainda, não corre a prescrição entre os tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores durante a tutela ou curatela. As razões de isso ocorrer derivam do fato de que ao tutor e curador cabem a administração e a defesa dos direitos do incapaz, pelo que não pode a lei deixar prescrever eventual direito que o pupilo ou curatelado tenham contra o tutor ou curador. No tocante ao tutor, e ao curador, sua tarefa é zelar pelos direitos do pupilo, ou curatelado. Daí ser inadmissível a prescrição de direito do incapaz contra o tutor ou curador, uma vez que, durante a tutela ou curatela, a esses caberia administrar o direito daquele e não contra ele ir.

O art. 198 do CC, por sua vez, também impede o curso da prescrição contra os absolutamente incapazes, contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios, bem como contra os que se acharem servindo às Forças Armadas em tempo de guerra. Há de se ter em mente que a prescrição que não corre é aquela contra as pessoas anteriormente mencionadas. Corre, contudo, em favor delas.

São, nos termos do art. 3º do CC, absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir a

sua vontade. Lembre-se, por outro lado, de que não é a interdição que leva à incapacidade. É a incapacidade que leva à interdição. Afinal, o vigente CC não exige a interdição como condição da incapacidade.

No tocante aos ausentes do País, é veraz que o legislador não previu a sua suspensão para aquele que presta serviço público para o Distrito Federal. Por tratar-se de evidente descuido do legislador, os funcionários distritais, se presentes os demais requisitos, devem ter suspensa a prescrição que contra si poderia estar em curso. O raciocínio aqui desenvolvido deriva de mera interpretação extensiva e não analógica. O legislador tratou, pois, dos três níveis das pessoas jurídicas de direito público interno. É descabido que não se entenda que, ao deixar de tratar do Distrito Federal, não tenha o legislador escrito menos do que pretendia.

Também não corre a prescrição contra aqueles que se acharem servindo nas Forças Armadas em tempo de guerra. A guerra aqui pode ser intestina ou externa. O privilégio compreende tanto os civis como os militares que estejam mobilizados a serviço da guerra. Ainda, podem eles estar no *front* ou na retaguarda, dando apoio àqueles que dela participam.

O art. 199 do CC, por seu turno, informa que não corre igualmente a prescrição pendendo condição suspensiva, não estando vencido o prazo e pendendo ação de evicção. Essas três situações impedem, na verdade, o nascimento da própria pretensão, pelo que, se não nascida, não pode a prescrição nem mesmo ter início. Ao contrário daquelas circunstâncias dos arts. 197 e 198, as quais podiam ser causas tanto impeditivas quanto suspensivas da prescrição, veja-se então que essas situações do art. 199 podem tão-somente ser causas impeditivas.

Dessa forma, o direito que esteja sujeito a uma condição suspensiva ainda não tem existência atual. Não é ele exigível. Não é ele um direito adquirido. Para tornar-se adquirido e exigível, é necessário que a condição

suspensiva se realize. E, enquanto isso não se dá, descabido falar em violação do direito que faz nascer a pretensão, a qual se extingue pela prescrição.

Não estando vencido o prazo, não corre de igual forma a prescrição. E isso é óbvio, já que, enquanto não vencido o prazo, o direito é inexigível, pelo que jamais será violado. Daí, não se pode vê-lo sujeito à prescrição. Afinal, por ser ainda inexigível, não há pretensão para buscar o seu adimplemento.

Se pendente ação de evicção, tem-se aí última causa impeditiva da prescrição dentre aquelas previstas no art. 199. Na ação de evicção, o seu autor reivindica do réu uma dada coisa. O réu, na hipótese de procedência do pedido dessa ação, perderá a coisa. Somente aí assistirá a esse réu, chamado evicto, o direito de demandar, contra aquele que para si transmitiu a coisa perdida, pela restituição do preço pago e reparação do dano. Então, enquanto não decidida essa ação em que se terá a perda da coisa, com trânsito em julgado, não corre a prescrição da pretensão de o seu réu ver-se ressarcido do dano derivado dessa perda.

Veja, pois, dessa maneira, que o direito do evicto em demandar nasce com o trânsito em julgado da decisão que lhe fora desfavorável, prolatada na ação de evicção, quando então igualmente se inicia contra si o curso do prazo prescricional dessa sua pretensão em ver-se restituído do preço pago.

O art. 200 do CC reza que, quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença. Essa causa impeditiva do prazo prescricional é, contudo, irrelevante para a matéria neste trabalho estudada.

Poder-se-ia, ao contrário, questionar a relevância das outras causas impeditivas e suspensivas. E todas elas a têm. De fato. Contra uma pessoa casada sob o regime da comunhão universal, a quem o seu cônjuge negue o direito hereditário dela, não corre o prazo prescricional da petição de herança na constância

do casamento. Igualmente não correrá esse prazo contra o descendente ou ascendente, durante o poder familiar, em igual ação em face do outro. Ainda, não terá curso o prazo prescricional, em circunstâncias semelhantes, de pretensão deduzida em ação de tutelado ou curatelado em face de seu tutor ou curador, durante a tutela ou curatela.

O autor das mencionadas ações derivadas do direito sucessório, se absolutamente incapaz, em razão do disposto no art. 198, I, também não terá preocupações com relação à prescrição de sua pretensão a ser articulada em ação de petição de herança e no que tange à decadência de seu direito em ver anulada uma dada partilha, uma vez que contra si, enquanto persistir a incapacidade absoluta, não correm os prazos prescricional e decadencial⁷¹.

As demais causas impeditivas e suspensivas, de igual forma, têm fácil aplicação nas ações de que ora se trata. Desnecessários, por conseguinte, exemplos de cada uma delas.

No tocante às causas interruptivas, o art. 202, I do atual CC reza que a interrupção da prescrição se dará por despacho do juiz, mesmo que incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual. Veja, ainda, nesse particular, que, completando o antigo CC, o art. 219, *caput* do CPC determina que a citação válida, dentre outros efeitos, interrompe a prescrição. Também, o § 1º desse mesmo artigo acrescenta que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação.

Poder-se-ia, então, questionar o que efetivamente interrompe a prescrição: o despacho que determina a citação ou ela própria, com a retroação dos seus efeitos ao ajuizamento da ação ?

⁷¹ Essa causa suspensiva e impeditiva do prazo prescricional também o é com relação ao prazo decadencial. Di-lo o art. 208 do CC.

Essa última hipótese deve ser acolhida. Deveras. Alguns são os argumentos em favor dessa posição. Um primeiro deles diz respeito ao fato de o regime jurídico da prescrição ser matéria de Direito Civil, pelo que é o seu respectivo código que deve dizer o que é prescrição, bem como quais são suas causas de interrupção, suspensão e impedimento. Mas o reconhecimento da prescrição em juízo é matéria de Direito Processual, em razão do que o seu código é aquele que deve disciplinar o processo judicial e, em conclusão, ordenar a ocorrência (e quando ela se dá) de uma dada causa de interrupção do prazo prescricional, de sua suspensão etc. Um outro argumento deriva de interpretação sistêmica de nosso ordenamento jurídico, seja o civil, seja o processual. Suposto o fundamento jurídico da prescrição não seja pena, castigo à negligência, ou mesmo proteção do devedor, é veraz que credor diligente não pode ser prejudicado com a estabilização das relações jurídicas em seu desfavor por consumada a prescrição entre o aforamento da ação e o despacho que determina a citação. E não pode porque tempestivamente propôs sua demanda.

Também, esse dispositivo do CPC consagrou a jurisprudência dos tribunais pátrios. Nesse sentido: STJ - 3ª T. - REsp nº 598.798/RS - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito - J. 6.9.2005 - v.u., dentre outros julgados.

Segundo o art. 202, II do CC de 2002, interrompe-se a prescrição pelo protesto, nas condições estudadas para a sua interrupção pelo despacho inicial, *scilicet*, ajuizamento da ação. Por primeiro, quanto a esse protesto, deve-se ressaltar que é ele o protesto judicial, medida cautelar prevista no art. 867 do CPC. O novo CC, com relação a essa matéria, no inc. III do citado artigo, inovou ao prever que o protesto cambial também interrompe a prescrição⁷². Ambas as causas de interrupção da prescrição me parecem, no entanto, de estudo irrelevante para o presente trabalho, uma vez que não se me visualizam situações práticas relativas às ações em estudo, em que poderiam elas ser aplicadas.

⁷² Revogada ficou, por conseguinte, a Súmula nº 153 do Supremo Tribunal Federal.

Ainda, o art. 202, incs. IV e V do CC também apresentam causa interruptiva. O inciso IV dispõe que o prazo prescricional se interrompe pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores, enquanto o inciso V reza que qualquer ato judicial que constitua em mora aquele que possua a herança é idôneo para interromper a prescrição.

Por fim, o art. 202 do CC, em seu inc. VI, dá como causa interruptiva da prescrição qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito do herdeiro excluído pelo possuidor da herança. Ressalte-se que, conquanto o ato inequívoco até possa ser extrajudicial, deve ele ser praticado por esse possuidor.

Não se deve olvidar, por fim, como já exposto anteriormente, que, nos termos do *caput* desse mesmo art. 202, a prescrição só pode ser interrompida uma vez. Isso ocorre porque o fundamento da prescrição é criar óbice à perpetuidade das ações. Dessa forma, caso a prescrição pudesse ser interrompida por um sem-número de vezes, por via oblíqua estar-se-ia anulando aquele fundamento da prescrição. Bastaria, pois, interrompê-la para que dessa interrupção exurgisse um novo prazo prescricional. Na seqüência, se esse novo prazo estivesse em via de terminar, proceder-se-ia à nova interrupção e assim sucessivamente, afastando por vez a possibilidade de se estabilizarem definitivamente as relações jurídicas.

Como antes dito, essas causas se aplicam à petição de herança, anulação de partilha, bem como rescisória de partilha e anulação de testamento. Não se deve esquecer, entretanto, que a petição de herança se sujeita à prescrição, enquanto as demais, à decadência. Tal circunstância significa dizer que à petição de herança, por ter prazo prescricional, se aplicam todas essas causas, mas às demais ações, por terem prazo decadencial, tão-somente, nos termos do art. 207 do CC, *a contrario sensu*, se houver expressa previsão legal.

Insta consignar os prazos, decadenciais ou prescricionais, de cada uma das ações, bem como os dispositivos legais que o regem.

Com relação à ação de petição de herança, segundo o artigo 205 do CC, a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. E, na hipótese, a lei não fixa prazo menor para essa ação. Então, na doutrina, tem-se concluído que o seu prazo prescricional se consuma após o decurso do decênio⁷³.

Acerca da prescrição da petição de herança, Caio Mário da Silva Pereira leciona que juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela. O problema esclarece-se com a distinção entre o *status*, que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda outra pretensão exigível (*anspruch*) prescreve. O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas, no sistema do novo CC (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança depois de decorridos dez anos da abertura da sucessão (petição de herança)⁷⁴.

Orlando Gomes, divergindo dessa conclusão, conclui ser a *petitio hereditatis* imprescritível. Isso decorre de sua natureza jurídica. Tendo ela natureza real, a exemplo da ação reivindicatória, a que se equipara, não prescreveria. Ainda, mesmo que se considerasse ela de natureza pessoal, de igual forma seria ela imprescritível, já que, por ser o seu objeto o reconhecimento de qualidade hereditária, essa qualidade não se perderia pelo não-uso, o que, mais uma vez, redundaria na sua imprescritibilidade.

Na verdade, sem prejuízo da imprescritibilidade da pretensão conferida ao herdeiro real, o herdeiro aparente, *rectius*, o possuidor da herança,

⁷³ ARAÚJO, Luciano Vianna. *A petição de herança*. DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueirêdo (coord.), São Paulo: Ed. Método, 2003, vol. 1, p. 481.

poderia usucapir os bens hereditários, se preenchidos os requisitos legais do instituto do usucapião⁷⁵. Dessa forma, se não consumado o usucapião, a procedência da petição de herança implicaria, independentemente do tempo decorrido, o recolhimento dos bens em favor do herdeiro real. Caso contrário, a *petitio hereditatis* tornar-se-ia inútil no tocante à sua conseqüência natural que é a restituição dos bens hereditários ao herdeiro real. Restar-lhe-ia, pois, a esse apenas o reconhecimento de sua qualidade de herdeiro.

Em razão disso, esse doutrinador assenta que não é a ação de petição de herança, *scilicet*, a pretensão nela deduzida, que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza⁷⁶.

Não obstante essa posição doutrinária, que neste trabalho se adota, a jurisprudência vê prescritível a petição de herança. Nesse sentido, a Súmula nº 149 do Supremo Tribunal Federal reza que *é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança*.

Ainda, àquele decêndio prescricional da petição de herança aplicam-se as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas, antes expostas, dando especial realce àquela em razão da qual não corre a prescrição contra pessoas absolutamente incapazes.

Não se olvide que esse prazo prescricional, segundo o CC revogado era de vinte anos (art.177 do CC/1916).

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 15ª ed. ver. e atual (atualizador Carlos Roberto Barbosa Moreira). Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2005, vol. VI, p. 68/69.

⁷⁵ Segundo o *Pequeno Vocabulário da Língua Portuguesa*, essa palavra é masculina. É certo que bons gramáticos admitem também a forma feminina. Esse é, por exemplo, o entendimento de Rocha Lima. O velho Código Civil, no entanto, adotou, em seu art. 550, para **usucapião**, a forma masculina. Agora, a novel Lei nº 10.257/01, denominada Estatuto da Cidade, utiliza-a na forma feminina. Assim também o faz o novo Código Civil.

⁷⁶ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 12ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 265 (atualizador Mário Roberto Carvalho de Faria).

Ainda mais, o prazo prescricional da petição de herança começa a ser contado a partir da abertura da sucessão. Afinal, antes dela não existe direito sucessório, pelo que não há se falar em petição de herança.

A ação reivindicatória, por seu turno, segundo parte da doutrina e legislação alienígena⁷⁷, a exemplo da petição de herança, é prescritível. E a prescrição, hoje, dá-se em dez anos (art. 205). Pelo CC revogado, essa prescrição era vintenária (art.177 do CC/1916).

Na verdade, deve-se, entretanto, ter por mais acertada a opinião, se não unânime, em ampla maioria, de que a pretensão deduzida nas ações reais, e a ação reivindicatória o é, a exemplo do que se expôs para a petição de herança, se extingue no prazo estabelecido para o usucapião, se consumado ele, já que, tendo havido a prescrição aquisitiva, incompatível é o pleito reivindicatório. Deveras, preenchidos os requisitos da prescrição aquisitiva, o prescribente é o novo titular do direito de propriedade do bem, pelo que o antigo titular, que é o autor da ação reivindicatória, não mais dono dele, o que, por si só, impõe a improcedência do seu pedido. Noutras palavras, o proprietário da coisa objeto da ação reivindicatória, dela desapossado, é quem tem legitimidade para propô-la. E a terá enquanto subsistir o seu direito de propriedade. Daí é que a sua pretensão será imprescritível até quando o seu direito de propriedade se mantiver hígido.

A ação anulatória de partilha tem prazo decadencial. Nos termos do art. 1.029 do CPC e do art. 2.027 do CC, esse prazo é ânua. Seu termo inicial, segundo aquele primeiro dispositivo legal, no caso de coação, será o dia em que ela cessou. Se a partilha derivou de erro ou dolo, o *dies a quo* será aquele em que se firmou a partilha. Finalmente, o início do prazo decadencial para anulação de partilha da qual tenha participado pessoa relativamente incapaz é o dia em que cessar essa incapacidade, que ocorrerá quando de sua maioridade ou de sua

⁷⁷ Art. 1.913 do Código Civil espanhol.

emancipação. Veja art. 1.029, § único do CPC⁷⁸. Caso a anulação da partilha se fundamente nos demais vícios de consentimento, *rectius*, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, o prazo decadencial é de quatro anos (art. 178).

A ação para anulação de testamento, prevista no art. 1.859 do CC, é de cinco anos, contados da data de seu registro. Esse prazo também é decadencial.

A ação rescisória da sentença que julga a partilha, fundada indiferentemente nos motivos elencados nos arts. 485 e 1.030 do CPC, tem prazo decadencial de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 495 do CPC).

Atente que esses prazos das ações de anulação de partilha e de anulação de testamento, por serem decadenciais, não correm contra absolutamente incapazes (art. 198, inc. I) Ainda, para a ação de anulação de partilha, a incapacidade relativa também é causa impeditiva desses prazos (art. 1.029, parágrafo único, inc. III).

As ações de nulidade de partilha e de testamento não são suscetíveis à prescrição e decadência. Na verdade, a pretensão delas é imprescritível, bem como é insuscetível de decadência o direito de se insurgir contra a validade da partilha e do testamento. Afinal, o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação e não convalida pelo decurso do tempo (art. 169 do CC). A partilha e o testamento são negócios jurídicos.

Sob a égide do CC anterior, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, nos termos do art. 177 daquele Código, era de vinte anos o prazo de prescrição da ação de nulidade do herdeiro que não foi parte no ato de partilha.

⁷⁸ Esse dispositivo fala em prescrição, quando verdadeiramente o prazo é de decadência, tal como se apresenta no art. 2.027 do CC.

Tratava-se de prescrição *longi temporis*. Nesse sentido: REsp 45.693-2, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU, 13.2.95, p. 2.242.

Não obstante o acerto desse entendimento quando do Código revogado, é veraz que não pode prevalecer essa posição no tocante às nulidades (e não anulabilidades) ocorridas na vigência do Código de 2002. E essa discordância deriva de o atual Código, em seu artigo 169, como já dito, ser expresso no sentido de que o negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. Anote-se que negócio jurídico é gênero no qual se inclui a partilha.

Capítulo VIII

DIREITO INTERTEMPORAL

Este capítulo objetiva analisar as relações concernentes aos prazos prescricionais, previstos no novo CC em face de seus correspondentes disciplinados no Código anterior, naquelas hipóteses em que neles houve alteração, principalmente em tendo eles sido reduzidos. Na verdade, aqui, em especial, interessa o prazo prescricional de vinte anos, disciplinado pelo art. 177 do CC/1916, que foi reduzido para dez anos, segundo o art. 205 do vigente CC. Isso porque são esses os prazos prescricionais da petição de herança, anteriormente estudados.

Essas situações e outras que igualmente tiveram seus prazos modificados, nas quais o *dies a quo* de seus prazos ocorreu na vigência do Código Civil de 1916, impõem um estudo mais acurado. Afinal, no que tange, exemplificando, a uma pretensão do herdeiro em ver reconhecida essa sua qualidade e restituídos a herança a si devida, cujo prazo prescricional, como já exposto, ocorria, sob a égide do Código revogado, em vinte anos, contados da abertura da sucessão, sendo esse prazo, agora, no novo Código, de dez anos, poder-se-ia questionar: decorridos, sob a égide do Código de 1916, quinze anos, com o advento do novo Código, que estabeleceu um decêndio para a prescrição, estaria prescrita a pretensão do herdeiro ? Em não estando, qual o tempo necessário para que tal

ocorra ? E, se cumpridos, na vigência do Código anterior, quatro anos, qual seria o período faltante para a consumação do prazo prescricional ?

Essas questões, por si sós, justificam o estudo mais acurado de que se falou.

Com esse mister, no que se refere aos prazos reduzidos pelo novo CC, urge invocar o seu art. 2.028. Esse dispositivo, utilizando-se de uma linguagem direta⁷⁹, reza que os prazos, que foram reduzidos pelo novo CC, serão os da lei revogada se na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei anterior.

Então, para a perfeita aplicação desse citado art. 2.028, insta, por óbvio, estabelecer a data da efetiva entrada em vigor do novo CC.

Para se fixar o termo *a quo* da vigência do novo CC, deve-se levar em conta o entendimento da expressão *um ano* de que fala o seu art. 2.044. Essa expressão *um ano* será decodificada como sendo 365 dias. Desde logo, ressalte-se que há de se observar o disposto no art. 8º, § 1º da Lei Complementar nº 95/98. Dessa forma, conta-se o dia da publicação, que foi 11 de janeiro de 2002, e inclui-se o último dia daquele período anual, o que dará 10 de janeiro de 2003 como 365º dia. Daí, a vigência do Código se dará em 11 de janeiro de 2003, dia subsequente ao da consumação integral do período ânua⁸⁰.

Fica, por conseguinte, adotado como data inicial da vigência do CC/2002 o dia 11 de janeiro de 2003.

⁷⁹ Na verdade, o art. 2.044 do novo CC deveria ter preferido essa linguagem direta em vez da ordem inversa por ele utilizada, já que a ordem lógica, clareza e precisão na redação das disposições normativas é hoje uma exigência imposta pelo art. 11, *caput* da Lei Complementar nº 95/98.

⁸⁰ Para se obter os limites desse período de 365 dias, assim se computaram os dias: janeiro - 21 dias, incluindo o dia 11; fevereiro - 28; março - 31; abril - 30; maio - 31; junho - 30; julho - 31; agosto - 31; setembro - 30; outubro - 31; novembro - 30; dezembro - 31 e janeiro - 10, incluindo o dia 10, o que perfaz os 365 dias.

Dirimida a dúvida quanto ao termo *a quo* de vigência do novo Código, consigne-se que merecem especial atenção aqueles prazos em que houve redução.

Da leitura do art. 2.028 do CC facilmente deflui que os prazos reduzidos foram agrupados em dois blocos. No primeiro deles, estão reunidos os prazos, cujo lapso temporal tenha transcorrido por mais da metade do tempo estabelecido pelo Código de 1916 na ocasião do início da vigência do novo Código, enquanto no outro, os prazos, cujo lapso temporal nessa oportunidade tenha escoado apenas metade ou menos do tempo fixado pela legislação revogada.

O decurso ou não, na data de início da vigência do Código de 2002, de mais da metade do tempo disciplinado para certo prazo é, portanto, a marca que determina a aplicação do lapso temporal previsto na lei de 1916 ou a sua forma reduzida pela atual legislação.

Se o prazo reduzido pertencer, pois, àquele primeiro bloco, o seu tempo será o fixado pelo antigo Código. Ao contrário, se o prazo reduzido se filiar ao segundo bloco, o seu tempo será o estabelecido pela lei vigente.

Há de se ponderar que o termo *a quo* da contagem dos prazos reduzidos, que se utilizam do tempo estabelecido pelo novo Código, deverá ser na data de vigência dessa novel legislação. Não se computará, portanto, na espécie, o prazo decorrido sob o mando da lei revogada.

Quanto a esse início da contagem do tempo, conquanto não se refiram às ações de que se falou, mas a situações similares pretéritas, no diapasão do ora asseverado estão RT 419/204, bem como RE 79.327-5-SP. Esse recurso especial dirimiu o impasse criado com o advento do Código Tributário Nacional, que em seu art. 174 reduziu para cinco anos o prazo para a ação de cobrança de crédito tributário, contados da data da sua constituição definitiva. Até então

prevalecia aquele prazo do art. 177 do antigo CC⁸¹. Nesse particular, cite-se o RE 79.327-5-SP do Supremo Tribunal Federal⁸²: *Prescrição. Direito intertemporal. Caso em que o prazo prescribente fixado na lei nova é menor do que o prazo prescricional marcado na lei anterior. Feita a contagem do prazo prescribente marcado na lei nova (isso a partir da vigência dessa lei), e se ocorrer que ele termine antes de findar-se o prazo maior fixado na lei anterior, é de se considerar o prazo menor previsto na lei posterior, contado esse prazo a partir da vigência da segunda lei.*

Consigne-se, ainda, que os prazos decadenciais previstos na legislação anterior não podem ser modificados pela posterior. Daí é que os prazos decadenciais alterados pelo novo CC são inaplicáveis à decadência, cujo termo *a quo* se tenha dado sob a égide do Código revogado.

De fato. A decadência passa a ter relevância no momento em que uma dada pessoa adquiriu a faculdade de se rebelar, e deve fazê-lo dentro do prazo prefixado para tanto, contra uma situação jurídica instalada. Essa faculdade constitui, então, um direito adquirido, pelo que não pode ela, nem o prazo para o seu exercício, ser modificado por lei posterior. A prescrição, ao contrário, somente se constituirá em direito adquirido depois de consumada, já que antes era uma mera expectativa de direito.

Então, se decadencial o prazo, desde o seu início o titular do direito já o tem como direito adquirido, enquanto, se prescricional, esse titular o terá como tanto somente após ter ele decorrido. Daí alterações legislativas quanto ao prazo não podem ser aplicadas ao prazo decadencial em curso, mas o podem no tocante ao prazo prescricional.

⁸¹ Art. 177. *As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em 20 (vinte) anos, as reais em 10 (dez), entre presentes, e entre ausentes em 15 (quinze), contados da data em que poderiam ter sido propostas.*

⁸² Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>>. Acesso em: 12 fev. 2007.

Com relação às causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição e também da decadência, regulam-se elas pela vigente ao tempo em que se verificarem. Dessa forma, se, embora previstas pela legislação revogada, uma dada causa suspensiva deixar de sê-lo pela atual⁸³, incontinênti o prazo voltará a ter o seu curso normal. E, ao contrário, conquanto não disciplinadas pela lei antiga, se o foi pela vigente⁸⁴, o curso do prazo de imediato cessará ou se interromperá. Nesse sentido, é também a posição de Câmara Leal⁸⁵.

Casos práticos. Para facilitar o entendimento do que aqui se expôs, serão na seqüência expostas algumas situações intertemporais que poderão surgir no dia-a-dia forense, bem como a solução que a elas deve ser dadas.

(1) João Batista falece no dia 15 de agosto de 1994. Cássia, em face dos herdeiros de João Batista, aforou em 15 de setembro de 2005 ação de investigação de paternidade c.c. petição de herança. Na sua defesa, esses herdeiros argüiram prescrição da pretensão relativa à petição de herança. Deve-se acolher esse argumento? Não. O prazo em questão foi reduzido pelo atual CC de vinte anos (art. 177 do Código revogado) para dez anos (art. 205 do novo Código). Logo, aplica-se à hipótese o art. 2.028 do Código de 2002, já que, até a data de início da vigência do novo Código, ainda não tinha decorrido mais da metade do lapso temporal do prazo. Isso significa que o prazo prescricional de dez anos começa a correr em 11 de janeiro de 2003, dia em que começou a vigor o novel Código.

(2) Imagine-se, contudo, que o falecimento tenha ocorrido em 15 de agosto de 1985, com o ajuizamento da ação de investigação de paternidade c.c. petição de herança também em 15 de setembro de 2005. Deve-se acolher a alegada prescrição? Sim. Agora, na data de início da vigência do novo Código já tinha escoado mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada, que era de vinte anos. Então, nos termos do citado art. 2.028, o prazo é aquele fixado pelo

⁸³ Art. 168, IV do CC de 1916, por exemplo.

⁸⁴ Art. 202, III do vigente CC, por exemplo.

⁸⁵ LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, p. 91.

Código de 1916, computando-se o tempo decorrido sob a égide da lei anterior. A prescrição, por conseguinte, consumou-se em 15 de agosto de 2005.

(3) E se o falecimento tivesse ocorrido em 14 de agosto de 1982 com o ajuizamento da ação de investigação de paternidade c.c. petição de herança no dia 15 de setembro de 2003, a prescrição alegada pelos herdeiros deveria ser acolhida? Sim. Em razão da data da abertura da sucessão, a prescrição ocorreu em 14 de agosto de 2002. E o advento do novo Código não revivifica o prazo prescricional.

(4) Em 20 de dezembro de 1993, transitou em julgado sentença que decidiu partilha litigiosa. O prazo de caducidade do direito de Luiz Antônio, herdeiro que não foi parte no processo de inventário, era de vinte anos pelo Código revogado. Em 20 de fevereiro de 2004, esse herdeiro ingressou com ação de nulidade de partilha, com a alegação de que seu direito é insuscetível à decadência. Pergunta-se: há de se acolher esse argumento ? Não. O prazo decadencial é aquele segundo a lei vigente na oportunidade de seu termo *a quo*. Pouco importa que lei posterior altere esse prazo ou se o direito, antes suscetível à decadência, não mais o for. Logo, o direito de Luiz Antônio decaiu em 20 de dezembro de 2003, sendo irrelevante que nessa oportunidade já vigesse o novo Código.

INDICAÇÕES BIBLIOGRÁFICAS

AJURIS. Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. 30, Ano IX - 1984, março.

ALVES, Wilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência*. Campinas: Ed. Bookseller, 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. *Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis*. **In** Revista dos Tribunais. São Paulo: Ed. RT, vol. 744, outubro 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Sucessões*, 5ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1975, vol. IX.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Francisco Alves, 1916.

_____. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Francisco Alves, 1929.

CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Curso Avançado de Direito Civil*. 2ª ed., rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2003.

CAHALI, Yussef Said. *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*. Rio de Janeiro: Ed. RT, 1979.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *A nova execução de sentença*. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ed., 2006.

CARVALHO SANTOS, J.M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Livraria Freitas Bastos, 1980.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol.X, arts. 1.103 a 1.220, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CATEB, Salomão de Araújo. *Direito das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Ed. Atlas S/A., 2007.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

DELGADO, Mário Luiz e ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*, São Paulo: Ed. Método, 2003, vol. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º e 6º Vols.: Teoria Geral do Direito Civil, 24ª ed. rev e atual, São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*. Artigo: Incidentes à Transmissão da Herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos e petição de herança. HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). Ed. Del Rey. 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1957.

_____. *Sucessões*. 12ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. VII: Direito das sucessões, São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 2, 17ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

HIRONAKA, Giselda M. F. Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Ed. Saraiva, vol. 20, 2003.

HOUAISS, Antônio e outros. *Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2001.

HUMBERTO, Theodoro Júnior. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. III. ed. Universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

IASP. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. nova série, Ano 6, nº 12, julho-dezembro, 2003.

LEAL, Antônio Luiz da Câmara. *Da prescrição e da decadência*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1959.

LIMONGI FRANÇA, R. *Direito intertemporal brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

MARKY, Thomas. *Curso elementar de Direito Romano*. 7ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1972.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. *Direito Civil Comentado*. São Paulo: LTr, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Direito intertemporal ou teoria da retroatividade das leis*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1955.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das Ações*. Tomo VII: Ações Executivas, 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 24ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código de Processo Civil*. 39ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito de Herança: a nova ordem da sucessão*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACHECO, José da Silva. *Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária*. 7ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 5ª ed. rev. e atual., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol.VI: Direito das sucessões, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA LIMA, Carlos Henrique da. *Gramática normativa da Língua Portuguesa*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1972.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 32ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, João Manuel de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol.XXII: Direito das sucessões (arts. 1.572-1.631), 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

SANTOS, Ulderico Pires dos Santos. *Prescrição – doutrina, jurisprudência e prática*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

SERPA LOPES, M. M. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982.

TEIXEIRA, José Guilherme Braga *in Imprescritibilidade da ação de reivindicação*, publicado na Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, ano 19, Abril-Junho/1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova.*
TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

SANTOS, Ulderico Pires dos Santos. *Prescrição – doutrina, jurisprudência e prática.* Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1990.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil. Vol.7: Direito das sucessões, 7ª ed.* São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2007.

VIANA, Marco Aurélio S. *Da Ação de Petição de Herança.* São Paulo: Saraiva, 1986.

ZACLIS, Lionel. *Petição de Herança. In* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. São Paulo: Ed. RT, vol. 12, julho-dezembro 2003.