

SEMEL HERES SEMPER HERES: A INFLUÊNCIA DA NATUREZA JURÍDICA DA PETIÇÃO DE HERANÇA SOBRE O PRAZO EXTINTIVO DA PRETENSÃO HEREDITÁRIA

GILBERTO FACHETTI SILVESTRE¹

LORENZO CASER MILL²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. PETIÇÃO DE HERANÇA: QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS. 3. A DISCUSSÃO QUANTO À APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL GERAL DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL À PRETENSÃO DA PETITIO HEREDITATIS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

RESUMO: Trata-se de pesquisa que objetivou verificar se a pretensão hereditária discutida na *petitio hereditatis* é ou não prescritível no prazo geral de dez anos do art. 205 do Código Civil. A pesquisa se desenvolveu pelo método dedutivo. Teve como premissas que a natureza jurídica da ação de petição de herança lhe confere uma eficácia declaratória-condenatória, bem como que ela é uma ação real universal imobiliária e se assemelha à *rei vindicatio*. A partir disso, foi possível formular uma conclusão geral, qual seja, a imprescritibilidade da pretensão hereditária do herdeiro preterido no inventário e na partilha. As investigações apuraram, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido diverso daquela conclusão, constituindo jurisprudência

¹ Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Coordenador dos Grupos de Pesquisa “Desafios do Processo” e “Medicina Defensiva” (PPGDIR/UFES); Advogado. www.desafiosdoprocesso.ufes.br. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

² Acadêmico de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Pesquisador de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq); Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Desafios do Processo” (PPGDIR/UFES). E-mail: lorenzo.cm@hotmail.com.

quanto à prescrição da pretensão da ação de petição de herança. E, justamente por isso, essa pesquisa elaborou o presente material, a fim de fornecer argumentos hermenêuticos como forma de refletir e de confrontar esse entendimento que está consolidado, mas que pode ser modificado por um outro ponto de vista.

PALAVRAS-CHAVE: Petição de herança. Natureza jurídica. Ação condenatória-declaratória. *Rei vindicatio*. Prescrição.

SEMEL HERES SEMPER HERES: THE INFLUENCE OF THE LEGAL NATURE OF PETITIO HEREDITATIS ON THE EXTINCTION PERIOD OF THE HEREDITARY CLAIM

ABSTRACT: This research aimed at verifying whether or not the hereditary claim discussed in the *petitio hereditatis* is prescribable within the general ten-year term of art. 205 of the Brazilian Civil Code. The research was developed using the deductive method. It was based on the premise that the legal nature of *petitio hereditatis* confers on it a declaratory-condemand effectiveness, as well as that it is a real estate universal action and resembles the *rei vindicatio*. From this, it was possible to formulate a general conclusion, that is, the imprescriptibility of the hereditary claim of the heir neglected in the inventory and partition. The investigations also established that the jurisprudence of the Superior Court of Justice is in the different sense of that conclusion, constituting jurisprudence as to the prescription of the claim of *petitio hereditatis*. And, precisely for this reason, this research elaborated the present material in order to provide hermeneutic arguments as a way to reflect and confront this understanding that is consolidated, but that can be modified by another point of view.

KEYWORDS: *Petitio hereditatis*. Legal nature. Condemnatory-declaratory action. *Rei vindicatio*. Prescription of the claim.

1 INTRODUÇÃO

Considerada a regra da transmissão automática da herança por força da *saisinée* — *i.e.*, uma transmissão *ipso jure* —, os herdeiros auferem todo o patrimônio do *de cujus* no instante de sua morte. *Pari passu*, segue-se o

procedimento de inventário e partilha que porventura fixará o quinhão de cada herdeiro.

Pode ocorrer, entretanto, que, fortuitamente e em detrimento do legítimo sucessor, os bens hereditários sejam transmitidos a um *penitus extraneus* sem título sucessório, ou seja: um indivíduo legalmente estranho à sucessão apreender a herança ou parte dela. Outra anomalia é a possibilidade de transmissão da herança a indivíduos portadores do título sucessório, mas que serão deixados à margem da universalidade que significa o acervo hereditário e serão preteridos pelos outros sujeitos igualmente investidos nessa situação jurídica de herdeiro. Para solucionar essas circunstâncias anômalas à transmissão e à partilha da herança, o ordenamento jurídico prevê a *petitio hereditatis* (ou ação de petição de herança).

Ocorre que a Terceira e a Quarta Turmas do Superior Tribunal de Justiça têm jurisprudência consolidada no sentido de que a pretensão hereditária, a ser discutida no âmbito de uma petição pelo herdeiro preterido, é passível de prescrição no prazo geral de dez anos (art. 205 do Código Civil).

Mas, ao analisar a natureza jurídica da ação de petição de herança e sua similitude com as pretensões reipersecutórias, especialmente a *rei vindicatio*, a pesquisa concluiu, por raciocínio dedutivo, que há um equívoco hermenêutico em se entender pela prescrição da pretensão hereditária.

Nesse sentido, a pesquisa se desenvolveu sob a perspectiva de uma revisão bibliográfica sobre a classificação e a eficácia das ações a partir das *teorias ternária e quinária*, dando especial enfoque à *teoria da eficácia preponderante da mandamentalidade* ou *teoria da constante quinze* de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. Outrossim, procedeu a uma pesquisa quali-quantitativa para atualizar o entendimento do STJ em torno da matéria.

O método de desenvolvimento para confirmação da hipótese foi o dedutivo. A primeira premissa é que a natureza jurídica da ação de petição de herança lhe confere uma eficácia declaratória-condenatória; e a segunda é que se trata de uma ação real universal imobiliária semelhante à *rei vindicatio*,

podendo ser compreendida a partir da *regolæ juris* da *perpetuatio proprietatis-dominii*. A partir disso, foi possível formular uma conclusão geral, qual seja, a imprescritibilidade da pretensão hereditária do herdeiro preterido no inventário e na partilha.

Contudo, a investigação quali quantitativa no âmbito das Terceira e Quarta Turmas verificou que a *ratio decidendi* do Superior Tribunal de Justiça é em sentido diverso da conclusão da pesquisa, constituindo jurisprudência quanto à prescritibilidade da pretensão da ação de petição de herança. E, justamente por isso, essa pesquisa elaborou o presente material, a fim de fornecer argumentos hermenêuticos como forma de refletir e confrontar esse entendimento que está consolidado, mas que pode ser modificado por um outro ponto de vista.

2 PETIÇÃO DE HERANÇA: QUESTÕES MATERIAIS E PROCESSUAIS

Preliminarmente, a título de premissa, deve-se analisar que, a partir da classificação tradicional da Teoria Geral do Direito Civil, Giuseppe Chiovenda segmentou os direitos subjetivos em duas principais categorias, a saber:³

- *direitos prestacionais*, cuja finalidade é a obtenção de um bem da vida a se conseguir mediante prestação, positiva ou negativa, por parte de outrem sob estado de sujeição; e
- *direitos potestativos*, compreendendo o poder — derivado de lei e exercível mediante declaração de vontade — de influir sobre a condição jurídica de outrem, sem a necessidade de qualquer concurso volitivo.

Dentre os direitos prescricionais, o exemplo mais comum são os direitos reais e os direitos obrigacionais ou de crédito, também denominados pessoais.

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1988, p. 26-30.

Em ambos os casos, vê-se um do dever de conduta comissiva ou omissiva — *erga omnes* ou *inter pars*, respectivamente — que alicerça sua existência.

Já quanto aos direitos potestativos, são exemplos o divórcio e a revogação de mandato. Neles, a tendência é a “produção de um efeito jurídico a favor de um sujeito e a cargo de outro, o qual nada deve fazer, mas nem por isso pode esquivar-se àquele efeito, permanecendo sujeito à sua produção”.⁴

O reconhecimento da categoria dos direitos potestativos acabou por promover uma modificação na classificação das ações: passou-se da tradicional ideia romana atida à natureza do direito e cuja defesa se pretendia com o exercício da ação (ações reais, pessoais, mistas e prejudiciais) para uma noção que preza pela natureza do pronunciamento judicial pleiteado, de acordo com a eficácia a ser produzida.⁵

O direito de ação — ou a ação propriamente dita — não deve se intrinchar com o direito-poder que se afirma ter quando é exercitado o direito de ação. Fredie Didier Jr. pontua que “o direito afirmado compõe a *res in iudicium deducta* e pode ser designado como o direito material deduzido em juízo ou a ação material processualizada”, enquanto o direito de ação não se vincula a nenhum tipo de direito material afirmado, tornando-se abstrato.⁶ No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Carlos Araújo e Cândido Rangel Dinamarco definem que “o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado, no entanto não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor ou quando uma sentença injusta a acolhe”.⁷

Dado que a finalidade do processo é justamente a realização do ordenamento jurídico, é adequado perceber, adotando-se um critério processual — mas não totalmente alheio ao plano material —, o teor da ação como precursor da natureza do provimento judicial que se almeja, o qual, este sim, tem

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., 1998, p. 31.

⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, p. 343-375, abr-jun 2016, p. 5-6.

⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 284.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antônio Carlos; DIMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 267-268.

o condão de infirmar o direito material e de conceder o bem jurídico pretendido. Sobre isso, escreve Ovídio Araújo Baptista da Silva:⁸

Quando se diz que as ações — e as respectivas sentenças de procedência — podem ser declaratórias, constitutivas ou condenatórias, está-se a indicar ações de direito material afirmadas existentes, na correspondente petição inicial, e que na perspectiva da relação jurídica processual concreta onde elas se apresentam não serão mais do que simples hipóteses de trabalho com que o magistrado se depara.

Existem substanciais diferenças entre as ações *declaratória*, *condenatória* e *constitutiva-desconstitutiva*, de acordo com a *teoria ternária* de Giuseppe Chiovenda⁹. O mesmo ocorre na teoria *quinária*, que pugna pela existência, ainda, das ações mandamentais e executivas, que seriam espécies de ação condenatória, guardando diferença apenas no modo de cumprimento e de realização (declaram a existência da situação e ordenam a uma parte o cumprimento de prestação em favor da outra).^{10,11}

A ação declaratória é a que versa sobre o ser ou não-ser a relação jurídica, isto é, se há vínculo jurídico entre dois sujeitos de direito. Já a ação *constitutiva-desconstitutiva* (constitutiva-positiva e constitutiva-negativa), via de regra, é destinada ao exercício da pretensão de uma tutela jurídica. Quando a ação constitutiva-desconstitutiva é ligada imediatamente ao direito, não há, no plano da *res in judicium deducta*, pretensão constitutiva; e a ação de condenação supõe que aquele ou aqueles, a quem ela se dirige, tenham praticado ilicitude lesiva.¹²

⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 92-93.

⁹ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 652; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2010, pp. 525-526.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, ob. cit., 2010, p. 526.

¹¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil*. Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 184.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 118-122.

Em outras e breves palavras — parafraseando a classificação de Ovídio Araújo Baptista da Silva¹³ em relação às sentenças —, a ação será:

- *declaratória*: quando a pretensão material do autor seja dirigida a obter a simples declaração de existência ou inexistência de uma determinada relação jurídica;
- *constitutiva-desconstitutiva (constitutiva-positiva e constitutiva-negativa)*: quando objetivar a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica; e
- *condenatória*: quando colime a simples condenação do demandado a cumprir uma obrigação, formando um título executivo.

Daí que as ações condenatórias notoriamente se correlacionam aos direitos prescricionais, porquanto um dos pressupostos de tal categoria de ação é “a existência de uma vontade de lei que garanta um bem a alguém, impondo ao réu a obrigação de uma prestação. Por consequência, não podem jamais dar lugar a sentença de condenação os direitos potestativos”.¹⁴

Nessa linha, as ações constitutivas — positivas ou negativas — cuidariam dos potestativos e, assim, têm lugar não quando o autor pretende uma prestação por parte do demandado, mas quando se objetiva a criação de um estado jurídico, ou a modificação ou a extinção de um estado jurídico pretérito.

Destarte, as duas categorias de ação correspondem àqueles dois grupos atinentes à divisão feita por Giuseppe Chiovenda dos direitos subjetivos:¹⁵ 1) as *ações condenatórias* são meio de proteção dos direitos suscetíveis de violação, *i.e.*, direitos a uma prestação devida (*direitos prestacionais*); e 2) as *ações constitutivas* consistem no meio de exercício dos direitos insuscetíveis de violação, dotados de poder de influência sobre a esfera jurídica de outrem (*direitos potestativos*).

¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*, ob. cit., p. 160.

¹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, ob. cit., 1998, pp. 46-48.

¹⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, ob. cit., 2016, p. 6.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda traçou as bases de uma *teoria da eficácia preponderante da mandamentalidade* ou *teoria da constante quinze*, pela qual classificava as ações a partir da sentença. Para ele, “não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura”. Nessa teoria, Pontes de Miranda vincula a eficácia da ação (e, conseqüentemente, sua classificação) a partir do direito material.¹⁶ Por isso, toda ação teria uma eficácia (e conteúdo) constitutiva-desconstitutiva, declaratória, condenatória, mandamental e executiva:¹⁷

Toda sentença mandamental declara, porque não seria legítimo mandar sem afirmar que há razão para isso; o mandamento sem declaração prévia seria a arbitrariedade, ou, pelo menos, o imperativo sem premissas, a possibilidade do arbítrio, pela pré-eliminação de qualquer expressão de raciocínio. [...]. Em relação às sentenças mandamentais, todas as ações e sentenças declarativas, constitutivas, condenatórias e executivas mandam, porque há decisão sobre publicação, registro, arquivamento e outras formalidades que resultam de mandamento do juiz.

Pontes de Miranda estabelece critérios para determinar a eficácia preponderante, que podem ser sistematizados a partir da linguagem empregada pelo juiz na sentença:¹⁸

Ação	Preponderância
Mandamental	O ato do juiz é imediato, ou seja, imediatamente junto às palavras (verbos). O pedido é para que o juiz mande, determine, e não só que declare (enunciar existência) ou condene (enunciar fato). No mandado, o ato é ato que só o juiz pode praticar.
Executiva	O ato executivo do juiz é mediato, pois alude ou anuncia uma sentença condenatória; e incluso como ato na sentença constitutiva. O pedido é para que o ato do juiz faça aquilo que deve ser feito pelo juiz porque a parte que deveria ter feito não o fez. Na execução, há mandados, mas a solução final é o ato da parte de solver o débito.
Declaratória	O enunciado que se objetiva com o provimento judicial é sobre a existência ou não de uma relação jurídica (o ser ou não-ser).
Condenatória	Objetiva regularizar o cumprimento de direitos subjetivos lesados pelo sujeito passivo de uma situação jurídica. Ela objetiva resolver o problema de uma danoção.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, ob. cit., 1972, p. 115 e ss.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, ob. cit., 1972, p. 144.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, ob. cit., 1972, p. 210 e ss.

Constitutiva-desconstitutiva	Quando se pretende a vinculação ou desvinculação de dois sujeitos de direito em uma relação jurídica. Na declaratória se reconhece que a relação existe; na constitutória se forma o vínculo (positiva) ou se libera as partes da relação (negativa).
------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Pontes de Miranda entende que há, em toda sentença, pelo menos:¹⁹

- *declaratividade*: toda sentença tem em algum grau, pois a função jurisdicional é *dizer o direito (juris dictio)*;
- *constitutividade*: que resulta de ter sido proferida;
- *condenatoriedade*: que vem à composição da condenação nas custas;
- *mandamentariedade*: do “publique-se” e do “registre-se”; e
- *executividade*: que deriva de se pôr na esfera jurídica de alguém a prestação jurisdicional.

Para verificar de modo objetivo qual o conteúdo preponderante de cada ação e de cada sentença, Pontes de Miranda elaborou a fórmula da *constante quinze*, assim sistematizada:²⁰

AÇÃO	EFICÁCIA				
	Declarativa	Constitutiva	Condenatória	Mandamental	Executiva
Declarativa	5	3	2	4	1
Constitutiva	4	5	1	3	2
Condenatória	4	2	5	1	3
Mandamental	1	3	2	5	1
Executiva	3	2	1	1	5

Cada ação tem uma “quantidade de eficácia”, porém em graus diferenciados. O total de eficácia sempre é de 15 pontos, que são divididos por Pontes de Miranda de acordo com a intensidade de cada uma delas no provimento.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, ob. cit., 1972.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*, ob. cit., 1972.

Veja o ocorre na petição de herança ao se aplicar a constante quinze: caso se considere como condenatória — afinal, ela condena à repartilha e à restituição dos bens hereditários do autor-preterido —, a condenação será seu conteúdo preponderante (5), obviamente, mas também haverá um alto grau de declaratividade (4). Não há exclusividade de provimento condenatório; junto dele ou anterior a ele, haverá a necessidade de se declarar (*rectius*: reconhecer) uma situação jurídica (logicamente, a de herdeiro). Essa eficácia declarativa é tal que guarda relação de prejudicialidade com a condenação: se não é herdeiro, não haverá condenação. Tanto é assim que 30% do conteúdo tem força de condenação e 26,7% do conteúdo geral do provimento é declaração. Observe: embora a eficácia preponderante seja a condenatória (5), a declaratória (4) é quase que uma *conditio sine quibus non* da condenação. Por isso, a *petitio hereditatis* é uma ação essencialmente declaratória-condenatória. Essas eficácias somarão 9 pontos, enquanto as demais somam 6.

A questão que se impõe, agora, é determinar o que nessa ação é declaratório e o que é condenatório. A natureza da ação e suas eficácias preponderantes são essenciais para a identificação do prazo extintivo do exercício da pretensão ou do direito potestativo a serem discutidos, visto que aquela pretensão poderá ser alvo de prescrição e esse direito potestativo pode caducar pela decadência. Portanto, a investigação sobre a natureza jurídica da ação de petição de herança é um método possível para se verificar a adequação de um prazo prescricional da pretensão exigida na *petitio hereditatis* e, se confirmada esta hipótese, para legitimar a adoção do prazo prescricional geral de dez anos do art. 205 do Código Civil.

De antemão, afasta-se a possibilidade de ocorrer caducidade (decadência). Não há, na petição de herança, a tutela de direitos potestativos. Inclusive, a constante quinze de Pontes de Miranda permite chegar a essa conclusão. Os prazos decadenciais incidem sobre situações de constituição ou desconstituição de um vínculo jurídico relacional. Ou seja, a tutela de um direito potestativo tem caráter constitutivo e sua eficácia preponderante é a constitutiva (5), seguida da declaratória (4). Logo, é declaratória-constitutiva.

Observe que a petição de herança é declaratória-condenatória, tendo um baixo grau de constitutividade (2). Logo, não há situação jurídica de potestividade relevante, o que leva a afastar a possibilidade de decadência no âmbito desse pleito.

Pois bem. O Código Civil prevê a ação de petição de herança nos arts. 1.824 a 1.828. Ela está voltada àquele que pretende o reconhecimento de seu direito sucessório: “Art. 1.824. 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 possui”.

A operabilidade desse instrumento processual se dá quando, aberto o inventário e realizada a partilha, um indivíduo preterido ao longo e ao fim dos procedimentos de herança demanda a *restituição* do que lhe é devido enquanto herdeiro do *de cuius*. Logo, a ação visa à “declaração da qualidade de herdeiro, como também a restituição do patrimônio deixado pelo *de cuius* ao patrimônio do herdeiro em melhor situação sucessória, mas que da sucessão se encontra afastado”.²¹

Nesse contexto, cabem duas observações de caráter relevante para o entendimento da matéria:

- A qualidade de herdeiro deve ser pretérita ao ajuizamento da ação. Exemplos: ação declaratória de paternidade, ou concomitante ao seu ajuizamento por meio de pedidos cumulados; pedido declaratório de filiação cumulado com pedido de restituição da quota hereditária; pedido declaratório de união estável com o sucedido; pedido declaratório de anulação de testamento e seu benefício para o herdeiro até então afastado da linha sucessória; e pedido declaratório de indignidade do herdeiro e o proveito para o herdeiro mais remoto; e
- A ação somente é cabível após a conclusão da partilha com expedição de formal, vez que previamente há outros instrumentos hábeis e mais

²¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil — Parte Especial: do Direito das Sucessões*. Coord.: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 193.

adequados a tutelar as situações jurídicas deduzidas. Isso se justifica devido à possibilidade de se requerer admissão no inventário durante o seu curso, nos termos do art. 628 do Código de Processo Civil.²² Em seguida ao pedido — que deverá observar a limitação probatória do inventário, restrita aos documentos —, abre-se a oitiva das outras partes no prazo de 15 dias, findando a questão incidental em prolação de decisão judicial. Em caso de indeferimento do pedido, reservada a hipótese de recurso de agravo, o pretense herdeiro poderá ajuizar ação rescisória a fim de impugnar a sentença de partilha (inciso III do art. 658 do CPC), vez que seu pedido de habilitação no inventário gerou questão incidental que efetivamente o tornou partícipe da relação jurídica processual fulminada pelo *decisum* rescindendo. Desse modo, a ação de petição de herança é designada aos casos em que o herdeiro preterido absolutamente não interveio no inventário e na partilha dos bens do sucedido,²³ passando a almejar a restituição do que lhe é de direito ante sua novel posição jurídica.

Pois bem. Quanto à natureza jurídica da petição de herança, a *constante quinze* de Pontes de Miranda revelou que o pleito em comento tem uma natureza mista, sendo 30% condenatória e 26,7% declaratória. E assim o é porque o que se busca é o reconhecimento da qualidade de herdeiro do demandante em relação à herança de uma determinada pessoa (teor declaratório) e, por consequência e derivação,²⁴ a restituição da parte da herança que por direito lhe couber^{25,26} (teor condenatório, ligado a uma prestação).

Observe a prejudicialidade que o conteúdo declaratório tem sobre o condenatório. Por isso, talvez até seja o caso de pesquisas futuras discutirem se a eficácia condenatória é realmente a preponderante na petição de herança.

²² CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Processo Civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 1.295.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. VI. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 39.

²⁴ MORAES, Walter. *Programa de direito das sucessões: teoria geral e sucessão legítima*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 91.

²⁵ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 282.

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil — Parte Especial: do Direito das Sucessões*, ob. cit., 2003, p. 193.

Talvez seja o caso da constante quinze ser invertida: 5 pontos para a eficácia declaratória e 4 pontos para a condenatória. Mas essa é uma discussão mais profunda e complexa que fugiria ao corte metodológico da presente investigação.

Aquela particularidade do conteúdo misto já incidiria na questão do prazo extintivo de exercício da pretensão. Todavia, antes de se buscar a classificação da petição de herança como ação condenatória ou declaratória, deve-se tê-la essencialmente como uma *ação real, reipersecutória*, vez que “pode exercer-se contra qualquer terceiro possuidor e se destina a reivindicar os bens da herança”.²⁷ Assim entende Luiz Antônio Alves Torrano:²⁸

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.

Uma demonstração de sua natureza real é a similitude com a ação reivindicatória, embora ambas não se confundam, conforme Humberto Theodoro Júnior:²⁹

Não há diferença substancial entre a ação de petição de herança e a ação reivindicatória. O que as distingue, praticamente, é que a petição de herança tem caráter *universal*, isto é, com ela visa-se a uma universalidade, que é o patrimônio deixado pelo *de cuius*. Já a reivindicatória, propriamente dita, é sempre uma ação *singular* ou particular, ou seja, uma demanda em torno apenas de coisa ou coisas individualizadas.

²⁷ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: Direito das Obrigações e Direito Hereditário*. Vol. III. Campinas: Bookseller, 1999, § 131, p. 657.

²⁸ TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Petição de herança*. Dissertação (Mestrado em Direito) — Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007, p. 21.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. In: *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*, vol. 6, p. 225-252, Ago/2011, p. 3.

Por isso, segundo Washington de Barros Monteiro, essa ação está para a herança como a reivindicatória para a propriedade: “Descansa a mesma na postulação da qualidade de herdeiro e se lograr sair vitorioso na demanda, adquirirá o autor direito de receber a herança reclamada, ou o quinhão hereditário que lhe couber”.³⁰ É, assim como a *rei vindicatio* para o direito de propriedade, uma reivindicação do título hereditário, o qual confere subjetivamente a qualidade pessoal de herdeiro e objetivamente a transferência patrimonial.³¹ Trata-se, enfim, de *ação real universal imobiliária*, dadas a previsão do direito à sucessão como um bem imóvel (inciso II do art. 80 do Código Civil)³² e a indivisibilidade da herança enquanto um todo universal (art. 1.791 do Código Civil).³³

3 A DISCUSSÃO QUANTO À APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL GERAL DO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL À PRETENSÃO DA *PETITIO HEREDITATIS*

Há divergências na literatura jurídica e no ambiente forense brasileiros quanto a ser, ou não, prescritível a pretensão da ação de petição de herança. Para resolver essa celeuma, a definição da natureza da ação se mostra essencial para a assimilação do prazo extintivo do exercício da pretensão hereditária, dado que a postulação está essencialmente relacionada à exigibilidade do direito material, a qual é alvo de prescrição ou de decadência.

Primeiramente, cabe uma observação quanto à impropriedade e à atecnia de se falar em “prescrição da petição de herança”, por dois motivos:

³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. Da ação de reivindicação. In: *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 60, pp. 148/165, 1965, pp. 152-153.

³¹ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil: Direito das Obrigações e Direito Hereditário*, ob. cit., 1999, § 131, p. 657.

³² TORRANO, Luiz Antônio Alves. *Petição de herança*, ob. cit., 2007, p. 21-22.

³³ TARTUCE, Flávio. *Direito das Sucessões*. 8ª ed., São Paulo: Método, vol. VI, 2015, p. 127.

1. Conforme o art. 189 do Código Civil, a prescrição não extingue direitos; ela extingue a exigibilidade dos direitos subjetivos, ou seja, a pretensão: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206 ”. E a caducidade (decadência), por outro lado, é a extinção do direito potestativo. Logo, não seria a petição de herança — enquanto direito de vindicar o quinhão pelo herdeiro preterido — que se extinguiria, mas a possibilidade de o herdeiro preterido tornar eficaz seus direitos sucessórios (pretensão); e
2. Enquanto consectário do direito geral de petição, o direito de ação é imprescritível, pois ele consiste, simplesmente, em recorrer às vias judiciais para pleitear a tutela estatal, independentemente ou não do recebimento ou do provimento do pleito. Ou seja, o simples fato de “protocolar” uma petição no fórum já representa o exercício do direito de ação. Sendo, então, a petição de herança uma “ação judicial” (*rectius*: “processo judicial”), o direito de propô-la nunca se extinguirá, pois é corolário do direito de ação; o que se extinguirá é a possibilidade de exigila por motivo de prescrição da pretensão que está por detrás da *petitio hereditatis*.

A prescrição extintiva se ampara na ordem pública, porquanto confere segurança e estabilidade às relações jurídicas e impede uma possível propagação *ad æternum* de lides já judicializadas ou vindouras. Contribui, dessarte, para a pacificação das relações cotidianas e é “uma regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade da certeza nas relações jurídicas. O interesse do titular do direito, que ele foi o primeiro a desprezar, não pode prevalecer contra o interesse mais forte da paz social”.³⁴

Considerando a petição de herança uma ação mista — *i.e.*, que conserva um escopo simultaneamente declaratório e condenatório —, haveria em seu regime jurídico uma contrariedade no que toca ao prazo extintivo.

³⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Comentários ao Código Civil*. Vol. I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1944, p. 459.

Pela sua natureza declaratória, ela consistiria em uma “ação imprescritível”, visto que o conceito de ação declaratória não guarda pertinência com a prescrição e a decadência.³⁵ As declaratórias estão distantes de ser meio de proteção ou restauração de direitos lesados, e tampouco meio de criação, modificação ou extinção de qualquer estado jurídico; busca-se, nelas, a obtenção da *certeza jurídica*, ou seja, a proclamação judicial da existência ou não de determinada relação jurídica.

Por outro lado, sua natureza condenatória remeteria ao prazo prescricional do exercício do direito material que se busca tutelar, sendo adotado o prazo de dez anos em caso de ausência de previsão legal específica, com espeque no art. 205 do Código Civil: “Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, esse foi o raciocínio operado nos tribunais, onde se defendeu a prescritibilidade da petição de herança nos moldes de qualquer outra ação patrimonial: seria puramente *econômica*, e não uma ação de *estado*. E afirma: “a ação de investigação de paternidade, sim, como ação declaratória de estado, não incorreria jamais em prescrição, mesmo porque, em princípio, nenhuma ação puramente declaratória se sujeita a prescrição; já a *hereditatis petitio* seria passível de prescrição”, dada a sua vinculação a uma prestação econômica.³⁶

Ao prevalecer essa tese e transcorrido o prazo de dez anos, a outrora pretensão à herança seria destituída do seu caráter econômico e se restringiria à certeza de um *status*, transformando-se em mera ação declaratória sem qualquer fim sucessório.³⁷ Porém, atendo-se à necessária ideia da *petitio hereditatis* como uma ação *real* e equivalente à reivindicatória — ou seja, em que o direito material objeto de tutela é o domínio —, a *regulæ juris* da perpetuidade do domínio impõe que a pretensão que o ampara também tenha

³⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, ob. cit., 2016, p. 11.

³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, ob. cit., 2011, p. 8.

³⁷ PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança – Estudo de Direito Comparado, ob. cit., 2011, p. 4.

de ser perpétua, enquanto elemento essencial que é do próprio conceito de propriedade, *i.e.*, como direito de reaver a coisa de quem quer que a detenha injustamente.³⁸

A perpetuatio proprietatis e a perpetuatio dominii significa que o domínio (conteúdo do direito real) somente se extingue por força de lei (usucapião, desapropriação, expropriação) ou por vontade do titular (disposição ou derrelicção), e não por motivo de desuso. Ou seja, o domínio não prescreve. Nesse sentido, explica em linhas gerais Enrico Finzi:³⁹

Altro elemento caratteristico del diritto di proprietà che il moderno indirizzo batte in breccia si è l'attributo della perpetuità. La volontà dell'uomo apparve sempre sovrana, rispetto alle cose in proprietà, senza limite di tempo: non per un certo numero d'anni, ma per la vita ed oltre la vita il padrone può disporre delle sue cose. Non solo: ma essendo tra le facoltà del proprietario anche il non uso, si ignora una *prescrizione estintiva* della proprietà: il vecchio proprietario perde bensì il suo diritto quando altri lo acquista, ma fino a tanto il dominio non si estingue: dura perpetuo e trapassa d'una in altra persona finché sussista la cosa che ne è oggetto.

É por isso que “*qui semel est heres in perpetuum non potest desinere esse heres*” e “*qui semel est heres non desinit esse heres*”, quer dizer, a posição de herdeiro é perpétua, dado que a herança é uma situação de algo perpétuo: a propriedade, o domínio.⁴⁰

Fazendo uma analogia com a *rei vindicatio*, a prescrição da reipersecutória “colocaria em xeque o próprio direito de propriedade, na medida em que, sem ela, o *dominus* estaria privado dos direitos de gozar e usar a coisa. Correto afirmar, portanto, que a ação reivindicatória é imprescritível”,⁴¹ bem

³⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, ob. cit., 2011, p. 8.

³⁹ FINZI, Enrico. “*L’officina delle cose*”: *scritti minori*. A cura di Paolo Grossi. Milano: Giuffrè, 2013, p. 34-35.

⁴⁰ PERIÑÁN, Bernardo. El principio “*Semel heres semper heres*” y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano. In: *Revista de estudios histórico-jurídicos*, Valparaíso, n. 27, p. 123-139, 2005.

⁴¹ MUSCARI, Marco Antonio Botto. Ação reivindicatória. In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 21, pp. 173-185, abr./jul. 1998, p. 175.

como as demais ações reais fundadas em domínio. Desse modo, na lição de Orlando Gomes, subsiste a ação de petição de herança no tempo em que perdurar o direito de propriedade do herdeiro, não se sujeitando aquela à prescrição extintiva.^{42,43} No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:⁴⁴

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

A fim de que não ocorra eventual eternização de uma lide de caráter patrimonial, a ação de petição de herança deve se submeter aos prazos de prescrição aquisitiva, quer dizer, de usucapião^{45,46} do Código Civil e da legislação especial e extravagante. O herdeiro aparente, que recolheu a herança e a possui, pode usucapir os bens aos quais o pretense herdeiro teria direito nessa qualidade, hipótese em que “a *petitio hereditatis* torna-se inútil, em vista de não se produzir sua consequência natural, que é a restituição dos mesmos bens. Não é a ação que prescreve, mas a exceção de usucapião que a inutiliza”.⁴⁷

Vê-se, uma vez mais, não um “prazo extintivo” voltado à ação propriamente dita, e sim ao direito material que se busca tutelar, vez que uma exceção substancial — caso da suscitação de usucapião em sede de defesa —

⁴² GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 242.

⁴³ GOMES, Orlando. *Sucessões*, ob. cit., 1970, p. 287.

⁴⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil — Parte Especial: do Direito das Sucessões*, ob. cit., 2003, p. 196.

⁴⁵ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 282-283.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, ob. cit., 2011, p. 8.

⁴⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*, ob. cit., 1970, p. 287.

é um contradireito, ou seja, uma situação jurídica ativa exercida como reação ao exercício de um direito pelo autor.⁴⁸

Todavia, a jurisprudência abalizou-se em sentido diverso e acabou por fixar definitivamente a ideia de prescritibilidade da petição de herança, no padrão de qualquer outra ação patrimonial. Trata-se de entendimento que não dialoga com a disciplina dos direitos reais.

Na vigência do Código Civil de 1916, o Supremo Tribunal Federal (STF) editou a Súmula nº 149 e estabeleceu em 20 anos o prazo de extinção da pretensão inerente à petição de herança; e, a partir do *Codex* de 2002, os tribunais, segundo Flávio Tartuce, indicaram o prazo prescricional geral de dez anos (art. 205).⁴⁹

Esse entendimento judicial fundamenta a prescrição da pretensão da *petitio hereditatis* no fato de a herança envolver direitos subjetivos de índole patrimonial, os quais se submetem aos prazos prescricionais.⁵⁰ E daí já resulta uma discussão paralela, que versa sobre o início da contagem do prazo prescricional.

Devido ao fenômeno com caráter de *Gewere* da *saisinèe*, em que a transferência dos bens do *de cuius* aos herdeiros ocorre incontinenti ao falecimento (art. 1.784 do Código Civil), a literatura jurídica estabeleceu o *dies a quo* da abertura da sucessão como início do prazo prescricional, o que chegou a ser acatado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 74.100/SE.⁵¹

1. RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM QUE SE DISCUTE NEGATIVA DE VIGENCIA DO PAR 1, DO ART. 168, E DO PAR. 1, DO ART. 239, AMBOS DE CPC. INTERPRETAÇÃO DE TAIS NORMAS. 2. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. PRESCRIÇÃO. O “DIES A QUO” DO PRAZO PRESCRICIONAL

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, ob. cit., 2016, p. 639.

⁴⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito das Sucessões*, ob. cit., 2015, p. 134.

⁵⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito das Sucessões*, ob. cit., 2015, p. 133.

⁵¹ STF, RE nº. 74.100, Segunda Turma, Rel. Min. Antonio Neder, julgado em 21/08/1972.

DE TAL AÇÃO E O DA ABERTURA DA SUCESSÃO DO PRETENDIDO PAI.

Veja que, por esse entendimento, é na abertura da sucessão que nasceria a pretensão da petição de herança para o herdeiro preterido. Sendo mais preciso, Humberto Theodoro Júnior entende que é no momento do “apossamento da herança por terceiro a partir do momento da abertura da sucessão. Daí por que se firmou a jurisprudência do Pretório Excelso no sentido de que o *dies a quo* da contagem prescricional é o da abertura da sucessão”,⁵² sempre observando as hipóteses de impedimento, suspensão e impedimento do prazo prescricional (arts. 197 a 199 e art. 202 do Código Civil).

Nesse tipo de discussão, raras vezes se apercebe que a sucessão (universal ou singular) é um modo de aquisição da posse e da propriedade. O “Direito de Sucessão” é um conjunto de regras especiais sobre como essa posse e essa propriedade serão operacionalizadas e divididas (“partilha”). Ninguém se torna proprietário por causa do inventário; o inventário apenas operacionaliza a divisão da propriedade entre os herdeiros. Tendo caráter de *Gewere*, é a *saisinèe* que transfere a propriedade; e o herdeiro é proprietário por conta de uma condição subjetiva, e não por conta de um formal de partilha futuro. Dessa maneira, em realidade, tudo não passa de propriedade e *jus possidendi* (posse). Logo, ainda que se considere prescritível a pretensão hereditária do preterido, esse herdeiro guardaria proteção possessória — pela via interdital ou qualquer outra reipersecutória — em face dos demais.

O fato de não mais ser provida a petição de herança não significa que o sujeito perdeu seu direito de propriedade e seu *jus possidendi*. Os outros herdeiros adquirirão a propriedade sobre a quota do preterido por outras vias, pois a prescrição extintiva da pretensão de petição de herança não é modo de aquisição de propriedade; a prescrição aquisitiva da propriedade só ocorre nas usucapiões.

⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil, ob. cit., 2011, p. 8.

Sendo a abertura da sucessão um fenômeno da *Gewere*, os herdeiros, conquanto nunca habilitados no inventário e na partilha, são investidos na condição de proprietários e possuidores dos bens espoliais. Logo, mesmo que nunca seja parte do inventário e partilha, o herdeiro é proprietário e possuidor da universalidade ou singularidade hereditária. Se houve prescritibilidade, ela extinguiria a possibilidade de o herdeiro preterido “(re)inventariar” e “(re)partilhar” a herança. A propriedade mesma só se perderia no futuro, por uma hipotética usucapião. E, para que haja usucapião, é necessária a posse *ad usucapionem*, fundada em um esbulho. E o esbulho se caracteriza pela perda da posse pelo legítimo possuidor.

Com relação à perda da posse, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria da *actio nata* no art. 1.224 do Código Civil: “Art. 1.224. Só se considera perdida a posse para quem não presenciou o esbulho, quando, tendo notícia dele, se abstém de retornar a coisa, ou, tentando recuperá-la, é violentamente repellido”. Em linhas gerais, pela *actio nata*, a pretensão somente surge após a ciência pelo titular de que seu direito está sendo lesado.

Como pode alguém proteger seu direito de propriedade (ou “sucessão”, se preferir) se sequer tem conhecimento, às vezes, de que é herdeiro ou até que morreu a pessoa de quem é herdeiro? A verdade é esta: por detrás da preterição do herdeiro há um esbulho possessório. Daí que, não raro e verdadeiramente, a petição de herança faz as vezes de uma ação reipersecutória ou possessória em tais casos.

Por isso, o *dies a quo* do prazo prescricional da pretensão da petição de herança — ou qualquer medida reipersecutória — não pode ser a *saisinèe*, mas a *actio nata*. Mas mostrou-se pouco didática a definição do termo inicial do decênio prescricional na hipótese de a condição de herdeiro pender do reconhecimento oficial mediante ação prévia, como no caso de um filho que busca a declaração de filiação ou de uma companheira cuja união estável ainda não foi reconhecida. O decurso do prazo acabaria por punir, com a prescrição, o indivíduo que propôs ação de petição de herança apenas após a obtenção do reconhecimento judicial de sua condição de herdeiro, postura quiçá mais prudente.

Aplicando a teoria da *actio nata* a essa matéria, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu e determinou no Recurso Especial nº. 1.368.677/MG que, em caso de filho ainda não reconhecido judicialmente, o prazo prescricional da ação de petição de herança tem início somente a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade:⁵³

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DAS SUCESSÕES. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. FILIAÇÃO RECONHECIDA E DECLARADA APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. TERMO INICIAL. TEORIA DA "ACTIO NATA". DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. 1. Controvérsia doutrinária acerca da prescritibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo STF da Súmula n.º 149: "É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança". 2. Ausência de previsão, tanto no Código Civil de 2002, como no Código Civil de 1916, de prazo prescricional específico para o ajuizamento da ação de petição de herança, sujeitando-se, portanto, ao prazo geral de prescrição previsto em cada codificação civil: vinte anos e dez anos, respectivamente, conforme previsto no art. 177 do CC/16 e no art. 205 do CC/2002. 3. Nas hipóteses de reconhecimento 'post mortem' da paternidade, o prazo para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só se inicia a partir do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando resta confirmada a sua condição de herdeiro. Precedentes específicos desta Terceira do STJ. 4. Superação do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado quando ainda detinha competência para o julgamento de matérias infraconstitucionais, no sentido de que o prazo prescricional da ação de petição de herança corria da abertura da sucessão do pretendido pai, seguindo a exegese do art. 1.572 do Código Civil de 1916. 5. Aplicação da teoria da "actio nata". Precedentes. 6. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

Sobre a aplicabilidade da *actio nata* à matéria, essa pesquisa procedeu a uma investigação da jurisprudência das Turmas do Superior Tribunal de Justiça, desenvolvida com a seguinte metodologia:

⁵³ STJ, REsp. nº. 1.368.677/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 05/12/2017.

Quadro 1 – Metodologia de pesquisa de jurisprudência

Sítio eletrônico de pesquisa	https://scon.stj.jus.br/SCON/
Data da busca	09/04/2020
Recorte temporal	01/01/2010 a 08/04/2020
Critério de busca	["petição herança prescrição"]
Método	Qualiquantitativo
Documentos selecionados	Somente acórdãos
Matéria dos julgados	Civil; sucessão; família.
Total de documentos encontrados	14
Total de documentos selecionados	14
Número de documentos eliminados	06
Número de documentos da amostragem	08

Do total de documentos encontrados, seis deles foram descartados. Como resultado do critério de busca, alguns julgados que apareceram não tinham pertinência com o objeto da pesquisa diretamente ou, então, tratavam de questão processual que prejudicava a procedência do recurso:

Quadro 2 – Demonstração de julgados eliminados e de julgados selecionados para análise

<i>Documentos eliminados</i>	<i>Documentos selecionados como objeto de análise</i>
<ul style="list-style-type: none">• REsp 1551430/ES, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/09/2017;• REsp 807.849/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010;• AgRg no AREsp 372.686/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2015;	<ul style="list-style-type: none">• AgInt no AREsp 479.648/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2019;• AgInt no AREsp 1430937/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2019;• AgInt no AREsp 1273921/GO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2018;

<ul style="list-style-type: none"> • AgRg no AREsp 374.897/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 21/11/2013; • AgRg no Ag 1247622/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010; e • AgRg no Ag 853.665/GO, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010. 	<ul style="list-style-type: none"> • AgInt no REsp 1695920/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018; • AgInt no AREsp 1215185/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2018; • REsp 1368677/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/12/2017; • REsp 1392314/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2016; • REsp 1475759/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/05/2016.
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

No caso do AgRg no Ag. nº 1.247.622/SP, a ementa nada mencionou sobre a matéria. Como a petição de herança foi proposta dentro do prazo de 20 anos após a morte do *de cuius*, não houve necessidade de discutir em profundidade a matéria jurídica.

Somente um dos recursos foi julgado pela Quarta Turma, qual seja, o AgRg no AREsp nº 372.686/RS. Nele, a Turma não aplicou a teoria da *actio nata* e considerou como *dies a quo* do prazo prescricional a abertura da sucessão. Veja, *in verbis*:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA ORIUNDA DA PRESIDÊNCIA DA CORTE. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. TERMO INICIAL. ABERTURA DA SUCESSÃO. HERDEIRO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. ANIVERSÁRIO DE 16 ANOS (CC/1916, ART. 169, I; CC/2002, ART. 198, I). PRESCRIÇÃO RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. EXTINÇÃO PARCIAL DA AÇÃO. AGRAVO INTERNO PROVIDO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de petição de herança conta-se da abertura da sucessão, ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, da data em que completa 16 (dezesesseis) anos, momento em que, em ambas as hipóteses, nasce para o

herdeiro, ainda que não legalmente reconhecido, o direito de reivindicar os direitos sucessórios (*actio nata*). [...]. 3. Hipótese em que, aberta a sucessão em junho de 2000, o herdeiro somente veio a completar os 16 anos em outubro de 2002, data em que se iniciou, para ele, o prazo prescricional. Assim, ao tempo do ajuizamento da ação de petição de herança, em março de 2015, o prazo decenal do art. 205 do Código Civil já se tinha esgotado. 4. Agravo interno provido para conhecer e negar provimento ao agravo em recurso especial.

A análise quali quantitativa foi feita somente sobre as ementas dos acórdãos. Estatisticamente, a amostragem revelou o seguinte:

- 100% dos julgados admitem a prescritibilidade da pretensão da petição de herança em algum momento;
- 100% dos julgados consideram que a petição de herança versa sobre direito patrimonial do herdeiro preterido;
- 100% dos julgados consideram a petição de herança com caráter essencialmente condenatório (a essa conclusão se chegou por indução);
- 100% dos julgados reconhecem a incidência do prazo geral de prescrição (10 anos no Código Civil de 2002 e 20 anos no de 1916);
- 100% dos recursos tiveram, no piso, uma ação de reconhecimento de paternidade/filiação;
- 87% dos julgados foram decididos na Terceira Turma;
- 100% dos julgados decididos pela Terceira Turma aplicaram a teoria da *actio nata*, diferentemente do entendimento singular da Quarta Turma. Para a Terceira Turma, o *dies a quo* do prazo prescricional é o momento em que o se dizente herdeiro preterido confirma sua condição perante um *de cuius*;
- 100% dos julgados decididos pela Terceira Turma repetiram a substância da seguinte formulação na ementa do acórdão, com algumas diferenças: “Tratando-se de filho ainda não reconhecido, o início da contagem do prazo prescricional só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios”;

- Quanto às ações de piso que ensejaram os recursos, tem-se a seguinte divisão:
 - 62,5%: ação de petição de herança;
 - 25%: ação de reconhecimento de paternidade cumulada com petição de herança;
 - 12,5%: ação de investigação de paternidade cumulada com nulidade de partilha;
- 100% dos julgados da Terceira Turma reconhecem que o *dies a quo* do prazo prescricional depende de trânsito em julgado da ação de reconhecimento de paternidade/filiação. A título de exemplo, veja o REsp nº 1.392.314/SC: “Tratando-se de filho ainda não reconhecido, o início da contagem do prazo prescricional só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios. Considerando que, na espécie, não houve o julgamento da ação de investigação de paternidade, não há que se falar na consumação do prazo prescricional para postular a repercussão patrimonial deste reconhecimento, o qual sequer teve início”.

Esses dados revelam a consolidação da teoria da *actio nata* no âmbito geral do STJ, o que resolve parcialmente o problema do prejuízo do herdeiro preterido em ser restituído dos bens a que faz jus.

Em matéria de petição de herança, Orlando Gomes destaca a incidência da tradicional regra *actioni nondum natæ non præscribitur*, pela qual a “ação de estado é premissa da petição de herança quando o título de herdeiro depende da prova de parentesco, como acontece em relação ao filho ilegítimo”.⁵⁴ O entendimento da instância especial no Recurso Especial nº 1.368.677/MG se respaldou nessa regra.

No caso do reconhecimento da paternidade, por exemplo, como na petição de herança se pretende que o filho reconhecido seja admitido como herdeiro em relação à herança deixada pelo seu (agora incontestado) progenitor,

⁵⁴ GOMES, Orlando. *Sucessões*, ob. cit., 1970, pp. 286-287.

deduz-se que não há como o prazo da prescrição contar contra filho não reconhecido (obviamente se não estiver amparado por alguma causa de suspensão ou de impedimento).

Conforme Antônio Luis da Câmara Leal, sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação (*rectius*: pretensão) a ser exercida; e, sem ação (*rectius*: pretensão), pela necessidade de garantia e de proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque ela tem por condição primária a existência da ação (*rectius*: pretensão).⁵⁵

A investigação de paternidade compõe uma ação de estado, cujo objetivo é o estabelecimento da certeza em torno desse estado;⁵⁶ por isso, mostra-se uma ação declaratória, dialogando com o inciso I do art. 19 do Código de Processo Civil. Tal natureza torna a pretensão à herança alheia aos fenômenos da prescrição e da decadência, podendo ser ajuizada a qualquer tempo. Em verdade, ainda que se entenda a investigação de paternidade como o exercício de um direito potestativo, sujeito a prazos decadenciais, a inexistência de um prazo decadencial específico faz com que a propositura dessa ação de estado se eternize.⁵⁷

4 CONCLUSÃO

A natureza declaratória, constitutiva-desconstitutiva ou condenatória das ações é essencialmente influenciada pelo direito material a ser tutelado pela via judicial. A *petitio hereditatis* conserva uma natureza mista: é declaratória pelo estabelecimento de certeza quanto ao *status* de herdeiro, e é condenatória pela

⁵⁵ LEAL, Antônio Luis da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 19.

⁵⁶ PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança – Estudo de Direito Comparado, ob. cit., 2011, p. 1.

⁵⁷ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, ob. cit., 2016, p. 9.

restituição dos bens que por direito cabem ao sucessor preterido; e o aspecto condenatório é consequência do seu aspecto declaratório.

Além disso, a petição de herança é primordialmente uma ação real universal imobiliária: é *real* porque conserva a tutela do domínio como seu objeto, assimilando-se à *rei vindicatio* nesse aspecto; *universal* por visar ao montante patrimonial do sucedido ou parte dele; e *imobiliária* por ficção legal (inciso II do art. 80 do Código Civil).

Essa singularidade revelada nas investigações desta pesquisa leva a concluir pela inexistência de prazo extintivo da pretensão discutida quando do ajuizamento de uma ação de petição de herança. A *regulæ juris* da perpetuidade do domínio — cujas pretensões e potestades não se submetem à prescrição e à decadência — faz com que a ação que o resguarda não tenha prazo limite para um provimento do pleito. Havendo o domínio como seu objeto, a petição de herança tem de submeter apenas aos prazos de prescrição aquisitiva em razão da posse *ad usucapionem* de outrem.

A pesquisa revelou, ainda, que alguns tribunais possuem entendimento diverso do aqui defendido, pois dão relevância maior à natureza condenatória e ao viés patrimonial de direitos subjetivos objeto da ação de petição de herança, conferindo à pretensão que lhe é inerente o prazo prescricional geral de dez anos. Todavia, uma mudança de posicionamento verificada na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça quanto ao início do decênio prescricional, observando a teoria da *actio nata*, indicou a possibilidade de eternizar o conflito patrimonial em razão da imprescritibilidade da investigação de paternidade, inclusive dando a esta um caráter condicionante e prejudicial.

“*Semel heres semper heres*”: uma vez herdeiro, para sempre herdeiro. Sem que haja renúncia, o titular de quota sobre quinhão hereditário guardará essa posição jurídica irrevogavelmente. Trata-se de *regulæ juris* incorporada à tradição da civilística (*Digesto*, 4, 4, 7, 10), e que deve ser incorporada à processualística. As investigações e as premissas dessa pesquisa revelaram que a prescrição não atinge a pretensão que é pano de fundo da *petitio hereditatis*.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, p. 343-375, abr-jun 2016.
- ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. **Manual de direito processual civil**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Comentários ao Código Civil**. Vol. I. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1944.
- CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de Processo Civil completo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 282-283.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1988, p. 26-30.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 18ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Sucessões**. Vol. VII. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- FINZI, Enrico. “**L’officina delle cose**”: **scritti minori**. A cura di Paolo Grossi. Milano: Giuffrè, 2013.
- GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
_____. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil**. Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; ARAÚJO, Antônio Carlos; DIMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 267-268.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil – Parte Especial: do Direito das Sucessões**. Coord.: Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LEAL, Antônio Luis da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MONTEIRO, Washington de Barros. Da ação de reivindicação. In: **Revista da Faculdade de Direito da USP**, v. 60, pp. 148-165, 1965.

MORAES, Walter. **Programa de direito das sucessões: teoria geral e sucessão legítima**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. Ação reivindicatória. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 21, pp. 173-185, abr./jul. 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. VI. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PERIÑÁN, Bernardo. El principio “Semel heres semper heres” y la confusión de las obligaciones en el Derecho Romano. In: **Revista de estudios histórico-jurídicos**, Valparaíso, n. 27, p. 123-139, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado das Ações**. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança – Estudo de Direito Comparado. In: **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, vol. 4, pp. 263-271, Ago/2011.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de Direito Civil: Direito das Obrigações e Direito Hereditário**. Vol. III. Campinas: Bookseller, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**. Vol. I. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Sucessões**. Vol. VI. 8ª ed. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A petição de herança encarada principalmente dentro do prisma do direito processual civil. In: **Doutrinas Essenciais Família e Sucessões**, vol. 6, p. 225-252, Ago/2011.

_____, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 51ª ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2010.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. **Petição de herança**. Dissertação (Mestrado em Direito) — Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2007.