

FACULDADE DOS GUARARAPES

DIREITO

IVANA KARLA XIMENES

**AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA: DAS
CONTROVÉRSIAS QUANTO A SUA
(IM)PRESCRITIBILIDADE E O *DIES A QUO*
PARA PROPOSITURA DA DEMANDA**

IVANA KARLA XIMENES

**Ação de petição de herança: das controvérsias
quanto a sua (im)prescritibilidade e o *dies a
quo* para propositura da demanda**

Monografia apresentada à Faculdade dos
Guararapes como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Maíra Araújo Vilar Fernandes

Catálogo na fonte elaborada pela Equipe Técnica da
Biblioteca da Faculdade dos Guararapes

X6a

Ximenes, Ivana Karla.

Ação de petição de herança: das controversias quando a sua (im)prescritibilidade e o dies a quo para propositura da demanda / Ivana Karla Ximenes – Jaboatão dos Guararapes: Faculdade dos Guararapes, 2015.
41 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso – Monografia (Graduação) – Faculdade dos Guararapes. Curso de Direito.

1. Petição de herança. 2. Prescritibilidade. 3. Imprescritibilidade. I. Faculdade dos Guararapes. II. Título.

FACULDADE DOS GUARARAPES

DIREITO

IVANA KARLA XIMENES

Ação de petição de herança: das controvérsias quanto a sua (im)prescritibilidade e o *dies a quo* para propositura da demanda

Monografia submetida ao corpo docente do Curso de Direito, da Faculdade dos Guararapes, aprovada em ___ de ___ de ___ (dia, mês e ano).

Banca examinadora

Maíra Araújo Vilar Fernandes, Especialista, Faculdade dos Guararapes

Alessandra de Gusmão Bahia, Especialista, Faculdade dos Guararapes

Dedico este trabalho, primeiramente, à Deus, que na Sua infinita sabedoria, apesar de nos permitir trilhar os turbulentos caminhos desta vida, nos dá a força necessária para enfrentá-los e vencê-los.

À minha mãe (*in memoriam*) que, além de me dar a vida, me ensinou, quando presente e em sua ausência, que a dor da perda deve nos servir de impulso e estímulo para alcançarmos os nossos sonhos. Mãe, esta vitória é tão sua quanto minha!

À minha filha e meu esposo, que sempre me apoiaram e incentivaram em todos os momentos. Vocês me fazem crescer em todos os aspectos e são, para mim, a razão de tudo. Obrigada por me possibilitarem experimentar a mais pura forma de amor.

Agradeço à professora Maíra Araújo Vilar, pela paciência e estímulo, não só na orientação deste trabalho, mas ao longo de todo o curso. Seus valorosos ensinamentos e seu profissionalismo me serviram de inspiração e fez a diferença em minha formação acadêmica e pessoal. Obrigada por acreditar em mim!

Meus sinceros agradecimentos também aos demais Mestres que muito contribuíram, partilhando seus saberes e influenciando diretamente em minha trajetória acadêmica e profissional.

Por fim, agradeço sinceramente a todos àqueles que direta ou indiretamente cooperaram para a conclusão desta etapa.

“A mente que se abre à uma nova ideia,
jamais voltará ao seu tamanho original.”
(Albert Einstein).

RESUMO

O atual Código Civil trouxe em seu bojo, em comparação ao seu antecessor, uma inovação ao dispor de forma expressa, no artigo 1.824, que o herdeiro preterido pode, através da Ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu *status* de herdeiro e, por consequência, receber a quota parte do que lhe cabe da herança deixada pelo *de cuius*. Contudo, o legislador foi omissivo quanto ao prazo prescricional da demanda, bem como à estipulação do termo inicial da contagem do prazo, nada dispondo sobre o tema. Embora o aludido código disciplinar, em seu artigo 205, qual a regra geral aplicável quando a lei for omissa quanto ao prazo, e o STF, através da Súmula 149, ter se posicionado quanto ao tema, persiste no âmbito doutrinário e jurisprudencial a discussão sobre a prescritibilidade ou não deste instituto. Diante disso, ante a polêmica do tema, este estudo trará, além de breves considerações quanto aos institutos da herança, petição de herança, prescrição e decadência, os entendimentos proferidos pelos Tribunais Superiores e pelos Estudiosos do Direito, expondo seus argumentos e posicionamentos sobre a prescritibilidade ou não da Ação de petição de herança bem como sobre o termo inicial para a propositura da demanda.

Palavras-chave: Petição de Herança. Prescritibilidade. Imprescritibilidade. Início do prazo.

ABSTRACT

The current Civil Code has brought in its wake, compared to its predecessor, an innovation to provide expressly, in the Article 1824, which passed over the heir can, through inheritance petition action, demanding recognition of their status and heir therefore he can, receive the share of the incumbent upon the legacy of the dead person. However, the legislature has been silent on the limitation of the demand term, as well as the provision of the initial term of the running of time, providing nothing on the subject. Although the mentioned disciplinary code, in the article 205, which the general rule applies where the law is silent about the term, and the Supreme Court of law, by Precedent number 149, have positioned themselves on the subject, persists in doctrinal and jurisprudential context the discussion about the prescriptivity or not about this institute. Therefore, in the subject of controversy, this study will bring, in addition to brief remarks about the heritage institutes, inheritance petition, prescription and decay, the talks delivered through the higher courts and through the law scholars, exposing their arguments and positions on the prescriptivity or not about the inheritance petition of Action and the initial term for the filing of a demand.

Key-words: Heritage petition. Prescribibility. Imprescribibility. The period beginning.

SUMÁRIO

Introdução	02
1. BREVE ANÁLISE SOBRE O DIREITO DE HERANÇA E A AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA.....	03
1.1. Breves Considerações Históricas;	03
1.2. Direito de Herança na Constituição Federal de 1988;	04
1.3. Direito de Herança na Legislação Ordinária;	05
1.3.1. Princípio da <i>Saisine</i> (<i>Droit de Saisine</i>);	06
1.3.2. Indivisibilidade da herança;	07
1.3.3. Inventário;	08
1.4. Petição de Herança;	10
1.4.1. Legitimidade ativa e passiva;	12
1.4.2. Habilitação e competência;	14
1.4.3. Natureza da ação e prazo prescricional.	15
2. OS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA	19
2.1. Da Prescrição;	21
2.2. Da Decadência.	29
3. DAS CONTROVÉRSIAS QUANTO A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA E O <i>DIES A QUO</i> PARA PROPOSITURA DA DEMANDA	33
3.1. A Súmula 149 do STF e a evolução legislativa do Direito de herança;	33
3.2. Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais;	34
3.3. <i>Dies a quo</i> do prazo para propositura da ação.	37
Considerações finais.....	41
Referências.....	43

INTRODUÇÃO

Em termos gerais, Herança seria um conjunto de bens (de toda espécie) deixados por uma pessoa que faleceu. O direito de herança existe desde o Direito Romano e, atualmente, está presente em praticamente todas as sociedades juridicamente organizadas. Na nossa atual legislação é um Direito Fundamental, Constitucionalmente garantido, positivado como Cláusula Pétrea no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988.

A Legislação Ordinária, mais especificamente o Código Civil Brasileiro, regra de forma específica o acesso a este direito. Embora o artigo 1.784 do referido Código dispor que: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (Princípio da *Saisine*), há situações em que este é, por diversos motivos, preterido da partilha.

Muitas são as circunstâncias que podem levar a preterição de um sucessor na partilha dos bens, que vão desde um filho não reconhecido pelo *de cuius*, até a má-fé dos demais co-herdeiros. Nestes casos, o sucessor não contemplado socorre-se ao art. 1.824, CC, que possibilita-o, por meio da Ação de Petição de Herança, a reclamar sua condição e, conseqüentemente, receber seu quinhão hereditário.

No entanto, como a legislação não foi clara quanto ao lapso temporal disponível para o herdeiro preterido ajuizar a Ação de Petição de Herança, surgiram questionamentos sobre: ***qual seria o prazo prescricional? e quando este se iniciaria?***

O Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Súmula 149 (de 13 de Dezembro de 1963) entendeu que: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. Não obstante, a orientação da Suprema Corte não foi suficiente para sanar a discussão sobre o assunto, haja vista a mesma ter sido prolatada antes da promulgação da Carta Magna e do Código Civil, que ampararam o herdeiro preterido.

Não há consenso sobre o tema. Parte da doutrina concorda com o STF, considerando a Ação de Petição de Herança como sendo prescritível. Diverge, contudo, desta opinião, a outra parcela doutrinária que sustenta a ideia de imprescritibilidade da Ação.

Sabendo, então, que a Legislação vigente é omissa acerca destes questionamentos e que a doutrina e a jurisprudência divergem sobre o assunto, a importância deste trabalho reside em trazer ao conhecimento social os aspectos que tornam o reestudo mais apurado da matéria de suma importância para garantir aplicabilidade e efetividade à inovação trazida pelo Código Civil atual, confirmando a relevância deste trabalho no que tange a necessidade latente, por parte do legislador, em reanalisar o caso e sanar as omissões.

Assim sendo, o primeiro capítulo deste trabalho será destinado à uma breve análise sobre o Direito de herança e a Ação de petição de herança, desde o seu contexto histórico até as peculiaridades e particularidades da referida ação no ordenamento jurídico pátrio, com o objetivo de trazer esclarecimentos sobre as suas disposições gerais e dar embasamento temático sobre o instituto.

O segundo capítulo será inteiramente dedicado aos institutos da Prescrição e da Decadência. Isto porque para que se adentre no cerne do presente trabalho, qual seja: a discussão sobre a prescritibilidade ou não da Ação de petição de herança e seu *dies a quo*, é de extrema importância ter certo aprofundamento teórico e conhecer as noções gerais sobre os referidos institutos.

Por fim, o terceiro capítulo trará em seu bojo uma exposição sobre as disposições legais, doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade ou impossibilidade de prescritibilidade da Ação de petição de herança e termo inicial para a propositura da demanda, apresentando, para isto, os seus argumentos e posicionamentos quanto ao tema.

Classifica-se a pesquisa realizada no presente trabalho como descritiva. Isto porque buscará se observar os diferentes posicionamentos em torno da polêmica sobre as possibilidades de prescritibilidade ou imprescritibilidade da Ação de petição de herança dispostos nos âmbitos legal, doutrinário e jurisprudencial. Em relação ao procedimento empregado, opta-se pela observação indireta, pois será utilizada a pesquisa bibliográfica como ferramenta base que permitirá conhecer melhor os detalhes, as opiniões e as razões em torno da discussão sobre a (im) prescritibilidade da Ação de petição de herança. Será aplicado, ainda, o método dedutivo, por considerar que este permitirá, partindo da lacuna legal sobre o prazo prescricional da Ação objeto desse estudo, entender as razões dos posicionamentos doutrinários controversos que traçaram duas linhas de entendimento quanto à problemática do artigo 1.824 do Código Civil de 2002.

1. BREVE ANÁLISE SOBRE O DIREITO DE HERANÇA E A AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

1.1. Breves Considerações Históricas;

A discussão sobre a sucessão e a herança tem sua origem no Direito Romano. Naquela época, a religião e culto aos antepassados desempenhavam um papel fundamental na sociedade. A “sucessão *mortis causa* tinha caráter extra patrimonial, em que o *pater familias* instituía novo titular da soberania familiar, dando seguimento à religião doméstica na figura do herdeiro.” (TOALDO; DENARDINI PEREIRA, 2009).

O Direito Sucessório estava “sempre ligado a ideia de continuidade da religião e da família” (GONÇALVES, 2011, p. 11) e justificava o fato de, falecendo o *de cuius*, seus herdeiros o substituir familiar, religiosa e juridicamente, pois para os Romanos “a propriedade e culto familiar caminhavam juntos” (VENOSA, 2013, p. 03).

Entretanto, com o passar do tempo, a sucessão e a herança desvincularam-se da religião e adquiriram um caráter mais patrimonial, “tornando-se exclusivamente econômica, transferindo aos herdeiros o conjunto de bens, direitos e deveres deixados pela pessoa falecida.” (TOALDO; DENARDINI PEREIRA, 2009). Este cunho mais patrimonial e econômico da herança tinha por objetivo “a perpetuidade do patrimônio na família do *de cuius*; a demonstração do apreço do sucedido pelo herdeiro; e a continuidade das relações jurídicas provindas do autor da herança (o *de cuius*)” (LISBOA, 2009, p. 295). Por isso, pode-se afirmar que a herança é um direito de origem religiosa, costumeiro e que tem relação direta com o Direito de Propriedade.

Contudo, com a natural evolução do Direito, a Herança ganhou contornos mais bem delineados. Na nossa atual legislação, influenciada principalmente pelos Direitos Romano, Francês e Alemão, alcançou, com a promulgação da nossa atual Carta Magna, o *status* de Direito fundamental.

1.2. Direito de Herança na Constituição Federal de 1988;

A herança é, nas palavras consagradas do civilista Roberto Senise Lisboa, “A universalidade ou totalidade dos direitos e obrigações abstratamente considerados, que integram o patrimônio deixado pelo sucedido em face de sua morte, suscetíveis de transmissão aos seus respectivos herdeiros. (2009, p. 288), ou seja, é o conjunto de todos os direitos e deveres deixados por quem faleceu para os seus sucessores.

Atualmente, o Direito de herança está presente em praticamente todas as sociedades juridicamente organizadas. Países como “Itália, China, Alemanha, Espanha e Portugal” (BULOS, 2012, p. 619) consagram em suas Constituições este direito. Outros, entretanto, deixaram a matéria a cargo da legislação infraconstitucional. No nosso sistema legal a herança é um Direito Fundamental, constitucionalmente garantido, positivado como Cláusula Pétrea no artigo 5º, inciso XXX da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXX - é garantido o direito de herança;

Não obstante, verifica-se “através de pesquisa junta a CAPES[...] que nos últimos sete anos, poucos pesquisadores desenvolveram estudos sobre o direito hereditário e que nenhum dos estudos abordou a dimensão constitucional do direito de herança.” (PINTO, 2006, p. 15), apesar da importância do tema, dado seu *status* constitucional, não deixando, assim, margem para maiores explanações quanto a matéria.

Contudo, percebe-se a preocupação do legislador originário em positivizar, de maneira sólida e indubitável esse direito, que tamanha a sua importância é considerado um direito de primeira geração e que está intimamente ligado aos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, conforme dispõe a boa doutrina quando afirma que:

O princípio constitucional da proteção da dignidade da pessoa humana deve ser observado na aplicação de todas as normas jurídicas de direito público ou privado, inclusive, portanto, quando se trata de direito sucessório. (LISBOA, 2009, p. 296).

Corroborar com este pensamento o Mestre Rodrigo Santos Neves, quando afirma que:

A herança por ser uma continuidade do direito de propriedade e uma forma de proteção da família e da dignidade da pessoa humana, foi consagrada em nossa CR/88 como direito fundamental, no seu art. 5º, XXX. [...] O direito à herança deve ser garantido, haja vista a função social da propriedade, a necessidade de acumulação de riqueza, a desestimulação ao desperdício, e a garantia da proteção da família, com a garantia ao mínimo substancial à sobrevivência. Tem como corolário a proteção da dignidade da pessoa humana no seio da família, que goza de proteção estatal. (2009, p. 05)

Contudo, coube à Legislação Ordinária, mas especificamente ao vigente Código Civil de 2002 (artigos 1.784 e seguintes), regram de forma específica o acesso a este direito.

1.3. Direito de Herança na Legislação Ordinária;

Positivado como cláusula pétrea na Constituição da República, o Direito a herança, como dito, é um direito fundamental. Entretanto, ao Código Civil coube o regramento da matéria de forma a assegurar aos sucessores o acesso a este direito. Nesse contexto, sobre a competência infraconstitucional para dispor sobre a herança, ensinam os ilustríssimos doutrinadores Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco que “O caráter normativo do seu âmbito de proteção confere ao Legislador, como de resto no contexto do direito de propriedade em geral, ampla liberdade na disciplina do direito de herança” (2014, p. 331).

Assim, o Livro V do atual Códex, que pouco mudou em relação ao Código Beviláqua, é inteiramente dedicado ao Direito das Sucessões e é também dele que será extraído conceitos, normas e princípios que embasarão o presente trabalho.

O fator determinante e que dá início a sucessão (e o direito à herança) é, nos termos da Lei Civilista pátria, o momento da abertura da sucessão, ou seja, a ocasião em que ocorre a morte do autor da herança (pois, nos termos do art. 426 do Código Civil, não há de se falar em herança de pessoa viva ou “*pacta corvina*”). Entretanto o fator morte não é, por si só, garantia de acesso a este direito. O Direito de herança só ocorrerá, evidentemente, se a pessoa falecida houver deixado um acervo patrimonial disponível, como ensina Paulo Nader:

O direito subjetivo a sucessão não deriva, exclusivamente, do fato jurídico morte, pois é indispensável, ainda, que o *de cujus* tenha deixado patrimônio a partilhar. Além da morte há de haver relações jurídicas de natureza econômica, nas quais o *auctor hereditatis* figurava como titular do polo ativo ou passivo, pois não apenas os valores são transmissíveis *mortis causa*, mas também as dívidas. (2013, p. 04)

Importante salientar que ao dispor sobre a herança, que está sob a égide da Lei Maior, o Código Civil manteve “um modelo de transmissão primordial aos familiares, assentado em normas de ordem pública e em disposição de última vontade limitada a tais normas.” (LISBOA, 2009, p. 295) demonstrando a sintonia do Legislador Civil com os preceitos constitucionais da Dignidade da pessoa humana e da Igualdade, bem como com a evolução da própria matéria.

O artigo 1.784, que abre o Livro destinado as sucessões, versa que “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e necessários”. Nesse contexto, instrui a doutrina que

a solução adotada pelo legislador civil de manutenção do patrimônio na família do *de cujus* pode até ser considerada conservadora, porém é inegavelmente um meio satisfatório de se permitir aos integrantes da família enlutada de prosseguir com os propósitos para os quais tal patrimônio foi construído, com a percepção das necessidades dos sucessores. (LISBOA, 2006, p. 426)

deixando claro que o Direito Sucessório Pátrio adotou o “*Droit de Saisine*” como um dos Princípios basilares do Direito à Herança.

1.3.1. Princípio da *Saisine* (*Droit de Saisine*)

Ensina a doutrina que o princípio da *Saisine* tem origem “na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como reação ao sistema do regime feudal.” (GONÇALVES, 2011, p. 38). Naquela época

institui-se a praxe de ser devolvida à posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. (PEREIRA, 2010, p. 15)

Sobre o significado da palavra, leciona Carlos Roberto Gonçalves que “*Saisine* quer dizer posse, e *saisine hereditaire* significa que os parentes de uma pessoa falecida tinham direito de tomar posse de seus bens sem qualquer formalidade.” (2011, p. 38).

De acordo com a doutrina “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. (MIRANDA, 1999, p. 250. apud TORRANO, 2013, p. 15).

Acolhido pelo nosso atual Códex em seu artigo 1.784, este princípio é considerado pela doutrina como uma ficção jurídica que assegura aos herdeiros, sem a necessidade de qualquer ato por parte desses, a imediata posse dos bens deixados pelo *de cuius* de modo a preservá-los e não deixá-los ao abandono.

Derivam deste Princípio importantes efeitos, “não só restritos à imediata transmissão *pleno jure* da herança aos sucessores, mas correlatos a este.” (CAHALI; HIRONAKA, 2014, p. 39), como o local da abertura da Sucessão (art. 1.781), a Lei aplicável e os legitimados à suceder (art. 1.787), efeitos estes que nortearão e determinarão como se dará a partilha.

1.3.2. Indivisibilidade da Herança

Outro importante Princípio é o da Indivisibilidade da Herança (ou Princípio da Universalidade). Por este princípio, que está disposto no artigo 1.791, CC, se “estabelece um condomínio e uma composses entre os herdeiros como decorrência da *Saisine* e da causa da morte.” (VENOSA, 2013, p. 35). O referido artigo também aduz que, ainda que exista mais de um herdeiro, a herança será considerada, até o momento da partilha, como um único bem indivisível, cujo qual pertence a todos os sucessores em regime de condomínio, sendo cada um dono de sua fração ideal do total, demonstrando a preocupação da Lei em salvaguardar a integralidade dos bens deixados pelo *autor hereditatis* para que (satisfeitas as dívidas do *de cuius* para com seus credores) quando do momento da partilha, os bens deixados sejam igualmente divididos entre os herdeiros.

Por conseguinte, com o objetivo de proteger o acervo hereditário, ensina a doutrina que “Essa Indivisibilidade, ou *todo unitário*, como classifica o mais recente código, ocorre por força legal e diz respeito à posse e ao domínio” (VENOSA, 2013,

p. 35), o que significa dizer que resta assegurado a qualquer coerdeiro, além do direito à renúncia e o direito à sucessão aberta (ou seja, o poder que o sucessor tem de ceder ou alienar sua quotaparte), o direito de reclamar em juízo, se for o caso, qualquer bem do acervo hereditário contra quem injustamente o possua, sem prejuízo do direito dos demais herdeiros.

1.3.3. Inventário

Como vimos, aberta a sucessão a herança transmite-se de imediato a todos os herdeiros, de maneira inicialmente indivisível, colocando os sucessores forçadamente como condôminos dos bens, situação que só mudará com a partilha dos bens. Essa partilha será feita, em regra, através do processo de Inventário.

Leciona Silvio de Salvo Venosa que:

A palavra Inventário decorre do verbo *invenire*, do Latim: encontrar, achar, descobrir, inventar e do verbo *inventum*: invento, invenção, descoberta. A finalidade do inventário, é, pois, achar, descobrir, descrever os bens da herança, seus ativo e passivo, herdeiros, cônjuge, credores, etc. Trata-se, enfim, de fazer um levantamento que juridicamente se denomina Inventário da herança.” (2013, p. 37)

A doutrina conceitua o Inventário como “a descrição do patrimônio deixado pelo falecido, a fim de se resguardarem os interesses do Estado, dos credores e dos herdeiros.” (NEVES, 2009, p. 357). Para Caio Mário da Silva Pereira Inventário é o processo judicial “por via de qual se efetua a descrição dos bens da herança, lavra-se o título de herdeiro, liquida-se o passivo do monte, paga-se o imposto de transmissão *mortis causa*, e realiza-se a partilha dos bens entre os herdeiros.” (PEREIRA, 2010, p. 4).

A Lei Civil dispõe materialmente sobre o assunto em diversos artigos espalhados pelo Códex. Entretanto, “O Código Civil, isoladamente, não oferece ao estudioso a visão sistemática do inventário, seja judicial ou extrajudicial” (NADER, 2013, p. 469). Desta forma, por ter natureza eminentemente processual, o Inventário será conduzido também segundo os procedimentos dispostos no Código de Processo Civil, observados, por óbvio, os Princípios constitucionais a ele ligados, dada a supremacia axiológica da Lei Maior.

Salvo as exceções trazidas em Lei, o Código de Processo Civil disciplina que o Inventário deverá, em regra, ser aberto no prazo limite de 60 dias após a abertura da sucessão (art. 983, CPC) e no lugar do último domicílio do *de cujus* (art. 1.785 CC e art. 96, CC). Ainda em regra, nos termos do art. 987 do CPC, quem estiver na posse e administração dos bens do espólio tem legitimidade para requerer a abertura do Inventário. Também tem legitimidade:

Art. 988. Tem, contudo, legitimidade concorrente:

- I - O cônjuge supérstite;
- II - O herdeiro;
- III - O legatário;
- IV - O testamenteiro;
- V - O cessionário do herdeiro ou do legatário;
- VI - O credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança;
- VII - O síndico da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge supérstite;
- VIII - O Ministério Público, havendo herdeiros incapazes;
- IX - A Fazenda Pública, quando tiver interesse

Findo o prazo, caso nenhum legitimado venha a requerer a abertura do Inventário, poderá o juiz, ex officio, o fazer (art. 989, CPC).

O inventário poderá ser processado Judicial ou Extrajudicialmente. O procedimento a ser adotado para a abertura do inventário dependerá da verificação de existência ou não de um Testamento, ou herdeiro incapaz deixado pelo *de cujus*, situação que forçará que este processo seja realizado perante o juízo competente. Entretanto, inexistindo testamento e sendo todos os herdeiros capazes e concordes, poderá o inventário se proceder na via extrajudicial, conforme estatui o *caput* do art. 982 do CPC, *in verbis*:

Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

Aberto o Inventário, o juiz nomeará o inventariante que

exerce a função de auxiliar da justiça tendo em vista que irá atuar no processo com fim de facilitar a atividade do juiz, com a indicação dos bens que compõe o acervo, bem como as dívidas, o recolhimento de tributos, e o levantamento de toda a documentação necessária. (Neves, 2009, p. 364)

O inventariante indicará, ainda, todos os herdeiros legitimados a suceder de qual tenha conhecimento, sob as penas da Lei, bem como será o responsável pela administração da herança, como versa o art. 1991 do Código Civil: “Desde a assinatura do compromisso até a homologação da partilha, a administração da herança será exercida pelo inventariante.”.

Independente da forma ou local onde será conduzido, resta demonstrado pois a importância do Inventário, que além de ser a única medida que os herdeiros dispõem para fazer cessar o condomínio sucessório e a consequente individualização dos quinhões, é também o momento ideal para aqueles que se entenderem preteridos habilitarem-se e reclamar sua condição de herdeiro e, em via de consequência, receber sua quotaparte.

Todavia, “após a homologação da partilha, só por ação própria o herdeiro ou interessado poderá reclamar” (VENOSA, 2013, p. 84) seu direito. Esta ação própria cuja qual a Lei e a doutrina se referem é a Ação de petição de herança, disposto no art. 1.824 do Código Civil, que será melhor explanada no decorrer deste trabalho.

1.4. Ação de Petição de Herança

Não obstante toda a preocupação da Lei no sentido de proteger a herança e seus legitimados, há situações em que, por qualquer motivo, proposital ou não, algum herdeiro deixe de ser mencionado no processo de inventário e, conseqüentemente fique sem receber sua quotaparte. Ocorrendo isso, “cumpre-lhe, então, demandar o seu reconhecimento contra qualquer possuidor ilegítimo da herança, e a entrega dos bens” (PEREIRA, 201, p. 58) através da Ação de petição de herança.

A doutrina conceitua a Ação de petição de herança como “o meio judicial de que se serve o herdeiro excluído para garantir sua qualidade sucessória e o natural acesso aos bens hereditários.” (LEITE, 2013, p. 103). De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, citando o ensinamento de Itabaiana de Oliveira “a ação de petição de herança é a que compete ao herdeiro legítimo ou testamentário contra aqueles que, pretendendo ter direito à sucessão, detêm os bens da herança no todo ou em parte.” (OLIVEIRA, 1987. apud VENOSA, 2013, p. 110.). Já Roberto Senise Lisboa ensina que “*petição de herança* é o requerimento judicial formulado pelo interessado objetivando o reconhecimento de sua qualidade de herdeiro e a defesa dos seus

direitos sucessórios.” (2006, p. 446), em suma, é a medida judicial posta à disposição do herdeiro que foi preterido dos seus direitos de ser reconhecido como sucessor do *de cujus*, bem como de receber a sua quotaparte da herança.

A Petição de Herança já existia no antigo Direito Romano, e era conhecida como *petitio hereditatis*. *A priori*,

tinha como objetivo restituir a um herdeiro preterido de sua herança e de seu quinhão hereditário da ação de alguém que possuía a herança *pro herede*, ou seja aquele que possui a herança a título de herdeiro, ou de alguém que possuía a herança sem título de herdeiro, seja por esbulho possessório ou outra razão. (NEVES, 2009, p. 84)

ou seja, destinava-se tão somente a discutir o direito e a entrega da herança ao autor da demanda, exclusivamente por sua condição de sucessor, não cabendo, por meio dela, discutir e pleitear mero direito possessório ou de propriedade que não tivesse relação com o direito sucessório.

No revogado Código Civil de 1916 a referida ação não estava expressamente disposta, tendo sido “relegada, no passado, a princípios gerais e esparsos” (VENOSA, 2013, p. 111), contudo, era pacificamente admitida em juízo encontrando fundamento

No Parágrafo Único do art. 1.580, do seguinte teor: Qualquer dos coerdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possui, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial de seu direito nos bens da sucessão. (NADER, 2013, p. 125)

No nosso atual sistema normativo, diferente e inovador em relação ao seu antecessor, a figura da Petição de herança está disposta de forma expressa em seu art. 1.824, *in verbis*:

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.

e é regrada segundo o que dispõe os arts. 1.824 a 1.828 do mesmo Código, bem como no Código de Processo Civil em seu art. 1.001.

Mister se faz trazer à baila uma breve diferenciação da Ação de petição de herança em relação a Ação Reivindicatória, pois esta tem como objeto a recuperação de um bem singular, enquanto aquela, atingirá todo o acervo hereditário. Nesse sentido, é o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:

Se o herdeiro, excluído ou não habilitado, intenta a ação contra coerdeiro, sua pretensão não é excludente absoluta, objetivando-se na entrega do quinhão. Se a *petitio hereditatis* é proposta contra quem não tem qualidade hereditária, pode compreender a totalidade da herança, ainda que ajuizada por um só dos herdeiros. (2010, p. 59).

seguindo a inteligência do que preceitua o art. 1.825, CC, que estatui que “a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários”.

Leciona também a doutrina que “A petição de herança não se confunde com a ação de sonogados. Esta tem por finalidade a inclusão dos bens no inventário que foram propositalmente omitidos por herdeiros, com o intuito de subtraí-los da partilha.” (DIAS, 2013, p. 630), enquanto a petição de herança, como vimos, tem por objetivo o reconhecimento da condição de herdeiro e, por via de consequência, o recebimento dos bens da herança que lhes são devidos.

Assevera Caio Mário da Silva Pereira que “A ação de petição de herança pode constituir uma pretensão isolada e autônoma” (2010, p. 60), contudo, na prática, muito se vê que esta ação costuma ser “cumulada com ações de reconhecimento de filiação, de nulidade de testamento e outras conexas que giram em torno do direito e da condição de herdeiro” (VENOSA, 2013, p. 111) tendo em vista a sua dupla finalidade, qual seja: reconhecer o demandante como sucessor do *de cuius* e, como consequência, dar-lhe o direito ao recebimento da sua quotaparte.

1.4.1. Legitimidade ativa e passiva

Quanto à Legitimidade ativa *ad causam* para o ajuizamento da ação, estatui a Lei que tanto os herdeiros legítimos quanto os testamentários possuem-na. São exemplos não exaustivos: o companheiro sobrevivente, os herdeiros por representação, o filho não reconhecido pelo *de cuius*, o sucessor testamentário excluído da partilha, o credor do *de cuius* ou de qualquer dos herdeiros, as Fazendas Públicas no caso de herança jacente, entre outros.

Quanto ao Legatário, não há harmonia nos posicionamentos doutrinários. Parte dos estudiosos do direito afirmam que o legatário não possui legitimidade ativa na ação de petição de herança. Maria Berenice Dias afirma que o legatário tem apenas o “direito de pedir a posse direta do bem legado, pretensão com distinta natureza.” (2013, p. 631). No mesmo sentido escreveu Sílvio de Salvo Venosa

asseverando que “o legatário tem ação própria, também reivindicatória, para reclamá-lo sob diferentes pressupostos” (2013. p. 112). Todavia, outra parcela da doutrina, como Eduardo de Oliveira Leite, Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka entendem que “qualquer herdeiro pode intentar a ação; quem quer que herde, legítima ou testamentariamente, pode pedir a herança se outrem a possui, com ofensa ao seu direito de herdeiro.” (LEITE, 2013, p. 104), esclarecendo que por ser tratar o legado de uma forma de sucessão testamentária, é perfeitamente cabível a Ação de petição de herança.

Sobre a legitimidade passiva, estatui a 2ª parte do art. 1.824, que a ação pode ser proposta contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem justo título (herdeiro aparente) a possua. Nessa perspectiva, ensina Paulo Nader que “Para que alguém figure na ação como réu, não há de estar, necessariamente, na posse direta dos bens hereditários, pois uma outra pessoa pode estar exercendo-a em seu nome” (2013, p. 130).

Dito isto, importante se faz observar o que pontua o artigo 1.826 e o *caput* do art.1.827, CC, *in verbis*:

Art. 1.826. O possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222.

Parágrafo único. A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora.

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

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

Assim sendo, podem compor o polo passivo da demanda o herdeiro declarado indigno (aquele que foi privado do seu direito de suceder por prática de ato ofensivo contra o *de cuius*, nos termos do art. 1.814), bem como os terceiros estranhos à sucessão, como é o caso do possuidor. Desta forma “o conhecimento pelo possuidor da condição de herdeiro do reivindicante será o divisor de águas do boa ou má-fé.” (VENOSA, 2013, p. 111). Como dispôs a lei, a boa ou a má-fé do possuidor será aferida pela efetiva citação, pois “se até o momento poderia o réu invocar a ignorância dos direitos do autor da ação, com a citação deles se tornou plenamente ciente, transmudando-se a natureza da posse até então exercida.”

(MONTEIRO, 2009, p. 84). Assim também é o entendimento da jurisprudência, como se vê no seguinte julgado:

Petição de herança. Reconhecimento de herdeira necessária. Retificação da partilha. Restituição dos frutos. Responsabilidade pelos prejuízos a partir da citação. O herdeiro excluído da sucessão pode demandar o reconhecimento do seu direito sucessório e obter em juízo a sua parte na herança, consoante art. 1.824 do Código Civil. Os herdeiros que exercem com exclusividade a posse dos bens do monte, excluindo herdeiro necessário, cuja existência é do seu conhecimento, agem de má-fé e respondem pelos prejuízos a partir da citação nesta ação, consoante o art. 1.826, parágrafo único, do Código Civil. Provimento do recurso” (TJRJ, 2009. apud TARTUCE, 2014).

salvaguardado, contudo, o disposto no Parágrafo único do 1.827, CC. Comprovada, porém, a má-fé do possuidor, este responderá conforme o disposto no supratranscrito art. 1.826, CC.

1.4.2. Habilitação e competência

Como instrui Carlos Roberto Gonçalves “cabe tal ação a quem se intitula herdeiro e reivindica esse título” (2011, p. 145). Assim, achando-se preterido, o herdeiro poderá requerer sua habilitação nos autos do Inventário ou propor diretamente a Ação de petição de herança.

A competência para a demanda será, até a partilha, do juízo em que se processa o Inventário. Após a partilha a competência será territorial (art. 94 do CPC), pois, como ensina a doutrina majoritária, se no curso do inventário o herdeiro até então preterido for pacificamente habilitado nos autos não haverá a necessidade do ajuizamento da ação, isto porque “A Petição de herança apenas se faz forçosa quando existe pretensão resistida, podendo ser movida no andamento do inventário e da partilha, como também, após ela” (ALMEIDA, 2010).

Os tribunais superiores concordam com este posicionamento, como se vê:

CIVIL. INVENTÁRIO NÃO ENCERRADO. INCLUSÃO DE HERDEIRO. PETIÇÃO DE HERANÇA. DESCABIMENTO. VIA INADEQUADA. A petição de herança tem por finalidade anular a partilha de bens realizada em inventário já encerrado. **Não ocorrendo o encerramento do inventário, descabida é a petição de herança** para inclusão de herdeiro no inventário, visto que não houve a partilha dos bens. **Estando em curso o inventário, e pretendendo o suposto herdeiro parte da herança, a via adequada para a sua inclusão no inventário é o pedido de sua habilitação no mesmo.**

Precedentes no STJ. Recurso manifestamente improcedente. Seguimento negado. (TJRJ, 2007. grifo nosso)

Tais entendimentos encontram arrimo na disposição do art. 1.001, do CPC, *ipsis litteris*:

Art. 1.001. Aquele que se julgar preterido poderá demandar a sua admissão no inventário, requerendo-o antes da partilha. Ouvidas as partes no prazo de 10 (dez) dias, o juiz decidirá. Se não acolher o pedido, remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio.

cuja redação deixa clara a possibilidade de, ouvida as partes, o herdeiro ser habilitado nos autos e, a partir daí, a partilha passe a transcorrer normalmente.

Entretanto, se esta habilitação depender de elementos probatórios mais complexos e maiores indagações, o juiz deverá remeter o interessado às vias ordinárias, ordenando ao inventariante que proceda com a reserva do quinhão hereditário do suposto herdeiro. Tal medida “se justifica ao reunir os dois requisitos fundamentais às cautelares: o *fumu boni juris* e o *periculum in mora*.” (NADER, 2013. p. 134). Feito isso, a Ação de petição de herança deve ser proposta em até 30 dias da decisão, sob pena da cessação da reserva (art. 1.039, I, CPC).

1.4.3. Natureza da ação e prazo prescricional

No campo doutrinário discute-se qual seria a natureza da Ação de petição de herança. De início esta parece ser apenas mais uma preocupação meramente teórica, entretanto, como assevera a doutrina, o tema é de grande relevância haja vista a mesma apresentar “efeitos práticos, especialmente na composição dos polos ativo e passivo da relação processual” (NADER, 2013, p. 134), bem como influenciar diretamente nos efeitos da sentença, em relação ao direito do autor.

Como se imagina, a doutrina pátria não é uníssona, existindo, quanto à natureza da Ação de petição de herança, alguns entendimentos doutrinários divergentes. Assim sendo, este trabalho trará breves considerações sobre o assunto, no intuito de ampliar o conhecimento quanto a matéria.

A corrente doutrinária predominante é a que entende que a Petição de herança é uma ação de natureza real, “quer se postule toda a herança, quer se postule parte dela” (VENOSA, 2013, p. 110), já que “a tutela pretendida recai sobre

um direito real” (NADER, 2013, p. 133) e, nos termos do inciso II, do art. 80 do Código Civil, o acervo hereditário é considerado um bem imóvel.

Este também é o entendimento jurisprudencial, como se vê em seu julgado:

APELAÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PETIÇÃO DE HERANÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. **A ação de petição de herança é uma ação de natureza real**, para a qual só tem legitimidade ativa aquele que já é herdeiro desde antes do ajuizamento, e através da qual ele pode buscar ver reconhecido seu direito hereditário sobre bem específico que entende deveria integrar o espólio, mas que está em poder de outrem. (TJRS. 2012. grifo nosso)

Contudo, há doutrinadores que defendem a tese de que a ação tem natureza universal, “eis que o autor não pretende a devolução de coisas destacadas, mas sim do patrimônio hereditário por inteiro” (DIAS, 2013, p. 629) ainda que limitada a seu quinhão ideal.

Há, ainda, outra corrente doutrinária que entende que a Petição de Herança, na verdade, tem natureza mista, pois traz consigo vários aspectos. Para estes estudiosos, a referida ação além da natureza real, de devolução da *res*, e do viés universal, haja vista o Princípio da Indivisibilidade ou Universalidade da herança, tem também um cunho de natureza pessoal, pois servirá, ainda, para reconhecer no demandante, a sua condição de herdeiro. Nessa lógica, instrui Leonardo Pompolo da Costa (2010)

É uma ação de quem pretende ver reconhecido o seu direito sucessório e, também, para obter a restituição de todos os bens da herança, ou de parte deles, por via de consequência. Teria, desse modo, caráter misto pela duplicidade de seu objeto, por inseparáveis os propósitos de reconhecimento da qualidade hereditária (fim declaratório) e da restituição dos bens (caráter condenatório).

em suma, a natureza mista desta ação dá-se pela combinação dos elementos supracitados e pelo “efeito de sentença condenatória cumulada com efeito de sentença declaratória.” (TOALDO; DENARDINI PEREIRA, 2009) buscada pelo herdeiro preterido ao final do processo.

Como se vê, vários são os posicionamentos da doutrina pátria quanto a matéria, corroborando a relevância do assunto, não só em seu aspecto teórico-doutrinário, como ainda para sua aplicação prática.

Outro tema que também ainda não está pacificado é quanto ao prazo da Ação de petição de herança. Sabe-se que o atual Código Civil Pátrio foi inovador,

trazendo de forma expressa em seu bojo, mais precisamente em seu art. 1.824, a Ação de petição de herança. Contudo, foi silente quanto a estipulação de um prazo prescricional, provocando, como não poderia ser diferente, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, entendimentos de toda sorte.

Ensina a doutrina que diferentemente do nosso vigente Código Civil

O Código Civil peruano, de 1984, no bojo do seu art. 664, declara: *las pretenciones a que se refiere este artículo son imprescriptibles y se tramitan como proceso de conocimiento*. Para o Código Civil português (art. 2.075, nº 2), a ação “*pode ser intentada a todo tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião, relativamente a cada uma das coisas possuídas...*”. Em igual sentido, o Código Civil italiano (art. 533, 2ª parte), que ressalta, todavia, a possibilidade de o possuidor usucapir os bens: “*L’azione è imprescrittibile, salvi gli effetti dell’usucapione sispetto ai singoli beni* (1158, ss). (NADER. 2013. P. 135)

demonstrando que o Direito estrangeiro foi mais cauteloso e fez por bem dispor claramente sobre o assunto, evitando assim que injustiças ocorram contra quem já foi tão prejudicado: o herdeiro preterido.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência majoritária entender que no Direito sucessório o prazo começa a fluir com a abertura da sucessão (salvo as exceções do art. 198, CC), existe outra parcela dos estudiosos do direito que entende de maneira diversa instruindo que como a Lei nada fixou, a melhor interpretação para o início da contagem do prazo seria o momento em que ficar comprovado a capacidade sucessória do suposto herdeiro.

Da mesma sorte, quando o assunto é a prescribibilidade ou não da referida ação a Lei, a Doutrina e a Jurisprudência pátria também não encontraram consenso. Posicionou-se o STF quanto a matéria ao editar, em 13 de dezembro de 1963, a Súmula 149 que assim dispõe: “É imprescritível a ação de investigação de Paternidade, mas não o é a de Petição de herança.”. Entretanto, existem críticas quanto a este posicionamento pelo fato de a referida súmula ter sido editada antes da Constituição Federal que trouxe o direito à herança como um direito fundamental disposto como cláusula pétrea no art. 5º, XXX, e da atual legislação civil que amparou expressamente o herdeiro preterido, bem como pela discussão quanto ao caráter da natureza da ação.

Não obstante a orientação do STF, permanece a discussão sobre o assunto no âmbito doutrinário. Enquanto grande parte da doutrina segue a linha da Súmula 149 do STF, apoiando-se também em outros pressupostos, entendendo ser a

Petição de herança uma ação prescritível, a outra corrente doutrinária defende a imprescritibilidade e, como esperado, embasam seu entendimento em sólidas justificativas como, por exemplo, o aspecto constitucional da herança.

Embora reste evidenciada a relevância do tema, o presente trabalho adentrará e avançará nos debates mais à frente, visto que a discussão sobre a possibilidade de prescritibilidade ou não da Ação de petição de herança requer certo aprofundamento teórico quanto aos institutos da Prescrição e da Decadência. Dito isso, demonstrado está o motivo pelo qual dedica-se o próximo capítulo à um breve estudo quanto a estes institutos, para *a posteriori* trazer uma exposição mais aprofundada dos argumentos e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

2. OS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

Insta, primeiramente, esclarecer a importância de abordar sobre os institutos da Prescrição e da Decadência. Viu-se, anteriormente, que ao dispor sobre a Ação de petição de herança, no art. 1.824, o legislador civil foi omissivo quanto ao seu prazo, deixando no ar a dúvida sobre se a ação estaria sujeita ou não à prescrição ou decadência. Desta forma, resta demonstrado que o estudo do sobre os institutos é de significativa relevância para este trabalho.

Os institutos da Prescrição e da Decadência tem suas raízes no Direito Romano. Tradicionalmente, foram disciplinados pelo Direito Civil, contudo, atualmente, observa-se que outros ramos do Direito (como os Direitos Tributário, Penal e Processual) tem manifestado interesse pelo assunto, dado seus reflexos e peculiaridades. Não obstante, o presente trabalho, trará, além do viés Civilista, alguns posicionamentos da doutrina processualista quanto ao tema.

A Constituição Federal de 1988, apesar de não dispor de forma expressa, consagrou no Direito brasileiro o Princípio da Segurança Jurídica. Este princípio, objetiva proporcionar ao nosso ordenamento a devida tranquilidade e estabilidade nas relações jurídico-sociais. Sabe-se que todos os cidadãos, tem, de forma genérica, aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Contudo, estes direitos e obrigações, em observância ao Princípio da Segurança Jurídica, não podem se perpetuar no tempo, de forma a não prejudicar a ordem pública e a paz social, “Por esta razão, o Direito criou mecanismos que fulminam a pretensão correspondente a um direito, ou ao próprio direito, pelo decurso de um prazo previsto em Lei, ou fixado pelas partes” (DONIZETTI; QUINTELLA, 2012, p. 178). Esses mecanismos, que obrigam o titular de um direito a se sujeitar a reivindicá-lo durante um determinado lapso temporal, sob pena de perda do exercício do direito, ou do direito em si, são os institutos da Prescrição e da Decadência.

A discussão quanto à diferenciação dos referidos institutos é tão antiga quanto a sua origem, que remonta do Direito Romano. Por óbvio, muito já se avançou desde lá em relação a matéria, entretanto, por mais que o novo Código Civil (diferentemente do seu antecessor, que tratava os institutos como sinônimos), tenha separado os institutos e os abordado de forma expressa e autônomas, no intuito de minimizar as celeumas, ainda persistem no âmbito doutrinário, tendo em vista a complexidade e a importância do tema, diversos dissensos quanto aos seus

conceitos, objetivos, aplicações, etc., chegando a ocorrer casos de confusão entre os institutos e até mesmo posicionamentos no sentido de afirmar não haver diferença prática entre ambos.

Não obstante, entende Yussef Said Cahali que

as dúvidas e incertezas acumuladas através dos tempos, conquanto não superadas pela doutrina, deixam certo que a distinção existe: institutos marcados pelo traço comum da carga deletéria do tempo, aliada à inatividade do titular do direito, são eles dotados de natureza intrínseca diversa, de que resultam efeitos jurídicos próprios. (2012, p. 26)

Neste mesmo sentido é o ensinamento dos demais doutrinadores pátrios que afirmam que ambos os institutos representam “alguns dos efeitos que o transcurso do tempo pode produzir sobre os direitos subjetivos, no tocante à sua eficácia e exigibilidade” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 330), além de apresentarem “como ponto comum o decurso do tempo aliado à inatividade do respectivo titular” (CAHALI, 2012, p. 19).

Quanto a sua fundamentação, visam “o interesse maior da sociedade à certeza e segurança jurídicas” (TORRANO, 2013, p. 120). Corroborando este entendimento, complementa o doutrinador processualista Fredie Didier Jr, ministrando que a Prescrição e a Decadência

são institutos de direito substantivo [...], ocorrem extraprocessualmente – malgrado sejam ambas reconhecidas, por mais das vezes, dentro de um processo – , e suas finalidades projetam-se, também fora do processo: visam à paz e à harmonia sociais, bem como a segurança das relações jurídicas. (2008, p. 280)

por estarem vinculados a princípios e matéria de ordem pública. Assim, “justamente por tais circunstâncias é que a ordem jurídica estabelece os prazos de prescrição e decadência, que garantem a relativa estabilidade das relações jurídicas na sociedade.” (GAGLIANO, 2014, p. 507). Desta forma, passa-se a discorrer sobre os aspectos gerais, características e particularidades existentes nestes importantes institutos jurídicos.

2.1. Da Prescrição;

O Código civil de 1916 trazia em seu bojo disposições gerais sobre o que denominava *prescrição*. Contudo, haviam duras críticas ao fato da Lei englobar “indiscriminadamente, em um mesmo capítulo, as causas devidas à influência do tempo” (GONÇALVES, 2012), quando no entendimento da doutrina, apesar de estar sob a mesma denominação, as disposições legais versavam, ao mesmo tempo, sob a prescrição e a decadência.

Desta forma, objetivando afastar as dúvidas e as divergências de entendimento que pairavam nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, o atual legislador civil, ao contrário do que fez o antecessor, dispôs longa e detalhadamente sobre o instituto da prescrição, dedicando-lhe um capítulo inteiro (arts. 189 a 206) separando-o da decadência.

Ensina a doutrina, que a origem da palavra prescrição vem do latim, do verbo *praescribere*, que significa “escrever antes”. De acordo com Maria Helena Diniz, “Este instituto foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas que seriam comprometidas diante da instabilidade oriunda do fato de se possibilitar o exercício da ação por prazo indeterminado.” (DINIZ, 2014, p. 437).

De acordo com Agnelo Amorim Filho, citando o ensinamento de SAVIGNY,

Durante muito tempo, a prescrição foi um instituto completamente estranho ao direito romano, mas, ao surgir o direito pretoriano, passou a constituir uma exceção à antiga da duração perpétua das ações. Por último, a exceção se converteu em regra geral. (SAVIGNY, p. 181 e 185. apud AMORIM FILHO, 1961, p. 12.)

Acredita-se que a prescrição, que até então era considerada uma exceção, tenha se tornado regra devido a necessidade de dar ao Direito e às relações jurídicas, que obviamente reflete nas relações sociais, a certeza, a segurança e a estabilidade que deles se esperam, pois “não é razoável, para a preservação do sentido de *estabilidade social* e *segurança jurídica*, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular.” (GAGLIANO, 2014, p. 506), desta forma, entende-se que a prescrição visa a paz e a segurança social, embasada no Princípio da Segurança Jurídica.

Mister se faz abrir um pequeno parêntese no intuito de frisar que, apesar de datar de 1961, o trabalho de Agnelo Amorim Filho, intitulado “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, é considerado pela doutrina, como um marco no assunto e de inegável contribuição, recebendo, desta forma, neste trabalho, o respeito e a importância que lhe é merecido.

Ao versar sobre a Prescrição, o atual legislador civil, através do art. 189, dispôs que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os art. 205 e 206”. Note-se que apesar da intenção do legislador em dispor de forma expressa sobre o instituto, existem pontos importantes do supracitado artigo que merecem ser melhor elucidados e levados em consideração.

Mister faz-se, *a priori*, trazer à baila, o conceito deste instituto. Para Maria Helena Diniz “Constitui-se como uma pena (*sansão adveniente*) para o negligente, que deixa de exercer seu direito de poder exigir, em juízo, ação (em sentido material), dentro de certo prazo, ante uma pretensão resistida[...]” (2014, p. 438). Nas palavras de Pablo Stolze Gagliano “A prescrição é a perda da *pretensão* de reparação do direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto em Lei.” (2014, p. 507). De forma mais didática, conceituou Humberto Theodoro Júnior lecionando que

a prescrição é a sanção que se aplica ao titular do direito que permaneceu inerte diante de sua violação por outrem. Perde ele, após o lapso previsto em lei, aquilo que os romanos chamavam de *actio*, e que, em sentido material, é a possibilidade de fazer valer o seu direito subjetivo. Em linguagem moderna, extingue-se a pretensão. (2010, p. 330)

Em suma, a prescrição seria uma espécie de punição dada à inércia do titular do direito, considerando o velho brocardo jurídico *dormientibus non succurrit ius*.

Um ponto que deve ser observado é quanto ao início da contagem do prazo prescricional. Como o Códex anterior nada estatuiu sobre o termo inicial da contagem do prazo, escreveu Agnelo Amorim Filho (1961) que “os vários autores que se dedicaram à análise do termo inicial da prescrição fixam este termo, sem discrepância, no nascimento da ação (*actio nata*) determinando tal nascimento, pela violação de um direito.”.

Importante salientar que, com o intuito de afastar a discussão e as dúvidas que pairavam no âmbito doutrinário, o atual legislador civil foi claro, dispondo logo na primeira parte do supratranscrito artigo (189, CC), que o termo inicial se daria a partir da violação do direito. Nesse contexto, leciona Maria Helena Diniz que “O titular da pretensão jurídica terá prazo para propor a ação, que se inicia (*dies a quo*) no momento em que sofrer violação do seu direito subjetivo.” (2014, p. 436). Corrobora com este posicionamento o doutrinador Caio Mário da Silva Pereira que aduz que “a rigor, portanto, a prescrição inicia-se na data em que o interessado pode, sem embargo, manifestar a pretensão em juízo” (2013, p. 581). Assim, pode-se afirmar que o início da contagem do prazo prescricional dá-se, de fato, pela violação o direito, momento em que surge para o seu titular a pretensão.

A pretensão é outro importante detalhe que merece atenção. Ensina Carlos Roberto Gonçalves que “A esse direito de exigir chama a doutrina de pretensão, por influência do direito germânico (*anspruch*).” (2012, p. 515). Pablo Stolze Gagliano assim conceituou a pretensão:

“Pretensão é a expressão utilizada para caracterizar o poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico, vale dizer, é o poder de exigir a submissão de um interesse subordinado (do dever da prestação) a um interesse subordinante (do credor da prestação) amparado pelo ordenamento jurídico.” (2014, p. 509)

A boa doutrina ainda versa que

“A pretensão, é, pois, o direito de exigir em juízo a obrigação do inadimplente, do dever legal ou contratual; Junto com ela nasce a ação (em sentido material) para obter a prestação da tutela jurisdicional a que faz jus o titular do direito violado ou ameaçado (CF, art. 5º, XXXV)” (DINIZ, 2014, p. 436 e 437)

assim, conclui-se que a pretensão é o poder de exigir, judicialmente, de outrem o cumprimento de uma obrigação (seja ela de ação ou de omissão) relativa à um direito próprio em detrimento do interesse alheio. Isto posto,

Compreende-se facilmente o motivo da escolha da pretensão como termo inicial do prazo de prescrição. É que o estado de intranquilidade social que o instituto da prescrição procura limitar no tempo, não resulta somente da possibilidade de propositura da ação, mas também de um fato que sempre lhe é anterior, e que pode até ocorrer sem que haja nascido a ação: a possibilidade de exercício da pretensão. Pouco, ou nada, adiantaria paralisar a ação, com o objetivo de alcançar aquela paz social, se a pretensão permanecesse com toda sua eficácia. (AMORIM FILHO, 1961)

Importante ressaltar que a doutrina usa, muitas vezes, a palavra “ação” no sentido de “Pretensão” tendo em vista que esta se concretiza na forma daquela. Entretanto, ambas não se confundem, tendo a própria Lei deixado claro que é a violação do direito que dá início à pretensão. Desta forma, compreende-se que “a pretensão, a ser deduzida em ação, na qual se defende o direito violado, nasce apenas quando da violação deste direito.” (TORRANO, 2013, p. 122), restando esclarecido que “só quando o sujeito passivo não atende à exigência do titular do direito, é que surge, como consequência, a ação, isto é, o poder de provocar a atividade jurisdicional do Estado.” (AMORIM FILHO, 1961).

Contudo, como dito, esta pretensão não se eterniza no tempo, de forma a ser exigida a qualquer tempo, pelo contrário. Estatui a segunda parte do art. 189, que a prescrição extingue a pretensão. Assim sendo, “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.” (TORRANO, 2013, p. 117 e 118), ou seja, apesar de, em tese, o direito conservar-se intacto, a inércia do seu titular, após determinado período fixado em Lei, resulta em perda da pretensão.

Imprescindível se faz, neste momento, trazer outras considerações estatuídas na Seção I, “Disposições Gerais”, pelo atual Códex quanto à prescrição, como a possibilidade de renúncia da mesma, a vedação à alteração dos prazos, a possibilidade de alegação da ocorrência da prescrição e a continuação da contagem do prazo em caso de sucessão.

Sobre a possibilidade de renúncia da prescrição, dispôs o art. 191, *ipsis litteris*:

Art. 191. A renúncia da prescrição pode ser expressa ou tácita, e só valerá, sendo feita, sem prejuízo de terceiro, depois que a prescrição se consumar; tácita é a renúncia quando se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição.

Ensina a doutrina que “Renunciar à prescrição consiste na possibilidade de o devedor de uma dívida prescrita, consumado o prazo prescricional e sem prejuízo a terceiro, abdicar do direito de alegar esta defesa indireta de mérito (a prescrição) em face do seu credor.” (GAGLIANO, 2014, p. 520). Desta forma, tem-se que a Lei desautoriza a renúncia da prescrição antes que ela tenha se consumado. O motivo,

de acordo com a doutrina, seria “porque o referido instituto é de ordem pública, e a renúncia tornaria a ação imprescritível por vontade da parte” (GONÇALVES, 2012, p. 520), sendo, ainda, permitida quando não prejudique direito alheio. Essa renúncia, caso requerida, pode ser feita de maneira expressa ou tácita, “Na renúncia expressa, o prescribente abre mão da prescrição de modo explícito, declarando que não a que utilizar e na tácita pratica atos incompatíveis com a prescrição” (DINIZ, 2014, p. 448).

Estatui o art. 192, CC, que “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes.”. Por este dispositivo, vê-se que o legislador achou por bem vedar, por mera liberalidade das partes, à alteração (à menor ou à maior) dos prazos, “pelo fato de a prescrição somente ser fixada por lei” (GAGLIANO, 2014, p. 521), pois do contrário ter-se-ia uma forma de burlar o que é defeso por lei, trazendo enorme insegurança jurídica.

Outro ponto importante é quanto a possibilidade de alegação da ocorrência da prescrição, estatuído no art. 193, *in verbis*: “A prescrição pode ser alegada em qualquer grau de jurisdição, pela parte a quem aproveita.”, que permite sua arguição em qualquer momento processual. Note-se que este artigo tem um viés processualista. Não obstante o sentido literal da lei, há exceções. Entende a doutrina que quanto à instância, quando a lei fala em possibilidade de alegação em qualquer grau de jurisdição, em verdade deve-se entender que o detentor do direito só terá êxito caso tenha procedido com o seu prequestionamento na instância *a quo*, já que o mesmo é exigido pelos regimentos internos do STF e o STJ, como ensina Carlos Roberto Gonçalves (2012). Nesse contexto,

É bom esclarecer que a determinação legal de que a prescrição poderá ser alegada em qualquer instância deve ser entendida em seus devidos termos, ou seja, que a alegação só é possível desde que a parte a quem aproveite não tenha ainda falado nos autos. (DINIZ, 2014, p. 449)

Importante esclarecer, também, quanto à segunda parte do referido artigo, que “Podem alegá-la não só os interessados diretos como também os indiretos.” (GONÇALVES, 2012, p. 522).

O atual Códex dispôs, ainda, sobre como fica a contagem do prazo em caso de sucessão. Estipula o art. 196, *ipsis litteris* “A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu sucessor.”. Sobre o tema, instrui a doutrina

que “A prescrição iniciada, p. ex., contra o *de cujus* continuará a correr contra seus sucessores, sem distinção entre singulares e universais; logo continuará a correr contra o herdeiro, o cessionário ou o legatário.” (DINIZ, 2014, p. 450). Desta forma o sucessor “disporá apenas do prazo faltante para exercer a pretensão, quando este prazo iniciou-se com o autor da herança” (GONÇALVES, 2012, p. 523). Isso demonstra que a sucessão não obsta no prosseguimento do prazo prescricional, que passará a correr contra (e até mesmo a favor, se for o caso) o herdeiro do *de cujus*.

Viu-se até aqui que a regra é, pois, a do nascimento da pretensão pela violação do direito, e da prescrição do direito pela carência de ação dentro do prazo legal. Porém, há situações que a própria lei permite que este prazo não flua de imediato, dada a particularidade do caso, assim como “há hipóteses em que o prazo começa a fluir e, por motivo especial definido em lei, a contagem é paralisada, assim permanecendo enquanto perdurar a razão determinante da suspensão.” (NADER, 2006, p. 571), a estes casos dá-se os nomes de impedimento e suspensão da prescrição.

O atual Códex, a exemplo de seu antecessor, dispôs em uma mesma seção sobre as causas que impedem e suspendem a prescrição, compreendidas entre os artigos 197 a 199, *in verbis*:

Art. 197. Não corre a prescrição:

- I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;
- II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;
- III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.

Art. 198. Também não corre a prescrição:

- I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;
- II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;
- III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:

- I - pendendo condição suspensiva;
- II - não estando vencido o prazo;
- III - pendendo ação de evicção.

No entendimento da doutrina, isto demonstra que o legislador não fez muita distinção entre eles, contudo, os estudiosos do direito ainda discutem suas diferenças. Para Pablo Stolze Gagliano

A priori, não há diferença ontológica entre impedimento e suspensão da prescrição, pois ambas são formas de paralisação do prazo prescricional. A

sua diferença fática é quanto ao termo inicial, pois, no impedimento o prazo nem chegou a correr, enquanto na suspensão, o prazo, já fluindo, “congelase”, enquanto pendente a causa suspensiva. (2014, p. 522)

ou seja, só será possível estabelecer se trata-se de impedimento ou suspensão do prazo prescricional diante do caso concreto. Insta salientar, conforme instrui a doutrina, que por ser a prescrição um instituto de ordem Pública, o seu rol “é taxativo, não admitindo interpretação extensiva” (GONÇALVES, 2012, p. 524).

Já os artigos 202 a 204 do Código Civil estatuem sobre a causas que interrompem a prescrição. A prescrição interrompe-se não nos casos previstos em lei, como é o caso da suspensão, mas por meio de “qualquer ato de exercício ou proteção ao direito[...] extinguindo o tempo já decorrido, que volta a correr por inteiro, diversamente da suspensão da prescrição, cujo prazo volta a fluir somente pelo tempo restante.” (GONGALVES, 2012, p. 527). Desta forma, “diz-se então que a prescrição fica *interrompida* quando ocorre um fato hábil a destruir o efeito do tempo já decorrido” (PEREIRA, 2013, p. 584), momento em que será “inutilizado o lapso temporal escoado até a ocorrência da causa interruptiva [...] apagando-lhes todo efeito produzido até o momento” (TORRANO, 2013, p. 125), voltando, em outro momento a correr de forma integral.

Dispõe o art. 202, *ipsis litteris*:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.

Insta observar que a segunda parte do *caput* do art. 202, inovou ao estatuir expressamente que a interrupção *somente poderá ocorrer uma vez*. O Código Civil anterior nada estipulava quanto a isto, permitindo que o prazo prescricional fosse interrompido “quantas vezes ocorresse o fato hábil a produzir este efeito” (PEREIRA, 2013, p. 584). Entretanto, essa omissão era prejudicial pois “se esse novo prazo estivesse em via de terminar, proceder-se-ia à nova interrupção, e assim

sucessivamente, afastando de vez a possibilidade de se estabilizarem definitivamente as relações jurídicas” (TORRANO, 2013, p. 133). Para a doutrina, a inovação trazida pelo atual Códex foi benéfica, “porque evita interrupções abusivas e a protelação da solução das controvérsias” (GONGALVES, 2012, p. 527).

O supratranscrito artigo civilista, embora tenha um viés mais processualista, aponta, ainda, em seus incisos as hipóteses de interrupção da prescrição. Já a redação do seu Parágrafo único, ao versar que “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper.” demonstrou, no entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2012), que o efeito da interrupção é *instantâneo*.

A letra do artigo 203 disciplinou que “A prescrição pode ser interrompida por qualquer interessado.”. É de se imaginar que o principal interessado em pleitear pela interrupção da prescrição seja o titular do direito, entretanto, a lei possibilitou que terceiros a requeressem, desde que, por óbvio, demonstre justo interesse. Contudo, como ensina Caio Mário da Silva Pereira “as condições subjetivas de interrupção devem ser observadas, já que, para ter valor, é de mister que se verifique a legitimidade de quem a promove, bem como da pessoa contra que é efetuada.” (2013, p. 586), devendo o juiz analisar cautelosamente a alegada legitimidade do interessado.

No artigo 204 e incisos, o legislador civil, de maneira semelhante ao que fez no art. 202, trouxe em seu bojo as hipóteses de interrupção para os credores e devedores, *ipsis litteris*:

Art. 204. A interrupção da prescrição por um credor não aproveita aos outros; semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais coobrigados.

§ 1º A interrupção por um dos credores solidários aproveita aos outros; assim como a interrupção efetuada contra o devedor solidário envolve os demais e seus herdeiros.

§ 2º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidário não prejudica os outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e direitos indivisíveis.

§ 3º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

Outrossim, além do que já fora pontuado, o lapso temporal que leva à prescrição é assunto identicamente importante. O vigente Códex elencou nos artigos 205 e 206 os prazos prescricionais das ações. Instrui a doutrina que os referidos artigos referem-se a dois tipos de prazo, respectivamente: *o geral e os especiais*.

Como assevera a doutrina, “manteve-se a tradição do nosso direito no sentido de remeter os casos não previstos à regra geral” (CAHALI, 2012, p. 151), deste modo, dispõe o art. 205 que “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.”. O prazo a que se refere este artigo seria o chamado prazo geral.

Para a doutrina o prazo “geral ou comum é o da prescrição de longo tempo – *praescriptio longi temporis* – abrangente de qualquer direito para cuja pretensão a lei não estabelecer prazo de extinção mais curto.” (PEREIRA, 2013, p. 580). Entende a doutrina que o dito prazo geral foi reduzido dos seus anteriores 20 anos (no Código de 1916) para os atuais 10 anos pois “não mais se justifica mantenha-se aparelhada toda uma ordem jurídica na proteção da inércia do credor por todo um tempo de 20 anos” (PEREIRA, 2013, p. 580) tendo em vista todas as facilidades e tecnologias disponíveis na comunicação atual. Insta, salientar, ainda, como leciona Pablo Stolze Gagliano, que “o prazo do art. 205 somente é aplicável no silêncio de previsão específica” (2014, p. 536), sendo, desta forma, considerado um prazo subsidiário.

Já os chamados prazos *praescriptio brevi temporis*, ou prazos especiais, estão elencados no artigo 206 do atual Código, “para os quais a norma jurídica estatui prazos mais exíguos” (DINIZ, 2014, p. 454) em relação aos prazos estipulados no Código anterior. Na forma da Lei, estes prazos, a depender do caso, poderão prescrever em um ano (§ 1º e incisos), em dois anos (§ 2º), em três anos (§ 3º e seus incisos e alíneas), em quatro anos (§ 4º) ou em cinco anos, como estatui o parágrafo 5º e incisos do suprarreferido artigo.

2.2. Da Decadência;

O atual Códex, em comparação ao seu antecessor, que como dito confundia os institutos, “inspirado no Código Civil italiano” (GONÇALVES, 2012, p. 533), inovou ao dedicar um capítulo exclusivamente à decadência. Foi também mais breve, em relação a quantidade de artigos dedicados à prescrição, versando, nos artigos 207 a 211, sobre as disposições gerais e hipóteses de inaplicação da caducidade.

Sobre a etimologia da palavra, ensina Maria Helena Diniz que “*decadência*, é um vocábulo de formação vernácula, originário do verbo latino *cadere* (cair); do prefixo latino *de* (de cima de) e do sufixo *entia* (ação ou estado); literalmente designa

a ação de cair ou o estado daquilo que caiu.” (LEAL, p. 99. apud DINIZ, 2014, p. 460).

Conceitua a doutrina que decadência é “a extinção do direito pela inação do seu titular que deixou escoar o prazo legal ou voluntariamente fixado para o seu exercício” (DINIZ, 2014, p. 460). Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira “é o perecimento do direito potestativo, em razão do seu não exercício em um prazo predeterminado.” (PEREIRA, 2013, p. 577). Em suma, a decadência é “a perda direta e total do próprio direito” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 330) e “se consubstancia, pois, no decurso infrutífero de um termo prefixado para o exercício do direito.” (GONÇALVES, 2012, p. 534).

Insta demonstrar, embora exista na doutrina entendimento que não há diferença entre os institutos, que a decadência, ou caducidade “é figura bem diferente da prescrição. É a extinção não da força do direito subjetivo (*actio*), isto é, da pretensão, mas do próprio direito em sua substância, o qual, pela lei ou pela convenção, nasceu com um prazo certo de eficácia.” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 330).

Na decadência, opostamente a prescrição, não existe a possibilidade de impedimento, suspensão ou interrupção do seu prazo, conforme estipula o art. 207, *in verbis*:

Art. 207. Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam à decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

tendo em vista a decadência tratar-se de prazo fatal “atingindo irremediavelmente o direito, se não for oportunamente exercido.” (PEREIRA, 2013, p. 577) de forma que “no mesmo instante em que o agente adquire o direito já começa a correr o prazo prescricional.” (GONÇALVES, 2012, p. 533) não se admitindo, em regra, que a contagem do prazo decadencial seja obstada, exceto “pelo efetivo exercício do direito, dentro do lapso de tempo prefixado.” (DINIZ, 2014, p. 463).

Entretanto, é imperioso observar que a própria lei traz em seu bojo as exceções para esta regra, estipulando no art. 208 que “Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.” Os artigos mencionados pelo art. 208, referem-se aos incapazes, demonstrando que a lei não admite

a fluência de prazo decadencial contra os absolutamente incapazes (art. 198, I), bem como permitindo que os relativamente incapazes responsabilizem os representantes e assistentes que derem causa à decadência, não alegando oportunamente a seu favor (art. 195). (GONÇALVES, 2012, p. 535)

Mister se faz, antes de continuar com a distinção da decadência em relação a prescrição, trazer à baila a informação de que a Lei aduz, de maneira implícita, a existência de duas formas distintas de caducidade: a caducidade legal e a caducidade convencional ou voluntária. Ensina a doutrina que a “A primeira é estabelecida em lei, que já define o direito subordinado a ser exercido em prazo certo, pena de caducidade. [...] é de ordem pública. Não é, em princípio passível de renúncia e deve ser pronunciada pelo juiz quando conhecer dela.” (PEREIRA, 2013, p. 578). Já a caducidade convencional ou voluntária

resulta da vontade das partes, que podem, na celebração do negócio jurídico, fixar um lapso de tempo, ao fim do qual se extingue o direito para o titular. [...] é de cunho privado. [...] E, não estando em jogo um motivo de ordem pública, descabe o suprimento judicial da alegação ou a declaração desta *ex officio* (art. 211). (PEREIRA, 2013, p. 578).

A literalidade do art. 209 assim estatui: “É nula a renúncia à decadência fixada em lei.”. Aqui reside outra diferença da decadência em relação a prescrição, pois nesta é possível a renúncia do seu prazo. Não obstante, ensina a doutrina que “a renúncia contida no art. 209 não tem, contudo, a rigidez que aparentemente revela” (PEREIRA, 2013, p. 579), pois será “irrenunciável, apenas o prazo de decadência estabelecido em lei” (GONÇALVES, 2012, p. 536). O argumento da irrenunciabilidade do prazo decadencial legal é o mesmo do que fora dito na prescrição: instituto de ordem pública que tem por objetivo trazer a estabilidade das relações jurídicas e a paz social. Contudo, quando a caducidade convencional ou voluntária, leciona a doutrina majoritária que “por ser estabelecida pelas partes, pode ser alterado livremente havendo consenso entre elas.” (TORRANO, 2013, p. 123) vez que “quem pode condicionar o exercício do direito também pode revogar essa condição. (DINIZ, 2014, p. 463).

Ainda também quanto a distinção entre os institutos, enquanto a prescrição somente pode ser estipulada por lei (art. 192, CC), a decadência, conforme dispõe a primeira parte do art. 2011, pode ser imposta por lei ou convencionalmente pelas partes

“consubstanciada em ato jurídico, unilateral ou bilateral, gratuito ou oneroso” (TORRANO, 2013, p. 121).

Toda via, versa a segunda parte do artigo 211 que “a parte a quem aproveita pode alegá-la em qualquer grau de jurisdição, mas o juiz não pode suprir a alegação.”, assemelhando-se, neste ponto à prescrição (art. 193, CC). Assim sendo, Maria Helena Diniz (2014) leciona que a arguição do prazo caduco pode ser feita tanto por via de ação como por via de exceção, na primeira oportunidade que o interessado tiver de se manifestar no processo, observando-se neste instituto a mesma regra que vale à prescrição, qual seja: que quando a lei estatui “qualquer grau de jurisdição” deve-se observar se houve o prequestionamento da matéria nas instâncias inferiores, eis que isto é um pré-requisito de admissibilidade nos tribunais superiores.

O art.210, dispõe *ipsis litteris* “Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.”. Os estudiosos do direito relatam que “A mais longeva doutrina já permitia ao juiz o seu reconhecimento *ex officio*.” (TORRANO, 2013, p. 121) e que ao adotar a palavra “deve” o legislador impôs ao magistrado o reconhecimento obrigatório da caducidade quando esta for determinada por lei, ou seja, a caducidade legal, devendo o mesmo conhece-la e declará-la de imediato “no estado em que o processo estiver, independentemente do exame dos demais fatos e provas dos autos.” (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 330), mesmo que não alegada pela parte interessada. Todavia, “se a decadência for convencional, o juiz dela não pode apreciar, a não ser que haja provocação do interessado.” (DINIZ, 2014, p. 469).

3. DAS CONTROVÉRSIAS QUANTO A (IM)PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA E O *DIES A QUO* PARA PROPOSITURA DA DEMANDA

Depois de trazidas breves considerações sobre a Herança e a Ação de petição de herança, bem como as noções gerais sobre os institutos da prescrição e da decadência no âmbito do Direito brasileiro, alicerçado está o presente trabalho para adentrar no cerne da discussão quanto a possibilidade ou impossibilidade de prescritibilidade da Ação de petição de herança e as controvérsias existentes em relação ao termo inicial para a propositura da referida ação.

Como já foi dito neste trabalho, o legislador civil foi muito feliz ao inovar trazendo de forma expressa a Ação de petição de herança, que representa um amparo ao herdeiro preterido. Contudo, ao silenciar quanto a existência ou não de um prazo prescricional para este instituto, “quixá prazo decadencial a partir do conhecimento do estado de filiação[...]” (VENOSA, 2013, p. 112 e 113), ou sequer fixar o *dies a quo* para início do prazo (na hipótese de prescritibilidade da demanda), perdeu a oportunidade de aclarar as dúvidas existentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial e, assim, encerrar as polêmicas quanto ao tema. O fato é que a omissão do legislador tem trazido discussões e entendimentos de toda sorte. Entretanto, essa heterogeneidade de entendimentos, quando colocados em prática, tem resultado em injustiças, dada as mais diversas formas e possibilidades de preterição de um herdeiro.

Assim sendo, passa-se a expor os pontos de vista, posicionamentos e argumentações à luz da legislação atual, bem como dos estudiosos do direito e da Jurisprudência pátria.

3.1. A Súmula 149 do STF e a evolução legislativa do Direito de herança;

Em 13 de dezembro de 1963, ainda sob a égide da Constituição de 1946 e do Código Civil de 1916, o STF editou a súmula nº 149 que estatuiu que “É imprescritível a ação de investigação de Paternidade, mas não o é a de Petição de herança.”, ou seja, para a respeitável Instância máxima do nosso ordenamento jurídico “a condição de herdeiro é imprescritível, mas a pretensão patrimonial se

sujeita à prescrição.” (DIAS, 2013). Assim sendo, na vigência do Código Beviláqua, o entendimento predominante era aquele favorável à prescritibilidade da ação, pois a ela aplicar-se-ia o prazo geral que era de 20 anos. Vale salientar que a orientação da Suprema Corte brasileira mostrou-se, obviamente, de grande valia para a legislação da época, onde a herança ainda não tinha o caráter de direito fundamental constitucionalmente garantido e nem a legislação ordinária oferecia amparo legal ao herdeiro preterido.

Contudo, malgrado datar de período remoto e de não ter o caráter vinculante, a referida súmula, alheia a toda a evolução do Direito pátrio, vem se consolidando no tempo e influenciando diretamente, até os dias atuais, nas decisões judiciais e entendimentos doutrinários quando o assunto é a prescritibilidade ou não da demanda, apoiada basicamente no mesmo entendimento e argumentação utilizada no Código anterior, ou seja, de que “Na vigência do CC/2002 incidiria o prazo geral de 10 anos, do art. 205 da atual codificação” (TARTUCE, 2014) que trata sobre a prescrição.

Não obstante, “Há posições críticas envolvendo a aceitação simplista do direito sumular” (VENOSA, 2013, p. 112). Modernamente, entende-se que esta orientação do STF necessita de uma reanálise, de forma que possa prestigiar os atuais rumos do direito sucessório pátrio, que, como dito, muito evoluiu desde a sua edição, não só no âmbito infraconstitucional (através do novo Código Civil de 2002 que proporcionou ao sucessor preterido, de forma expressa, a possibilidade de ter seu *status* de sucessor reconhecido e por conseguinte receber sua parte da herança, por meio da Ação de petição de herança), como ainda no âmbito da Lei Maior, que constitucionalizou e assentou o direito à herança entre as cláusulas pétreas, tornando-o um direito fundamental.

3.2. Posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais;

Como já se enfatizou neste trabalho, diante da omissão do legislador civilista no que se refere a possibilidade de prescritibilidade da Ação de petição de herança, persiste uma desarmonia de entendimentos quanto à matéria nos âmbitos legal, jurisprudencial e doutrinário. Todavia, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, esta discrepância se dá porque os “Juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial

daquela” (2010, p. 60). Ainda assim, existem hoje duas correntes de posicionamentos antagônicos.

A corrente que é considerada a majoritária, entende pela prescritibilidade da demanda, e apoia suas opiniões em diversas argumentações, entre elas na supratranscrita Súmula 149 do STF e na redação do art. 205 do atual Código Civil.

Para Pablo Stolze Gagliano, a lacuna legislativa não seria de um todo prejudicial ao entendimento em favor da prescritibilidade da ação, haja vista que “na ausência de prazo específico, previsto em norma legal, o exercício de qualquer pretensão condenatória, (por meio de ação pessoal ou real) está submetido ao novo prazo prescricional geral do art. 205, que é de dez anos.” (2014, p. 69).

Roberto Senise Lisboa e Eduardo de Oliveira Leite, apesar de discorrerem muito brevemente sobre o assunto, também se mostram favoráveis à ideia de prescritibilidade da Ação de petição de herança, limitando-se a afirmação de que à demanda deve-se aplicar o “prazo geral máximo do novo Código Civil” (LISBOA, 2009, p. 315), vez que o demandante está “visando a efeitos patrimoniais” (LEITE, 2012, p. 104). Os referidos doutrinadores também embasam seus posicionamentos na orientação da Súmula 149 do STF. Nesta mesma linha são os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2013).

Há, ainda, doutrinadores que justificam seus raciocínios em prol da prescritibilidade sob o viés da natureza da ação. Para os defensores desta tese, que em geral também entendem que a Ação de petição de herança tem natureza real, malgrado (por alguns alegado) o caráter dúplice e a natureza mista da ação, ainda assim entenderiam pela prescritibilidade da demanda, pois “O problema se esclarece com a distinção entre o *status* que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda outra pretensão exigível (*anspruch*) prescreve.” (PEREIRA, 2010, p. 60 e 61). Em suma, para os referidos doutrinadores, não restam dúvidas quanto a prescritibilidade da ação.

Por outro lado, conquanto considerada corrente minoritária, existem os que defendem a tese da imprescritibilidade da Ação de petição de herança. Segundo estes doutrinadores, a primeira coisa que se deve levar em consideração em favor da imprescritibilidade da demanda, é o viés constitucional do direito à herança, já que “o direito à herança é um direito fundamental protegido na Constituição da República, que por envolver a própria existência digna da pessoa humana, para o sustento de um patrimônio mínimo, não estaria sujeito à prescrição ou à

decadência.” (TARTUCE, 2014). Assim sendo, “este autor entende que a ação de petição de herança deve ser reconhecida como imprescritível.” (TARTUCE, 2014). Corrobora com este pensamento o Civilista Sílvio de Salvo Venosa, ministrando que “é perfeitamente sustentável a imprescritibilidade da ação de petição de herança, tendo em vista os novos ventos que emolduram os princípios da dignidade da pessoa humana.” (VENOSA, 2013, p. 113).

O mestre Carlos Roberto Gonçalves, citando as palavras de Orlando Gomes, informa que no entendimento deste emérito doutrinador

No rigor dos princípios a ação é imprescritível. Ainda que tivesse natureza real, não prescreveria, como não prescreve a *ação de reivindicação*. Fosse *ação pessoal*, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da *qualidade hereditária* de alguém, não se perde pelo não uso. (GOMES, 2004, p. 265. apud GONÇALVES, 2011, p. 151)

Melhor dizendo, a natureza da ação não se apresentaria como um impedimento para imprescritibilidade da mesma. Desta forma, mais prudente e “sensato seria se a referida ação fosse imprescritível, haja vista o caráter personalíssimo da ação e o efeito declaratório existente nela, juntamente com o efeito condenatório.” (TOALDO; DENARDINI PEREIRA, 2009).

Na visão da civilista Hironaka

A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semel 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, (...) isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção, coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação, que pode ser intentada a todo tempo (...). (Hironaka, 2003, p. 196 apud GONÇALVES, 2011, p. 151)

Expondo ainda que o enfoque da imprescritibilidade está, inclusive, no *status* de herdeiro, que não se dissipa, na observância ao princípio da *Saisine*, bem como na questão da perpetuidade do domínio, que não se extingue pelo desuso.

Luiz Antônio Alves Torrano também entende pela imprescritibilidade da demanda.

Na verdade, **sem prejuízo da imprescritibilidade desta pretensão** conferida ao herdeiro real, o herdeiro aparente, *rectius*, o possuidor da herança, quanto à restituição da herança, poderia usucapir os bens

hereditários, se preenchidos os requisitos legais do instituto da usucapião. (2013, p. 135. grifo nosso)

Instruindo, todavia, que esta imprescritibilidade poderia ser prejudicada, caso o herdeiro aparente, na condição de possuidor, movesse em desfavor do herdeiro preterido a Usucapião a que fizesse jus.

Outro ponto levantado por aqueles que são adeptos da imprescritibilidade da ação é quanto ao filho não reconhecido pelo *de cujus*. Isto porque, apesar de sua consanguinidade para com o autor da herança, ele ainda não possui o título de herdeiro, não sendo considerado, por este motivo, parte legítima na sucessão. Neste caso ele dependerá do resultado da Ação de investigação de paternidade para, então, estar legitimado a suceder. Desta forma, a imprescritibilidade da Ação de petição de herança se justificaria, pois, o recebimento da sua parte da herança é “decorrência natural do reconhecimento da verdade biológica e do vínculo parental. [...]em suma, a este autor parece que a justiça na concretização da petição de herança deve prevalecer sobre a certeza e a segurança.” (TARTUCE, 2014), afim de que concretize a idealizada isonomia de quinhões ente os herdeiros.

3.3. *Dies a quo* do prazo para propositura da ação

Outro importante e controvertido tema para o qual também não há consenso nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial é quanto ao *dies a quo*, ou seja, o momento inicial em que se possibilita a propositura da Ação de petição de herança.

As discussões se dão pela omissão da lei que, também sobre este assunto, nada estipulou, deixando no ar esta interrogação. Diante do silêncio do legislador “se firmou a jurisprudência do Pretório Excelso no sentido de que o *dies a quo* da contagem prescricional é o da abertura da sucessão.” (THEODORO JÚNIOR. 1984), sendo este considerado o entendimento majoritário.

Não obstante, novamente duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais de distintas perspectivas se formaram. A primeira parcela da doutrina, que segue a mesma linha de raciocínio da Instância máxima do direito brasileiro, sustenta sua opinião ministrando que “desde os tempos remotos que o prazo tem início da abertura da sucessão, que se dá pela morte.” (TARTUCE, 2014) tendo em vista que “antes dela não existe direito sucessório, pelo que não há de se falar em petição de herança” (TORRANO, 2013, p.136). Posicionam-se, ainda, nesta compreensão

partindo da premissa de que a “abertura da sucessão, [...] é o fato gerador do direito.” (NADER, 2013, p. 135).

Também segue este entendimento uma parte da jurisprudência pátria, conforme se vê nos seguintes julgados

PETIÇÃO DE HERANÇA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRAZO 1. O marco inicial do prazo prescricional é a abertura da sucessão, que se verifica com óbito do autor da herança. 2. O prazo prescricional é de vinte anos quando os fatos ocorreram sob a égide do Código Civil de 1916, tendo incidência o disposto no art. 177. 3. Se a ação de petição de herança foi proposta mais de vinte anos depois da abertura da sucessão, então verificam-se os efeitos da prescrição. (TJRS, apud TORRANO, 2013, p. 136. grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. **Conta-se da abertura da sucessão o prazo prescricional para a ação de petição de herança.** Apelação desprovida. (TJRS, 2014)

Entretanto, mister faz-se, também, trazer à baila os pontos de vista da outra parcela jurisprudencial e doutrinária. Para esta corrente, existem determinadas situações em que o prazo deve ter o seu termo inicial contado não da abertura da sucessão, que hoje se apresenta como regra, mas de forma diversa a depender da peculiaridade do caso.

A Lei já dispõe nesse sentido, quando estatuiu no art. 198, I, que a prescrição não corre para os incapazes. Dito isso, “Tratando-se de herdeiro menor impúbere, o termo inicial da contagem do prazo prescricional será o da data correspondente à cessação de sua incapacidade.” (LISBOA, 2009, p. 316) isto é, quando este completar 16 anos de idade, momento em que se tornará relativamente incapaz, e não da abertura da sucessão.

Contudo, em se tratando do filho não reconhecido pelo de cujus, a lei nada dispõe. A doutrina vem se posicionando de diversas formas sobre o assunto em questão. Preleciona o art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro que “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”. Destarte, é analogamente necessário aplicar ao filho não reconhecido, a mesma interpretação realizada para com o herdeiro menor incapaz, haja vista àquele não dispor de legitimidade ativa para a propositura da Ação de petição de herança antes do reconhecimento de sua filiação.

Argumenta-se que “na grande maioria das vezes, a ação de petição de herança está cumulada com investigação de paternidade” (TARTUCE, 2014), por isso “Não corre contra o filho natural *não reconhecido* a prescrição da ação de petição de herança. ‘*Action non natae non praescribitur*’”. (PORTO, apud GONÇALVES, 2011, p. 153). Ainda seguindo a mesma ideia, Carlos Roberto Gonçalves citando o doutrinador Mário Moacyr Porto, aponta que constituiu “princípio universalmente aceito que o prazo de prescrição somente se inicia quando surge o direito à ação.” (PORTO, apud GONÇALVES, 2011, p. 153).

Há também posicionamentos jurisprudenciais favoráveis a este entendimento como o do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Petição de herança. Cumulação com investigação de paternidade. Prazo prescricional de 20 anos (CC/1916). Fluência a partir da data em que a apelante completou 16 anos de idade. Critério, entretanto, só aplicável ao filho reconhecido pelo genitor. **Antes do reconhecimento voluntário ou do julgamento favorável da ação de investigação de paternidade, não poderá este propor a ação de petição de herança. Aplicação do princípio da *actio nata*: enquanto não nasce a ação, não corre prescrição.** Recurso provido. (TJSP apud GONÇALVES, 2011, p. 153, grifo nosso)

Corroboram com este entendimento Adriane Medianeira Toaldo e Clênio Denardini Pereira, instruindo que

Somente tem prescrição para a propositura de qualquer ação, a partir do momento do nascimento do direito, isto é, por exemplo, não pode correr o prazo prescricional contra filho não reconhecido no caso de petição de herança, pois só herda aquele que for legítimo ou testamentário. Não havendo o reconhecimento, não há o que se discutir em face de prescrição, pois, só nasce o direito à restituição da herança depois de reconhecida a paternidade. (TOALDO; DENARDINI PEREIRA, 2009).

Assim sendo, Humberto Theodoro Júnior (1984) instrui que a dita regra geral fixada pela doutrina e pela jurisprudência, que entende pelo início da contagem do prazo no momento da abertura da sucessão, estaria prejudicada pela impossibilidade do exercício do direito por parte do filho não reconhecido, haja vista o mesmo ainda não dispor de título sucessório.

Neste sentido, os doutrinadores que defendem esta possibilidade, ainda ministram que

O termo inicial do lapso prescricional é coincidente com a data da abertura da sucessão [...] uma vez que não se pode postular acerca de herança de pessoa viva. [...] Todavia se a legitimação depender do prévio reconhecimento da paternidade, **o *dies a quo* do prazo prescricional será a data em que o direito poder ser exercido, ou seja, o momento em que for reconhecida a paternidade, e não o da abertura da sucessão.**” (GONÇALVES, 2011, p. 152. grifo nosso)

Por fim, Sílvio de Salvo Venosa explana que, tendo em vista sérias injustiças que podem ocorrer com a aplicação do prazo prescricional a partir da abertura da sucessão, não sendo o bastante o fato de não correr prescrição contra menores e incapazes nos termos do art. 198, I, “O estabelecimento do termo inicial do prazo extintivo continua, a nosso ver, em aberto, [...] De *lege ferenda*, é necessário que se manifeste o legislador. ” (VENOSA, 2013, p. 113)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cabe lembrar ao leitor que, embora o Código Civil de 2002, mas especificamente no Livro destinado ao Direito das Sucessões, tenha inovado, trazendo ao nosso ordenamento jurídico, através do seu artigo 1.824, a Ação de petição de herança, existe uma lacuna neste dispositivo no que se refere ao seu prazo prescricional.

O interesse por este trabalho surgiu da dúvida gerada pela omissão legal do referido artigo que, apesar de garantir ao herdeiro preterido, por meio da Ação da petição de herança, reclamar sua condição de sucessor e, por conseguinte, pleitear sua parte da herança, nada estipulou quanto à prescribibilidade ou não da demanda, silenciando, também, quanto ao termo inicial da contagem do prazo para o ajuizamento da demanda.

Embora o aludido código disciplinar, em seu artigo 205, qual a regra geral aplicável quando a lei for omissa quanto ao prazo, e o STF, através da Súmula 149, ter se posicionado quanto ao tema, persiste no âmbito doutrinário e jurisprudencial as discussões sobre a prescribibilidade ou não deste instituto e o *dies a quo* do seu prazo.

Daí que o presente trabalho analisou, de forma geral, ante às controvérsias sobre a (im)prescribibilidade da ação de petição de herança e o *dies a quo* para propositura da demanda, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema.

Buscou-se identificar, dentro dos argumentos trazidos, qual seria a solução mais arrazoada para suprir a omissão legal e superar a problemática existente, demonstrando, desta forma, a necessidade e a importância jurídico-social da fixação, por parte do legislador, de um prazo para o referido instituto jurídico, haja vista a importância do mesmo no Direito Sucessório Pátrio.

Por este motivo no primeiro capítulo discorreu-se, em linhas gerais, sobre o contexto histórico do Direito à herança, as disposições legais do direito sucessório pátrio bem como as peculiaridades da Ação de petição de herança no vigente Código Civil. Isto tudo foi trazido à baila não só para demonstrar a importância do instituto, mas também a necessidade de reafirmar o seu aspecto constitucional, configurado-o como um direito fundamental, e que, por tanto, deve ser amplamente protegido e garantido, devendo o legislador e os operadores do direito ter um olhar

mais cuidadoso sobre o instituto, procurando fornecer ao mesmo os meios necessários para a sua aplicabilidade.

É imperioso ressaltar que, não obstante tenha-se levantado as controvérsias sobre a possibilidade ou não de imprescritibilidade da demanda, trazendo os argumentos da doutrina e da jurisprudência quanto ao tema, através do presente trabalho concluiu-se que, embora o enfoque muitas vezes recaia sobre se a prescritibilidade ou não da Ação de petição de herança, entende-se que toda esta discussão seria sanada se o legislador, de *lege ferenda*, manifestasse-se no sentido de relativizar o início da contagem do prazo prescricional para os casos em que a pessoa ainda não tem a filiação reconhecida e, por conseguinte, ainda não possuiu capacidade postulatória para demandar a Ação de petição de herança.

Nesse sentido, há de se concordar que se a Lei concedeu ao incapaz (que tem justo título de herdeiro e, por este motivo, poderia intentar a ação por intermédio de seu representante legal dentro do admitido prazo prescricional de 10 anos) a prerrogativa de ter seu prazo interrompido até a cessação de sua incapacidade relativa, momento em que começa a fluir seu lapso temporal, justo seria que o mesmo tratamento fosse dado àquele suposto herdeiro que ainda não tem como comprovar a sua condição, e, portanto, não tem legitimidade para requerer sua fração ideal da herança deixada pelo *de cujus*, podendo aplicar-se a este, nestes casos, o mesmo direito.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, AGNELO. Critério Científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**. São Paulo, v. 3º, p. 95-132, jan./jun. 1961. Disponível em: <http://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/17562/mod_resource/content/1/CRITERIO%20CIENTIFICO%20PRESCRICAO%20e%20DECADENCIA-2.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2015.

ALMEIDA, Elizangela Santos de. Aspectos gerais da ação de petição de herança. **Conteúdo Jurídico**. Brasília-DF: 11 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.27112&seo=1>>. Acesso em: 01 mar 2015.

BULOS, Uadi Lanmêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Vade mecum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**: súmulas nº 101 a 200, Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200>. Acesso em: 01 mar. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI. Francisco José; HIRONAKA. Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 5 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA. Leonardo Pompolo da. Petição de herança. **Artigonal**. 2010. Disponível em:<<http://www.artigonal.com/direito-artigos/peticao-de-heranca-3844738.html>>. Acesso em: 14 abr. 2015.

DIAS. Maria Berenice. **Manual das sucessões**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil.** 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil.** São Paulo: Atlas, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Curso de direito civil: parte geral.** 16 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das sucessões.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. _____.: parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito das sucessões.** 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil: direito de família e sucessões.** 5 ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira e Branco. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. _____.: parte geral. 3 ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEVES, Rodrigo Santos. **Curso de direito das sucessões.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. _____.: introdução ao direito civil, teoria geral do direito civil. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PINTO, Maria do Céu Pitanga. A dimensão constitucional do direito de herança: aspectos processuais do inventário e partilha. **Domínio Público**. 2006. 166 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdades de Vitória, Vitória, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp075377.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de justiça. **Apelação Cível Nº. 35.674/2007**. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00031D337183AD528A8FD08143D33E9E5DFDDDC4020B0E2E>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de justiça. **Apelação Cível AC 70047303706**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22538616/apelacao-civel-ac-70047303706-rs-tjrs/inteiro-teor-110908081>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. _____.: **Apelação Cível Nº 70062090345**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=peti%C3%A7%C3%A3o+de+heran%C3%A7a&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=peti%C3%A7%C3%A3o+de+heran%C3%A7a&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=cr%3A11&partialfields=n%3A70062090345.%28s%3Acivel%29&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 05 abr. 2015.

_____. _____.: **Apelação Cível Nº 70059058404**. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121926710/apelacao-civel-ac-70059058404-rs>>. Acesso em: 31 mai. 2015

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4172999/flavio-tartuce---direito-civil---vol-5---direito-de-familia---ano-2014>>. Acesso em: 6 mai. 2015

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TOALDO. Adriane Medianeira; DENARDINI PEREIRA. Clênio. A possibilidade de imprescritibilidade da ação de petição de herança em face da ausência de prazo prescricional na legislação vigente. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5904>. Acesso em: 14 mar. 2015.

TORRANO. Luiz Antônio Alves. **Petição de herança**. Campinas: Servanda, 2013.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2013.