

## PETIÇÃO DE HERANÇA

PAULO DE TARSO FLEURY

Prof. Assistente de Direito Civil da Faculdade de  
Direito da UFGO.

**Trabalho apresentado ao Prof. Washington de Barros  
MONTEIRO — Curso de Pós-Graduação — 1973.  
Faculdade de Direito da USP.**

### Í N D I C E

- I — Notícia Histórica
- II — Petição de herança — sua finalidade. Diferenças existentes entre ela e as ações — de investigação de paternidade, reivindicação e partilha — (familiae erciscundae)
- III — Qcestões processuais — classificação da petição de herança no quadro das ações. Legitimação ativa. Legitimação passiva. Forum competente. Cumulação com outras ações.
- IV — Problemas sobre sua prescritibilidade.
- V — Restituição. Procedimento quanto a boa ou má fé do possuidor.
- VI — Legislação comparada sobre a petição de herança.
- VII — Anteprojeto — Miguel Reale.
- VIII — Conclusão.

## NOTÍCIA HISTÓRICA

A palavra herança — hereditas — veio do direito romano, onde passou por várias evoluções, significando: — 1) a situação jurídica do herdeiro (período antigo); 2) conjunto de bens de valor pecuniário, recolhido legalmente por uma pessoa, por morte de outra (por fim a hereditas passou a ser considerada como uma universitas juris, do período antigo); e, no período clássico — direito de sucessão, como tal, coisa incorpórea, que comporta o conjunto de bens corpóreos e créditos do defunto e suas dívidas. Ao tempo de Justiniano, considerando o herdeiro como sucessor a título universal. (1).

Para defesa dos herdeiros excluídos da sucessão contemplava-os, o direito romano, com a hereditas petitio, que era a ação exercida contra o devedor do defunto, que se arroga a qualidade de herdeiro e contra os que possuem os bens hereditários, sem título de sua qualidade de herdeiro (processo formulário). Contemplava, ainda, duas outras ações: — a primeira (hereditas petitio fideicommissoria) de origem pretoriana, posta à disposição do fideicomissário da sucessão e a segunda — (hereditas petitio possessoria), concedida ao “bonorum possessor”, criada em proveito dos herdeiros pretorianos.

Essas ações, já no direito romano, tinham o caráter real. (2)

Do direito romano passou a “hereditas petitio” para o direito português, com o mesmo caráter de universalidade e ação real, conforme nos informa o livro III, título 66, parágrafo 3, das Ordenações Filipinas. Daí passou ela para o direito brasileiro, nos termos do estudo adiante exposto.

O primeiro caso — inclusão no rol dos contemplados — ocorre quando herdeiro no mesmo grau sucessivo se vê, por qualquer motivo, excluído da sucessão. Pode ocorrer com herdeiro legítimo, natural não reconhecido ou ilegítimo.

(1) — Dicionário de Direito Romano — V. Cesar da Silveira, 1o. volume — Heréditas

(2) — José Carlos Moreira Alves — D. Romano, vol. I, 3a. ed. — Forense — pág. 258.

José Cretela Junior — Curso de Direito Romano — Forense — pág. 294.

Já no segundo, o autor da petição de herança quer ver reconhecida a sua qualidade de herdeiro, para efeito de excluir todos pretendidos herdeiros, possuidores ou não do estado de herdeiro, mas que pretendem os bens hereditários na qualidade de herdeiros, porém, em grau sucessível inferior ao do autor da ação.

Tornou-se muito comum esta ação, após o advento da Lei 883, de 21 de outubro de 1949, tanto para o primeiro caso — inclusão do filho ilegítimo na partilha dos bens, como no segundo — sua inclusão com exclusão de herdeiros de grau inferior ou mesmo sem ele.

Para Astolpho Rezende (5), há nítida distinção entre o filho legítimo e o ilegítimo. Diz ele que a ação do primeiro não prescreve, porque tem ele a posse do estado de herdeiro; já a ação do segundo é prescritível, por inexistir aquela posse. Eis sua argumentação — “De sorte que a ação, que a lei outorga ao ilegítimo para demandar o reconhecimento da filiação, não pode deixar de perecer pela prescrição, porque não se trata de um direito existente, representado pelo estado, e sim de uma pretensão que se procura converter em direito”.

Data máxima venia, sem razão o ilustre jurista. O estado de herdeiro em filiação ilegítima é questão biológica. A sua posse é um fato da natureza, que o direito não pode apagar. Ou a pessoa é ou não é filha de determinado pai. Este estado de filiação é imprescritível, tanto para o filho legítimo, quanto para o natural não reconhecido ou para o ilegítimo.

Astolpho Rezende, quando fala em posse do estado de herdeiro, dá ao termo o significado de reconhecimento da qualidade de herdeiro, ou seja, a pessoa que possui em seu assento de nascimento a prova de filiação.

## II

Petição de herança — sua finalidade. Diferenças existentes entre ela e as ações — de investigação de paternidade, reivindicatória e partilha, (*familiae erciscúndae*).

(5) — Astolpho Rezende — ob. cit. — pág. 105.

Para Ramalho (1) — petição de herança é a ação que compete ao herdeiro, que adiu a herança, mas não entrou na posse dela, contra o possuidor “pro-haerede”, ou sem título, para o efeito de ser o autor declarado herdeiro do defunto, e o réu condenado a entregar-lhe toda ou parte da herança, com os seus rendimentos e acessórios — e nesta, a inexistência dessa qualidade.:

Já Clóvis Bevilacqua a define como sendo — uma ação real universal, tendo por fim fazer reconhecida a qualidade de herdeiro alegada pelo autor, e entregar-lhe os bens da herança no todo ou em parte, com os seus acessórios e rendimentos, desde a morte do “de cujus”. (2).

Astolpho Rezende (3), por sua vez, afirma — “petição de herança e a ação que compete ao herdeiro contra o possuidor dos bens, para efeito de ser o autor declarado herdeiro do defunto e o réu condenado a entregar-lhe toda ou parte da herança, com os seus rendimentos e acessórios”.

Cândido de Oliveira Filho (4), calcado em Ulpiano (Digesto, fr. 11), define o possuidor “pro-haerede” como — “aquele que, com direito ou sem ele, de boa ou má fé, pretende ser herdeiro e contesta essa qualidade ao outro”.

A ação de petição de herança, por conseguinte pressupõe a existência da posse do estado de herdeiro necessário ou instituído, e visa a sua inclusão no rol dos contemplados no acervo hereditário ou a exclusão de todos que constam ou querem constar daquele rol.

Ora, o reconhecimento é imprescritível. O que pode prescrever é o direito do herdeiro de adir a herança, por força de usucapião a favor de quem esteja na posse de bens da herança, mas não o reconhecimento. Tal ponto de vista tornou-se tão pacífico na jurisprudência brasileira, de vinte anos para cá, que acabou por ser consagrada na súmula de n. 149. (6).

Difere a petição de herança da investigação de paternidade, exatamente pela existência, naquela, da qualidade de herdeiro, cujo reconhecimento será deferido na sentença que julgar a ação precedente,

(1) — Ramalho — Inst. Orfanológicas — parágrafo 51.

(2) — Clóvis Bevilacqua — Dir. Sucessões — 5a. Ed. — pág. 43.

(3) — Astolpho Rezende — Rev. Jur. Brasileira — vol. 53 — pág. 105

(4) — Cândido de Oliveira Filho — Rev. Jur. n. I — 1933.

(6) — Jardel Noronha — referências da Súmula do STF. pág. 94

Na ação de investigação, o autor pretende o reconhecimento ou, como quer Astolpho Rezende, a declaração da posse do estado de herdeiro. Na petição de herança o estado de herdeiro já existe e ele busca sua inclusão no rol dos contemplados. A ação de investigação tem efeito meramente declaratório — declara o autor possuidor ou não do estado de herdeiros. Na de petição de herança, pelo contrário, demanda-se a inclusão daquele que já possui o estado de herdeiro na “hereditas” e, via de consequência, condena o possuidor dos bens a entregá-los, a quem de direito. A sentença é, portanto, condenatória.

Outra diferença que se faz mister, é a existente entre a “hereditas petitió” e a “reivindicatio”. Enquanto a primeira busca a inclusão e a reivindicação de bens considerados na “universitas iuris”, a segunda procura reivindicar bem que se encontra, singularmente, na posse ou detenção de terceiros. Em ambas procura-se a reivindicação de bens, no entanto, na petição de herança reivindica-se bens considerados em sua universalidade, indeterminados, e na “reivindicatio rei”, bens singulares, específicos, determinados.

Muito própria a comparação feita por Astolpho Rezende (7) — “A petição de herança é, para o direito de herança, o que a reivindicação é para o direito de propriedade”.

Também não se pode, confundir a ação de petição de herança com a de partilha. Enquanto a primeira, como já vimos, busca o reconhecimento da qualidade de herdeiro, a segunda, pressupondo a existência dessa qualidade tem por fim a transformação da “universitas” em bens singularmente considerados, mesmo que idealmente considerados em sua singularidade. (8)

Desnecessário, a nosso ver, demonstrar a diferença existente, entre a “familiae erciscundae” e a “communi dividundo”.

A petição de herança, por se tratar de ação que tem por objeto o reconhecimento da qualidade de herdeiro e a devolução dos bens hereditários, considerados em sua universalidade, não pode ser usada em defesa de legado, que é a contemplação de coisa singular (9).

(7) — Astolpho Rezende — ob. citada, pág. 107.

(8) — Caio Mario da Silva Pereira — Instituições de Direito Civil, 3a. ed. vol. I, pág. 249.

## II

Questões processuais — classificação da petição de herança no quadro das ações. Legitimação ativa. Legitimação passiva. Forum competente. Cumulação com outras ações.

Modernamente a doutrina divide as ações em três grandes categorias: — de conhecimento — cautelares — e executórias. Dentre as ações de conhecimento encontramos a subdivisão, em ações — declaratórias, constitutivas e condenatórias. (1)

Podemos, ainda, dividi-las em reais e pessoais, calcado na distinção que se faz entre os direitos reais e pessoais (2).

A ação de petição é uma ação de conhecimento com força condenatória, pois visa a entrega de toda ou parte da herança ao herdeiro verdadeiro (3), e ação real, pois seu objeto é uma universalidade, considerada em nosso direito como bem imóvel (art. 44, III, do Código Civil). (4)

(9) — Washington de Barros Monteiro — Direito das Sucessões, 9a. edição. pág. 166.

— J. Homem Correa Telles — Doutrina das Ações, Ed. Teixeira de Freitas, parágrafo 31, pág. 33, nota 96.

(1) — Moacyr Amaral Santos — Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3a. ed., pág. 211.

— Giuseppe Chiovenda — Instituições de D. P. Civil, trad. Guimarães Menegale. 3a. ed., vol. I, pág. 34.

“Adotam uma quarta categoria — com predominante força executiva — formada pelas ações executivas e execuções provisórias de sentenças, também denominadas por Chiovenda de ações sumárias.

(2) — Chiovenda — Ob. cit. págs. 12 a 33

(3) — Paula Batista — Doutrina das Ações, parágrafo 4, n. 4 — Corrêa Telles — Ob. cit. parág. 55, pág. 67

(4) — Acórdão do STF — RE 55.270 — Rel. Min. Luiz Galloti, de 17.05.66, — in — D.J.U. de 24.08.66, pág. 2825.

— Cândido de Oliveira — Ob. cit., pág. 14

— Astolpho Rezende — ob. cit., pág. 107

— Arnoldo M. Fonseca — Investigação de Paternidade 3a. edição, pág. 361

— Roberto de Ruggiero — Instituições de D. Civil, vol. III, Trad. 6a. Ed., por Ary Santos, pág. 464 .

— A. Trabucchi — Istituzioni di Diritto Civile, 18 ed., pág. 825.

— João Mendes — Dir. Jud. Bras. pág. 136

— Clovis Bevilacqua — Ob. Cit., pág. 43.

Quanto à sua classificação como ação de conhecimento com força condenatória, a doutrina, ao que parece, não tem dúvida. O mesmo não ocorre, no entanto, quanto à classificação de seu caráter real ou pessoal.

Neste sentido, podemos dividir em quatro, as principais teorias sobre sua classificação:

**Pessoal** — preconizada por Butera;

**Real e Pessoal** — conforme a natureza dos bens hereditários — Mirabelli;

**Mista** — cujo argumento é o de que na petição de herança se procura o reconhecimento da qualidade de herdeiro (pessoal) e a reivindicação dos bens (real) — (seria, assim, de conhecimento — declaratória e condenatória).

**Real** — defendida pelos juristas franceses, dentre eles, Planiol et Ripperit — Aubry et Rau — Laurent. (5).

Diante de nosso direito é fácil argumentar contra as três primeiras teorias. Não tem o caráter pessoal, por constituir uma universalidade e, como tal, considerada imóvel (imóvel por força da lei) artigo 44, III, do C. Civil. O mesmo argumento podemos adotar para desfazer a segunda teoria, — Real e Pessoal — conforme a natureza dos bens — vez que, considerada a sucessão aberta como imóvel, não há de se verificar as várias categorias de bens que compõem a universalidade. A teoria da ação mista, a nosso ver, teria procedência se fôssemos analisar o conteúdo da sentença, como resultante do fim colimado pela ação. Mas, para se classificar as ações, o que se exige é o objetivo maior, principal, o que faz diluir os efeitos secundários. O objetivo principal da ação de petição de herança é o de o autor receber a herança e, para se atingir tal objetivo, está claro, deverá provar e ver reconhecida sua qualidade de herdeiro. No fundo, em análise profunda, todas as ações condenatórias são, também, decla-

(5) — Cândido de Oliveira — Ob. cit. — pág. 14/17

ratórias, pois, antes de condenar, têm que declarar a existência do direito (6), ou melhor, de uma relação jurídica.

Ficamos, pois, com a classificação de ação real, como atrás já afirmamos, classificação esta a nós legada pelo direito romano e adotada pelos juristas pátrios.

Tem legitimidade ativa para a ação, o herdeiro, necessário ou instituído e o testamenteiro (que a usa para bem cumprir o testamento).

Tem legitimidade passiva o possuidor da herança, a título de herdeiro.

Por se tratar de ação real, o foro competente deveria ser o da situação da coisa; no entanto, pela impossibilidade de situar o patrimônio em determinado local, o forum será o do "de cujus", se a ação for proposta no curso do inventário (C.C., art. 1770 e 135 do C.P.C.). Após partilhados os bens a ação será proposta no foro do domicílio do réu (art. 133, I, do CPC) ou, sendo vários os réus, no foro do domicílio de qualquer deles (art. 134, 2, CPC) e, não tendo o réu domicílio no Brasil, aplicar-se-à a regra do parágrafo 1, artigo 134 citado (domicílio ou residência do autor).

Pode-se cumular a ação de petição de herança com todas as conexas, dentre elas, as principais são; investigação de paternidade; nulidade de testamento; nulidade de renúncia de herança; nulidade de deserção, por injusta; nulidade de assento de filiação; e nulidade de partilha (7).

(6) — Moacyr Amaral Santos — ob. cit. — pág. 214

(7) — O STF. tem entendido ultimamente que o julgamento da procedência da ação de petição de herança importa em nulidade da partilha (RTJ. vol. 52/193 — Rel. Adauto Lucio Cardoso — e Min. Barros Monteiro, no RE 65889, julgado em 28.08.69 — in — D. J. U. de 3.10.69, pág. 4560. — Veja interessante acórdão proferido pelo T. Justiça de Goiás, na apelação cível n. 6.579, da Comarca de Goiânia — Rel. Kisleu Dias Maciel — in — D. J. do Estado de Goiás, de 27.09.72, pág. 1 e 2

Ementa — Por serem conexos e consequentes, podem ser acumulados os pedidos de nulidade de reconhecimento, investigação de paternidade e petição de herança, ainda que tenham, como sujeitos passivos, réus diferentes. Provado “quantum satis”, ser falso o registro civil da investigante e que esta é filha notória do investigado, pouco importa a imprecisão sobre datas em que teriam, ocorrido as relações sexuais entre a mãe e o pretendido pai”.

#### IV

##### Problemas sobre sua prescritibilidade

Suscitou longa discussão doutrinária o problema da prescritibilidade ou não da ação de petição de herança.

No direito brasileiro a corrente majoritária tende para sua prescritibilidade, considerada que é, como uma ação real destinada a reaver o patrimônio ou parte dele.

Após a vigência do atual Código Civil, os juristas se dividiram, em decorrência, principalmente, das interpretações que deram aos artigos 177 e 1772, parág. 2 (1).

Interessante é que, na calorosa discussão sobre o prazo prescricional, se esqueceram de analisar a doutrina italiana que, consagra a sua imprescritibilidade (2) e inserta no art. 533 do C. Civil Italiano.

Quem mais se aproximou do pensamento italiano foi Carpenter (3), porém, em defesa de tese, no nosso modesto entendimento, data venia, impropriedade, qual seja, a do prazo prescricional fixado no art. 1772, (de ação para requerer partilha) — diz ele:

“O exercício, dentro do prazo prescricional marcado na lei, da ação real de reivindicação, por parte do proprietário desapossado da sua coisa, contra o possuidor (não proprietário) dessa coisa, às vezes é em pura perda: a ação cai, não porque esteja prescrita, pois foi proposta dentro do prazo prescricional, mas sim porque esbarrou contra um obstáculo insuperável, chamado usucapião, resultante dos

(1) — O parág. 2 art. 1772, fixava o prazo de 30 anos e o art. 177 — para as ações reais, o de 10 anos entre presentes e 20 entre ausentes. A redação atual do texto foi dada pela Lei 2.437 de 7.03.1955.

(2) — Ruggiero — Ob. cit. pág. 464  
Trabucchi — Ob. cit., pág. 925.

três fatos seguintes: posse da coisa por um não proprietário (adquirente "a non domino"), durante certo tempo, marcado na lei, menor que o prazo da prescrição da ação proposta; justo título dessa posse; boa fé dessa posse".

Ora, o pensamento italiano para justificar a não prescrição da ação de petição de herança é exatamente este. A ação não prescreve, mas pode esbarrar contra um obstáculo insuperável, chamado usucapião (usando as palavras de Carpenter).

Voltando, porém, a discussão empreendida pelos juristas pátrios, vamos encontrar as duas grandes correntes, assim resumidas:

- a) Sendo real a ação de petição de herança, o prazo, prescricional deve ser o fixado no art. 177 do C. Civil, vez que o contido no parágrafo segundo do art. 1772, refere-se à ação de partilha, pressupondo, portanto, um estado de comunhão.
- b) Reconhece-se o caráter real da "hereditas petitio", no entanto, o exercício de sua ação deve ocorrer dentro do prazo fixado no art. 177, para, os direitos pessoais, em consonância com o art. 1772, parag. 2. (4)

Adeptos da primeira corrente, podemos citar, calcado em Locke, — Carlos Maximiliano, Câmara Leal, Filadelfo de Azevedo e o próprio Locke, e da segunda, Carpenter, Itabaiana, Carvalho Santos (5).

A par das divergências doutrinárias, tivemos, também, divergências de julgados, ora optando por uma, ora por outra corrente (6).

O STF. preferiu adotar o segundo ponto de vista fixando seu

(3) — Artigo publicado na RT—139/453

(4) — Veja o histórico de toda discussão no bem lançado artigo de autoria do — Dr. Churchill Reynolds Locke — RT 245/ págs. 21 a 28.

(5) — RT 245/22 e 23

Cândido de Oliveira Filho — 2a. Corrente.

(6) —(Primeira corrente — RT 160/728 — RT 162/165

Segunda corrente — RT 103/503 — RT 136/654 — RT 238/174 — RT 207/173 — RT 257/235.

prazo de prescrição em 20 anos, mesmo reconhecendo seu caráter de ação real. (7)

## V

Restituição — Procedimento quanto à boa ou má fé do possuidor.

Considerada a prescritibilidade em seus aspectos principais, tentaremos dar solução ao problema, da restituição dos bens, com seus frutos e rendimentos.

Não resta dúvida de que a instituição do chamado herdeiro aparente, pode acarretar, conforme o caso concreto, a sua boa ou má fé.

Clóvis Bevilacqua (1), analisa muito bem a situação. Pertencendo à corrente que considera o prazo da prescrição, após o decurso de 20 anos, por força do art. 550 do C. Civil, portanto, ação real que pode perder a eficácia pelo decurso de prescrição aquisitiva, (2) — faz ele uma distinção ao adquirente de boa fé. Este terá o prazo prescricional do art. 177, como ação real, ou seja: 10 anos entre presentes e 15 entre ausentes.

Assim, para ele, poder-se-ia encontrar as seguintes situações:

- a) herdeiro aparente (de boa ou má fé, pois seu título não é suficiente para ser considerado como justo) e adquirente de má fé — 20 anos.
- b) adquirente de boa fé — 15 anos entre ausentes e 10 anos entre presentes.

Daí, de acordo com cada caso concreto, aplicar-se-á a matéria concernente à posse de boa ou má fé.

(7) — RE. 55.270 — Rel. Luiz Gallotti — Julgado em 17.05.66, D.J.U. de 24.08.66, pág. 2825.

(1) — Clóvis Bevilacqua — ob. cit., pág. 44

(2) — Bevilacqua adotava praticamente o ponto de vista dos autores italianos, Ruggiero e Trabucchi.

O possuidor de boa fé (art. 510 do C.C.) tem direito aos frutos colhidos, enquanto ela durar e o dever de restituir os pendentes e aqueles colhidos por antecipação, tendo, no entanto, direito a dedução das despesas de custeio e produção (art. 511).

Não responde pela perda ou deterioração da coisa, a que não der causa (514) e tem direito a indenização das benfeitorias úteis e necessárias, podendo levantar as voluptuárias e, para tanto, a lei lhe concede o direito de retenção (art. 516).

Por seu turno, o possuidor de má fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos e pelos perecidos por culpa sua, tendo, porém, direito às despesas de custeio e produção (art. 513); responde pela perda ou deterioração da coisa, ainda que acidental (art. 515) e tem direito somente ao ressarcimento das benfeitorias necessárias, sem o direito de retenção (art. 517). Não responderá pela perda ou deterioração da coisa se se provar que ela, do mesmo modo, se perderia estivesse em poder do reivindicante.

Em quaisquer dos casos prevalece, ainda, o disposto no artigo 519 — opção do reivindicante entre o valor de custo e o atual, o que, às vezes, torna injusta a indenização (3).

Aliás, devido a instabilidade econômica do País, onde o dinheiro desvaloriza a olhos vistos e o imóvel tem valorização galopante, somos pela indenização ao possuidor de má fé, inclusive, nas benfeitorias úteis, pois elas aumentam consideravelmente o valor da propriedade. Está claro que esta indenização deve ser deferida a fim de se evitar um enriquecimento sem causa por parte do reivindicante. Mas, é bom esclarecer, sua concessão deve depender de cada caso concreto, pois do contrário seria um prêmio ou um incentivo à má fé. Deve ela fazer parte da política do Poder Judiciário. Constar somente do corpo jurisprudencial e não de texto legal. Assistindo a uma conferência do Prof. Washington de Barros Monteiro, sobre o Direito de Família no anteprojeto do C. Civil, ele, em defesa do matrimônio e, via de consequência, contra a inclusão, no texto legal, de proteção

(3) — Ponto de vista de Carvalho Santos — C.C. Interpretado — vol. 7. pág. 231 e Adnold Wald — D. Coisas pág. 85.

à concubina, assim se expressou: — “quanto mais se cobre legalmente o concubinato mais a descoberto fica o matrimônio. Pode-se aplicar o mesmo raciocínio em relação às benfeitorias úteis, edificadas pelo possuidor de má fé. Devemos acobertá-lo, para evitar o enriquecimento sem causa, sempre com cautela, com o máximo cuidado, dependendo unicamente do juízo do julgador, em cada caso concreto.

## VI

Legislação comparada sobre a petição de herança.

No intuito de fornecer uma rápida visão da ação de petição de herança, buscamos, flagrar, no direito alienígena, os principais aspectos suscetíveis de divergências, tais como: — a) sua classificação no quadro das ações; b) — sua prescritibilidade ou imprescritibilidade; efeitos da restituição — situação quanto a boa ou má fé.

### SUA CLASSIFICAÇÃO NO QUADRO DAS AÇÕES (\*)

A ação de petição de herança é considerada, ao que parece, universalmente como ação real, de conhecimento com força condenatória. Assim a encontramos no direito civil da Alemanha (B.G.B.), arts. 2018 e 2030; no direito holandês, art. 881; no direito italiano artigo 533; no direito francês, art. 1017 e no português, art. 2075.

### PRESCRITIBILIDADE DA PETIÇÃO DE HERANÇA

Consagram-na os códigos da Holanda e da Suíça. O holandês fixa prazo de 30 anos, a partir da abertura da sucessão, art. 882; o código suíço o faz calcado na boa ou má fé do possuidor. Se de boa fé, o prazo será de 10 anos, a contar da data do falecimento ou da abertura do testamento; — se de má fé, no prazo de 30 anos, (artigo 600).

(\*)

Nota — As várias teorias demonstradas no capítulo III, sobre sua classificação no quadro das ações, valem, hoje em dia, como estudo histórico, pois as legislações tendem a configurar a petição de herança como ação real.

Por seu turno, consideram-na imprescritível — o código alemão, art. 2026; o italiano, art. 533 e o português, art. 2075, admitindo-se no entanto, em todos eles, a prescrição aquisitiva dos bens singulares do acervo.

## EFEITOS DA DEVOLUÇÃO

Deve ela se dar com os frutos, admitindo-se as regras de possuidor de boa ou má fé. Código, alemão (art. 2023); italiano (art. 535); francês (art. 546) e suíço (art. 599). Calcado no enriquecimento sem causa, temos o C. Civil de Portugal, artigo 2076.

## VII

### Anteprojeto Miguel Reale

Como já se mostrou atrás, os nossos tribunais sempre tenderam para a prescritibilidade da ação de petição de herança. Aliás, é bom que o diga somente como ilustração, que até por volta de 1950, o pensamento dominante era o da prescritibilidade, também, da ação de investigação de paternidade (1).

Posteriormente, passou-se a entender que a ação de investigação de paternidade, por se tratar de ação de estado, é imprescritível, dando ensejo a súmula n. 149 — in verbis —

“É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

O anteprojeto já denominado — Miguel Reale traz um capítulo específico sobre o assunto, o que não ocorreu com o atual Código Civil, intitulado — Da Proteção da Herança — e se encontra no livro V, título I, capítulo VII.

O capítulo é iniciado pelo art. 2032, onde o legislador caracteriza a ação de petição de herança, fixando as legitimidades — ativa e passiva.

(1) — RT — 139/559, RT—159/156, RT—203/652, RT—241/209.

Já no parágrafo único do citado artigo, o legislador demonstra a sua preferência pela doutrina consagrada na Itália e normificada, tanto no direito italiano, como no C. Civil da Alemanha e no recente C. Civil de Portugal, ao considerar a ação imprescritível. Contrariou, assim, a súmula citada, mas, a nosso ver, seguindo o caminho mais acertado.

Eis o texto do anteprojeto (parágrafo único do art. 2032).

“A petição de herança é imprescritível, ressalvadas as regras sobre usucapião relativamente a cada um dos bens singulares do acervo”.

Se vingar o texto, teremos a imprescritibilidade da ação, podendo ela, no entanto, perder sua eficácia diante do usucapião.

Mas o texto, ao que parece, pela redação do art. 2032, contempla ou prevê somente o caso de restituição da herança considerada singularmente, ou seja, após partilhados os bens com a conclusão da ação “familiae erciscundae”, vez que, enquanto aberta a sucessão, os bens serão considerados como imóvel por força de lei e, como tal, um todo unitário e indivisível (art. 1998 e § único).

Os bens assim considerados constituem a universalidade, que se extinguirá, tornando cada um dos bens a ser considerado em sua singularidade, com a partilha (2).

Não foi neste sentido, porém, que o legislador quis equacionar o problema. Talvez tenha ele sido infeliz em usar a expressão: “relativamente a cada um dos bens SINGULARES do acervo”.

O direito a sucessão aberta é considerado imóvel (art. 79, II, do anteprojeto) somente quanto ao modo de transmissão do domínio. Os herdeiros, legítimos e testamentários, com a abertura da sucessão, adquirem imediatamente o domínio e a posse da herança (art. 1991). No entanto, não poderão vendê-la pois não têm ainda o título formalmente legalizado para que se efetue a transmissão no livro do histórico da propriedade (hoje livro 2). Poderão sim, ceder o direito a herança ou parte dela, mas nunca vendê-la, pois o direito não se vende, — cede-se.

Não se pode considerar o direito à sucessão aberta como imóvel para o efeito de aplicação do instituto do usucapião, que pressupõe

(2) — Caio Mário — ob. cit., pág. 249

sempre de coisa determinada e corpórea, — como não pode ele ser levado em conta como imóvel para o efeito de recolhimento do imposto de transmissão “causa-mortis” (3).

Assim, podemos desdobrar as várias situações jurídicas aplicáveis ao caso de sucessão hereditária, bipartindo as situações em: **herança sem partilha e herança com partilha.**

No primeiro caso há o patrimônio, a universalidade de bens. Aquele que possui como sua, quaisquer bens corpóreos do acervo hereditário (seja ou não herdeiro), poderá usucapir a coisa possuída, sem título e prova de boa fé, que se presume. A coisa possuída, com o usucapião, se destacará ou desfalcará o acervo (*universitas iures*). Se a posse for de bem móvel, o possuidor o adquirirá por usucapião dentro de 5 anos (art. 1433); se de coisa imóvel, dentro de 20 anos (art. 1434), podendo tal prazo ser reduzido para 15 anos, se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua morada habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo (§ único), ou ainda, por 10 anos, se o possuidor não tiver no Estado outro imóvel, e o imóvel possuído for suficiente para assegurar-lhe a subsistência, e a de sua família, nele tendo morada habitual e o tornar produtivo (art. 1435). As exceções se referem a imóveis da zona rural.

No segundo caso, herança com partilha efetuada, o herdeiro poderá adquiri-lo, se de boa-fé (pois tem o título aparentemente hábil a transferir o domínio — portanto — título justo), dentro de 3 anos, se móvel (art. 1432), e 10 anos, se imóvel (art. 1436). Se de má-fé, poderá adquirir a coisa possuída aplicando-se as regras supra mencionadas para o usucapião de bens não partilhados (*universitas iures*).

O usucapião terá o prazo reduzido para 5 anos, se o adquirente (ou 3º adquirente) o for por título oneroso (adquirente de má-fé,

(3) — EMENTA — Imposto sobre transmissão de bens imóveis. O imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis não incide sobre a herança desde que esta, não inclua bens imóveis, como tais considerados somente os imóveis por natureza ou por acessão física, como definidos na lei. Não inclui o Código Tributário Nacional, como bens sujeitos ao tributo em causa, os bens imóveis para os efeitos legais, definidos no art. 44 do C. Civil. As quotas do “de cujus” em sociedade por quota de responsabilidade limitada não estão sujeitas ao Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis quando transmitidas por herança. (Agravo de Instrumento nº. X 1259 — T. J. G. — Revista Goiana de Jurisprudência, Ano III. nº. 4. pág. 95).

por que, se de boa fé a venda seria válida, se transmitida por herdeiro aparente), tiver no imóvel a sua morada ou realizado investimento de interesse social e econômico (§ único do art. 1436).

Nota-se, de plano, a política governamental de dar uma destinação sócio-econômica à propriedade imóvel.

#### **NOTA**

O anteprojeto revisado em 1973, deu uma redação melhor ao título correspondente à petição de herança.

Assim, alterou o título originário “DA PROTEÇÃO DA HERANÇA”, para “DA PETIÇÃO DE HERANÇA”. No conteúdo conservou a mesma estrutura, com pequenas modificações de linguagem, sendo que de maior alcance jurídico foi a nova redação dada ao art. 2032 (2011 do anteprojeto revisto) na parte em que afirma que o herdeiro pode “demandar o reconhecimento de sua qualidade sucessória”. O anteprojeto revisto alterou a redação para — “demandar o reconhecimento de seu direito sucessório”. Evidente que se demanda o direito à sucessão.

O projeto do Código Civil, projeto de lei nº 634/75, conservou o mesmo título “DA PETIÇÃO DE HERANÇA”, repetindo quase que integralmente as normas contidas no ante-projeto de 1973, (arts. 1871 a 1875), excluindo, porém, a norma reguladora da imprescritibilidade da petição de herança (§ único do art. 2032 do anteprojeto de 1972 e do art. 2011 do ante-projeto de 1973) deixando, assim, o problema em aberto para discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

#### **VIII CONCLUSÃO**

No nosso modesto ponto de vista, optamos pelo estatuído no anteprojeto, quanto a imprescritibilidade da ação. Assim, consideramos a petição de herança como sendo;

- a) ação real e de conhecimento — com força condenatória, que visa ao reconhecimento da qualidade de herdeiro do autor e à restituição de toda ou parte da herança, com seus acessórios e em poder de pessoa que, como herdeiro, ou mesmo sem título a possua;

- b) a ação é imprescritível, podendo o possuidor, no entanto, opor-se a ela por meio da prescrição aquisitiva;
- c) o usucapião será deferido, conforme o caso concreto, tendo em vista a universalidade — se não efetuada a partilha, ou a singularidade dos bens — se efetuada a partilha, de conformidade com as regras lançadas no capítulo VII;
- d) o foro competente é o do último domicílio do autor da herança, quando a ação for proposta no curso do inventário (art. 1992), ou no domicílio de um dos possuidores, se proposta após a partilha. Neste caso, se sobre imóvel, poderá o autor optar pelo domicílio ou foro da situação da coisa. (arts. 94, 95 e 96 do C. P. Civil).

## BIBLIOGRAFIA

- 1 — Alberto Trabucchi — *Instituzioni di Diritto Civile* — 18 ed.
- 2 — Arnaldo Medeiros da Fonseca — *Investigação de Paternidade*. 3a. ed
- 3 — Arnold Wald — *Direito das Coisas e Direito das Sucessões*
- 4 — Astolpho Rezende — *Rev. Jur. Brasileira* É vol. 53.
- 5 — Caio Mário da Silva Pereira — *Instituições do D. Civil*, vol. I.
- 6 — Cândido de Oliveira Filho — *Rev. Jurídica* — n. I
- 7 — Carpenter — *RT* — 139/453 — artigo.
- 8 — Carvalho Santos, J.M. — *C. Civil Interpretado* — vol. VII
- 9 — Churchill Reynolds Locke — artigo na *RT* 245/21.
- 10 — Clóvis Bevilacqua — *Direito das Sucessões*
- 11 — Francesco de Filippis — *Diritto Civile Italiano Comparato*, vol. XII
- 12 — G. P. Chirone — *Instituzioni di Diritto Civile* — 2a. Ed.
- 13 — Giuseppe Chiovenda — *Instituições de D. Procesual Civil* — Trad Guimarães Menegale — 3a. Ed.
- 14 — João Mendes — *Dir. Judiciário Brasileiro*
- 15 — J. H. Corrêa Telles — *Doutrina das Ações* — Ed. Teixeira de Freitas.
- 16 — Jarde! Noronha — *Súmula do STF* — vol. 9
- 17 — José Carlos Moreira Alves — *D. Romano*, vol. I
- 18 — José Cretela Júnior — *Curso de Direito Romano*
- 19 — Moacyr Amaral Santos — *Primeiras Linhas de D. P. Civil*, 3a. Ed.
- 20 — Paula Batista — *Doutrina das Ações*
- 21 — Orlando Gomes e Nelson Carneiro — *Do Reconhecimento dos Filhos Adulterinos*, 2a. Ed.
- 22 — Roberto de Ruggiero — *Instituições do D. Civil* — Trad. de Ary Santos — 6a. Ed.
- 23 — Washington de Barros Monteiro — *Direito das Coisas*
- 24 — Washington de Barros Monteiro — *Direito das Sucessões*
- 25 — V. Cesar da Silveira — *Dicionário de Direito Romano*.