

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Escola de Direito de Brasília - EDB
Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em
Advocacia Empresarial, Contratos, Consumidor, Responsabilidade Civil e
Família**

**Fernanda Santos de Oliveira
Matrícula: 1300397**

**A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E DA
AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA DO FILHO LEGÍTIMO INCAPAZ NÃO
RECONHECIDO QUANDO DA ABERTURA DA SUCESSÃO**

**Brasília – DF
2015**

Fernanda Santos de Oliveira
Matrícula: 1300397

**A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E DA
AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA DO FILHO LEGÍTIMO INCAPAZ NÃO
RECONHECIDO QUANDO DA ABERTURA DA SUCESSÃO**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito da pós-graduação em Advocacia Empresarial, Contratos, Consumidor, Responsabilidade Civil e Família no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

BRASÍLIA – DF
2015

Fernanda Santos de Oliveira
Matrícula: 1300397

**A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E DA
AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA DO FILHO LEGÍTIMO INCAPAZ NÃO
RECONHECIDO QUANDO DA ABERTURA DA SUCESSÃO**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito à obtenção da aprovação na disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica no âmbito da pós-graduação em Advocacia Empresarial, Contratos, Consumidor, Responsabilidade Civil e Família no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Brasília-DF, 28 de outubro de 2015.

Comissão Avaliadora:

Prof. Mestre Janete Barros.

Prof. Mestre Lara Morais

Dedico esta monografia aos meus pais e a minha irmã que sempre apostaram no meu sucesso.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo suspiro de vida que tem me proporcionado a cada dia, pela sabedoria e entendimento que tenho absorvido das oportunidades que me foram surgindo ao longo desse caminhar.

Aos meus pais Fernando e Maria da Penha, que me geraram, me educaram e me incentivaram a permanecer nos caminhos da sabedoria.

À minha irmã Flávia pelo apoio e pelo companheirismo dedicado de cada dia.

Aos educadores que no trabalho da vida contribuíram para a minha formação intelectual.

Às amigas que me acompanharam ao longo dessa trajetória, e que comigo viveram seus momentos e suas alegrias.

Agradeço, finalmente, a todos que de maneira direta ou indireta participaram para sucesso desta caminhada.

A todos meus sinceros agradecimentos.

As pessoas podem fazer seus planos, porém é o Senhor Deus quem dá a última palavra. Você pode pensar que tudo o que faz é certo, mas o Senhor julga as suas intenções. Peça a Deus que abençoe os seus planos, e eles darão certo.

(Provérbios 16: 1-3)

RESUMO

Este trabalho tem por objeto dar uma noção geral acerca do direito das sucessões, mais especificamente ao que tange ao termo inicial do prazo prescricional para propor Ação de Petição de Herança e de Investigação de Paternidade em razão do filho legítimo que assim não reconhecido à época da abertura da sucessão. Basicamente serão feitas breves considerações acerca da família, dos tipos de filiação e das formas de reconhecimento de filho. Ato contínuo, far-se-á explanação acerca da Ação de Petição de Herança, bem como da Ação de Investigação de Paternidade, trazendo suas peculiaridades. Após, no terceiro capítulo trataremos o conceito de prescrição, passando pelos tipos de prazo prescricional que interessam ao presente trabalho buscando expor a prescrição de forma geral, da prescrição contra os incapazes, bem como da imprescritibilidade. Por fim, no intuito de dirimir o conflito ocasionado por cada uma das ações, trataremos a segurança jurídica e a melhor solução a ser adotada para garantir o reconhecimento do herdeiro legítimo e a segurança patrimonial proporcionada pela sucessão.

Palavras-chave: Sucessão. Petição de Herança. Investigação de Paternidade. Prescrição. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This present work looks for give a general idea about the law of succession, more specifically, with respect to the initial term of statute of limitation to propose an Heritage and Paternity Investigation Petition Action on account of the legitimate son so unrecognized at the time of opening of the succession. Basically will be made brief remarks about the family, the types of membership and the ways for recognize a son. Subsequently, far up will explanation about Heritage Petition Action and the Fatherhood Research Action, bringing its peculiarities. The third chapter will bring the concept of prescription, going through the kinds of limitations period that interest to this work seeking to expose the prescription in general, the prescription against the disabled, as well as the imprescriptibility. Finally, in order to resolve the conflict caused by each action, we will bring legal certainty and the best solution to be adopted to ensure recognition of the legitimate heir and property security provided by the succession.

Keywords: Succession. Heritage Petition. Fatherhood Research. Prescription. Legal Certainty.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 DA FAMÍLIA.....	13
1.1 Da filiação.....	15
1.2 Da filiação na Constituição Federal de 1988.....	17
1.3 Do reconhecimento de filho.....	20
2 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE x AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA.....	23
2.1 Da possibilidade de reserva de bens e do reconhecimento hereditário	29
3 DA PRESCRIÇÃO	32
3.1 Do prazo geral da prescrição.....	37
3.2 Das ações imprescritíveis.....	39
3.3 Da prescrição em razão do incapaz	42
3.4 Da divergência prescricional entre a Ação de Investigação de Paternidade e a Ação de Petição de Herança.....	44
4 DA SEGURANÇA JURÍDICA.....	54
CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS.....	68

INTRODUÇÃO

O tema da pesquisa abrange o prazo prescricional da ação de petição de herança e do reconhecimento de paternidade do filho incapaz não reconhecido como legítimo quando da abertura da sucessão, observando-se, em síntese, o termo inicial da prescrição geral disposta no Código Civil Brasileiro, comparando-o aos prazos de prescrição para intentar a Ação de Investigação de Paternidade e para intentar a Ação de Petição de Herança.

De tal forma, traz-se o problema jurídico trazido pela sistemática adotada pelo Código Civil no Direito das Sucessões daquele incapaz que não é reconhecido como herdeiro legítimo no momento da abertura da sucessão, observando o termo inicial para propositura da Ação de Investigação de Paternidade que é imprescritível e da Ação de Petição de Herança, a qual segue o prazo previsto no artigo 205 do Código Civil de 10 anos.

A relevância do tema se dá no intuito de responder qual será a melhor técnica, qual o termo inicial do prazo prescricional que se utilizará para dirimir questões relacionadas, sempre utilizando como referência o filho incapaz para o fim de atribuir segurança jurídica as partes.

Se, no caso de uma Ação de Investigação de Paternidade em que se busca o Direito de Herança, utilizar-se-á o prazo imprescritível da Ação de Investigação de Paternidade ou o prazo de 10 anos previsto no Código Civil para a propositura da Ação de Petição de Herança, devendo ponderar acerca de considerar como termo inicial o cessar da incapacidade ou a data de abertura da sucessão.

Assim, o tema escolhido tem relevância social e acadêmica eis que se trata de institutos enfrentados usualmente por advogados que atuam na seara cível e de família, bem como pela sociedade como um todo, vez que a Sucessão e o Direito de Herança, seja ele positivo ou negativo é ato a qual a todos atingirão quando da morte e, a Investigação de Paternidade tem se tornado comum na atual realidade brasileira.

De tal sorte, estabelecer um termo inicial uniforme para que a Ação de Petição de Herança seja proposta por aquele incapaz não reconhecido como

herdeiro legítimo à época da abertura da Sucessão e este prazo ser paralelo ao termo inicial para a propositura de Ação de Investigação de Paternidade é posição hábil a uniformizar os prazos processuais, dirimir quaisquer dúvidas e garantir a segurança jurídica às partes.

Além da legislação brasileira, temos como fontes de pesquisa doutrina acerca do tema.

No presente trabalho será analisado o conceito de prescrição de forma geral e em razão dos incapazes, adentrando a sua aplicação nos casos de propositura da Ação de Petição de Herança e da Ação de Investigação de Paternidade, tomando como pressuposto o filho, herdeiro legítimo e incapaz que à época da abertura da sucessão não foi assim considerado por não ser detentor do título de filho, chegando, por fim, a melhor solução jurídica para garantir a todos a segurança jurídica.

Para melhor desenvolver a pesquisa será verificado a situação daquele incapaz não considerado filho legítimo à época da abertura da sucessão, as condições para ingresso com a Ação de Investigação de Paternidade, a conseqüente Petição de Herança, enfrentando, para tanto, o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ambas as demandas, tudo para ao final adequar a melhor técnica à uniformização do direito perseguido.

1 DA FAMÍLIA

Uma vez que trataremos do direito sucessório, imperioso se faz orientações acerca da família, do filho, daquele que será considerado herdeiro quando da abertura da sucessão.

Neste capítulo teceremos breves comentários acerca da instituição família, em específico acerca da filiação, de modo a clarear as nuances da Ação de Investigação de Paternidade e da Petição de Herança.

A família é o elemento propulsor e uma das maiores felicidades da vida de um indivíduo e, ao mesmo tempo é na sua ambiência que se vive as maiores tribulações. Muitos dos atuais problemas vivenciados pelas pessoas têm raízes no passado, justamente na formação familiar, o que condiciona, inclusive, as suas futuras relações afetivas, como diria Gagliano, somos e estamos umbilicalmente unidos à nossa família¹.

O psicanalista Jacques Lacan expõe sobre a transmissão que se faz por meio da família:

Entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial na transmissão da cultura. Se as tradições espirituais, a manutenção dos ritos e dos costumes, a conservação das técnicas e do patrimônio são com ela disputados por outros grupos sociais, a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada de materna. Ela estabelece desse modo, entre gerações, uma continuidade psíquica cuja causalidade é de ordem mental².

Gagliano conceitua família, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, como “o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena de seus integrantes”³.

Venosa, por sua vez, considera a família, em conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido compreendem os parentes por afinidade ou afins, ou seja, os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge. Nessa compreensão inclui-se, também, o cônjuge, que não é considerado parente. Já em relação ao conceito

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 36.

² LACAN, Jacques. **Os Complexos Familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. p.36.

³ GAGLIANO, Pablo Stolze. *Op. Cit.*, p. 43.

restrito, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o poder familiar.

Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental⁴.

Para Caio Mário da Silva Pereira, a família é a primeira formação dos princípios que vão nortear a formação das pessoas:

É na família que se exerce a autoridade paterna e materna, participação na criação e educação, orientação para a vida profissional, disciplina do espírito, aquisição dos bons ou maus hábitos influentes na projeção social do indivíduo. Aí se pratica e desenvolve em mais alto grau o princípio da solidariedade doméstica e cooperação recíproca⁵.

A família é a base, ou seja, os alicerces para a formação de uma pessoa. Nela se encontram os primeiros ensinamentos que serão (re)passados e que vão contribuir para toda a vida do indivíduo. Em uma análise detalhada, a aprendizagem familiar pode ser compreendida por um processo de troca de ensinamentos entre seus componentes baseada na cooperação, no afeto e nos valores construídos que influenciam na formação e conseqüentemente no comportamento de uma pessoa frente à sociedade.

A família, desde os tempos mais antigos, corresponde a um grupo social que exerce marcada influência sobre a vida das pessoas, sendo encarada como um grupo com uma organização complexa, inserido em um contexto social mais amplo com o qual mantém constante interação⁶.

De tal sorte, temos que a instituição familiar é muitas vezes designada como o primeiro grupo social do qual o indivíduo faz parte⁷, sendo vista, portanto, como a

⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005. p. 20.

⁶ Biasoli-Alves, 2004 apud EMM Pratta, MA Santos. **Psicologia em Estudo**. 2007 – Scielo Brasil. Artigo Científico. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v12n2/v12n2a05.pdf>>. Acesso em 18 de agosto de 2015.

⁷ Tallón, Ferro, Gomes & Parra, 1999. Apud EMM Pratta MA Santos. 2007.

célula inicial e principal da sociedade na maior parte do mundo⁸. Por ser o primeiro grupo na vida do indivíduo, a família têm importante proteção do Estado.

A família, portanto, exerce um papel primordial na vida dos indivíduos, sendo um modelo ou um padrão cultural que se apresenta de forma diferenciada nas várias sociedades existentes e que sofre transformações no decorrer do processo histórico-social⁹.

A Constituição Federal¹⁰, no seu artigo 226, caput, disciplina que “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. O Estado deve proteger as famílias, assegurando todos os direitos inerentes. Para o indivíduo que deve se inserir em um meio social, a família, tem um papel importante de inserção neste meio, ofertando a ele os seus primeiros ensinamentos e habituando-o à convivência social. A família é, portanto, a base para a formação das pessoas.

Por fim trazendo o que leciona a doutrina contemporânea, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho a principal função da família é a sua característica de meio para realização dos anseios e pretensões dos indivíduos que a compõem. Não é mais a família um fim em si mesma, mas sim, o meio social para a busca da felicidade na relação e interação com o outro¹¹.

1.1 Da filiação

Para fins sucessórios, temos os filhos, descendentes considerados herdeiros legítimos, os primeiro legitimados na ordem sucessória.

⁸ Biasoli-Alves, 2004 apud EMM Pratta, MA Santos. 2007.

⁹ FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 1.

¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

¹¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p.98.

A Constituição Federal de 1988 passou a defender os direitos dos filhos de maneira igualitária, não permitindo nenhum tipo de discriminação ou diferenças entre filhos nascidos do casamento, fora dele, por adoção ou por laços de afeto.

A filiação é o elo entre pais e filhos. Conforme conceitua Flávio Tartuce, a filiação é a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, ou seja, pais e filhos. Tal relação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos¹².

Segundo Cristiano Chaves de Faria e Thiago Felipe Vargas Simões:

A relação entre pais e filhos retrata, desde o início da civilização, o laço de afeto mais incisivo que se tem conhecimento. A filiação, vínculo decorrente da paternidade ou maternidade, é presente em quase todas as codificações mundo afora¹³.

Sob o aspecto do direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações. A filiação é, destarte um estado, *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito. O tema em questão, expõe Venosa, exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou adotaram¹⁴.

Nesse mesmo sentido, Paulo Luiz Netto Lobo, disciplina que filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerado filho da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados¹⁵.

Para Maria Helena Diniz, a filiação é o vínculo biológico existente entre pais e filhos. Ou seja, é a relação de parentesco consanguíneo em linha reta e de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida¹⁶. Independentemente de terem sido concebidos na constância do casamento ou não ou de serem

¹² TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 1192.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010. p. 05

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 224.

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”** retirado do site: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/633/813>>. Acesso em 18 de agosto de 2015

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 454

adotivos, ou advindos de métodos de reprodução homóloga e heteróloga “os filhos são apenas filhos, não importa sua origem”¹⁷

Sobre o tema em questão disciplina Carlos Roberto Gonçalves, em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade¹⁸. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele. A filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não¹⁹.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco histórico sobre o tema filiação e é expressa ao disciplinar sobre a filiação geral e assegura no seu artigo 227, § 6º, que todos os filhos são iguais, independente de sua origem²⁰.

Conclui-se, pelo texto constitucional que filhos são filhos, pouco importando os vínculos existentes entre seus pais, ou entre esses e terceiros.

A Constituição Federal de 1988 foi o marco histórico sobre o tema filiação, a partir dela afastou-se a terminologia filho legítimo e ilegítimo, aplicando o princípio da igualdade entre os filhos e proibindo qualquer tipo de discriminação. Revolucionou o conceito de família tradicional, reconhecendo outros tipos de famílias e garantiu a devida proteção estatal.

1.2 Da filiação na Constituição Federal de 1988

¹⁷ VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 127.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito de Família. Volume 6, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 319.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF”**. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/633/813>>. Acesso em 14 de julho de 2015.

²⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

O texto constitucional elege três categorias de filhos: os havidos da relação do casamento, os originários da relação não-matrimonial e os decorrentes da adoção. Depois de proclamar a igualdade de direitos e qualificações dos filhos, a Constituição Federal veda qualquer tipo de discriminação acerca da filiação. Desta forma, do ponto de vista da legalidade, filho é filho, isto é, filho só pode ter a designação de filho²¹.

Pela lei, exige-se que o filho, para gozar os direitos e garantias expressos em lei, tenha a sua existência reconhecida no mundo jurídico como tal, fato que se dá através do simples registro de seu nascimento, em cartório, oportunizando-se o esclarecimento de sua filiação; ou pela averbação do reconhecimento de sua paternidade e maternidade²².

Destaca Maria Berenice Dias, que a nova norma jurídica consagrou como fundamental o direito a convivência familiar, adotando a doutrina da proteção integral, transformando crianças e adolescentes em sujeitos de direitos e dando prioridade à dignidade da pessoa humana, abandonando a feição patrimonialista da família²³.

Em suma, a Constituição Federal disciplina no seu artigo 227, §6º, a igualdade entre os filhos, sejam eles havidos da relação do casamento, originários de relação não matrimonial ou por adoção.

De tal sorte, destaca-se que o registro civil ou a averbação do reconhecimento de filho deve ser feito pelos pais, conforme a legislação vigente²⁴.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988 o termo “Filiação”, sofreu uma vasta transformação, antes excluía e discriminava direitos, hoje protege e garante direitos para todos os filhos independentemente de sua forma de concepção ou como este foi inserido no âmbito familiar.

²¹ OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Adoção: uma porta para a vida**. Campinas/SP: Servanda Editora, 2010. p. 47.

²² Idem. Ibidem. p. 48

²³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 363

²⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

Importante, nesse sentido, adentrar na divisão didática de filiação se divide em três categorias, e pode ser compreendida em: Matrimonial (legítima), Legitimada e Extramatrimonial (ilegítima).

Para Sílvio de Salvo Venosa, a filiação legítima pressupõe que o pai e a mãe sejam casados um com o outro, que o filho tenha sido concebido durante esse casamento ou que a legitimação tenha ocorrido com o casamento subsequente²⁵.

Maria Helena Diniz expõe que a filiação matrimonial é a que se origina na constância do casamento dos pais, ainda que anulado e nulo²⁶. Assim, o casamento dos genitores deve ser anterior não só ao nascimento do filho como também a sua própria concepção; logo, em princípio, o momento determinante de sua filiação matrimonial é o de sua concepção²⁷. A filiação matrimonial decorre de uma ficção jurídica. Em face da presunção *pater is est*, o pai sempre é o marido da mãe. Até os filhos fruto de inseminação artificial, por concepção heterológa, gozam da condição de filho por mera deliberação legislativa²⁸.

Já com relação à filiação legitimada esta é equiparada à legítima. Ou seja, os filhos provenientes dessa filiação serão considerados legítimos. Para ocorrer a legitimação os pais devem realizar o casamento, assim os filhos provenientes da relação serão legitimados. Dessa forma, destaca Sílvio de Salvo Venosa, o casamento subsequente tinha o condão de operar a legitimação dos filhos havidos pelo casal²⁹.

E, por fim, com relação aos filhos extrapatrimoniais ou ilegítimos, o Código Civil de 1916 previa que os filhos ilegítimos não eram sujeitos de direitos e qualificação consoante os filhos legítimos. A ilegitimidade ocorre quando o homem casado mantinha relações fora do casamento, o filho proveniente desta relação era considerado ilegítimo. O pai não tinha nenhuma obrigação em relação aos filhos

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 10 ed.. São Paulo: Atlas, 2010. p.226

²⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Famílias**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 482.

²⁷ PLANIOL, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire de droit civil français*, Paris, 1926, v. 1. p. 1.282. Apud Op. Cit. p. 482.

²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 387.

²⁹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**, 3 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 1192.

havidos fora do casamento. Essa classificação acabava por gerar discriminação em relação aos filhos.

Conceitua Maria Helena Diniz que a filiação extramatrimonial (ilegítima), era a provinda de pessoas que estão impedidas de casar ou que não querem contrair casamento, podendo ser espúria (adulterina ou incestuosa) ou natural³⁰.

Com a equiparação trazida pelo Texto Maior, não mais importa qual a classificação da filiação, todos os filhos são iguais, consagra o princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, § 6º da CF). Não há mais espaço para a distinção entre família legítima e ilegítima, existente na codificação anterior, ou qualquer outra expressão que deprecie ou estabeleça tratamento diferenciado entre os membros da família. Isso porque a filiação é um fato da vida³¹.

1.3 Do reconhecimento de filho

A fim de gozar dos direitos e garantias sucessórios inerentes e decorrentes do estado filho, imperioso se faz que o herdeiro seja assim reconhecido.

A expressão Reconhecimento significa o ato de reconhecer, atestar.

É ato de cunho biológico, ligado à consanguinidade.

O Reconhecimento é a modalidade utilizada pela filiação extramatrimonial ou ilegítima, pode ser feita conjunta (ambos os pais) ou separadamente. Trata-se de um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais e seus herdeiros, sem quaisquer limitações, observado o segredo de justiça³².

Dispõe Maria Helena Diniz, que o reconhecimento é um ato declaratório, visa apenas declarar a paternidade. Quando estabelece a relação de parentesco

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Famílias. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 457

³¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6. p.544.

³² DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p. 486.

entre pais e filhos, acaba por gerar efeitos jurídicos, isto é, desde o instante do reconhecimento válido, proclama-se a filiação³³.

Salienta Sílvio de Salvo Venosa, que o reconhecimento é espontâneo quando alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho³⁴. É a manifestação de vontade, sem coação, que leva uma pessoa a reconhecer um filho havido fora do casamento.

O Ato de reconhecimento voluntário é irrevogável, enuncia o artigo 1.610 do Código Civil de 2002, “o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”. O testamento continua a ser revogável, mas isso não atinge a perfeição do ato de reconhecimento³⁵. A legitimidade para o reconhecimento da paternidade é dos pais, ou de um só deles. Trata-se de ato personalíssimo³⁶. Não pode ser submetido a nenhuma condição ou a termo, sendo um ato incondicional³⁷.

Desse modo, o reconhecimento voluntário consiste no meio mais fácil de registro do filho. Toda criança tem o direito de ser registrada pelos seus pais, sendo um dever basilar de ambos os pais proceder com seu registro de nascimento.

Com o reconhecimento, judicial ou voluntário, a ação produz efeitos *ex tunc*, ou seja, retroagem até o dia do nascimento do filho ou mesmo de sua concepção se isto for de seu interesse, que são: estabelecer o liame de parentesco entre o filho e seus pais, dar ao filho assistência e alimentos, conceder direito a prestação alimentícia tanto ao genitor que reconhece como ao filho reconhecido, equiparar para efeitos sucessórios, os filhos de qualquer natureza, autorizar o filho reconhecido a propor ação de petição de herança e a de nulidade de partilha³⁸.

O reconhecimento, judicial ou voluntário, busca promover o direito a alguém de ter um registro de nascimento, ter uma filiação e, conseqüentemente, buscar novos direitos deste decorrente.

³³ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Famílias. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 481

³⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 6 ed.. São Paulo: Atlas, 2009. p. 251.

³⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único, 3 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 1204.

³⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Op. cit.* p. 252.

³⁷ TARTUCE, Flávio. *Op. cit.* p. 1206.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 514-517.

Ao reconhecer os laços de paternidade ou maternidade a um indivíduo, ocorrem consequências que extrapolam questões meramente jurídicas, sobretudo se o reconhecido tenha sido, em virtude do não reconhecimento anterior, impedido de uma convivência ou relação familiar. Em outras palavras, assumir um filho tem estreita relação com a afetividade que pode decorrer deste ato, é afirmar que se está disposto a amá-lo, é mostrar que, a partir daquele momento, alguém se importa com ele. É também a inserção de alguém naquele contexto familiar anteriormente relegado.

2 DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE x AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

A paternidade quando não reconhecida voluntariamente, será realizada por via judicial. Modalidade esta intentada pelo filho por meio da ação investigatória de paternidade ou maternidade.

Salienta Fábio Ulhôa Coelho que o filho pode propor contra o genitor ou genitora a ação de investigação de paternidade ou maternidade, sempre que pretender ver retratado no assento civil a verdade biológica de sua concepção³⁹.

O tema reconhecimento dos filhos é tratado pela Lei 8.560/1992 – Lei da Investigação de Paternidade, norma que continua parcialmente em vigor naqueles pontos que tratam da matéria processual. No atual Código Civil consta dos seus artigos 1.607 a 1.617⁴⁰.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁴¹, em seu artigo 27 dispõe acerca do reconhecimento de filho:

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

O direito ao reconhecimento da paternidade é um direito fundamental à identidade.

O fato de essa previsão legal constar no Estatuto da Criança e do Adolescente não significa que qualquer pessoa não possa perseguir a verdade biológica de sua paternidade, mesmo porque, atinge um direito fundamental mais comezinho previsto na Constituição Federal, o da dignidade da pessoa humana.

³⁹ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões**. Volume 5, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 189

⁴⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único, 3 ed. São Paulo: Método, 2013. p. 1203.

⁴¹ BRASIL. Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente (1988)**. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania – Diretoria de Proteção à Criança e ao Adolescente, 2001.

Como já dito, antes do advento da CF/88 os filhos havidos fora do casamento eram considerados filhos ilegítimos, o artigo 227 da Constituição Federal em seu parágrafo 6º tratou de forma menos discriminada:

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação⁴².

Desta forma, independentemente da natureza da filiação e sem condicionamento temporal, a investigação de paternidade passou a ser facultada a todos os filhos, mesmo os não derivados de vínculo matrimonial entre os genitores.

A lei 8.560/92, os artigos 1607 a 1617 do Código Civil e o artigo 26 do ECA tratam de diversas formas de reconhecimento de paternidade, porém, estudaremos nesse capítulo o reconhecimento de paternidade *post mortem*, nos casos dos filhos legítimos mas não reconhecidos quando da abertura da sucessão.

O exame de DNA – exame técnico de código genético - trouxe inovação para as ações de reconhecimento de paternidade, pois sem sombra de dúvidas é a prova mais importante e normalmente é através da comprovação do teste que os magistrados têm se pautado para julgar procedente o pedido de investigação de paternidade.

Antes da existência do exame científico de DNA, se o autor não conseguisse provar o vínculo biológico com o réu, a ação era julgada improcedente e era alcançada pela coisa julgada.

Todavia, com o surgimento da prova técnica tornou-se possível para o filho que não tinha sido reconhecido, voltar em juízo para pleitear nova produção da prova genética, havendo aí uma relativização da coisa julgada uma vez que, a ação era julgada improcedente por falta de provas e não adentrava ao mérito negando a paternidade, daí a possibilidade de propositura da nova ação.

A legitimidade ativa para a investigação de paternidade é do alegado filho ou do Ministério Público, já a legitimidade passiva é do pai ou dos seus herdeiros (se a

⁴² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

investigação for *post mortem*), nos casos de não existirem descendentes ou ascendentes a viúva é legítima a figurar no polo passivo na condição de herdeira.

Quando da herança só herdaram legatários, esses são legítimos a figurar no polo passivo da ação de investigação de paternidade.

Mesmo inexistindo bens a partilhar ou o herdeiro ter renunciado a herança, são legítimos a figurar no polo passivo da demanda, uma vez que a investigação de paternidade não tem só o cunho de comprovar a condição hereditária, como também a condição do estado de família⁴³.

Nos casos dos incapazes, absoluta ou relativamente, para a propositura da referida ação devem ser representados pela mãe ou tutor, importante consignar que para estes o termo *a quo* para a propositura da demanda somente se inicia quando a incapacidade cessar.

Para a investigação de paternidade *post mortem*, são utilizados todos os meios de provas, quais sejam: documental, testemunhal e pericial.

Como dito anteriormente, a prova pericial através de exame de DNA, é um meio de prova hodierno e eficiente, deste modo, podem ser feitas com material genético dos descendentes, ascendentes e com a própria exumação do *de cuius*, ainda que como medida excepcional.

Os efeitos da sentença que declara a paternidade são os mesmos do reconhecimento voluntário e, portanto, *ex tunc* e *erga omnes*, retroage até o nascimento e é oponível contra todos⁴⁴.

Uma vez reconhecido o filho através da ação de investigação de paternidade, este é equiparado para efeitos sucessórios e autorizado a propor ação de petição de herança, vindicando seus direitos patrimoniais.

A Ação de Petição de Herança teve tratamento diferenciado no Código Civil de 2002, que destinou um capítulo específico direcionado ao tema.

⁴³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁴ Idem. Ibidem.

Segundo ditames do artigo 1.824 do Código Civil, que dispõe sobre o cabimento da Ação de Petição de Herança:

O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança ou parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui⁴⁵.

Pelo princípio da *saisine* desde a abertura da sucessão pertence ao herdeiro a herança deixada pelo *de cuius* (CC, art. 1.784).

A ação de petição de herança é medida judicial no qual o herdeiro tem proteção específica da qualidade de sucessor, onde pode obter a restituição total ou parcial da herança da pessoa que na qualidade de herdeiro ou mesmo sem título a possui.

É cabível nos casos em que o verdadeiro sucessor, por exemplo, era desconhecido ou porque não estava no testamento, ou por se tratar de filho não reconhecido no momento da partilha dos bens.

Para o filho legítimo não reconhecido no momento da partilha é admitida a cumulação de ações, sendo comum a ação de petição de herança com a ação de investigação de paternidade, uma vez que são compatíveis os pedidos e adequado o rito processual.

Cumprido destacar que caso haja o reconhecimento de paternidade através de sentença antes da partilha no inventário, ou, o herdeiro tenha sido preterido, em qualquer dos casos o herdeiro poderá se socorrer do que preceitua o artigo 1.001 do Código de Processo Civil demandando admissão no inventário antes da partilha.

Caso tal situação ocorra, o juiz ouvirá as partes e decidirá. Se não acolher o pedido remeterá o requerente para os meios ordinários, porém determinará a reserva do quinhão do herdeiro excluído até que se decida o litígio, o que traz uma maior segurança ao herdeiro legítimo, mas preterido, uma vez que sua parte no quinhão estará reservada.

⁴⁵ BRASIL. **Novo Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

Deste modo, o pedido de habilitação no inventário só pode acontecer até a partilha, depois de realizada, ocorrerá somente através de Ação de Petição de Herança onde deverá pretender sua parte no monte hereditário.

A Ação de Petição de Herança apenas se faz necessária quando existe pretensão resistida, podendo ser movida no andamento do inventário e da partilha, como também, após ela, a depender do caso em análise.

Conforme demonstrado, restam claramente delineados os objetivos da Ação de Petição de Herança, são eles: obter o reconhecimento da qualidade de herdeiro e buscar a restituição dos bens que compõem o acervo hereditário.

A Ação de Petição de Herança traz em seu contexto histórico três hipóteses relativamente à natureza jurídica, a primeira diz que é ação de natureza pessoal por se tratar apenas do título hereditário, a segunda é de ação de natureza real uma vez que a herança é considerada um bem imóvel, sendo assim uma universalidade de bens e, a terceira e última considera-a uma ação de natureza mista porque se destina à apuração do título hereditário, bem como a reivindicação universal do patrimônio.

Além do fim declaratório, a Ação de Petição de Herança, tem também o fim condenatório vez que consiste na restituição ao herdeiro legítimo do patrimônio deixado pelo *de cuius*.

Importante registrar, que o direito demandado pelo herdeiro é *erga omnes*, pois não busca bem específico, mas a universalidade, da qual será tirado seu quinhão.

Consoante lição do ilustre doutrinador Orlando Gomes⁴⁶:

a ação de estado é premissa da petição de herança, quando o título de herdeiro depende da prova de parentesco” como acontece com relação ao filho não reconhecido quando da abertura da sucessão. Declarado o atributo de parente sucessível, elucida o mencionado autor, “não implica, entretanto, investidura na de herdeiro, assim entendido o que deveria ter sido chamado. Atestada, porém, a qualidade sucessória, positiva-se o direito à herança, legitimando-se o pedido de restituição dos bens hereditários.

⁴⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. ver., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 / por Mario Roberto Carvalho de Faria. – Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 260

Embora tenha duplo objeto, com postulações de naturezas distintas, porém intimamente ligadas: uma de natureza declaratória e outra de natureza condenatória, a Ação de Petição de Herança não tem o caráter de ação de estado, ou seja, a intenção prática do herdeiro preterido é ver a restituição dos bens hereditários.

Acerca das Ações de Estado comenta Carlos Roberto Gonçalves:⁴⁷

De estado será a demanda destinada a declarar a qualidade de herdeiro, hipótese de investigação de paternidade ou maternidade. Tal qualidade é um pressuposto lógico e legal da ação. Mesmo quando a investigatória se apresenta cumulada com a petição de herança, esta só será julgada na hipótese de procedência da primeira.

A expressão “ação de estado” designa todas as ações que têm por objeto uma questão de estado, seja para constituí-lo ou modificá-lo, como a ação de adoção, a de divórcio e perda da autoridade paterna: seja para obedecê-lo, como a ação de investigação de paternidade ou maternidade; seja para contestá-lo, como a ação negatória de paternidade, ou contestatória de legitimidade.

Desta maneira, as ações destinadas a estabelecer condição sucessível têm um propósito nitidamente pecuniário e não, exatamente ao estado da pessoa, isso se evidencia quando exercida por herdeiro, motivado pelo nítido propósito de obter vantagem econômica.

A Ação de Petição de Herança diz respeito ao direito das sucessões, aos direitos hereditários, à partilha, o autor, em regra, herdeiro legítimo, demonstra seu parentesco com o *de cujus*.

Além de real, trata-se de ação universal, posto que o autor busca o reconhecimento de sua condição de herdeiro e almeja ainda a entrega dos bens hereditários no todo ou em quota ideal com os seus acessórios e rendimentos desde a morte do *de cujus*, porque a herança é uma universalidade de direito (CC, arts. 91 e 1.791).

Considera-se legitimado ativo tanto o sucessor *ab intestato* como o testamentário, o sucessor ordinário como o reconhecido por ato voluntário dos pais ou por sentença proferida em ação de investigação de paternidade.

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 7: direito das sucessões. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143

São legitimados, ainda, o sucessor do herdeiro e o herdeiro fideicomissário; e ao herdeiro equipara-se o cessionário da herança. A legitimidade para ação é tanto do titular exclusivo do patrimônio hereditário como daquele que concorre com os outros herdeiros para concorrer a parte ideal.

O artigo 1.895 está assim disposto “*a ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários.*”⁴⁸. A herança é uma universalidade de direito, os herdeiros têm o condomínio e a comosse, e qualquer deles pode, isoladamente, se preterido, ingressar com ação de petição de herança contra o herdeiro aparente para postular a restituição de todos os bens hereditários.

A afirmação do parágrafo anterior está respaldada no artigo 1.791 do Código Civil: “*Até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto a propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio*”⁴⁹.

Os legitimados passivos são o herdeiro aparente, o herdeiro que excluiu os demais herdeiros e contra qualquer um, mesmo que sem título, detenha os bens hereditários.

Em razão do objeto do presente trabalho importante consignar que o herdeiro legítimo não reconhecido ao tempo da abertura da sucessão, só tem legitimidade para ajuizar Ação de Petição de Herança após a formação do vínculo de filiação, ou seja, somente após o Reconhecimento de Paternidade, uma vez que antes disso não nasceu a possibilidade de postular direitos hereditários pelo falecimento do autor da herança, que, e apenas posteriormente, foi reconhecido como seu pai/mãe.

2.1 Da possibilidade de reserva de bens e do reconhecimento hereditário

⁴⁸ BRASIL. **Novo Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

⁴⁹ Idem. Ibidem.

Enquanto não decidida a demanda da Ação de Petição de Herança, é possível o pedido de reserva de bens no inventário, conforme jurisprudência⁵⁰ assim delineada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. PEDIDO DE RESERVA DE BENS.

1. Embora seja possível o pedido de reserva de bens de caráter cautelar, ou em sede de antecipação de tutela nos autos de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, não há elementos que indiquem a verossimilhança das alegações a ponto de autorizar o deferimento da liminar antes mesmo da citação da sucessão.

2. Nada impede, contudo, que a agravante noticie o ajuizamento da investigatória nos autos do inventário, postulando o que entender pertinente. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJRS, AI 70047241260, 8.^a Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 19-4-2012).

A condição de herdeiro nasce com a procedência do pedido de Investigação de Paternidade e como corolário a legitimidade para ajuizar Ação de Petição de Herança.

Uma vez reconhecido como filho através da procedência do pedido de Investigação de Paternidade, passará o postulante a ser herdeiro legítimo e então legitimado ativo para ajuizar Ação de Petição de Herança contra todos os demais herdeiros do autor da herança, formando assim um litisconsórcio passivo necessário, mesmo que os herdeiros tenham renunciado ou cedido à herança.

Acerca do reconhecimento hereditário, após o trâmite da Ação de Investigação de Paternidade e a conseqüente propositura da Ação de Petição de Herança, o notável doutrinador Carlos Roberto Gonçalves⁵¹ sobre o tema diz:

Reconhecida a qualidade hereditária do autor da petição de herança, deflui como efeito natural e principal a transmissão da titularidade do patrimônio deixado em seu favor. A procedência da ação, decretada em sentença transitada em julgado, gera o reconhecimento da ineficácia da partilha em

⁵⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70047241260**. 8.^a Câmara Cível. Relator: Dr. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 19 de abril de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%C3%A7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70047241260&num_processo=70047241260&codEmenta=4652993&temIntTeor=true>. Acesso em: 25 agosto 2015.

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. volume 7: direito das sucessões. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.147

relação ao autor da ação, dispensada sua anulação. Basta o simples pedido de retificação da partilha realizada anteriormente

No mesmo sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça⁵²:

Julgada procedente ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, disso resulta, automaticamente, a nulidade da partilha realizada sem a presença e participação do autor vitorioso, executando-se a decisão por meio de simples retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário. Com apoio em lição de Humberto Theodoro Júnior, afirmou que, havendo anteriormente sido contemplados na partilha vários herdeiros ou sendo vários os bens componentes da herança partilhada, a sentença da *petitio hereditatis* será cumprida mediante reabertura do processo sucessório, para que toda a universalidade seja devolvida ao monte que, por sua vez, se submeterá novamente a toda a tramitação do inventário e partilha, já agora com a presença e participação do herdeiro vitorioso na ação de vindicação da cota ideal da herança comum. Para a renovação do procedimento sucessório, não há necessidade de ajuizar-se uma ação especial para anular a sentença que homologou a partilha anterior já que proferida sem a presença do herdeiro real, jamais produziu contra ele a *resiudicata*.” (Brasília, STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 16.137-0-SP, Ministro Sálvio de Figueiredo, relator, 21.2.95. RSTJ - Vol. 74 - Outubro 1995 - Ano 7 - p.204).

Nesse sentido, a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro legítimo mas não reconhecido e não convocado ao processo de inventário.

De tal sorte, uma vez anulada e a partir desta anulação a partilha realizada anteriormente, deverá ser retificação e os bens devolvidos ao monte hereditário retornando o processo de inventário e partilha ao *status quo* para que o herdeiro legítimo e reconhecido posteriormente através de Ação de Petição de Herança também tenha seu quinhão ao patrimônio resguardo.

⁵² BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial nº 16.137-0-SP**. Rel. Ministro Dr. Sálvio de Figueiredo, julgado em 21 de fevereiro de 1995. RSTJ - Vol. 74 - Outubro 1995 - Ano 7 - p.204. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 agosto 2015.

3 DA PRESCRIÇÃO

Neste capítulo será discutido acerca do prazo prescricional, observando-se, em síntese, a prescrição geral disposta no Código Civil Brasileiro, distinguindo a prescrição geral dos casos de imprescritibilidade, bem como a prescrição contra os incapazes.

Inicialmente, cumpre destacar a definição da palavra prescrição a qual vem do vocábulo latino *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado *pro prae* e *scribere*; significa *escrever antes* ou *no começo*⁵³, podendo ser conceituada segundo Sílvio de Salvo Venosa apud Clóvis Beviláqua como “a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo”.⁵⁴

Ao afirmar que a prescrição é matéria de ordem pública, a qual pode ser declarada de ofício pelo magistrado, temos que esta estabelece a ordem social e não o interesse exclusivo do indivíduo, de modo a cuidar dos interesses de todos, independentemente da vontade de quem possa prejudicar ou favorecer.

Em um primeiro momento a prescrição tem aparência injusta, sendo considerada contrária à moral e à justiça.⁵⁵

Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro apud Cunha Gonçalves nos traz que “a prescrição é indispensável à estabilidade e à consolidação de todos os direitos; sem ela, nada seria permanente.”⁵⁶

Já Maria Helena Diniz apud Clóvis Beviláqua nos afirma que:

O que caracteriza, na verdade, a prescrição é que ela visa a extinguir uma pretensão alegável em juízo por meio de uma ação, mas não o direito propriamente dito. Clóvis esclarece que não é a falta de exercício do direito que lhe tira o vigor, pois o direito pode conservar-se inativo por longo tempo,

⁵³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. Coleção direito civil. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 632

⁵⁴ Idem. Ibidem. p. 633

⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. vol. 1. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 350

⁵⁶ Idem. Ibidem.

sem perder sua eficácia. O não uso da ação (em sentido material) é que lhe atrofia a capacidade de reagir.⁵⁷

Segundo Maria Helena Diniz in Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil, 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014,p. 437:

A prescrição tem por objeto a pretensão à prestação devida e virtude de um descumprimento legal ou obrigacional, que gera o direito para obter a tutela jurisdicional (CC, art. 189); por ser uma exceção oposta ao exercício da ação (em sentido material), tem por escopo extingui-la, ante a inércia do titular, deixando escoar o prazo para exigí-la, tendo por fundamento um interesse jurídico-social.

Deste modo, o conceito trazido por Silvio de Salvo Venosa nos remete a ideia de que os direitos permanecem ativos por tempo indeterminado, de modo que o que se torna inativo é a sua não-utilização, a ação que protege o direito.

Segundo Venosa:

O direito incorpora-se ao patrimônio do indivíduo. Com a prescrição o que perece é o exercício desse direito. É, portanto, contra a inércia da ação que age a prescrição, a fim de restabelecer estabilidade do direito, eliminando um estado de incerteza perturbador das relações sociais. Por isso, a prescrição só é possível quando existe ação a ser exercida.⁵⁸

Já Nelson Nery Junior nos traz o conceito mais formal da prescrição, baseado no disposto em letra de lei:

2.Prescrição. Conceito. Causa extintiva da pretensão de direito material pelo seu não exercício no prazo estipulado pela lei. O texto da lei é claro ao dar como objeto da prescrição a pretensão de direito material e não a ação, de modo que a classificação e a conceituação de prescrição e decadência apresentadas por Câmara Leal, restaram superadas pelo direito positivo vigente. É bom lembrar que o direito brasileiro, pelo que se depreende do teor do CC 189, acolhe a teoria da *actio nata*, segundo a qual o dies a quo da prescrição da pretensão se inicia quando da violação do direito subjetivo.⁵⁹

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. vol. 1. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 439

⁵⁸ Idem. Ibidem. p. 633.

⁵⁹ JUNIOR, Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 469

Desta feita a prescrição extingue diretamente as ações e atinge indiretamente respectivos direitos⁶⁰.

Segundo Maria Helena Diniz, temos que:

A prescrição ocorre pelo fato de a inércia do lesado, pelo tempo previsto, deixar que se constitua uma situação contrária à pretensão; visa punir, portanto, a inércia do titular do direito violado e não proteger o lesante.⁶¹

A fim de caracterizar a prescrição, temos a necessidade de que quatro requisitos estejam sempre presentes, nesse sentido Maria Helena Diniz apud Antônio Luiz Câmara Leal:

- 1) Existência de uma pretensão, que possa ser em juízo alegada por meio de uma ação exercitável, que é seu objeto, em virtude da violação do direito, que ela tem por fim remover. Deveras, violado o direito pessoal ou real nasce a pretensão (ação em sentido material) contra o sujeito passivo; com a recusa deste em atender a pretensão, nasce a ação processual, com a qual se provoca a intervenção estatal, que prescreverá se o interessado não a mover.
- 2) Inércia do titular da ação (em sentido material) pelo seu não exercício, que é sua causa eficiente, mantendo-se em passividade ante a violação que sofreu em seu direito, deixando que ela permaneça. Cessa tal inércia no momento em que o titular ajuizar uma ação pedida ao órgão judiciário o restabelecimento de seu direito, impondo ao infrator a reparação de perdas e danos.
- 3) Continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo, que é o seu fator operante, pois o que a norma jurídica pretende punir é a inércia prolongada e não a passageira. Para a consumação da prescrição exige-se inércia continuada, sem qualquer interrupção, durante todo o tempo previsto em lei para o exercício da ação. O Código Civil fixa, no art. 205, o prazo prescricional geral de 10 anos para os casos em que a lei não fixou prazo menor e prazos especiais para as diversas ações no art. 206. Não havendo prazo especial, a ação submete-se ao prazo geral, segundo sua natureza pessoal ou real, salvo nos casos expressamente previstos em lei.
- 4) Ausência de algum fato ou ato a que a lei confere eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva de curso prescricional, que é o seu fator neutralizante.⁶²

Noutro giro, Yussef Said Cahali nos traz os fundamentos que justificam a prescrição, a fim de demonstrar que esta não é uma instituição injusta:

⁶⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. Coleção direito civil. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 632

⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. vol. 1. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 438

⁶² DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*

- 1.º) a necessidade de fixar as relações de direito incertas, suscetíveis de dúvidas e contestações, impõe a conveniência de encerrar a incerteza de um lapso de tempo determinado;
- 2.º) a presunção de estar extinto o direito protegido pela ação resulta da natural suspeita de que o titular do direito tenha deixado por tanto tempo de exercer a sua ação, se o próprio direito já não estivesse extinto por qualquer maneira cuja prova não existe mais;
- 3.º) a punição da negligência do autor, razão esta que Savigny considera não como motivo positivo da prescrição, mas como uma resposta à alegação de injustiça da instituição;
- 4.º) é justo evitar que o autor, adiando por tanto tempo a sua ação, possa aumentar as dificuldades da defesa e das provas do réu;⁶³

De tal sorte, podemos justificar a prescrição como sendo o interesse social para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidas, incertas, de modo a entender que àquele que possuía o direito não teve a vontade de conservá-lo.

O doutrinador Washington de Barros Monteiro nos traz o seguinte pensamento:

Força reconhecer, portanto, a indiscutível utilidade da prescrição, que se acha em consonância com a equidade e com a moral, sendo sua existência absolutamente indispensável em qualquer sociedade bem organizada.⁶⁴

Nesse sentido, Maria Helena Diniz in Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil, 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 434, nos traz que “de modo que o fato jurídico stricto sensu seria o acontecimento independente da vontade humana que produz efeitos jurídicos, criando, modificando ou extinguindo direitos”.

E continua Maria Helena Diniz:

A violação do direito subjetivo cria para o seu titular a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado, dentro de um prazo legal (art. 205 e 206 do CC). O titular da pretensão jurídica terá prazo para propor ação, que se inicia (dies a quo) no momento em que sofrer violação do seu direito

⁶³ CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 23

⁶⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Vol. 1. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 352

subjetivo. Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma sanção adveniente, que é a prescrição.⁶⁵

De tal sorte, temos que esta é uma perda ao negligente, a perda do direito da ação, pois a violação ao direito material é condição de pretensão à tutela jurisdicional.⁶⁶

Embora o instituto da prescrição não force ninguém a exercer seus direitos, a lei não tolera a inércia para sempre, de modo que o não exercício de um direito por muito tempo acaba trazendo insegurança às relações jurídicas.⁶⁷

Nesse sentido Pablo Stolze Gagliano apud Francisco Amaral:

Com o fim de proteger a segurança e a certeza, valores fundamentais do direito moderno, limitam-se no tempo a exigibilidade e o exercício dos direitos subjetivos, fixando-se prazos maiores ou menores, conforme a sua respectiva função.

Para os direitos subjetivos, a lei fixa prazos mais longos, que podem ser suspensos e interrompidos, durante os quais se pode exigir o cumprimento desses direitos, ou melhor, dos respectivos deveres. Já para os direitos potestativos, os prazos são mais rígidos, isso porque esses direitos devem exercer-se em brevíssimo tempo.

Tal distinção é fundamental.

Para as faculdades jurídicas o tempo não conta. Como simples manifestações dos direitos subjetivos em que se contém, a falta de seu exercício não prejudica esses mesmos direitos, As faculdade jurídicas não se extinguem pelo decurso do tempo ('in facultativis non datur praescriptio')⁶⁸

Assim, temos que o instituto da prescrição foi criado como medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, de modo a evitar a instabilidade no caso de possibilitar o exercício do direito da ação por prazo indeterminado.⁶⁹

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. vol. 1. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 436

⁶⁶ Idem. Ibidem.

⁶⁷ COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil**: parte geral. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 386

⁶⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**. vol. 1. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 507

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.* p. 437

3.1 Do prazo geral da prescrição

Em regra toda ação é prescritível e de tal sorte a prescrição se refere a todos os direitos indistintamente, mas importante se faz discorrer acerca do prazo geral da prescrição, o qual deve ser usado para qualquer situação.

Por certo, entende-se que o prazo da prescrição é o espaço de tempo que decorre de seu termo inicial e final.

Importante se faz o comparativo entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, no que tange ao prazo geral de prescrição, pois, aquele nos trazia a diferença entre a prescrição de ações pessoais e de ações reais.

Para tanto, a distinção entre ação pessoal e ação real pode ser assim entendida:

Ações pessoais são as que tendem a exigir o cumprimento de uma obrigação. Fixou o Código de 1916 em vinte anos a respectiva prescrição, sendo o dies a quo aquele em que desde então poderiam ser propostas; é o princípio da actio nata, adotado pelos Códigos de 1916 e 2002 – enquanto não nasce a ação não se inicia a prescrição.

Em muitos casos, porém, consumava-se a prescrição em prazos mais exíguos, especificados no Código de 1916, De modo geral, entretanto, a prescrição operava, em todas as ações pessoais, ao cabo de vinte anos. É o que sucedia, por exemplo, com a ação ex vendito, ou ex empto, baseada na falta de dimensões e pela qual se pede complemento de área; é o que acontecia ainda com a ação de in rem verso, fundada num princípio de justiça e de moral, segundo o qual ninguém deve locupletar à custa alheia, com ação de repetição de indébito, a de reparação oriunda de ato ilícito e a de exigir contas ao mandatário.

Ações reais são as que se fundam num direito real, as que nascem de um jus in re, Elas prescrevem nos prazos estabelecidos para a usucapião. A prescrição extintiva não pode ocorrer nessas ações, porque o não-uso da propriedade, ou de seus desmembramentos é também uma das expressões substanciais do poder discricionário atribuído ao proprietário. Só com a prescrição aquisitiva, isto é, com o nascimento do direito para o novo titular, extingue-se a ação que, para defesa de seu direito, tem o titular antigo.⁷⁰

⁷⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Vol. 1. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374

Segundo Washington de Barros Monteiro “na sistemática do Código Civil não há ação imprescritível, segundo se depreende do disposto no artigo 205”.⁷¹

Assim, o artigo 205 do Código Civil de 2002 fixa a prescrição ordinária, para qualquer situação, em 10 anos, que dispõe: “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”⁷².

O Código Civil de 2002 simplificou a questão estabelecendo como prazo máximo da prescrição ordinária aquele previsto no art. 205, de 10 anos, quando não houver prazo menor fixado em lei.⁷³

Nesse sentido Nelson Nery Junior comenta:

2.Prazos de prescrição não previstos pela lei. A pretensão condenatória é sempre sujeita à prescrição, pois somente os direitos à prestação é que podem ser violados. Além disso, a prescrição existe em razão da segurança que as relações jurídicas devem ter. Portanto, quando não houver previsão expressa na lei para o exercício de pretensão condenatória, o prazo de prescrição dessa pretensão é o determinado pela norma ora comentada: dez anos.⁷⁴

De acordo com Maria Helena Diniz, temos que tal prescrição é chamada ordinária ou comum, vejamos:

Tal prescrição é denominada ordinária ou comum, sendo seu prazo decenal, tanto para as ações (em sentido material) pessoais como para as reais, alusivas ao patrimônio do titular da pretensão, pois ambas são ações patrimoniais, Trata-se de prazo subsidiário, aplicável quando a lei não estabelecer prazo menor para a pretensão ou exceção.⁷⁵

Para Washington de Barros Monteiro a diminuição do prazo prescricional previsto no Código Civil de 1916 para a adotada no Código Civil de 2002 se dá em razão da necessidade de agilidade do direito, de modo que a longevidade dos

⁷¹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Vol. 1. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 354

⁷² BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

⁷³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Vol. 1. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374

⁷⁴ JUNIOR, Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 475

⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. vol. 1. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 454

prazos prescricionais estendem desnecessariamente relações que podem facilmente serem encerradas.⁷⁶

A partir dessa constatação, pode-se entender que o instituto da prescrição visa resguardar as relações jurídicas existentes no mundo dos fatos.

Nesse sentido nos traz Washington de Barros Monteiro apud Cunha Gonçalves⁷⁷ ao afirmar que “a prescrição é indispensável à estabilidade e à consolidação de todos os direitos, sem ela, nada seria permanente”.

Assim, Yussef Said Cahali apud Imp. Justiano nos afirma que:

Há de se reconhecer que ele encerra, sempre, a ideia de inércia; inércia que, por sua vez, acarreta a perda do direito que devia ter sido exercido em tempo certo, mas não o foi. Na verdade, a situação jurídica não pode ficar a mercê das partes indefinidamente distinguindo a lei inter desides et vigilantes.⁷⁸

Ato contínuo, modernamente, há o consenso doutrinário de que a prescrição representa os interesses de ordem social, a consolidação das relações jurídicas pelo decurso do tempo.

3.2 Das ações imprescritíveis

Por meio da ação a pretensão é deduzida.

Em um primeiro momento, analisando a prescrição, temos a ideia de que não há ação imprescritível, haja vista a fixação de prazos específicos e do prazo geral.

⁷⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. v. 1. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 374

⁷⁷ Idem. Ibidem. p. 350

⁷⁸ CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 22-23

Segundo Yussef Said Cahali apud Clóvis Beviláqua que “considerava a prescrição aplicava-se a toda espécie de ações; mas haveria direitos imprescritíveis, ainda no campo do direito privado, pois o objeto da prescrição seriam os direitos patrimoniais e alienáveis”.⁷⁹

Assim, Maria Helena Diniz disciplina que “todas as ações (em sentido material), para fazer valer as pretensões, são prescritíveis. A prescritibilidade é a regra; e a imprescritibilidade, a exceção”⁸⁰.

Acerca das causas imprescritíveis, Carlos Roberto Gonçalves disciplina que assim podem ser consideradas:

- a) as que protegem os direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral, à imagem, ao nome, às obras literárias, artísticas ou científicas etc.;
- b) as que se prendem ao estado das pessoas (estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal). Não prescrevem, assim, as ações de separação judicial, de interdição, de investigação de paternidade, etc.
- c) as de exercício facultativo (ou potestativo), em que não existe direito violado, como as destinadas a extinguir o condomínio (ação de divisão ou de venda da coisa comum – CC, art. 1.320), a de pedir meação no muro vizinho (CC, arts. 1.297 e 1.327) etc.;
- d) as referentes a bens públicos de qualquer natureza, que são imprescritíveis;
- e) as pretensões de reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato. O depositário, o credor pignoratício e o mandatário, não tendo posse com ânimo de dono, não podem alegar usucapião.⁸¹

Para este trabalho, a imprescritibilidade será limitada àquela relacionada ao estado das pessoas.

De tal sorte, ações de estado são denominadas ações aparentemente declaratórias, mas em realidade, são constitutivas, embora com enorme carga declarativa, vez que não se busca com ela obter uma certeza jurídica.⁸²

⁷⁹ CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e decadência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 22-23. p. 75

⁸⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil**. vol. 1. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014. p. 454

⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 516

⁸² CAHALI, Yussef Said. *Op.cit.* p. 87

Desta feita, Yusef Said Cahali apud Agnelo Amorim, assim afirma e completa:

Da conceituação da ação declaratória se infere, naturalmente, que uma de suas principais características é a facultatividade ou voluntariedade; ela é utilizada quando alguém quer, apenas, estabelecer a certeza jurídica a respeito da existência ou inexistência de determinada relação jurídica, mas ninguém é obrigado a propô-la para que dessa declaração decorram efeitos jurídicos. A relação jurídica existe (ou não existe), e seus efeitos se produzem independentemente da declaração judicial. Em resumo: não há ações declaratórias “obrigatórias” ou “necessárias”, com as há na classe das constitutivas.⁸³

Não se destinam, então, a se fazerem cessar um estado de fato contrário, mas declarar qual é o estado de fato conforme do direito, fazendo cessar a incerteza.

Segundo Yusef Said Cahali “no silêncio da lei deve reputa-se imprescritível ou não, uma ação, consoante se proponha ou não a fazer cessar um estado de fato contrário ao direito ou estado jurídico viciado”.⁸⁴

Acerca do que se pode concluir pela imprescritibilidade, temos os ensinamentos de Yusef Said Cahali:

Em suma, a tese da imprescritibilidade deve ser compreendida nos seguintes termos: a ação declaratória não está sujeita a prazo prescricional se o seu objeto for simplesmente juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito.⁸⁵

Por fim, segundo Carlos Roberto Gonçalves apud Caio Mario:

A prescrição fulmina todos os direitos patrimoniais, e, normalmente, estende-se aos efeitos patrimoniais de direitos imprescritíveis, porque estes não se podem extinguir, o que não ocorre com as vantagens econômicas respectivas. Se é imprescritível a ação de estado, como, por exemplo, a faculdade de obter o reconhecimento de filiação, prescreve, no entanto, o

⁸³ CAHALI, Yusef Said. **Prescrição e decadência**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87

⁸⁴ Idem. Ibidem. p. 88

⁸⁵ Idem. Ibidem. p. 89

direito de reclamar uma herança, em consequência de ação de investigação de paternidade.⁸⁶

Nesse sentido, a fim de já adentrar a problemática do presente trabalho monográfico temos por importante citar a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal que possui a seguinte redação: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”⁸⁷

A fim de solucionar o conflito da imprescritibilidade da investigação de paternidade e da ação de petição de herança, os quais serão desmembrados e tratado em capítulos próprios, fechamos tal este capítulo de prescrição com o ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves apud Caio Mário Silva, ao afirmar que os juristas tumultuam os princípios, confundindo petição de herança com o direito patrimonial inerente a esta.⁸⁸

3.3 Da prescrição em razão do incapaz

Atendo-se ao fato de estabelecer o direito de herança daquele incapaz não considerado filho legítimo à época da abertura da sucessão, importante se faz considerar a prescrição em razão dos incapazes.

Por certo, a lei protege os incapazes, haja vista a situação peculiar em que se encontram.

⁸⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 517

⁸⁷ **Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno**. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 83. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=149.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 10 agosto 2015.

⁸⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das sucessões. Vol. 7. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151

De tal sorte, o art. 198 do Código Civil⁸⁹ legisla que “não correm contra ele nem a prescrição, nem a decadência”.

Nesse sentido, Fábio Ulhôa Coelho:

Considera a lei que o absolutamente incapaz, exatamente por não ter nenhum discernimento para atuar com desenvoltura no comércio jurídico, não pode ser penalizado pelo não exercício de seus direitos, mesmo que por longo tempo. a) as que protegem os direitos da personalidade, como o direito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral, à imagem, ao nome, às obras literárias, artísticas ou científicas etc.;

b) as que se prendem ao estado das pessoas (estado de filiação, a qualidade de cidadania, a condição conjugal). Não prescrevem, assim, as ações de separação judicial, de interdição, de investigação de paternidade, etc.

c) as de exercício facultativo (ou potestativo), em que não existe direito violado, como as destinadas a extinguir o condomínio (ação de divisão ou de venda da coisa comum – CC, art. 1.320), a de pedir meação no muro vizinho (CC, arts. 1.297 e 1.327) etc.;

d) as referentes a bens públicos de qualquer natureza, que são imprescritíveis;

e) as pretensões de reaver bens confiados à guarda de outrem, a título de depósito, penhor ou mandato. O depositário, o credor pignoratício e o mandatário, não tendo posse com ânimo de dono, não podem alegar usucapião.⁹⁰

Por certo o legislador procurou proteger àqueles que se encontram em situações especiais e que são impedidos de diligenciar na tutela de seus interesses.

De tal sorte, o art. 198, inciso I do Código Civil nos remete ao art. 3º do Código Civil que disciplina acerca dos absolutamente incapazes.

Desta feita temos que contra os absolutamente incapazes não corre prescrição de modo que não serão prejudicados quando teriam o direito de propor a ação⁹¹.

Nesse sentido Carlos Roberto Gonçalves⁹² disciplina acerca dos absolutamente incapazes:

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Novo Código Civil Brasileiro. Legislação Federal.** sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral.** Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 516

⁹¹ Idem. Ibidem. p. 524

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.* p. 523

Não serão prejudicados por não tê-lo feito. A prescrição contra o menor só se inicia após completar 16 anos de idade. Mas corre a favor dos absolutamente incapazes, isto é, quando poderiam ser acionados. Podem ser beneficiados com a arguição da prescrição da pretensão manifestada pela outra parte, ou seja, pelo credor.

Assim, temos que a incapacidade é tratada pelo Código Civil como causa que suspende e impede a contagem do prazo prescricional sendo, portanto, distinguidas pelo momento em que surge a pretensão.

De tal sorte, importante trazer os ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves ao afirmar que se o prazo ainda não começou a fluir, a causa ou obstáculo impede que comece a fluir o prazo prescricional e, ao contrário, se o obstáculo surge após o prazo ter se iniciado, dá-se a causa suspensiva da prescrição⁹³.

Para a Ação de Petição de Herança, no caso do absolutamente incapaz, a lei conserva seu direito não existindo enquanto isso a prescrição. Só começando a correr o prazo prescricional quando este completar a idade mínima passando a ser considerado relativamente incapaz⁹⁴.

3.4 Da divergência prescricional entre a Ação de Investigação de Paternidade e a Ação de Petição de Herança

O Código Civil de 2002, embora tenha tratado em capítulo próprio sobre a Petição de Herança, não trouxe em seu bojo a previsão de prazo prescricional para propositura da ação e tão pouco o termo inicial para a contagem do prazo.

⁹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 523.

⁹⁴ TOALDO, Adriane Medianeira; PEREIRA, Clênio Denardi. **A possibilidade de imprescritibilidade da ação de petição de herança em face da ausência de prazo prescricional na legislação vigente**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5904>. Acesso em 25 de agosto de 2015.

Carlos Roberto Gonçalves⁹⁵ ao discorrer sobre a correlação entre a Ação de Reconhecimento de Paternidade e a Ação de Petição de Herança e a prescrição aplicada a cada uma das ações dispôs:

Embora a ação seja imprescritível, os efeitos patrimoniais do estado da pessoa prescrevem. Por essa razão, preceitua a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. Esta prescreve em dez anos (CC, art. 205), a contar não da morte do suposto pai, mas do momento em que foi reconhecida a paternidade. É que o prazo de prescrição somente se inicia quando surge o direito à ação, e este só nasce com o reconhecimento.

A ação de investigação de paternidade é, assim, um indeclinável pressuposto para o ajuizamento da ação de petição de herança. Não corre contra o filho não reconhecido a prescrição da ação de petição de herança. Geralmente, essa ação é cumulada com a de investigação de paternidade, estando implícita a anulação da partilha, se já inventariados os bens. O pedido, no entanto, deverá ser expresso nesse sentido. Trata-se de ação que interessa ao espólio, devendo ser citados os herdeiros. Se o filho foi reconhecido e já completou dezesseis anos, o prazo prescricional começa a fluir da data da abertura da sucessão, pois não se pode litigar a respeito de herança de pessoa viva. Se ainda não alcançou essa idade, começa a correr somente na data em que a atingir (CC, art. 198, I).

Tal critério, contudo, só se aplica a herdeiro reconhecido pelo genitor, como proclamou o Tribunal de Justiça de São Paulo. Compete a referida ação ao herdeiro preterido e que não tenha participado do processo. Mas herdeiro reconhecido, voluntária ou judicialmente. Quem não desfruta da condição de herdeiro, por não ter sido reconhecido voluntariamente, ou não ter obtido judicialmente o reconhecimento da paternidade, não pode ajuizá-la. E, se não pode fazê-lo, não está sujeito a nenhum prazo prescricional. Porque não corre prescrição alguma, enquanto não nascem a pretensão e o direito de propor a ação, consoante o princípio da *actio nata*.

A propósito, obtempera Mário Moacyr Porto ao afirmar que a prescrição somente começa a correr do dia em que o direito pode ser exercido. Desse modo, “antes do julgamento favorável da ação de investigação de paternidade ilegítima, o filho natural, não reconhecido pelo pai, jamais poderá propor ação de petição de herança para o fim de lhe ser reconhecida a qualidade de herdeiro, com direito à herança do seu indigitado pai. A ação de investigação de paternidade, na hipótese em causa, é um inafastável pressuposto, uma prejudicial incontornável, para que o filho possa intentar a ação de petição de herança... Conclui-se, de tudo, que não

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. volume 6: direito de família, 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.307/308

corre contra o filho natural não reconhecido, a prescrição da ação de petição de herança. *Action non natae non praescribitur*⁹⁶.

Desse entendimento não discrepa Orlando Gomes, quando afirma que a ação de estado é premissa da petição de herança, quando o título de herdeiro depende da prova do parentesco, como acontece em relação ao filho ilegítimo não reconhecido. Certificada a qualidade de parente sucessível, aduz, “não implica, entretanto, investidura na de herdeiro, assim entendido o que deveria ter sido chamado. Atestada, porém, a qualidade sucessória, positiva-se o direito à herança, legitimando-se o pedido de restituição dos bens hereditários”⁹⁷.

E continua Carlos Roberto Gonçalves apud Arnaldo Rizzardo no sentido esta é, efetivamente, “a melhor exegese, porquanto não pode iniciar a prescrição sobre um direito ainda não formado judicialmente”⁹⁸.

Ato contínuo, importante trazer a conhecimento a edição realizada pela Suprema Corte de súmula que trata do tema: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Haja vista ter sido editada em 1963, ainda na égide do Código de 1916, a Súmula do Supremo Tribunal Federal tem trazido discussões no campo doutrinário.

Com o entendimento sumulado, o prazo prescricional adotado foi o prazo geral de prescrição do art. 177 do Código Civil de 1916, 20 anos, e atual art. 205 do Código Civil de 2002 que é de 10 anos.

Aos que advogam a tese de prescribibilidade da ação de petição de herança, como os renomados doutrinadores Mário Moacyr Porto e Mário da Silva Pereira, tomam como argumento a postulação de natureza condenatória da ação como sua principal finalidade, ou seja, a pretensão é econômica e por isso prescritível.

⁹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto apud Mário Moacyr Porto. **Direito Civil Brasileiro**. volume 6: direito de família, 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.307/308

⁹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto apud Orlando Gomes. **Direito Civil Brasileiro**. volume 6: direito de família, 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.307/308

⁹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto apud Arnaldo Rizzardo. **Direito Civil Brasileiro**. volume 6: direito de família, 9. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.307/308

Por outro lado, Orlando Gomes⁹⁹ e com ele uma boa parte da doutrina defende a opinião de que a ação de petição de herança é imprescritível, sob o seguinte argumento:

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 esta pelo não uso.

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves¹⁰⁰ apud Giselda Hironaka, também defensora da imprescritibilidade:

Na mesma linha, sustenta Giselda Hironaka: “A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa que 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 transmitida ao sucessor no mesmo momento 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 (...)”.

Bem nos lembra Cristiano Chaves de Farias e Thiago Felipe Vargas Simões:

Importante, entretanto, atentar para o fato de que a imprescritibilidade da ação investigatória não atinge os efeitos patrimoniais decorrentes da declaração judicial da filiação, tais como direito a alimentos e herança, por exemplo, que, evidentemente, se sujeitam a prazo extintivo¹⁰¹.

Outra questão que traz divergência doutrinária e jurisprudencial é o termo inicial para início da contagem do prazo prescricional.

Deste modo, são necessárias algumas ponderações acerca do tema, principalmente no que diz respeito ao menor absolutamente incapaz não reconhecido como filho/herdeiro legítimo ao tempo da abertura da sucessão.

⁹⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões** – 12. ed. ver., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 / por Mario Roberto Carvalho de Faria. – Rio de Janeiro : Forense, 2004. p.265

¹⁰⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Direito Civil Brasileiro**. volume 7: direito das sucessões. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.147

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010. p. 05

Primeiro vamos tratar da divergência doutrinária e jurisprudencial quanto ao termo *a quo* para a propositura da ação de petição de herança independente da incapacidade do pretense herdeiro.

O Código Civil também é omissivo quanto ao início da contagem do prazo prescricional para o ajuizamento da ação em comento, porém boa parte da doutrina e da jurisprudência toma como referência a data da abertura da sucessão, segundo entendimento de Carlos Roberto Gonçalves¹⁰²:

O termo inicial do lapso prescricional é coincidente com a data da abertura da sucessão, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se pode postular acerca de herança de pessoa viva. Somente depois da morte há legitimação ativa para suceder, por parte de quem tiver de pleitear a herança.

Alguns tribunais tem se manifestado do seguinte modo:

RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. SENTENÇA DECLARATÓRIA, NEGATIVA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO (DOAÇÃO). PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. IMPROCEDÊNCIA. 1. É dever do autor cumular o pedido de rescisão com o de novo julgamento, se, no caso da ação rescisória vir a ser julgada procedente, a simples anulação da sentença não for o suficiente para garantir-lhe a tutela jurisdicional, e se o tribunal for o órgão competente para proferir, em lugar da sentença rescindida, o novo julgamento. 2. Estando prescrita a ação de petição de herança, fica prejudicada a análise da situação jurídica gerada com a doação de bens, por parte do pai dos autores, que integravam a legítima dos herdeiros, em razão da sucessão do patrimônio de sua genitora. 3. **A ação de petição de herança, por ser uma ação real, prescreve em dez anos entre os presentes, contados a partir da abertura da sucessão** (morte do titular do patrimônio), desde que extinto o pátrio poder pela maioridade. (grifo nosso) (TJ-PR - AR: 569511 PR 0056951-1, Relator: Accácio Cambi, Data de Julgamento: 15/10/1998, III Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: 5262)¹⁰³

PETICAO DE HERANCA. PRESCRIÇÃO. TERMO "A QUO". O TERMO "A QUO" DA PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE PETICAO DE HERANCA E DA DATA DA MORTE DO "DE CUJUS". (RESUMO) (TJ-RS - AC: 591068713

¹⁰² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. volume 7: direito das sucessões. 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p.152

¹⁰³ PARANÁ. Tribunal de Justiça - **AR: 569511 PR 0056951-1**, Relator: Accácio Cambi, Data de Julgamento: 15 de outubro de 1998, III Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: 5262. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 25 agosto 2015.

RS , Relator: Guido Waldemar Welter, Data de Julgamento: 11/09/1991, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia)¹⁰⁴

Destarte, o posicionamento descrito acima não foi bastante para sanar as brechas da lei em face das diversas situações, como por exemplo, em que o filho não reconhecido até a data da abertura da sucessão, nem mesmo no decurso do prazo prescricional previsto na lei substantiva, vê-se automaticamente excluído da sucessão, sem meios de pleitear o quinhão hereditário que lhe é devido.

Noutro giro, pautados no princípio *actio nata*, onde a prescrição inicia-se com o nascimento da pretensão ou ação, ou seja, sem antes ter o reconhecimento da paternidade/maternidade, que é imprescritível, não se pode começar a contar o prazo prescricional da ação de petição de herança, uma vez que somente após o reconhecimento da paternidade/maternidade é que o herdeiro passa a ser legítimo para o ajuizamento da ação de petição de herança.

Deste modo, sem antes ter reconhecida a paternidade o pretense herdeiro é carecedor da ação de petição de herança, pois só se tornaria capaz de exercer seus direitos após o reconhecimento da paternidade/maternidade, termo inicial para contagem do prazo prescricional, antes disso, não há que se falar em prescrição.

Nesse sentido temos entendimento do Tribunal de Minas Gerais:

PETIÇÃO DE HERANÇA - PRAZO PRESCRICIONAL - TERMO A QUO - DATA DO RECONHECIMENTO POST MORTEM DA PATERNIDADE - TEORIA DA ACTIO NATA - PRESCRIÇÃO - CONFIGURAÇÃO - AUSÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

- Por aplicação do princípio da actio nata, segundo o qual a prescrição não corre contra quem não possui pretensão exercitável, entende-se que o prazo prescricional referente à petição de herança apenas começa a fluir a partir do reconhecimento post mortem da paternidade do filho.

- Recurso provido.

(Apelação Cível 1.0024.10.257315-1/001, rel. Des. Eduardo Andrade, j. 31/7/2012, p. 17/8/2012)¹⁰⁵

¹⁰⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC: 591068713 RS** , Relator: Guido Waldemar Welter, Data de Julgamento: 11 de setembro de 1991, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 25 agosto 2015.

¹⁰⁵ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0024.10.257315-1/001**, Relator Desembargador Eduardo Andrade, julgado em 31 de julho de 2012, publicado em 17 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

FAMÍLIA - APELAÇÃO - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C PETIÇÃO DE HERANÇA - RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE - DIREITO À HERANÇA DO DE CUJUS - PRESCRIÇÃO - INOCORRÊNCIA - QUALIDADE DE HERDEIRO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL - MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INOCORRÊNCIA.

- A ação de petição de herança é indubitavelmente prescritível, por remeter a direito de cunho patrimonial; entretanto, o prazo prescricional a ela aplicável deve ter seu início a partir do reconhecimento, judicial ou voluntário, da paternidade do filho ilegítimo, por sequer existir direito à herança antes do reconhecimento da paternidade. - A procedência do pedido investigatório implica, por óbvio, o reconhecimento do direito do investigante à herança do de cujus, já que o vínculo de paternidade, embora até então desconhecido, existia desde o momento da concepção.

- O direito à herança é definido de acordo com as normas vigentes quando da abertura da sucessão.

- Não há cogitar de condenação por litigância de má-fé quando inócurre qualquer ato que denote a má-fé processual da parte. (Apelação cível nº 1.0151.02.004911-1/001, rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 2/10/2008, p. 18/11/2008).¹⁰⁶

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. PROVA PERICIAL FAVORÁVEL À AUTORA. DIREITO A HABILITAÇÃO NO PROCESSO DE INVENTÁRIO DE SEU PAI. PRAZO PESCACIONAL. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE EM DATA POSTERIOR AO FALECIMENTO DO AUTOR DA HERANÇA. - Na ação de investigação de paternidade ajuizada contra os herdeiros do investigado, a prova em relação aos fatos constitutivos do direito do autor, efetivada pelo exame de DNA positivo, pode ser considerada cabal e absoluta. - O prazo prescricional para o ajuizamento da ação de petição de herança é aquele previsto no art. 205 do Código Civil. - Aberta a sucessão na vigência do Código Civil de 1916, o prazo é de 20 anos. Se este fato ocorre já na vigência do Código em vigor a partir de 2003 será ele de 10 anos, observada a regra do art. 2.028 do ADCT. - Declarada a paternidade, surge para o autor, como consequência lógica, o direito de herança e o de habilitar-se no inventário dos bens deixados pelo falecimento de seu pai. - Não corre a prescrição contra quem não possui direito a ser exercitado (princípio da actio nata). - Reconhecida a paternidade após o falecimento do autor da herança, o prazo prescricional para a habilitação do herdeiro começa a fluir a partir do reconhecimento da paternidade do filho. (TJ-MG, Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 06/08/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL)¹⁰⁷

O art. 1789 do Código Civil está assim redigido: "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão."¹⁰⁸

¹⁰⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1.0151.02.004911-1/001**, Relator Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula, julgado em 02 de outubro de 2008, publicado em 18 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

¹⁰⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n 10479081413318001 MG**. Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 06 de agosto de 2013, Câmaras Cíveis 7ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

¹⁰⁸ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

Ora, a condição de herdeiro legítimo nasce com a procedência do pedido de investigação de paternidade, pois seria impossível admitir a legitimidade para ação de petição de herança se ainda não confirmada a paternidade.

O ilustre relator Wander Moratta relator da Apelação Cível nº 10479081413318001 MG ¹⁰⁹ do julgado com ementa transcrita acima, faz uma brilhante ponderação sobre o tema:

Mas quanto à prescrição da petição de herança, tinha força uma corrente sustentando que o início se dava a partir do dia em que o direito puder ser exercido, isto é, do momento em que foi reconhecida a paternidade, e não da abertura da sucessão, o que revela que perdurava o dissídio. Sintetizava a posição de Mário Moacyr Porto: "É princípio universalmente aceito que o prazo de prescrição somente se inicia quando surge o direito à ação. O Código Civil italiano, em seu art. 2.935, acolhe o princípio, ao dispor: 'A prescrição começa a correr do dia em que o direito pode ser exercido.' Parece-nos, assim, que, antes do julgamento da ação de investigação de paternidade, o filho natural, não reconhecido pelo pai, jamais poderá propor a ação de petição de herança para o fim de lhe ser reconhecida a qualidade de herdeiro, com o direito à herança de seu indigitado pai. A ação de investigação de paternidade, na hipótese em causa, é um inafastável pressuposto, uma prejudicial incontornável, para que o filho possa intentar a ação de petição de herança. Ao que parece, Orlando Gomes acolhe idêntico entendimento, ao escrever: 'Ação de estado é premissa da petição quanto o título de herdeiro depende da prova do parentesco, como acontece em relação ao filho ilegítimo' (in Direito das Sucessões, 4ª ed., p. 267, nº 208).

Destarte, não há como iniciar a contagem do prazo prescricional para Ação de Petição de Herança se o pretense herdeiro ainda não tiver reconhecida a paternidade.

Já no que tange aos menores absolutamente incapazes, em muitos dos casos, quando ocorre a abertura da sucessão pode o pretense herdeiro ser nascituro ou mesmo absolutamente incapaz (rol do art. 3º do Código Civil).

Por força do artigo 198, I, do Código Civil, é sabido que contra os absolutamente incapazes não corre prescrição¹¹⁰.

¹⁰⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n 10479081413318001 MG**. Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 06 de agosto de 2013, Câmaras Cíveis 7ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

¹¹⁰ BRASIL Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal. sítio eletrônico internet - planalto.gov

De tal sorte o entendimento doutrinário a esse respeito é que o *dies a quo* prescricional só se inicia quando a incapacidade cessa, no caso dos menores incapazes quando completar 16 anos, aí é o termo inicial para contagem do prazo prescricional para ajuizar ação de petição de herança:

AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA. PRAZO PRESCRICIONAL. CONTAGEM COM RELAÇÃO AO MENOR IMPÚBERE. O prazo prescricional da ação de petição de herança não corre contra o menor absolutamente incapaz. Somente começa a fluir quando o menor completar 16 anos. Preliminar de prescrição acolhida e apelo desprovido, unânime. Adulteração de certidão quanto ao ano de nascimento. Deduzindo o apelante pretensão contra fato incontroverso e alterando deliberada e grosseiramente a verdade dos fatos, deve ser considerado litigante de má-fé, bem como devem ser encaminhadas peças para exame e providências na área criminal. (Apelação Cível Nº 595101353, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 27/06/1996)¹¹¹

Ocorre que tal entendimento, segundo melhor juízo, só é direcionado ao filho já reconhecido, o que não ocorre com o filho não reconhecido à época da abertura da sucessão:

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 ação de petição de herança. Aplicação do princípio da actio nata: enquanto não nasce a ação, não corre prescrição. Recurso provido.** (grifo nosso)
(TJ-SP, Rel. Des. Ênio Zuliani, Ap. 134.291.4/4-00 - Ribeirão Preto, 3ª Câmara Cível de Direito Privado)¹¹²

A doutrina quando fala dos absolutamente incapazes trata somente dos menores de 16 anos, ocorre que o rol trazido pelo artigo 3º do Código Civil elenca outras duas hipóteses de incapacidade, uma permanente e outra transitória¹¹³:

¹¹¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 595101353**. Oitava Câmara Cível, Relator: Dr. Eliseu Gomes Torres, Julgado em 27 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 25 de agosto de 2015.

¹¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 134.291.4/4-00**. Ribeirão Preto, Relator Desembargador Dr. Ênio Zuliani, 3ª Câmara Cível de Direito Privado. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 22 de agosto de 2015.

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Nos casos do inciso II nos deparamos com a situação de imprescritibilidade da ação de petição de herança, uma vez que contra os absolutamente incapazes não corre prescrição, daí termos imprescritível ação de reconhecimento de paternidade e a ação de petição de herança.

A segurança jurídica nesses casos se torna imprescindível.

Desta feita, os herdeiros que já participaram da partilha estarão sempre na incerteza de qual será o destino dado aos bens partilhados, uma vez que a qualquer momento podem ser acionados por herdeiro reconhecido posteriormente.

¹¹³ BRASIL. **Novo Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

4 DA SEGURANÇA JURÍDICA

Um dos pontos relevantes do presente trabalho é a insegurança jurídica dos herdeiros que já participaram da partilha dos bens deixados pelo *de cuius* frente ao filho legítimo, mas incapaz que não foi reconhecido à época da abertura da sucessão, uma vez que a qualquer tempo podem se ver na obrigação de devolver os bens partilhados ao acervo hereditário.

A insegurança atinge também o herdeiro reconhecido após a abertura da sucessão, pois não saberá em que situação encontrará os bens já partilhados e se conseguirá de alguma maneira ainda ver restituído o seu quinhão.

De tal sorte, além de tudo o já exposto, importante se faz discorrer acerca da segurança jurídica de modo geral e, por fim, amoldá-la ao objeto da presente pesquisa jurídica.

Por certo, a segurança jurídica é considerada, em um primeiro momento, como uma espécie de controle das expectativas normativas que se confirmam ou desconfirmam com a norma jurídica individual.

Segundo Jorge Amaury Maia Nunes¹¹⁴:

A segurança jurídica como fundamento do Direito, deve ser, portanto, objeto de investigação na seara da Teoria Geral do Direito. Embora seja reconhecido seu conteúdo plurivalente, pode ser definida como um estado em que nenhum perigo de surpresa é temido com relação à estabilidade das relações jurídicas e que implica, ao mesmo tempo, a proteção contra a irretroatividade das leis, a asseguaração das situações consolidadas, após certo tempo, a clara e precisão das normas jurídicas e a exclusão da incerteza na realização do Direito Judicial.

Conforme percebido por Hobbes no clássico *Leviatã*, a noção de segurança é inerente à concepção de Estado¹¹⁵.

Assim, conforme Jorge Amaury Maia Nunes, temos que ao *Leviatã*, visto como o Estado, incumbirá a missão, por força do pacto de sujeição a que são submetidos os seres humanos, garantir a paz e a defesa, haja vista que esta é a

¹¹⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16

¹¹⁵ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 13.

única forma de atribuir segurança aos homens, vez que não se consegue através de leis naturais onde cada um respeita quando quer respeitar¹¹⁶.

Nesse sentido, Natacha Nascimento Gomes Tostes nos traz a diferenciação da segurança jurídica para o indivíduo e para a sociedade:

Convém alertar que costuma-se fazer uma diferenciação na conceituação de segurança, enquanto a mesma é vista pelo enfoque individual ou coletivo. Assim é que se diz que o que se oferece ao indivíduo é uma sensação de segurança, e o que se proporciona à sociedade é um estado de segurança¹¹⁷.

De tal sorte, a segurança jurídica deve proporcionar a convivência pacífica e harmônica dos membros da sociedade.

Podemos afirmar que a ideia de segurança interna e também a externa constituem necessidades vitais para o indivíduo.

Uma das principais funções das instituições sociais é estruturar a ordem e a estabilidade nas relações entre seus membros de modo que cabe ao direito acrescentar uma segurança ordenadora específica e própria a que podemos chamar de segurança jurídica¹¹⁸.

Assim, o direito constitui, em suma, ordem, organização e segurança, justificado pela certeza e segurança das relações estabelecidas em uma sociedade.

Natacha Nascimento Gomes Tostes apud Plácido e Silva¹¹⁹ “entende por segurança o estado proporcionado pelo afastamento, por meios próprios, de todo perigo/mal que possa afetar a ordem”.

E continua a autora ao citar Osvaldo Agripino de Castro Junior:

A seu turno, segurança jurídica pode ser definida com “a garantia de que as normas e as regras que regulamentam o conjunto de atividades do Estado

¹¹⁶ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78

¹¹⁷ Idem. Ibidem. p. 13

¹¹⁸ Idem. Ibidem. p. 80.

¹¹⁹ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica: a questão da súmula vinculante**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 13.

serão cumpridas pelos agentes do Estado e entre privados que atuam nos seus limites¹²⁰.

Jorge Amaury Maia Nunes apud Cármem Lúcia Antunes Rocha assevera que:

Segurança jurídica é o direito da pessoa à estabilidade em suas relações jurídicas. Este direito articula-se com a garantia da tranquilidade jurídica que as pessoas querem ter; com a certeza de que as relações jurídicas não podem ser alteradas numa imprevisibilidade que as deixe instáveis e inseguras quanto ao seu futuro, quanto ao seu presente e até mesmo quanto ao seu passado¹²¹.

Pode-se, portanto, atribuir à segurança jurídica o sinônimo de estabilidade e tranquilidade, sem importar no descrédito da Justiça.

Assim, em razão da segurança jurídica deve prevalecer a ideia de justiça. Nesse sentido, Carlos Valder do Nascimento apud Juary Silva dispôs:

Em suma, a coisa julgada não é um valor absoluto, e no contraste entre ela e a ideia de justiça, esta é que deve prevalecer. Daí não é preciso mais que um passo no sentido de fazer subsistir a responsabilidade do Estado pelo exercício da função institucional, ainda que isso implique em certa restrição da amplitude do conceito de coisa julgada¹²².

Por certo, a segurança jurídica pode ser associada ao conceito de justiça de três maneiras:

- a) segurança através do Direito, que pressupõe que o direito seja certo;
- b) segurança se confunde com certeza do direito; e
- c) segurança contra alterações do próprio direito positivo;¹²³

A divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange ao termo *a quo* para a propositura da Ação de Petição de Herança traz insegurança jurídica frente aos

¹²⁰ TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica**: a questão da súmula vinculante. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 13.

¹²¹ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

¹²² NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 11

¹²³ NUNES, Jorge Amaury Maia apud Theophilo Cavalcanti Filho. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 82.

herdeiros que já participaram da partilha, bem como ao herdeiro reconhecido através da Ação de Reconhecimento de Paternidade, uma vez que os bens que faziam parte do acervo hereditário pode não mais podem ser alcançados.

De tal sorte a coisa julgada não alcança aquele que não participou do inventário.

A partilha realizada no inventário sem a participação do herdeiro legítimo, assim reconhecido através de Ação de Investigação de Paternidade o qual terá sua condição de filho reconhecida através desta ação e, na Ação de Petição de Herança sua condição será de herdeiro, pode ser anulada, de modo a causar mais uma vez insegurança jurídica, vez que não há a clara coisa julgada ou o direito adquirido.

Assim, importante trazer a conhecimento os ensinamentos de Daniel Coelho de Souza acerca da teoria do direito adquirido da qual acredita padecer de base doutrinária “porque, a rigor, a expressão ‘direito adquirido’ é ilógica. Ou o indivíduo adquiriu o direito e o tem, ou não o adquiriu e não o tem”¹²⁴

No que tange a divergência prescricional do termo a quo para a propositura das Ações de Petição de Herança e Investigação de Paternidade, temos que não há que se falar em segurança jurídica, eis que esta é gérmen de sua própria destruição, eis que a divergência do início do prazo prescricional propõe exatamente o contrário.

Nesse sentido, trazemos os ensinamentos de Jorge Amaury Maia Nunes acerca da autodestruição da segurança jurídica:

O primeiro paradoxo consiste em que o Direito é vítima de seu próprio sucesso. Justamente porque concebido como a sede própria da segurança jurídica, o Direito é instado a regradar sempre mais e em maior dimensão as condutas e os relacionamentos humanos; é colocado ao serviço das reivindicações individuais e coletivas e essa subjetivação é fonte de insegurança porque os interesses particulares são contraditórios o que implica a necessidade de multiplicar a edição das regras de direito, que vão perdendo seu caráter de generalidade, tornando-se cada vez mais específicas e, com isso, aumentando os riscos de colisão.

[...]

O segundo paradoxo consiste em que, para lutar contra a insegurança causada por essa expansão e especialização do Direito, invocam-se instrumentos de natureza jurídica cuja edição pode realimentar as fontes de insegurança indicadas no primeiro paradoxo: inflação de leis, má

¹²⁴ NUNES, Jorge Amaury Maia apud Daniel Coelho de Souza. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

elaboração legislativa, multiplicação das chamadas guinadas jurisprudenciais etc.¹²⁵

Segundo Jorge Amaury Maia Neto “não pode o cidadão ficar à mercê do justo pessoal do magistrado. Seu direito é o de que o magistrado revele a decisão que ele supõe já está contida na norma jurídica”¹²⁶.

Assim, previsibilidade de uma decisão no âmbito da segurança jurídica nos traz pertinência à¹²⁷:

- a) com a qualidade da coisa julgada que deu ou deixou de dar ao jurisdicionado certo bem da vida; e
- b) com o fato de que os fundamentos legais dessa solução devem ser os mesmos aplicáveis a outra solução, desde que se trate de *factum símile*.

No caso da Investigação de Paternidade e da Ação de Petição de Herança em que o filho incapaz legítimo não reconhecido à época da abertura da sucessão, podemos afirmar que a legislação é negligente vez que deixa amplo entendimento passível de divergências.

No que tange à Ação de Petição de Herança grande parte da doutrina relata por termo inicial somente a abertura da sucessão e não o reconhecimento da paternidade¹²⁸.

Acerca do herdeiro incapaz, mas legítimo, não reconhecido como tal à época da abertura da sucessão o legislador ao fazer referência sobre o prazo prescricional tratou apenas da capacidade deste para a vida civil e nada tratou acerca da capacidade sucessória¹²⁹.

De tal sorte, ao herdeiro incapaz, podemos entender que o prazo prescricional para ingresso com a Ação de Petição de Herança começará a fluir quando sua incapacidade cessar e obedecerá o prazo prescricional de 10 anos.

¹²⁵ NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 88.

¹²⁶ Idem. Ibidem. p. 82.

¹²⁷ Idem. Ibidem. p. 98.

¹²⁸ TOALDO, Adriane Medianeira; PEREIRA, Clênio Denardi. **A possibilidade de imprescritibilidade da ação de petição de herança em face da ausência de prazo prescricional na legislação vigente**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5904>. Acesso em 25 de agosto de 2015.

¹²⁹ Idem. Ibidem.

Todavia, caso o filho incapaz e legítimo não tenha assim sido reconhecido, temos que este deverá obter primeiramente sentença declaratória do estado de filho o que dependerá de propositura de Ação de Investigação de Paternidade, a qual é imprescritível.

Uma vez proposta a imprescritível Ação de Investigação de Paternidade e declarado o estado de filho iniciará o termo a quo para a propositura de Ação de Petição de Herança a qual obedecerá o prazo geral disposto no Código Civil de 10 anos, podendo tal situação se alastrar por muito mais que o prazo geral estabelecido.

Em nosso sistema atual a condição única de que depende a capacidade da pessoa física para suceder é a existência do sucessor no momento em que se abra a sucessão.

O fulcro disto foi estipulado no artigo 1798 do Código Civil: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.”¹³⁰

Atualmente, tem sido preocupação do Supremo Tribunal Federal a proteção do jurisdicionado, daí por que tamanha divergência na doutrina acerca do termo *a quo* para propositura da Ação de Investigação de Paternidade e da Ação de Petição de Herança.

Uma solução proposta é que a Ação de Petição de Herança também seja imprescritível a acompanhar a Ação de Investigação de Paternidade.

Como já visto, a prescrição somente se inicia a partir do nascimento do direito, ou seja, contra filho não reconhecido como legítimo não pode correr o prazo prescricional da Ação de Petição de Herança.

Acerca da possibilidade de considerar a Ação de Petição de Herança imprescritível Orlando Gomes assim disciplina:

No rigor dos princípios, a ação é imprescritível. Ainda que tivesse natureza real, não prescreveria como não prescreve a ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se

¹³⁰ BRASIL. **Novo Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

perde esta pelo não-uso. Busca-se um título de aquisição. Seu reconhecimento não pode ser trancado pelo decurso de tempo. Há de ser declarado passem ou não os anos¹³¹.

Para Orlando Gomes o reconhecimento da qualidade de herdar deveria ser considerado imprescritível, independentemente da natureza jurídica da ação, assim, a Ação de Petição de Herança se perpetuaria ao longo da vida do filho legítimo incapaz, mas não reconhecido como tal a época da abertura da sucessão.

No mesmo sentido, Silvio Rodrigues¹³²:

O Código Civil português afirma que a ação de petição de herança é imprescritível, embora reconheçam os efeitos da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas. Nesses países, portanto, esta ação pode ser intentada a todo tempo, a não ser que, pelo decurso do prazo, o possuidor – pela usucapião – já tenha adquirido a propriedade da coisa possuída

Assim, importante se faz trazer a conhecimento o que dispõe o Código Português em seus artigos 2057 a fim de elucidarmos o que dispõe a legislação comparada:

1. O herdeiro pode pedir judicialmente o reconhecimento da sua qualidade sucessória, e a consequente restituição de todos os bens da herança ou de parte deles, contra quem os possua como herdeiro, ou por outro título, ou mesmo sem título.
2. A ação pode ser intentada a todo o tempo, sem prejuízo da aplicação das regras da usucapião relativamente a cada uma das coisas possuídas, e do disposto no artigo 2059.¹³³

Para os defensores da imprescritibilidade da Ação de Petição de Herança, este direito deve ser vitalício, não correndo contra o filho natural não reconhecido a prescrição.

Noutro giro, temos que tal situação não trará as partes interessadas qualquer segurança jurídica ou tranquilidade, causando verdadeira instabilidade social.

¹³¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. ver., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 / por Mario Roberto Carvalho de Faria. – Rio de Janeiro : Forense, 2004. p. 265.

¹³² RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. v. 7 – 26. ed. ver. e atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2003.

¹³³ **CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS**. Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06. Disponível em :<<http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>>. Acesso em 26 de agosto de 2015.

Para tanto, maior parte da doutrina, entre eles Silvio de Salvo Venosa, nada discutem acerca do tema, apenas aceitam os prazos fixados e utilizam-se do prazo geral de prescrição previsto no artigo 205 do Código Civil.

Por outro lado, aqueles que trazem a justificativa para que seja esta ação de alguma forma prescrita, apontam que a mesma é por natureza de Estado enquanto o Reconhecimento de Paternidade é ação de natureza personalíssima.

Não custa lembrar, mais uma vez, que a ação de Petição de Herança possui duplo efeito: o reconhecimento da qualidade de herdeiro e, a busca patrimonial proporcionada pela sucessão de bens hereditários de modo que cabe ao legislador corrigir tal equívoco no prazo prescricional para que ambos sejam resguardados ao herdeiro incapaz legítimo mas não reconhecido à época da abertura da sucessão.

O exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente¹³⁴.

Assim, por fim, no intuito de dirimir dúvidas, editou-se a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, a qual utilizada pelos tribunais traz às partes interessadas a segurança jurídica que necessitam para trazer certezas as relações sociais e fundamentar a paz social.

Devido a tal fato, a jurisprudência, no intuito de corrigir tal gravame, passou, erroneamente, a adotar o artigo 205 do Código Civil, onde é utilizado prazo geral de 10 anos para as ações das quais a matéria não traz prazo específico.

De certa forma, enfatizando a devida correção, deparam-se os julgadores com a divergência correspondente ao início e término da contagem do prazo. Uma vez adotado prazo final de dez anos, esgotaram-se as discussões acerca do termo final. Entretanto a inquietude persistiu, pois ainda nada se decidiu quanto ao termo inicial da contagem do prazo prescricional na Ação de Petição de Herança.

Mesmo porque, uma vez reconhecida a condição de filho, este passa a ser herdeiro legítimo e pelo princípio da *saisine* tem seus direitos hereditários resguardados, podendo busca-los através da propositura de Ação de Petição de Herança.

¹³⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 629

Assim sendo, os ilustres julgadores passaram a adotar por termo inicial a data de abertura da sucessão. Logo, inicia-se a contagem do prazo com a abertura da sucessão e, posteriormente, se encerra com o findar do lapso temporal de dez anos.

Contudo, entende-se que a respeitável decisão dos egrégios julgadores, que tentaram sanar as lacunas da lei, depara-se com situações em que tal decisão passa a ser equivocada, quando nos deparamos com o filho legítimo e incapaz, mas não reconhecido quando da abertura da sucessão.

Para tanto no que tange a sucessão do filho legítimo, mas assim não reconhecido quando da abertura da sucessão, enquanto a confusão legislativa não é sanada, devemos nos ater ao fato de que o momento da transmissão da herança inicia-se com a morte do titular dos bens hereditários. Por sua vez, os herdeiros, pelo princípio da *saisine*, têm seus direitos hereditários resguardados contra terceiros, a partir do momento que podem exercê-los.

CONCLUSÃO

O presente trabalho científico buscou tratar do problema da prescrição da Ação de Investigação de Paternidade e da Ação de Petição de Herança com relação ao filho legítimo incapaz, mas não reconhecido como herdeiro quando da abertura da sucessão, principalmente da divergência prescricional no que tange ao termo *a quo* para propositura de Ação de Petição de Herança.

A família é à base de formação de um indivíduo, o alicerce preponderante que tem como objetivo a construção dos primeiros ensinamentos de um ser humano. Com os ensinamentos passados pela família que serão formados os princípios caracterizadores para a construção dos valores de uma pessoa

Em síntese: a família deve ser considerada a primeira etapa na formação social, cultural e jurídica de uma pessoa, aspetos que influenciam significativamente no comportamento, na personalidade e nos princípios estabelecidos pelos indivíduos dentro de uma cultura e em determinado espaço social.

Já filiação pode ser considerada como o elo entre pais e filhos, a ligação em primeiro grau, podendo ser biológica, afetiva ou jurídica, é a relação de parentesco que busca formar uma família.

A posse do estado de filho legitima futuras pretensões em relação à outra pessoa. Assim, podemos afirmar que somente terá oportunidade de gozar dos direitos e garantias advindos da qualidade de filho aquele que é reconhecido como tal.

Quando alguém reconhece um filho, tal procedimento pode ser exercido de forma voluntária ou judicial. Os filhos podem e devem ser reconhecidos a qualquer tempo, mesmo na constância da sociedade conjugal e independentemente do estado civil de quem os reconhece.

O ponto primordial da presente pesquisa científica foi a distinção das Ações de Investigação de Paternidade e da Ação de Petição de Herança, trazendo as nuances de cada uma no intuito de diferenciar o início da contagem do prazo prescricional para a propositura das ações e, por fim, trazer a divergência no que tange ao início deste prazo quando se trata de filho legítimo incapaz não

reconhecido à época da abertura da sucessão para a propositura da Ação de Petição de Herança.

A divergência prescricional em razão do termo *a quo* para a contagem da prescrição nos remete à insegurança jurídica dos herdeiros já beneficiados pela partilha, bem como daquele filho incapaz reconhecido posteriormente no que tange a reserva da finalidade patrimonial da Ação de Petição de Herança.

A existência de prazo para o exercício do direito e das pretensões é forma de disciplinar a conduta social, de modo a punir aqueles que se mantêm inertes, vez que se pode considerar que aquele que não tem dignidade de lutar por seus direitos não merece a sua tutela.

Assim, o termo *a quo* dos prazos prescricionais normatizados para a propositura de cada uma das ações e a divergência trazida para cada delas nos mostra o conflito gerado pelo próprio legislador que não tratou especificamente sobre o assunto.

Como se viu ao longo do desenvolvimento desta pesquisa, há no mundo jurídico extensa polêmica acerca do entendimento do termo *a quo* do prazo prescricional para propositura da Ação de Petição de Herança em razão da omissão do legislador

Não há dúvida de que o Código Civil deixa lacunas gravíssimas, no tocante aos temas objeto do presente trabalho.

O legislador pátrio tratou como regra geral assunto que merece melhor esclarecimento. Como demonstrado, maior parte da doutrina considera como termo *a quo* para a propositura da Ação de Petição de Herança a data de abertura da sucessão.

Todavia, este prazo inicial é facilmente alterado quando se trata de filho incapaz, legítimo herdeiro, mas somente assim reconhecido após o ingresso de Ação de Investigação de Paternidade, vez que seu direito somente nasce quando reconhecido o estado de filho.

Podemos elencar divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos seguintes entendimentos resumidamente.

Ao longo do desenvolvimento do presente trabalho, várias questões foram levantadas e objeto de dúvidas e pesquisas para sanar curiosidades e, principalmente, contribuir para o melhor desenvolvimento do tema.

Deste modo notamos e é fato inquestionável na doutrina, legislação e jurisprudência pátria que a Ação de Reconhecimento de Paternidade é imprescritível, podendo ser proposta por aquele que quer ser reconhecido como filho a qualquer tempo, independentemente de qualquer condição.

No que tange a Ação de Petição de Herança há vertentes no sentido de também considerá-la imprescritível e, possui, inclusive, doutrinadores defensores de tal tese. Todavia, uma vez imprescritível temos que esta não traz as partes interessadas, sejam elas herdeiros já beneficiados ou o filho legítimo posteriormente reconhecido, qualquer tranquilidade e segurança jurídica em relação ao acervo hereditário.

Desta maneira, após diversos julgados e tentativas de amoldar a aplicação do melhor direito, decidiu-se que a Ação de Petição de Herança obedeceria o prazo prescricional geral, previsto no artigo 205 do Código de Processo Civil, consubstanciado em 10 anos.

Nesse sentido, uma das discussões principais se deu em razão do o termo inicial para contagem do prazo prescricional para ajuizar a Ação de Petição de Herança, concluindo por maior parte da doutrina que esta deveria observar a data de abertura da sucessão.

Todavia, quando esta pender de reconhecimento do estado de filho legítimo, o termo inicial para contagem do prazo prescricional para ajuizar a Ação de Petição de Herança deve observar o reconhecimento da paternidade declarado através de ação judicial, independente da data da abertura da sucessão.

Em razão do menor absolutamente incapaz, o termo inicial para contagem do prazo prescricional para ajuizar a Ação de Petição de Herança somente se inicia quando o menor completar 16 anos de idade, tornando-se relativamente incapaz, no caso de já ter sido aberta a sucessão. Caso contrário, obedecerá ao prazo de 10 anos contados da abertura da sucessão.

Já com relação ao menor absolutamente incapaz que possui a necessidade de reconhecimento da paternidade/maternidade através de declaração formulada nos autos de Ação de Investigação de Paternidade, o termo inicial para contagem do prazo prescricional para ajuizar a Ação de Petição de Herança iniciará quando tiver o reconhecimento do estado de filho declarado em sentença.

É firme o entendimento de que há a necessidade de se fixar um termo inicial para a contagem da prescrição para propositura da Ação de Petição de Herança, no intuito de que o herdeiro legítimo preterido em partilha anterior, que teve seus direitos prejudicados, habilite-se como legítimo sucessor e busque o seu quinhão patrimonial.

Noutro giro, a uniformização de um prazo prescricional trará as partes interessadas da sucessão, ou seja, herdeiros já beneficiados pela partilha e herdeiro posteriormente reconhecido como filho legítimo que buscará seu quinhão em futura Ação de Petição de Herança, maior confiabilidade no Poder Judiciário e segurança jurídica, vez que a coisa julgada lhes alcançará.

Nesse sentido, a fim de trazer a confiabilidade da atuação estatal a Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal foi editada e obedece a imprescritibilidade para a propositura de Ação de Investigação de Paternidade e o prazo geral de 10 anos para a propositura da Ação de Petição de Herança a contar da data da abertura da sucessão.

Após análises feitas, concluiu-se que contra o filho legítimo, herdeiro, seja ele capaz ou incapaz, não reconhecido à época da abertura da sucessão, não corre prazo prescricional para buscar o reconhecimento paterno/materno.

Ato contínuo, no caso da Ação de Petição de Herança esta é indubitavelmente prescritível, observando o prazo geral da prescrição previsto do artigo 205 do Código Civil de 10 anos, contados da abertura da sucessão.

A problemática envolvida diz respeito ao filho legítimo, incapaz, mas não reconhecido como herdeiro à época da abertura da abertura da sucessão que somente terá como termo inicial para ingresso da Ação de Investigação de Paternidade o momento em que se cessar sua incapacidade, podendo ajuizar a demanda a qualquer tempo, vez que imprescritível e, somente depois de

reconhecido o estado de filho, terá legitimidade para propor Ação de Petição de Herança, obedecendo à regra geral do artigo 205 do Código Civil, de 10 anos e, assim, buscar seu quinhão da herança.

Ao final, independente do termo a quo do prazo prescricional, o que se busca com todas e qualquer demanda é a segurança jurídica, a ideia de previsibilidade, de confiança de que um juiz imparcial irá assegurar os direitos de um cidadão aplicando a norma jurídica justa.

De tal sorte, há de se concluir que a divergência do termo *a quo* da prescrição no caso da Ação de Petição de Herança não capacita qualquer magistrado a dizer o direito, de modo que o que se pode concluir é que não há qualidade na decisão proferida que atinja aos herdeiros já beneficiados por partilha anterior e, ao herdeiro reconhecido como filho e legítimo sucessor somente após a partilha já efetivada, vez que a qualquer momento a situação jurídica existente pode ser modificada.

Por certo, para dirimir tal questão o legislador deve ter como objetivo que a aplicação do direito não implique em surpresa aos jurisdicionados, de modo que as condutas realizadas pelo filho legítimo, mas não reconhecido à época da abertura da sucessão sejam pautadas e reconhecidas a tempo e modo, sem prejudicar os herdeiros legítimos já beneficiados por partilha anterior.

REFERÊNCIAS

Biasoli-Alves, 2004 apud EMM Pratta, MA Santos. **Psicologia em Estudo. 2007 – Scielo Brasil.** Artigo Científico. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pe/v12n2/v12n2a05.pdf> Acesso em 18 de agosto de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

_____. **Novo Código Civil – Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

_____. **Lei nº. 8.069 de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente (1988). Estatuto da Criança e do Adolescente.** Florianópolis: Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania – Diretoria de Proteção à Criança e ao Adolescente, 2001.

BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. **Recurso Especial nº 16.137-0-SP.** Rel. Ministro Dr. Sálvio de Figueiredo, julgado em 21 de fevereiro de 1995. RSTJ - Vol. 74 - Outubro 1995 - Ano 7 - p.204. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 agosto 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Prescrição e Decadência.** 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS. Atualizado até à Lei 59/99, de 30/06. Disponível em: <http://www.confap.pt/docs/codcivil.PDF>. Acesso em 26 de agosto de 2015.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: parte geral.** vol. 1. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil, Família, Sucessões.** Volume 5. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9 ed., São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do direito civil. vol. 1. 31 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Famílias. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. **Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2010.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. ver., atual. e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002 / por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro : Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. Volume 6, 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. vol. 7.: 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNIOR, Nelson Nery, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil comentado**. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LACAN, Jacques. **Os Complexos Familiares**. Rio de janeiro: Jorge Zahar, 1985.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Conferência proferida no “II Encontro de Direito de Família do IBDFAM/DF” retirado do site:**

<<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/633/813>>. Acesso em: 14/07/2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0024.10.257315-1/001**. Relator Desembargador Eduardo Andrade, julgado em 31 de julho de 2012, publicado em 17 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação cível nº 1.0151.02.004911-1/001**. Relator Desembargador Dídimio Inocêncio de Paula, julgado em 02 de outubro de 2008, publicado em 18 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n 10479081413318001 MG**. Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 06 de agosto de 2013, Câmaras Cíveis 7ª CÂMARA CÍVEL. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**: parte geral. Vol. 1. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Carlos Valder. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança Jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Adoção**: uma porta para a vida. Campinas/SP: Servanda Editora, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense: 2005.

PLANIOL, Ripert e Boulanger, *Traité Élémentaire de droit civil français*, Paris, 1926, v.1, p. 1.282. Apud Op. Cit..

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **AR: 569511 PR 0056951-1**. Relator: Accácio Cambi, Data de Julgamento: 15 de outubro de 1998, III Grupo de Câmaras Cíveis, Data de Publicação: 5262. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 25 agosto 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70047241260**. 8ª Câmara Cível. Relator: Dr. Luiz Felipe Brasil Santos, julgado em 19 de abril de 2012. Disponível em:<http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70047241260&num_processo=70047241260&codEmenta=4652993&temIntTeor=true>. Acesso em: 25 agosto 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **AC: 591068713 RS**. Relator: Guido Waldemar Welter, Data de Julgamento: 11 de setembro de 1991, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 25 agosto 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 595101353**. Oitava Câmara Cível, Relator: Dr. Eliseu Gomes Torres, Julgado em 27 de junho de 1996. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em 25 de agosto de 2015.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: direito das sucessões. v. 7 – 26. ed. ver. e atual. por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo : Saraiva, 2003.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 134.291.4/4-00**. Ribeirão Preto, Relator Desembargador Dr. Ênio Zuliani, 3ª Câmara Cível de Direito Privado. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em 22 de agosto de 2015.

Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 83. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=149.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 10 agosto 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único, 3 ed., São Paulo: Método, 2013.

TOALDO, Adriane Medianeira; PEREIRA, Clênio Denardi. **A possibilidade de imprescritibilidade da ação de petição de herança em face da ausência de**

prazo prescricional na legislação vigente. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5904>. Acesso em: 25 de agosto de 2015.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Judiciário e segurança jurídica:** a questão da súmula vinculante. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação:** entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. Coleção direito civil. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família. 6 ed.. São Paulo: Atlas, 2009.