

Os efeitos do prazo prescricional da petição de herança relacionados ao direito sucessório do filho não reconhecido

Priscila Marina Carvalho de Almeida¹

Roberta Salvático Vaz de Mello²

Carlos Henrique Passos Mairink³

Recebido em: 03.09.2021

Aprovado em: 10.12.2021

Resumo: O capítulo VII do Livro V, composto pelos artigos 1824 a 1828, foi acrescido ao atual Código Civil como forma de suprir a lacuna da legislação revogada, o Código Civil Brasileiro de 2002 previu de forma expressa, a petição de herança. Através desta alteração o legislador privilegiou o reconhecimento do direito sucessório do herdeiro preterido e, conseqüentemente, a restituição da herança, no todo ou em parte, de quem a possua na qualidade de herdeiro ou sem título. Entretanto, apesar desta importante alteração no Codex, o legislador foi omissivo quanto ao prazo prescricional a ser adotado para a propositura da mesma. Coube assim ao STF se posicionar quanto ao tema editando tal entendimento através da Súmula 149. Este histórico moroso da regulamentação de tão importante instituto sucessório prova tamanha a dificuldade que possui o legislador em abordar todos os meandros das relações sucessórias. Ainda que sejam propostas alterações legislativas as omissões necessitam ser apreciadas e corrigidas pelo Supremo Tribunal Federal, fato este que gera entendimentos doutrinários e discussões que certamente aprimoram a legislação e sua aplicação.

Palavras-chave: petição; sucessão; prescrição; herança.

The Principle of Insignificance in Military Justice

Abstract: Chapter VII of Book V, composed of articles 1824 to 1828, was added to the current Civil Code as a way of filling the gap in the repealed legislation, the

¹ Discente da Faculdade Minas Gerais – Famig. E-mail: pri.limos@gmail.com

² Doutora em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu da PUC Minas. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Coordenadora do Núcleo de Práticas da Faculdade Minas Gerais (FAMIG) e Professora de cursos de Graduação e Pós-Graduação. Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Newton Paiva. Graduada em Direito pela PUC Minas. Advogada. E-mail: robertasalvatico@yahoo.com.br

³ Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre pela Faculdade de Direito Milton Campos. Especialista pelo Centro Universitário Newton Paiva. Advogado e Professor da Faculdade Minas Gerais –Famig. passosmairink@gmail.com passosmairink@gmail.com

Brazilian Civil Code of 2002 expressly provided for the inheritance petition. Through this amendment, the legislator favored the recognition of the inheritance right of the deprived heir and, consequently, the restitution of the inheritance, in whole or in part, of whoever has it as an heir or without title. However, despite this important change in the Codex, the legislator was silent as to the statute of limitations to be adopted for proposing it. Thus, it was up to the STF to position itself on the subject, editing such an understanding through Precedent 149. This lengthy history of the regulation of such an important succession institute proves the difficulty that the legislator has in addressing all the intricacies of succession relationships. Even if legislative changes are proposed, the omissions need to be analyzed and corrected by the Federal Supreme Court, a fact that generates doctrinal understandings and discussions that certainly improve the legislation and its application.

Keywords: petition; succession; prescription; heritage.

1 INTRODUÇÃO

Com a edição da Carta Constitucional de 1988 o princípio da Dignidade da Pessoa Humana instituiu que todos são iguais perante a lei. Este enfoque repercutiu diretamente no direito de família exigindo assim mudanças e ajustes com esta nova filosofia.

Portanto, mostra-se relevante analisar os entendimentos dos doutrinadores quanto ao prazo prescricional da petição de herança em relação ao filho não reconhecido.

Prevista no Código Civil de 2002 em seus artigos 1.824 e 1828, a petição de herança é instituto que visa assegurar que em casos em que a herança tenha sido transmitida a sucessor indevidamente ou a herdeiro preterido, o direito de restituição do que lhe cabe, por meio da petição ora mencionada.

Contudo, o instituto é fruto de inúmeros debates acerca, sobretudo, do seu prazo prescricional. Conquanto o legislador manteve-se inerte quanto a existência de prazo para a propositura da ação, restou ao Supremo Tribunal Federal a missão de se posicionar acerca do tema.

Neste sentido, o presente trabalho visa analisar os diferentes posicionamentos acerca do instituto no que tange a matéria prescricional, considerando os diversos fundamentos que norteiam o tema, bem como as particularidades que colocam em voga a petição de herança como tema controverso na doutrina e jurisprudência.

Neste passo, tem-se como objetivo geral traçar a evolução no ordenamento jurídico brasileiro, para ao fim determinar qual a melhor abordagem frente o prazo prescricional da petição de herança.

Para atingir esses objetivos, opta-se pela pesquisa de caráter bibliográfico, com levantamento documental, por intermédio de análise de doutrinas e jurisprudência. O método de abordagem é o hipotético-dedutivo, pois inicia-se pela percepção de uma lacuna no ordenamento acerca da qual formula-se uma hipótese pela inferência de aplicações particulares de lei geral e o método de procedimento é o comparativo, porque evidencia semelhanças e oposições sobre o assunto.

Para tanto veremos no primeiro capítulo o conceito e a evolução histórica de sucessões e da petição de herança.

No segundo capítulo será apresentado sobre institutos do Direito Civil, mais precisamente sobre conceito e diferenciação de prescrição e decadência. Também teremos o foco na prescrição da petição de herança e o prazo para propor essa ação.

Em seguida, no terceiro capítulo, tratar-se-à dos direitos do filho não reconhecido, perpassando pela ação de investigação de paternidade e direitos fundamentais e finalizando com a importância da investigação de paternidade no direito sucessório.

No quarto capítulo, estarão dispostos os entendimentos doutrinários dos doutrinadores mais reconhecidos na atualidade sobre o tema e o que diz a jurisprudência, além da posição do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, apresentam-se as considerações finais da pesquisa.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DE SUCESSÕES E DA PETIÇÃO DE HERANÇA

Para conceituar a evolução histórica de sucessões e da petição de herança necessário se faz revisitar conceitos de doutrinadores colaboradores pela evolução desta disciplina.

O direito das sucessões como um ramo do direito civil disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores,

quando este falece. Também são disciplinados os efeitos de suas disposições de última vontade. Materialmente, quando uma pessoa morre deixa duas coisas quais sejam seu corpo e sua herança (LÔBO, 2016, p. 12).

Entende-se que este legado, necessariamente deverá ser disciplinado pelo direito, sendo o direito civil responsável por viabilizar a harmonia das relações e obrigações decorrentes deste fato jurídico.

O direito das sucessões é entendido por Gilisse, como “o conjunto de regras relativas à transmissão do patrimônio de uma pessoa morta a uma ou mais pessoas vivas, seus herdeiros” (GILISSEN, 2001, p. 673).

O direito das sucessões surgiu a partir de uma necessidade humana com foco na harmonização das relações sociais, assim:

Os povos primitivos, em todos os continentes da Terra, não conheceram e não praticaram o direito das sucessões. Até aos primeiros rudimentos de civilização urbana, a eventualidade de herança esbarrava na concepção comunitária de família e de propriedade. A morte de qualquer membro do grupo (tribo, clã, família) gerava a imediata transmissão do que lhe tocava, como parte ideal, aos demais. Em alguns povos, os bens (objetos) de uso pessoal, como vestes de guerra, armas ou adornos, ou até mesmo animais, eram enterrados juntamente com a pessoa morta (LÔBO, 2016, p. 16).

Pensa-se que a necessidade de se preservar uma memória e a otimização da escassez de recursos parecem ter sido cruciais para o desenvolvimento deste importante ramo do direito civil.

No Brasil, o direito das sucessões, sofreu a influência portuguesa com suas vicissitudes acerca da propriedade. Tal influência vigorou no Brasil até o Código Civil de 1916. Tratava-se de uma confusa agregação das diretrizes do direito romano, além de usos e costumes centenários dos povos antigos que habitaram a península Ibérica, de direito canônico e de normas e leis editadas pelo Estado (LÔBO, 2016, p.17).

Entende-se que assim como em outras áreas, o direito brasileiro também trouxe consigo as memórias e costumes dos povos que formavam uma nova sociedade e exigiam um regramento singular.

De acordo com Tartuce “a palavra sucessão significa transmissão, o que pode decorrer de ato inter vivos ou mortis causa” (TARTUCE, 2017, p. 15).

Na visão de Coelho (2012), sobre a transmissão causa mortis, o direito das sucessões visa a disciplinar a destinação do patrimônio da pessoa física após sua morte. Em outras palavras, contempla as normas norteadoras na superação de conflitos de interesses que envolvem a destinação do patrimônio de pessoa falecida. Trata-se, pois, da transmissão causa mortis (COELHO, 2012, p. 494).

Isso significa que o direito das sucessões se incumbe de um dos meios de transmissão de patrimônio da pessoa física. De maneira tal que:

Como o patrimônio não pode ficar sem titular, morrendo esse, deve ser imediatamente transferido para outras pessoas. Por esse ângulo de abordagem, o direito das sucessões parece aproximar-se do direito das coisas. Esses dois ramos do direito civil tratam de conflitos de interesses que gravitam em torno de bens. Mas essa não é a única forma de abordar o direito das sucessões. E talvez não seja sequer a forma mais apropriada. Quando se presta atenção aos sujeitos para os quais são transmitidos os bens, esse ramo jurídico aproxima-se de outro capítulo do direito civil, o de família. Como regra, a morte da pessoa física importa a transferência de seus bens para familiares. Destaca-se, nessa abordagem, o caráter assistencial do direito das sucessões. Se para o morto não têm mais nenhuma serventia os bens que amealhou, eles são ainda úteis aos seus familiares (alguns dos quais eram dele dependentes ou haviam contribuído para a construção do patrimônio) (COELHO, 2012, p. 494).

Trata-se, pois, de um ramo do direito que surge como forma de preservar o patrimônio familiar e desta maneira regula possíveis conflitos quanto aos interesses dos membros de uma família que de uma forma ou de outra contribuíram para sua aquisição ou divide direitos e deveres sobre este esforço comum.

Com o passar do tempo, a sucessão e a herança sofreram um processo de transformação se afastando da religião e assumiu o caráter patrimonial com aspectos exclusivamente econômicos. Tratou de trabalhar a transferência do conjunto de bens, direitos e deveres deixados pela pessoa falecida aos seus respectivos herdeiros (TOALDO; DENARDINI PEREIRA, 2009).

Feitas tais considerações, segue-se a conceituação da petição de herança e sua evolução.

No último século, o ordenamento jurídico brasileiro passou por grande transformação no que se refere à legitimidade dos filhos nascidos fora da constância do casamento.

Coelho (2012) define assim a petição de herança, “a petição de herança é a ação judicial que o verdadeiro herdeiro pode mover contra o aparente ou o possuidor, para ver respeitados seus direitos sucessórios’ (COELHO, 2012, p. 545).

Trata-se de um instrumento do qual se valerá o herdeiro que tenha seus direitos violados sucessórios violados ou negligenciados.

A petição de herança é o exercício da pretensão de um ou de vários herdeiros contra quem possua toda a herança ou bens, valores e direitos que devem compor a herança, com o fito de incorporá-los a esta e partilhá-los entre os sucessores legitimados do *de cuius*. Tem por finalidade o reconhecimento da qualidade sucessória e a consequente restituição de todos os bens ou de parte deles, contra quem os possua na condição de herdeiro ou por outro título (LÔBO, 2016, p. 287).

Identifica-se que a qualidade sucessória poderá ser proposta tanto de forma individual quanto em grupo daqueles herdeiros legitimados a incorporar o elenco de sucessores legítimos do *de cuius*.

Estudos revelam que o Código Civil de 1916 da petição de herança não tratou, vejamos:

A práxis incumbiu-se de consagrá-la, por ser caminho imperioso nas circunstâncias que a envolvem. O Código Civil de 2002 deu-lhe normatização destacada, inserindo-a na sucessão em geral. Contudo, seu lugar adequado é ao lado do inventário, porque não diz respeito aos modos de aquisição do direito à sucessão legítima ou testamentária, mas aos meios de identificação e vindicação em relação a quem indevidamente possua ou detenha bens, direitos e valores da herança, os quais, por força da *saisine*, já foram adquiridos pelos herdeiros desde a abertura da sucessão (LÔBO, 2016, p. 287).

Com o mesmo entendimento, Venosa (2013), declara que no revogado Código Civil de 1916 a referida ação também não estava expressamente disposta, tendo sido “relegada, no passado, a princípios gerais e esparsos” (VENOSA, 2013, p. 111).

Diante das observações dos doutrinadores acima referenciados é possível perceber-se, que o direito sucessório encontra-se em franca evolução ante as novas demandas sociais.

Por outro lado, de acordo com Neves (2009), a Petição de Herança já existia no antigo Direito Romano:

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

Conclui-se que, com a natural evolução do Direito, o direito sucessório adquiriu contornos mais bem definidos. Este reconhecimento foi reforçado depois da promulgação da atual Carta Magna brasileira e alcançou o status de Direito fundamental. Tal fato reforça o entendimento ser o direito uma ciência que acompanha as reivindicações sociais, ainda que para isto demande tempo.

2.1 A Constituição de 1988 e a petição de herança

Ainda que exista desde o Direito Romano, atualmente, a petição de herança está presente em praticamente todas as sociedades juridicamente organizadas. Seguindo a mesma linha de evolução a atual legislação brasileira confere à ela um direito fundamental constitucionalmente garantido, com status de Cláusula Pétrea no artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988, que diz ser garantido o direito de herança.

Bulos declara que “o Direito de herança está presente em praticamente todas as sociedades juridicamente organizadas. Países como “Itália, China, Alemanha, Espanha e Portugal” (BULOS, 2012, p. 619).

Não é por demais frisar ser um instituto utilizado por sociedades já consagradas como desenvolvidas.

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

Ressalta-se que coube ao Código Civil o regramento da matéria de forma a assegurar aos sucessores o acesso a este direito.

Uma vez que é garantido o direito de herança pelo próprio texto constitucional, o direito dos companheiros tanto a alimentos e sucessões. Tais garantias encontram-se normatizadas pela Lei 8.971 de 1994, amparando inclusive os companheiros mesmo que a união não tenha se submetido a qualquer registro oficial desde que o sobrevivente tenha colaborado para na aquisição dos bens, este fará jus à meação.

Assim sendo, conclui-se que não há como não se reconhecer a petição de herança como um instrumento plenamente amparado pela legislação brasileira.

2.2 Natureza jurídica da Petição de herança

No que tange à natureza da Ação de petição de herança, se faz necessário frisar a existência de alguns entendimentos doutrinários divergentes.

Predomina-se o entendimento de que a Petição de herança é uma ação de natureza real, “quer se postule toda a herança, quer se postule parte dela” (VENOSA, 2013, p. 110).

As colocações de Assis (2012), evidenciam que, como o objeto da ação de petição de herança, depois do devido reconhecimento da qualidade de herdeiro ao postulante, é a restituição do domínio dos bens da herança. Para ele a propriedade é um direito real (art. 1.225, inciso I, do Código Civil) e é daí que decorre a natureza de ação real da ação de petição de herança (ASSIS, 2012, p. 12).

O mesmo autor ainda reforça que “por outro lado, o direito à sucessão aberta é direito imobiliário, para os efeitos legais. É o que se contém, expressamente, no art. 80, inciso II, do Código Civil. Daí a doutrina proclamar, em expressiva maioria, que a ação de petição de herança é ação real e, também, imobiliária” (ASSIS, 2012, p. 12).

Entende-se que, sendo a propriedade um direito real caberá o direito ao herdeiro legitimado postular em juízo através da petição de herança.

Por outro lado, importante ressaltar existência dos defensores que se amparam na tese de que a ação tem natureza universal, “eis que o autor não pretende a devolução

de coisas destacadas, mas sim do patrimônio hereditário por inteiro” (DIAS, 2013, p. 629).

Estudos apontam que trata-se de ação de natureza real, universal e condenatória:

É uma ação de natureza real universal, posto que o autor busca o reconhecimento de sua condição de herdeiro e almeja ainda a entrega dos bens da herança no todo ou em parte com os seus acessórios e rendimentos desde a morte do de cujus.

É de natureza real, pois abrange interesse na obtenção de herança, visto que o art. 80, II, do Código Civil, reconhece imóvel, para os efeitos legais. Essencial registrar, que o direito demandado pelo herdeiro é, destarte, erga omnes, pois não busca determinado bem, mas a universalidade, da qual será tirado seu quinhão.

Tem ainda, natureza condenatória e deverá ser ajuizada no mesmo foro do inventário e poderá ser cumulada com outra, por exemplo, investigação de paternidade ou declaratória da condição de convivente (ALMEIDA, 2010).

Identifica-se que o reconhecimento de uma ação de natureza real universal não afasta sua condição de herdeiro.

Discussões à parte, as divergências da natureza da ação ainda que encontre defensores que se opõem, de qualquer modo não altera o fim proposto, qual seja, o direito à meação assegurado no próprio texto constitucional.

2.3 Legitimidade ativa e passiva

O termo legitimidade conforme definição semântica trata-se de um estado ou qualidade daquilo que é legítimo. Juridicamente a legitimidade se refere àquilo que se encontra em conformidade com a Lei, ao Direito e à legalidade.

Por legitimidade ativa entende-se ser o direito de reivindicar de buscar já a passiva confere ao legitimado o reconhecimento da obrigação de cumprir, ou seja, aquele que assume a posição de réu na lide.

De acordo com entendimento de Assis, “o herdeiro universal, legítimo ou testamentário, é a parte que detém legitimidade ativa para a propositura da ação de petição de herança”. O autor ainda acrescenta que “a legitimidade ativa estende-se

aos sub-rogados nos direitos do sucessor a título universal e, nos casos de herança jacente, ao Município ou ao Distrito Federal, se a herança estiver localizada em território daquele ou deste” (ASSIS, 2012, p. 16).

Constata-se no entendimento de Cartaxo, sobre a legitimidade ativa para propor a ação:

É legitimado o herdeiro legítimo ou testamentário que tenha sido preterido em situações tais como: desconhecimento de quem era herdeiro; alguém apossou-se ilegalmente da herança; parentes mais afastados recolheram a herança deixada pelo *de cujus* em detrimento de herdeiro mais próximo, com violação da ordem de vocação hereditária; a herança foi recolhida por herdeiros legítimos e, posteriormente, apareceu testamento em que outra pessoa, também, é instituída herdeira; a herança foi recolhida por herdeiro testamentário, sendo que o testamento, posteriormente, veio a ser declarado nulo ou foi anulado; a herança foi recolhida por quem dela fora excluído; a existência de filho do *de cujus*, não reconhecido, que postulou e obteve o reconhecimento via judicial; a existência de nascituro que se ignorava e que nasceu com vida (art. 2º, CC).

São, também, legitimados: o sucessor do herdeiro, o cessionário do herdeiro ou da herança, o herdeiro fideicomissário.

A ação compete ao titular único dos bens que compõem a herança, bem como ao co-herdeiro que busca a parte ideal.

O herdeiro pode demandar os bens da herança, mesmo em poder de terceiros, sem prejuízo da responsabilidade do possuidor originário pelo valor dos bens alienados. São eficientes as alienações feitas a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé (art. 1.827, CC).

Falece ao legatário legitimidade para a ação de petição de herança. Para haver a entrega do legado, logo a posse, vez que a sua posição de proprietário deriva de título de sucessor singular, dispõe o mesmo da ação de petição de legado, ou, ainda, da reivindicatória quando o legado é de coisa certa e ação pessoal quando é de gênero (CARTAXO).

Observa-se que, estão vocacionados a se tornar legítimos, os herdeiros de boa fé dos sucessores da herança do *de cujus*.

Segundo Pontes de Miranda também tem legitimidade ativa, “o síndico da falência do morto ou do herdeiro, o inventariante não dativo, o administrador do insolvente

civil, o curador da herança ou do herdeiro e o curador dos bens do ausente” (MIRANDA, 1999, p. 257).

Sendo o síndico da falência ou administrador da massa falida responsável do morto, assumirá este o posto de legítimo para defender os interesses dos herdeiros ou de seus administrados, poderá, pois, em nome deles reivindicar e postular possíveis direitos preteridos (MIRANDA, 1999, p. 257).

“Podem propor a ação de petição de herança, por exemplo, o filho não reconhecido pelo pai, o herdeiro testamentário excluído da sucessão, os parentes do de cujus excluídos por outros titulares, o inventariante, dentre outros” (ALMEIDA, 2010).

Observa-se que, ainda que não seja reconhecido publicamente pelo de *cujus*, tal fato não afasta do filho excluído a legitimidade de sucessor ao seu quinhão na herança.

Em relação à legitimidade passiva da relação processual, é o art. 1.824, do Código Civil, que trata de definir a passividade na ação de petição de herança. Esta deverá ser ajuizada em face daquele que esteja na posse da herança, tendo ou não qualidade de herdeiro. Também não importa que o possuidor o seja *pro herede* ou *pro possessore*, em antiga definição (ASSIS, 2012, p. 17).

Entende-se que terá assim legitimidade passiva na ação de petição de herança, todo aquele que estiver na posse da herança seja ele legítimo ou não.

Cartaxo esclarece que “a ação de petição de herança pode ser promovida em face de quem possua a herança a título de herdeiro (*pro herede*) ou que a possua sem título algum (*pro possessore*)” (CARTAXO).

Confirma-se assim certa unanimidade de entendimento doutrinário quanto à legitimidade passiva.

A segunda parte do art. 1.824 é clara: A ação pode ser proposta contra aquele que, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem justo título (herdeiro aparente) a possua. Assim, professora Paulo Nader “para que alguém figure na ação como réu, não há de

estar, necessariamente, na posse direta dos bens hereditários, pois uma outra pessoa pode estar exercendo-a em seu nome” (NADER, 2013, p. 130).

Conclui-se que o leque de possíveis figurantes no pólo passivo da ação de petição de herança estará amplo de acordo com o entendimento doutrinário. Necessariamente aquele que exerce a posse do bem reivindicado, ainda que seja um representante ou administrador do bem emergirá como figurante no pólo passivo da ação de petição de herança.

3 INSTITUTOS DO DIREITO CIVIL

O Direito civil ou direito comum é o ramo do direito que rege as relações entre os particulares. Trata de disciplinar a vida das pessoas desde antes de sua concepção, quando permite que se contemple a prole eventual.

3.1 Conceito e diferenciação de prescrição e decadência

Do artigo 189 a 196, o Código Civil trata das disposições gerais sobre a prescrição extintiva. Já os prazos prescricionais são tratados no artigo 205 e os especiais são tratados no artigo 206. O instituto da prescrição faz-se necessária, para que haja tranquilidade na ordem jurídica, pela consolidação de todos os direitos.

O tempo influencia as relações jurídicas desde a concepção do ser humano e é o personagem principal do instituto da prescrição. Sua interferência é de suma importância. Isto porque existe interesse da sociedade em atribuir juridicidade às situações que se estendem no tempo (GONÇALVES, 2018, p. 252).

Observa-se que o tempo é o grande regente das relações jurídicas. Sua contagem é crucial nos processos judiciais sendo determinante para a caducidade dos direitos.

Já o Código Civil dispõe no art. 189 que “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206 (Código Civil) (VADE MECUM SARAIVA, 2019, p.145-146).

Nota-se que numa leitura atenta do artigo 189, fica clara a importância do tempo como o grande maestro das pretensões de reivindicação de qualquer direito. Seja qual for.

Bem discutido na literatura, Júnior dispõe em sua obra que “a prescrição faz extinguir o direito de uma pessoa a exigir de outra uma prestação (ação ou omissão), ou seja, provoca a extinção da pretensão, quando não exercida no prazo definido na lei” (JÚNIOR, 2018, p. 17).

Percebe-se neste entendimento doutrinário que, qualquer que seja o direito violado, o mesmo estará prescrito caso a exigência de tal direito não tenha sido objeto de uma lide dentro do prazo.

A prescrição é o encobrimento (ou extinção, na letra do art. 189 do Código Civil) da eficácia de determinada pretensão (perda do poder de efetivar o direito a uma prestação), por não ter sido exercitada no prazo legal (DIDIER JR., 2017, p. 484).

Comprova-se que ainda que lícito o direito o mesmo, encontra-se vinculado ao prazo prescricional para que se alcance segurança jurídica.

Contribuindo com o debate que persiste, é possível observar que para haver a prescrição é necessário:

- a) exista o direito material da parte a uma prestação a ser cumprida, a seu tempo, por meio de ação ou omissão do devedor;
- b) ocorra a violação desse direito material por parte do obrigado, configurando o inadimplemento da prestação devida;
- c) surja, então, a pretensão, como consequência da violação do direito subjetivo, isto é, nasça o poder de exigir a prestação pelas vias judiciais; e, finalmente,
- d) se verifique a inércia do titular da pretensão em fazê-la exercitar durante o prazo extintivo fixado em lei (JÚNIOR, 2018, p. 19).

Deste modo, mostra-se que a inércia do titular do direito estará vinculada ao prazo prescricional. Por isso, o desinteresse do titular em pleiteá-lo será fator determinante para que o tempo elimine de vez qualquer possibilidade de reacender a demanda.

O art. 189 determina como ponto de partida para a contagem do prazo de prescrição o surgimento da pretensão provocado pela violação cometida contra o direito subjetivo do titular de uma obrigação. Entretanto, é importante frisar, que a pretensão, como poder de exigir o cumprimento de uma prestação, ainda pode

acontecer sem que o devedor tenha, de fato, violado o direito do credor (JÚNIOR, 2018, p. 19).

Qualquer que seja a circunstância, se a dívida vencida permanece sem resgate, deve-se ter o respectivo direito como violado, para efeitos prescricionais. A prescrição não se inspira na culpa, nem na má-fé. É figura puramente objetiva, formada à base do decurso do tempo e da inércia do credor, diante de uma pretensão já nascida. Não importa, pois, se o devedor teve ou não culpa pelo não pagamento da obrigação. A prescrição fluirá porque a obrigação é exigível e o credor permanece inerte no exercício da pretensão já nascida (JÚNIOR, 2018, p. 20).

Percebe-se que essa conjunção de fatores evidencia que a violação de um direito subjetivo faz nascer, para o respectivo titular, a pretensão, definido como o poder ou a faculdade de exigir de alguém uma prestação decorrente de ação ou omissão. A pretensão está atrelada a um prazo legal de exercício. Uma vez findo por mero desinteresse do credor, o mesmo estará prescrito.

Diante dessas informações ainda cabem os seguintes esclarecimentos:

Todo prazo tem um termo inicial (*a quo*) e tem um termo final (*ad quem*), ou seja, há sempre um momento para iniciar e outro para encerrar a contagem do tempo de duração. No caso da prescrição, o termo *a quo* é aquele em que nasce a pretensão e o final é aquele em que se completa o lapso temporal assinalado pela lei para o exercício da ação destinada a fazer atuar em juízo a pretensão. Há um prazo geral e vários prazos especiais, segundo o critério da lei, o que faz com que o termo final seja mais próximo ou mais longínquo para as diferentes pretensões. Uma vez que, para haver prescrição, a inércia do titular do direito afrontado é requisito necessário, somente se pode iniciar a contagem do prazo extintivo a partir do momento em que sua atividade contra a situação injurídica se tornou possível (e, não obstante, deixou de ser exercida) (JÚNIOR, 2018, p.30).

Vê-se, pois, que nesse entendimento é possível inferir que os prazos não estão sujeitos à mesma duração. Existem direitos sujeitos a prazos especiais a depender da demanda.

Ainda que ocorra uma inércia do titular do direito – também ato-fato lícito caducificante, não é suficiente para redundar à perda de direitos, faculdades ou poderes (materiais ou processuais), como a preclusão e a decadência. Tão somente estará sujeito ao encobrimento de sua eficácia, à neutralização da pretensão que

obsta o credor a obtenção da satisfação da prestação devida (DIDIER JR., 2017, p. 485).

Entende-se assim que é possível inferir que existe a necessidade de uma conjunção de fatores, ainda que o tempo seja determinante para orquestrar o prazo, o mesmo não possui o condão de por si só determinar a prescrição de um direito a ser pleiteado pelo credor.

A decadência “é a perda de um direito potestativo pelo seu não exercício, por prazo determinado em lei” (CASSETARI, 2018, p. 134).

Deste modo mostra-se que Direito potestativo é aquele ao qual não recai qualquer discussão. Trata-se assim de um direito incontroverso e por isto não admite sua contestação. Resta à outra parte apenas a alternativa de aceitá-lo.

Torrano, em seus ensinamentos, afirma que, o estado jurídico preexistente se torna hígido, pelo que não mais se submeterá à contestação. Desta forma, por si só, em consequência extingue a pretensão de vê-lo reconhecido, nulo ou anulado (TORRANO, 2007, p.80).

O autor supracitado ainda esclarece que “na decadência não há que se falar em violação de direito” (TORRANO, 2007, p. 80).

Verifica-se que, os diversos doutrinadores não divergem quanto à perda de um direito potestativo, não podendo o mesmo ser objeto de contestação do devedor.

Em se tratando da diferenciação entre prescrição e decadência, é possível encontrar em estudos que “é incontestável, porém, que as investigações doutrinárias, confirmadas pela grande maioria da jurisprudência, já conseguiram, pelo menos, chegar a uma conclusão: a de que os dois institutos se distinguem” (FILHO, p.01).

Da exposição feita acima entende-se facilmente que os institutos da prescrição e da decadência não se confundem.

O Professor citado anteriormente ainda relata apenas inexistir uma regra. Falta um critério seguro, com base científica, para se fundamentar tal distinção, que torne tornar possível identificar, a priori, os prazos prescricionais e os decadenciais.

Apesar de parecer simples esta dificuldade, não constitui empreendimento fácil (FILHO, p. 2).

Deste modo, mostra-se que, distintos os prazos prescricionais e decadenciais, a inexistência de bases seguras não possibilita separá-los. Assim, gera-se uma discussão no que se referem aos motivos que tornam a prescrição e a decadência os motivos para se determinar a perda de um direito.

De acordo com os relatos de Didier, a prescrição e a decadência ocorrem independentemente de haver ou não o processo, embora sejam ambas reconhecidas, na maioria das vezes, dentro de um processo e tenham suas finalidades os mesmos projetam-se também fora do processo. Eles visam à paz e à harmonia sociais, assim como preservam a segurança das relações jurídicas (DIDIER JR., 2017, p.484).

Contribuindo para o debate, Cassetari demonstra em sua doutrina quais são as diferenças de prescrição e decadência, vejamos:

Quadro 1 – Prescrição e decadência

PRESCRIÇÃO	DECADÊNCIA
Extingue a pretensão.	Extingue o direito potestativo.
A prescrição pode ser renunciada, expressa ou tacitamente, segundo o art. 191 do Código Civil, depois de se consumir, se não prejudicar terceiros.	É nula a renúncia à decadência fixada em lei, segundo o art. 209 do Código Civil. Como não há proibição legal expressa, é possível a renúncia da decadência convencional, principalmente por ser ela a prescrição transformada em decadência, por vontade das partes, e, como vimos, a prescrição pode ser renunciada.
Os prazos são estabelecidos em lei e não podem ser alterados por convenção das partes.	Os prazos são estabelecidos em lei (decadência legal) ou por convenção das partes (decadência convencional).
Deve ser declarada de ofício pelo juiz (art. 487, II, do CPC/2015).	A decadência legal pode ser declarada de ofício pelo juiz, já a decadência convencional não (segundo o art.211 do Código Civil), mas, como a decadência convencional é a prescrição transformada em decadência, entendemos que será possível, pois a prescrição pode ser alegada de ofício por força do art. 487, II, do CPC/2015, que, em nosso sentir, revogou a parte final do art. 211 do Código Civil.
O prazo pode ser suspenso, impedido ou interrompido.	Em regra não tem impedimento, suspensão ou interrupção dos prazos de decadência, salvo disposição em lei, como no caso dos absolutamente incapazes, em que o prazo não se inicia.

Fonte: CASSETARI, 2018, p. 135.

Entende-se que o doutrinador Cassetari (2018), mostra de forma clara, didática e compreensiva as diferenças entre os dois institutos, com suas peculiaridades, alcances e aplicabilidade e como a prescrição poderá se transformar em decadência.

Conclui-se por este raciocínio que, os dois institutos não se mostram estanques podendo inclusive ser extintas mediante a renúncia das partes.

3.2 Prescrição na petição de herança

No que se refere ao direito de herança ainda pairam dúvidas e controvérsias doutrinárias quanto à possibilidade de o mesmo estar sujeito à prescrição, senão vejamos.

No entendimento do civilista Carlos Roberto Gonçalves, muito já se discutiu a respeito da imprescritibilidade da *petitiohereditatis*. Uma parcela dos doutrinadores adere à opinião de que tal ação, em obediência aos princípios, seja imprescritível. Mesmo que tivesse natureza *real* não estaria sujeito à prescrição, assim como não prescreve a *ação de reivindicação*. Ainda que se tratasse de *ação pessoal*, também seria imprescritível, pois, destinada que é ao reconhecimento da *qualidade hereditária* de alguém, a mesma não se perde em função de seu não uso (GONÇALVES, 2018, p. 106).

Do mesmo modo é o entendimento de Hironaka:

A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semelheres, semperheres*), assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transmitida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e (...) isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção, coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação, que pode ser intentada a todo tempo (...) (HIRONAKA, 2003. p.196).

Por outro lado, apesar destes entendimentos, e outros de similar relevância, para o Supremo Tribunal Federal, a ação de petição de herança não é imprescritível. Para reforçar tal entendimento editou a Súmula 149, onde se lê: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança” (STF).

No que concerne à prescrição, o STF fixou entendimento na Súmula 149 de ser imprescritível a pretensão à investigação da

paternidade (ou maternidade), mas de ser prescritível a petição de herança. Assim é porque a investigação de paternidade qualifica-se como ação de estado, cuja pretensão é imprescritível por dizer com sua natureza personalíssima, enquanto a petição de herança tem natureza patrimonial. Como a lei não fixou prazo menor para o exercício da pretensão de petição de herança, sua prescrição é de dez anos, por força do Código Civil, art. 205. É problemático o termo inicial da prescrição, mas a herança é patrimônio que se adquire desde a abertura da sucessão, por força da *saisine*, não antes. Conseqüentemente, o início da prescrição somente pode ser a data da abertura da sucessão, independentemente da data do início da posse do possuidor (herdeiro ou terceiro). O direito brasileiro difere de outros sistemas jurídicos porque estabelece a transmissão automática no exato momento do falecimento do *de cujus*, sem necessidade de aceitação ou consentimento dos herdeiros beneficiários ou decisão de qualquer natureza. Essa já era a orientação consagrada no STF (RTJ 62/822) e no STJ (REsp 17556) (LÔBO, 2016, p.290).

Entende-se que o critério adotado para a adoção da prescrição de se pleitear herança no direito brasileiro, possui viés fortemente patrimonial. Até porque a transmissão do direito à herança se faz de maneira automática no momento do falecimento do *de cujus*.

Desta forma, Pereira dispõe que:

Juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela. O problema se esclarece com a distinção entre o *status* que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda outra pretensão exigível (*Anspruch*) prescreve. O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas, no sistema do atual Código Civil (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança depois de decorridos 10 anos da abertura da sucessão (petição de herança). Se o prazo, iniciado na vigência do Código de 1916, ainda fluía, quando da entrada em vigor do novo Código, incide o art. 2.028 deste último (PEREIRA, 2002, p. 68-69).

Comprova-se que há uma discrepância entre os prazos para reconhecimento do filho, que é imprescritível, com o prazo de 10 anos para exercer a pretensão à herança. Conta-se a prescrição, segundo o melhor entendimento, o dia em que se patentear o conflito de direitos. Isto porque é a partir deste exato momento que o possuidor se investe como sucessor universal.

Ora, não faz sentido algum a imprescritibilidade de reconhecimento do estado que é requisito básico para se habilitar à herança. Isto mostra o quanto o atual Código

Civil traz em seu bojo resquícios de uma legislação ultrapassada que carece ser revista.

3.3 Prazo para propor a ação

Neste item serão abordados os lapsos temporais prescricionais para a postulação da petição de herança.

Assim o termo inicial do lapso prescricional coincide com a data da abertura da sucessão. Este é o entendimento sedimentado do Supremo Tribunal Federal. Uma vez que é impossível postular acerca de herança de pessoa viva, somente após a morte do *de cuius*, há legitimação ativa para a sucessão, por parte de quem tiver de pleitear a herança (PORTO, 1966, p.09).

Observa-se a possibilidade de qualquer pretensão de possíveis sucessores pleitearem a herança de um vivo.

“Se a legitimação depender do prévio reconhecimento da paternidade, o *dies a quo* do prazo prescricional será a data em que o direito puder ser exercido, ou seja, o momento em que for reconhecida a paternidade, e não o da abertura da sucessão” (GONÇALVES, 2018, p. 107).

Constata-se que, o fato jurídico do reconhecimento da paternidade é o marco para que se inicie o prazo prescricional para se exercer o direito que se deriva de uma mudança de estado.

A petição de herança poderá ser ajuizada antes, durante ou até mesmo após o inventário. Porém sua interdependência com o inventário é clara. Caso seja exercida antes ou durante o inventário, os bens ou valores a este integrarão, se exercida depois de terminado o inventário, será necessário que se promova a sobrepartilha (LÔBO, 2016, p. 287).

Entende-se que a definição de sobrepartilha é, uma nova partilha dos bens que, por algum motivo, não foram partilhados no processo de inventário.

“Proposta a ação estando ainda em curso o inventário, a competência será a do juízo onde se processa o inventário (arts. 96 e 1.001, ambos do CPC)” (ASSIS, 2012, p. 22).

A respeito do prazo para a propositura dessa demanda, a citada e antiga Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”. O fundamento da prescrição é relacionado ao fato de a herança envolver direitos subjetivos de cunho patrimonial, que são submetidos a prazos prescricionais. Além disso, tem esteio na sempre alegada segurança jurídica, comumente associada à prescrição (TARTUCE, 2020).

Viu-se que estranhamente, em nome de uma segurança jurídica, o legítimo herdeiro, poderá, pela legislação brasileira, perder o direito à herança que lhe é assegurado constitucionalmente conforme o inciso XXX do artigo 5º da Constituição da República de 1988. Isto em função dos prazos prescricionais vigentes.

Observa-se que o entendimento sumulado é majoritário, para todos os fins, teóricos e práticos, inclusive na doutrina brasileira.

Percebe-se que no Código Civil de 2002, deve ser aplicado o prazo geral de dez anos, conforme prevê o art. 205. Exatamente na linha de entendimento, do Superior Tribunal de Justiça, onde se extrai este teor.

Demonstra-se que a controvérsia ainda não é pacificada. Alguns acórdãos superiores mais recentes trazem o julgamento de que o prazo deve se iniciar com o reconhecimento do vínculo parental em demanda própria, ou seja, a partir do trânsito em julgado da sentença na ação de investigação de paternidade (TARTUCE, 2020).

Trata-se de tema com difícil análise. Fato este que gera intensos debates, com fortes argumentos das duas correntes.

Por este motivo nota-se que a presente discussão apresenta sua relevância. Merecem prosperar outros debates que possam pacificar a controvérsia aqui trabalhada em busca de uma sociedade mais justa.

4 DOS DIREITOS DO FILHO NÃO RECONHECIDO

Ainda que o filho tenha sido havido fora da constância do casamento, tal fato, jamais poderá afastá-lo da condição de sucessor legítimo. Qualquer negativa neste sentido seria negar-lhe os direitos sucessórios que o filho reconhecido possui naturalmente.

Este é o entendimento doutrinário que pode ser observado como descreveremos adiante.

“Se o filho, havido fora do casamento do de cujus, não foi por ele reconhecido em vida, poderá fazê-lo cumulando a investigação judicial da paternidade com a petição de herança” (LÔBO, 2016, p. 287).

Situação análoga se evidencia no artigo 7º da Lei 8.560 de 1992 onde se lê; que “sempre que na sentença de primeiro grau reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”.

Nota-se, pois, a necessidade que se discuta tal direito em autos apartados, posto que o direito à herança seja considerado consequência natural do reconhecimento da condição de herdeiro legítimo.

A verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais de acordo com a exigência de tais desigualdades. Somente assim se alcança uma paridade entre os diferentes (BARBOSA, 1961, p. 27).

Observa-se que, não faria qualquer sentido algum entendimento em sentido contrário, posto não se alcançar a busca pela igualdade dos direitos.

Percebe-se que, o direito à herança como direito fundamental, assegura ao sucessor legítimo a dignidade capaz de garantir-lhe condições mínimas existenciais para que o mesmo desfrute de uma vida saudável.

Como bem preceitua o art. 227, § 6º, da CF/88, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (VADE MECUM SARAIVA, 2019, p. 63).

Na essência do mencionado artigo anterior, é possível perceber que o legislador, ainda que não tenha deixado claro e explicitado, observou o cerne do entendimento do que vem a ser a preservação da dignidade humana.

Assim sendo, o filho não reconhecido, tema central deste trabalho, tem direito de mover a ação de petição de herança, vejamos:

O filho havido fora do casamento, que não foi reconhecido pelo genitor, pode mover a ação de reconhecimento de paternidade enquanto viver (CC, art. 1.606). Se o fizer depois do falecimento do genitor — de modo mais preciso, depois da partilha —, demandará os sucessores aos quais tiver sido transmitida a herança. Evidentemente esse filho não participou da sucessão, porque ainda não tinha título de familiar sucessível a legitimar sua participação. Vindo a ser julgada procedente a ação de reconhecimento de paternidade, no entanto, poderá reivindicar dos sucessores sua quota hereditária (se os sucessores eram descendentes de primeiro grau, ou seus representantes, ou familiar concorrente) ou mesmo toda a herança (se os sucessores eram ascendentes ou colaterais do falecido). Essa reivindicação faz-se por petição de herança, que pode ser cumulada com a ação de reconhecimento de paternidade ou sucedê-la. Note-se, contudo, que é imprescritível a ação de reconhecimento, mas não a petição de herança (Súmula 149 do STF); a pretensão relativamente a essa última prescreve em 10 anos, contados da abertura da sucessão (art. 205) (COELHO, 2012, p. 546).

Tal entendimento no que se refere ao prazo prescricional para se peticionar a herança sugere que os efeitos patrimoniais do reconhecimento não estão vinculados à condição do reconhecimento da paternidade.

Percebe-se ainda que, tal direito decorra do reconhecimento da paternidade, a não vinculação de um direito ao outro se faz em nome da segurança jurídica. Portanto, os efeitos patrimoniais são, claramente, mais restritivos no direito brasileiro.

Assim sendo, “filho é filho, não importando como se deu sua concepção, se dentro ou fora do casamento, possuindo todos os direitos concernentes à filiação” (NASCIMENTO; MELO, 2015, p.26).

Com efeito, percebe-se que as novas tecnologias desenvolvidas pela engenharia genética e pela medicina no que se refere aos métodos de concepção tendem a acalorar a discussão no direito sucessório com a necessária revisão dos prazos para se peticionar direito à herança.

Como bem esclarece Flávio Tartuce, a ação de petição de herança é cumulada com uma ação de investigação de paternidade quando um filho não reconhecido pretende seu reconhecimento posterior na inclusão de herança (TARTUCE, 2017, p. 78).

Demonstra-se que este posicionamento doutrinário já sugere um novo entendimento para os prazos prescricionais quanto à investigação da paternidade e ao direito sucessório.

Pela atual legislação brasileira, desapareceu qualquer forma de discriminação dos filhos. Para Madaleno, inexistem divergências sobre os efeitos jurídicos isonômicos dos filhos, havidos ou não do casamento, quer seja por adoção e que terão os mesmos direitos e qualificações (MADALENO).

Conclui-se que, não havendo qualquer discriminação entre filhos, sejam eles havidos ou não na constância do casamento, qualquer imposição de regras e prazos para a reivindicação dos direitos decorrentes da condição filial, configura sinal de retrocesso para uma sociedade que já assimilou a dignidade humana como direito fundamental.

4.1 Da ação de investigação e paternidade e os direitos fundamentais

A ação de Investigação de Paternidade é o instrumento judicial pelo qual, o filho havido fora do casamento e não reconhecido voluntariamente, dispõe para que tenha sua perfiliação reconhecida.

Observa-se novamente que a própria Carta Constitucional, em seu artigo 227, §6º estabelece que os filhos havidos ou não de relação do casamento, ou ainda por adoção, terão tratamento isonômico de direitos e qualificações. Assim estão proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BIONI, 2016).

Em razão disto, comprova-se que, o direito ao conhecimento da origem genética pode ser enquadrado como um direito da personalidade. Conhecer a sua origem é parte deste direito fundamental.

Contribuindo modestamente com o debate, Arnaldo Wald (2005) esclarece que:

Só se admite a investigação de paternidade ou maternidade pelo filho cujo termo de nascimento não tenha indicação de quem seja o pai ou mãe, ou cujo registro tenha sido previamente anulado, pois ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta do registro do nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro (art. 1.604 do CC de 2002) (WALD, 2005, p.256).

Entende-se que, possui legitimidade ativa para o ajuizamento de tal ação, o próprio filho. Trata-se de direito privativo do filho, por ser um direito personalíssimo. Entretanto, o Ministério Público como um órgão de múltiplas funções é apto a defender também interesses sociais e individuais indisponíveis. Assim pode ingressar com ação de investigação de paternidade.

O reconhecimento do filho havido fora do casamento ocorre de forma voluntária (espontâneo) por procedimento de averiguação oficiosa, ou judicial (coercitivo ou forçado), que será realizado por meio de ação de investigação de paternidade. O ato sempre será declaratório, haja vista declarará uma realidade fática, em que no mundo jurídico causará consequências (NASCIMENTO; MELO, 2015, p.27).

Não havendo o reconhecimento espontâneo da paternidade, o mesmo se dará por força judicial.

A ação de investigação de paternidade decorre de uma relação do direito de família, em que se busca tutelar o reconhecimento do estado de filiação, na qual conforme análise do caso concreto, se estabelecerá por força de um elo biológico, ou socioafetivo, determinada a paternidade por decisão judicial com todos seus efeitos pessoais (registro civil, e sobrenome do pai), e patrimoniais (direito à herança, e aos alimentos), sendo, portanto esta demanda imprescritível e inalienável (NASCIMENTO; MELO, 2015, p.53).

Uma vez que todo ser humano é portador de direitos e garantias individuais, o direito à paternidade, que atualmente é viável à qualquer momento. Ainda que para tal exija ação investigatória, independente se durante o casamento ou não.

Por conseguinte, Sarlet esclarece que:

[...] tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2009, p. 27).

Em consonância aos direitos fundamentais, Maria Berenice Dias dispõe que” o direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana” (Dias, 2007, p. 441).

Conclui-se que, o reconhecimento da paternidade deve ser entendido como um direito capaz de garantir o mínimo de dignidade a qualquer indivíduo.

4. 2 A importância da investigação de paternidade no direito sucessório

A paternidade é sem dúvida alguma o requisito principal para se pleitear qualquer direito sucessório. A investigação da paternidade é sem dúvida o meio que garante ao sucessor alcançar suas pretensões naturais na linha sucessória.

Quando não for reconhecido por seu genitor de forma voluntária, caberá ao filho o direito de ingressar com Ação de Investigação de Paternidade no Judiciário, contra o suposto genitor, que pretenda ter sua pretensão declarada quanto à relação de parentesco. Então, o reconhecimento forçado ou judicial é decorrente de sentença da ação de investigação de paternidade que será submetida ao procedimento comum ordinário (NASCIMENTO; MELO, 2015, p.38).

Observa-se que, o reconhecimento por parte do genitor nem sempre ocorre de maneira voluntária. Por vezes a investigação se dará de maneira forçada seja decorrente da legitimidade do próprio interessado que busca no judiciário tal reconhecimento, seja por intermédio do Ministério Público.

Caso o filho venha falecer antes de iniciá-la, seus herdeiros e sucessores ficarão para o ajuizamento, salvo se 'ele morrer menor e incapaz' (CC art. 1.606). Uma vez iniciada, têm ele legitimação para 'continuá-la, salvo se julgado extinto o processo' (art. 1.606, parágrafo único) (VADE MECUM SARAIVA, 2019, p. 224).

Comprova-se que, de maneira geral, não pode negar que existe uma preocupação legal com relação ao direito dos filhos em ter a paternidade reconhecida e protegida, fato este que, confere a qualquer cidadão direito ao princípio fundamental da dignidade humana.

A petição de herança é uma garantia também formalizada pelo Código Civil. Ao redigir o texto legislativo acerca da herança o legislador foi atento e dedicou o capítulo VII do livro V para tratar especialmente da petição de herança.

Observa-se que, alguns contornos da situação do herdeiro não reconhecido foram pouco aprofundados, porém sua essência foi mantida e deve ser entendida numa leitura atenciosa do artigo 1824 do CC.

Art 1824.0 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 possui (VADE MECUM SARAIVA, 2019, p. 235).

Por outro lado, o entendimento do STF na Súmula 149, ainda que reconheça como imprescritível a ação de paternidade, estranhamente afirma ser prescritível um direito decorrente do fato jurídico originário de tal direito, onde se lê: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não a de petição de herança” (STF).

Conclui-se que, sendo a paternidade o fato jurídico originário e necessário para legitimar o postulante a pleitear o direito à propositura da ação, é incoerente colocar prazos diferenciados para que se proponha uma e outra ação. Oportuno, pois, que se mantenha a discussão acerca da prescrição da petição de herança.

5 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

O entendimento sumulado é majoritário, para todos os fins, inclusive na doutrina brasileira, motivo este que enseja sua exposição.

Há doutrinadores que defendem a imprescritibilidade da petição de herança, outros defendem conforme súmula e entendimento que ela prescreve, acarretando conforme se analisa diferentes conclusões que afetam como é tratado o instituto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o entendimento doutrinário de Paulo Lôbo (2016), sobre o prazo prescricional da petição de herança, observa-se:

A investigação de paternidade qualifica-se como ação de estado, cuja pretensão é imprescritível por dizer com sua natureza personalíssima, enquanto a petição de herança tem natureza patrimonial. Como a lei não fixou prazo menor para o exercício da pretensão de petição de herança, sua prescrição é de dez anos, por força do Código Civil, art. 205. É problemático o termo inicial da prescrição, mas a herança é patrimônio que se adquire desde a

abertura da sucessão, por força da *saisine*, não antes. Consequentemente, o início da prescrição somente pode ser a data da abertura da sucessão, independentemente da data do início da posse do possuidor (herdeiro ou terceiro). O direito brasileiro difere de outros sistemas jurídicos porque estabelece a transmissão automática no exato momento do falecimento do *de cujus*, sem necessidade de aceitação ou consentimento dos herdeiros beneficiários ou decisão de qualquer natureza. Essa já era a orientação consagrada no STF (RTJ 62/822) e no STJ (REsp 17556). São, portanto, duas ações, ainda que possam ser cumuladas, uma imprescritível e outra prescritível, justamente por sua natureza eminentemente patrimonial. A lei confere o prazo largo de dez anos para que o herdeiro exerça sua pretensão (LÔBO, 2016, p. 290-291).

Constata-se que a natureza diferenciada dada à investigação de paternidade entendida como personalíssima e da petição de herança como patrimonial torna-se um grande problema no que tange aos prazos prescricionais diferenciados à natureza dos direitos.

Ora, sendo um fato jurídico dependente de outro a natureza diferenciada de um e outro é um critério um tanto quanto problemático para o direito brasileiro.

Nesta linha de raciocínio, Flávio Tartuce (2017), esclarece em sua doutrina que:

Entende-se desde os tempos remotos que o prazo tem início da abertura da sucessão, como regra, que se dá pela morte (STF, RE 741.00/SE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eloy da Rocha, j. 03.10.1973, DJU 02.01.1974). Todavia, a questão não é pacífica, pois alguns arestos mais recentes trazem o julgamento de que o prazo deve ter início do reconhecimento do vínculo parental, o que parece ser mais justo (TARTUCE, 2017, p. 81).

Na mesma esteira é o posicionamento jurisprudencial, merecendo colação o seguinte trecho de acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

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 inócua qualquer ato que denote a má-fé processual da parte” (TJMG, Apelação Cível 1.0151.02.004911-1/0011, 3.^a Câmara Cível, Cássia, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 02.10.2008, *DJEMG* 18.11.2008) (TARTUCE, 2017, p. 81-82).

Não há, pois como taxar de má-fé um direito que decorre de fato jurídico essencial para que outro direito possa ser pleiteado, ainda que possuam naturezas originárias distintas, ou seja, o fato jurídico exigível para se pleitear um direito tenha natureza personalíssima e o direito decorrente deste tenha cunho patrimonial.

De forma diferente define Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semeiheressemperheres*), assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, como se viu, isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção, coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação, que pode ser intentada a todo tempo, como já se afirmou (HIRONAKA, 2003, p. 202).

Observa-se que, o entendimento doutrinário supramencionado, parece ser o mais lógico e quebra com raciocínio contrário que atrela os prazos prescricionais à natureza jurídica dos direitos.

Reproduzindo o entendimento de Flávio Tartuce (2017, p.82) “de nada adianta o reconhecimento do vínculo parental se, ao final, não ocorrer a inclusão patrimonial do herdeiro que, em caso de ser filho havido fora do casamento, ainda será tido como um excluído”.

Entende-se que, a incoerência da exigência de vínculo parental se a inclusão do herdeiro não dê de forma automática. Ainda que tenha sido havido alheio à relação do casamento o filho jamais poderá ser excluído como herdeiro.

Conclui-se que de tais entendimentos é perceptível a preocupação doutrinária para que se quebre de vez com o paradigma de atrelar prazos prescricionais

diferenciados quando a natureza jurídica de um fato que é fator determinante de uma condição de capacitação ao pleiteante de determinado direito.

5.1 A posição do STJ

Inicialmente, observa-se que o entendimento deixou lacunas que se fazem presente em diversos questionamentos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tendo aqueles que atestam que o instituto é imprescritível, diferente do entendimento do Tribunal, quanto aqueles que fazem coro ao que foi decidido.

No que concerne à prescrição, o STF fixou entendimento na Súmula 149 de ser imprescritível a pretensão à investigação da paternidade (ou maternidade), mas de ser prescritível a petição de herança. Assim é porque a investigação de paternidade qualifica-se como ação de estado, cuja pretensão é imprescritível por dizer com sua natureza personalíssima, enquanto a petição de herança tem natureza patrimonial. Como a lei não fixou prazo menor para o exercício da pretensão de petição de herança, sua prescrição é de dez anos, por força do Código Civil, art. 205. É problemático o termo inicial da prescrição, mas a herança é patrimônio que se adquire desde a abertura da sucessão, por força da *saisine*, não antes. Consequentemente, o início da prescrição somente pode ser a data da abertura da sucessão, independentemente da data do início da posse do possuidor (herdeiro ou terceiro). O direito brasileiro difere de outros sistemas jurídicos porque estabelece a transmissão automática no exato momento do falecimento do *de cuius*, sem necessidade de aceitação ou consentimento dos herdeiros beneficiários ou decisão de qualquer natureza. Essa já era a orientação consagrada no STF (RTJ 62/822) e no STJ (REsp 17556) (LÔBO, 2016, p. 290).

Percebe-se que o maior debate que se instaura quanto ao tema diz respeito ao seu termo inicial de prescrição. Enquanto a regra geral esculpida no artigo 205 do Código Civil condiciona seu prazo prescricional em 10 anos, não há menção de quando ocorre o início de sua contagem.

Observa-se que tal fato aliado a inúmeros fatores próprios do direito de família, qual seja o reconhecimento de paternidade ou o reconhecimento união estável, coloca os juristas e operadores de direito em um verdadeiro imbróglio jurídico. Se a situação não depender de uma situação prévia que necessite de ação, alguns autores defendem que o termo inicial irá começar a contar a partir da abertura da sucessão ou da partilha dos bens.

Constata-se que, por mais que o entendimento do STJ vise salvaguardar injustas partilhas em que herdeiro fora excluído, é inegável que abre a possibilidade alongamento jurisdicional e insegurança jurídica daqueles que compõe a sucessão, o que para o Estado de Direito se considera como afronta aos seus princípios constitucionais.

Soma-se que é notório o descompasso existente entre a aplicabilidade prática dos direitos do filho não reconhecido com os princípios constitucionais norteadores da filosofia trazida no bojo principiológico da atual Carta Constitucional da República.

Conclui-se que a resistência na aplicabilidade deste entendimento encontra justificativas frágeis na famigerada segurança jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A previsão Constitucional de igualdade entre todos os filhos rompe-se com qualquer privilégio no campo filiatório. Isto significa dizer que não poderá ser aceito quaisquer tratamentos diferenciados ao filho originado da relação extra matrimonial, ou de qualquer origem, desta forma, fica extinta qualquer limitação à determinação de filiação em qualquer tipo de relação.

Observou-se que sendo considerado legítimo, o herdeiro possui os mesmos direitos hereditários que os demais. Considerando que o reconhecimento pode acontecer após o falecimento do suposto pai, poderá o filho não reconhecido, ingressar com ação de investigação de paternidade para ter sua condição de filho reconhecida. Por consequência sua qualidade de herdeiro se consubstanciará.

Notou-se que é pouco racional atrelar a natureza fática jurídica como determinante de prazo prescricional de direitos. Ainda que possuam características diversas fica impossível pensar o direito pelo viés preponderantemente patrimonial.

Contatou-se que tal raciocínio aprisiona o legislador a valores antigos que não mais são aceitos dentro dos fundamentos revolucionários preconizados pela atual Carta Constitucional redigida para assegurar igualdade de direitos a todo cidadão brasileiro.

Em virtude do que foi mencionado, destaca-se que o aprisionamento a valores e princípios não mais aceitos pela sociedade funcionam como entrave para aplicabilidade da igualdade de direitos àquele que, não sendo reconhecido como filho do *de cuius* tenha o privilégio de tratamento igualitário aos demais herdeiros. Não bastasse uma rotulação discriminatória o mesmo ainda encontra outras dificuldades dentro da própria legislação que tem por finalidade minimizar os impactos discriminatórios entre os iguais.

Por todos esses aspectos, conclui-se que, uma vez que a Ação de Petição de Herança é simultaneamente um direito real e pessoal, ela seria imprescritível. Isto porque possui a característica de se perpetuar durante a vida do sucessor. Por conclusão, o mais viável é o entendimento de que imprescritível teria que ser o reconhecimento da qualidade de herdar.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Elizangela Santos de. Aspectos gerais da ação de petição de herança. Disponível em:

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/20036/aspectos-gerais-da-acao-de-peticao-de-heranca>. Acesso em: 01 set. 2020.

AMORIM FILHO, Ângelo. Critério científico para distinguir a prescrição e decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Disponível em:

https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/49270823/Prescricao_e_Decadencia_-_Agnelo_Filho.pdf?1475341855=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DCRITERIO_CIENTIFICO_PARA_DISTINGUIR_A_PR.pdf&Expires=1599434817&Signature=VJJ2jzS61uUHR2b4TyXXFiJXGaUnevJVspPWx7eEks8OSRESdd6S9LgbhNFBHqtUgTjDHovOqWjbUFIV2ybxVGddSJ1N90qsXpPwC9cPIF39WWIMHiqtIxxgB4xN-xYqGVPLM8u3fm-t2tyVSPLmDkS4QfJASzUNI8T-F0rj9M~~RYWzC43bQ9tTOwYZrsEcejeUGi1kC5HAgPKBbJ5yjdNwb2zyxkGD0lh36v3KDhfhZdA0HijS2vo504sZcWF-Du68K65Uhu-HVrjOJYQTCxAx2BfZaTZ9MwLeiTfBjWatPRwV42s8~i4Bz8PjnEv~u9ohNquMLRnVCz-FnC5Ag_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 06 set. 2020.

ASSIS, Arnaldo Comando de. Ação de Petição de Herança. Disponível em:

<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/view/4926/3111>. Acesso em: 01 set. 2020.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Elos, 1961.

BIONI, Hermison Ricardo. A importância da averbação da ação de investigação de paternidade na matrícula do imóvel. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/47134/a-importancia-da-averbacao-da-acao-de-investigacao-de-paternidade-na-matricula-do-imovel>. Acesso em: 24 set. 2020.

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

CARTAXO, Fernando Antônio da Silva. Da ação de petição de herança. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/da-acao-peticao-heranca-632402369>. Acesso em: 01 set. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil: família, sucessões: volume 5. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Revista, atualizada e ampliada. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Disponível em: <http://www.unifieo.br/pdfs/pdf/pdf/0217dirrv.pdf/>. Acesso em: 31 ago. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Comentários ao Código Civil. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Prescrição e decadência. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

LÔBO, Paulo. Direito civil: sucessões. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. O filho do avô. Disponível em: <https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/o-filho-do-avo>. Acesso em: 22 set. 2020.

MIRANDA, Pontes de. Tratado das ações. Tomo VII: Ações executivas. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1999.

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

NASCIMENTO, Ana Cláudia; MELO, Auricleia Passos. Direito de família: possibilidade de reconhecimento filiatório após o prazo decadencial do reconhecimento paterno. Disponível em: <http://repositorio.saolucas.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1609/Ana%20Cl%C3%A1udia%20O.%20de%20S.%20Nascimento%20-%20Direito%20de%20fam%C3%ADlia-%20possibilidade%20do%20reconhecimento%20filiat%C3%B3rio%20ap%C3%B3s%20o%20prazo%20decadencial%20do%20reconhecimento%20paterno.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 set. 2020.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 15. ed. Atualização de Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. VI; e 19. ed. 2002.

PORTO, Mário Moacyr. Ações de investigação de paternidade ilegítima e petição de herança. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1966.

SARLET. Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET. Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

STF. Súmula 149. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1986>. Acesso em: 07. set. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, volume 6: direito das sucessões. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. O início do prazo para a ação de petição de herança. Polêmica. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1374/O+in%C3%ADcio+do+prazo+para+a+a%C3%A7%C3%A3o+de+peti%C3%A7%C3%A3o+de+heran%C3%A7a.+Pol%C3%AAmica>. Acesso em: 07. set. 2020.

TOALDO, Adriane Medianeira; PEREIRA, Clênio Denardini. A possibilidade de imprescritibilidade da ação de petição de herança em face da ausência de prazo prescricional na legislação vigente. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XII, n. 63, abr 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/a-possibilidade-de-imprescritibilidade-da-acao-de-peticao-de-heranca-em-face-da-ausencia-de-prazo-prescricional-na-legislacao-vigente/>. Acesso em: 01. set. 2020.

TORRANO, Luiz Antônio Alves. Petição de Herança. Disponível em: <https://leto.pucsp.br/bitstream/handle/7826/1/Luiz%20Antonio%20Alves%20Torrano.pdf>. Acesso em: 07. set. 2020.

VADE MECUM SARAIVA. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com colaboração de Lívia Cespedes e Fabiana Dias da Rocha. 27 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

WALD, Arnaldo. O Novo Direito de Família. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.