

DIREITO CIVIL



Ação de Petição de Herança

*Arnoldo Camanho de Assis**

Sumário

1. Noções gerais
2. Natureza da ação
3. Competência
4. Legitimidade ativa e passiva
5. Procedimento
6. Proteção cautelar aos bens da herança
7. A sentença e seu cumprimento
8. Prescrição e decadência
9. Referências Bibliográficas

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, onde cursou o Mestrado em Direito e Estado. Pós-Graduado pela Academia de Direito Internacional de Haia, na Holanda, e pela Universidade de Coimbra, em Portugal. Professor de Direito Processual Civil na Escola da Magistratura do Distrito Federal e no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Processual Civil nos cursos ministrados pela Universidade Cândido Mendes / ATAME em Brasília, Goiânia e Cuiabá. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Sociedade Internacional de Direito de Família (“International Society of Family Law – ISFL”). Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Seção Distrito Federal – IBDFAM-DF (2007/2011).



1. Noções gerais

“Ação” é o direito público, subjetivo, abstrato, unissubsistente, de exigir do Estado a prestação jurisdicional. A ação é sempre dirigida contra o Estado em desfavor de alguém. O autor não tem ação contra o réu — tem ação contra o Estado para pedir algo em face do réu. De todas as características do direito de ação que se foram incorporando ao conceito por força de sua evolução histórico-doutrinária lenta e gradual, talvez a mais interessante de todas seja o fato de se considerar a ação como sendo um *direito unissubsistente*. Isso significa que a ação é um direito que se exaure com o seu exercício. Em outras palavras: proposta a ação, a ação se acaba, se gasta, se exaure, deixa de existir, morre. Isso ocorre porque, como, em termos práticos, a ação tem dupla finalidade — abrir as portas da justiça e fazer nascer o processo —, no momento em que o autor propõe a ação², a ação cumpre o seu duplo papel, permitindo, pois, que o autor acesse a justiça, fazendo nascer, a partir daí, a relação de direito processual³. Daí para a frente, não se fala mais de ação, já que a ação, ao ser exercitada, se exaure, acaba, morre. Há de se falar em processo.

Por isso é que, com rigor técnico-processual, é equivocado escrever algo como *“tenho uma ação em andamento na 19^o*

² É imprescindível lembrar que, nos termos do art. 263, do CPC, a ação considera-se proposta tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara.

³ Em termos históricos, é curioso notar que o revogado Código de Processo Civil de 1939 dispunha, em seu art. 196, que *“a instância começará pela citação inicial válida (...)”*. Restringindo os comentários apenas a essa parte do artigo, percebe-se que, por força de tal dispositivo, a relação processual (ou seja, a *instância*, no linguajar do velho Código), começava apenas e tão-somente quando o réu fosse validamente citado. Se o autor propusesse ação, o juiz mandasse emendar a inicial, a emenda não fosse feita e o juiz indeferisse a inicial (art. 160, do CPC de 39) — tudo antes da citação do réu —, não teria sequer chegado a haver processo. Hoje, como se sabe, o processo surge com a propositura da ação — não com a citação do réu, que é ato processual que serve para complementar a relação de processo. Ora, se a citação é ato que complementa, que aperfeiçoa o processo, é porque o processo, evidentemente, já existia antes dela. E é por isso que o juiz, hoje, ao indeferir a petição inicial antes da citação do réu, extingue o processo (art. 267, inciso I, do CPC), que, portanto, já existe antes mesmo de o réu ser citado.

Vara Cível” ou “*estou acompanhando uma ação na 6ª Vara de Família*”, já que, como se viu, a ação deixa de ter existência no momento em que é proposta. Ação não tem andamento, não tem tramitação; processo, sim.

Por outro lado, e tomados os três tipos de processos que o ordenamento jurídico brasileiro contempla (o processo de conhecimento, o de execução e o cautelar), a regra geral é a de que o processo de conhecimento tem por finalidade a jurisdição de conhecimento; o processo de execução objetiva a prestação de jurisdição de execução e o processo cautelar se presta a alcançar a jurisdição cautelar⁴. Por isso, e como regra geral, não se teria como extrair tutela jurisdicional de conhecimento a partir de um processo de execução, por exemplo. Nem tutela jurisdicional executiva de um processo cautelar. E assim por diante.

Em outra ocasião, salientamos⁵:

Daí a importância que se deve dar ao pedido que o autor formula em sua petição inicial. ‘Ao pedido’, ressalte-se, e não ‘ao nome da ação’⁶. Por isso é que, quando o autor propõe a ação e deduz o pedido que quer ver apreciado pelo juiz, naquele momento, mesmo que nem se dê conta disso, ele está definindo qual o tipo de processo que sua ação fez nascer. Também está definindo, por exclusão, quais os provimentos jurisdicionais que não podem ser deferidos na via que acabou de ser aberta. De igual forma,

4 Em boa verdade, o mais correto seria afirmar que o processo cautelar serve à tutela de urgência, que pode ser essencialmente cautelar ou pode ostentar natureza satisfativa.

5 ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Tutela cautelar no processo de conhecimento*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, DF, v. 69, mai/ago 2002. Disponível em <http://juris.tjdft.jus.br/revista/D6938.doc>. Acessado em 31/08/2009.

6 “A natureza da ação é determinada pelo conteúdo do pedido formulado, sendo irrelevante o *nomen iuris* que lhe tenha atribuído o autor, principalmente em face dos princípios da *mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia* (...)”. (STJ, 4ª Turma, REsp 100766/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, publ. DJ de 15.06.99, recurso provido, unânime).

ficam definidos, até mesmo, os dispositivos do Código de Processo Civil que podem e que não podem ser utilizados para a resolução de problemas surgidos naquele processo. Assim, se o autor propõe ação em que pede a condenação do réu ao pagamento de determinada soma, ficou definido que aquele é um processo de conhecimento (único por meio do qual, em tese, se chega ao provimento jurisdicional condenatório) e também ficou definido, por exclusão $\frac{3}{4}$ já que aquele é um processo de conhecimento $\frac{3}{4}$ que não será lícito ao juiz deferir pretensões que devam ser alcançadas por outra via, por outro processo $\frac{3}{4}$ por exemplo, providências cautelares (alcançáveis por meio do processo cautelar) e satisfativas (alcançáveis por meio do processo de execução). Essa é a regra. É assim que o sistema funciona⁷.

Por tudo isso, e a rigor, o nome da ação é absolutamente irrelevante para o efeito de se definir o tipo de processo e o tipo de provimento jurisdicional que se pretende obter, ou seja, para o efeito de fixar os limites da prestação jurisdicional. O que importa são os fatos narrados, os fundamentos jurídicos que podem ser extraídos a partir dos fatos e o pedido que o autor deduziu na inicial, com o que se estabelece o exato contorno da tutela jurisdicional pretendida, nos moldes dos arts. 128 e 460, ambos do Código de Processo Civil.

Mesmo assim, o nome da ação, ainda hoje, passado um século e meio desde a cisão entre o direito de ação e sua possível vinculação a um direito material, com Oscar Von Büllow⁸, ainda

⁷ Tal regra, contudo, sempre comportou várias exceções. Ou seja, sempre foi possível, ao contrário do que estabelece a regra geral, alcançar providência jurisdicional de um determinado tipo em processo de outro tipo. Assim, por exemplo, sempre se conseguiu obter tutela cognitiva no processo de execução, tutela cautelar no processo de execução, tutela cognitiva no processo cautelar e tutela cautelar no processo de conhecimento.

⁸ VON BÜLOW, Oscar. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. São Paulo: Imagem, 2007.

continua a ser objeto de preocupação entre os operadores do direito processual. Isso deve-se, basicamente, a dois fatores: um, de ordem prática e outro, de ordem legislativa. O de ordem prática revela-se a partir da concreta verificação de que, em todas as petições iniciais — todas, repita-se —, os autores fazem questão de dar nome à ação que estão propondo, talvez como tentativa de já irem convencendo o juiz, desde a primeira folha da inicial, de que efetivamente têm o direito que pretendem ver alcançado em final sentença. O de ordem legislativa evidencia-se na medida em que, até hoje, vários dispositivos legais proclamam que a ação que deve ser proposta para tal finalidade é a ação que tenha tal nome. Basta conferir, a título de mera exemplificação, o art. 914, do CPC, em que se lê que “a ação de prestação de contas competirá a quem tiver: I – o direito de exigí-las; II – a obrigação de prestá-las”. No mesmo sentido, e sempre do Código de Processo Civil, merecem destaque os artigos 901 (“ação de depósito”), 926 (“ação de manutenção e de reintegração de posse”), 934 (“ação de nunciação de obra nova”), 941 (“ação de usucapião de terras particulares”), 946 (“ação de divisão e demarcação de terras particulares”) e 1.102-A (“ação monitória”).

No caso da “ação de petição de herança”, isso não é diferente. O art. 1.824, do Código Civil, estabelece que “o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”. Ora, como já ressaltado, o juiz não julga procedente ou improcedente o nome da ação, mas, sim, o pedido formulado pelo autor. Além do que, o nome da ação não é requisito da petição inicial, por isso que não figura no art. 282, do Código de Processo Civil.

Luiz Antonio Alves Torrano, em comentário acerca da possibilidade de se cumular o pedido de petição de herança com o de investigação de paternidade, também ressalta a irrelevância do nome da ação, *litteris*:

Não desnatura, também, a conclusão a que se chegou acerca da cumulação de pedido e não de ação, o fato de, na prática forense, ser comum o filho não reconhecido ingressar em face do suposto pai, se vivo, ou dos herdeiros dele, se se tratar de investigação *post mortem*, com ação à qual se dá o nome de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, ou simplesmente ação de investigação de paternidade, na qual, entretanto, também se deduz o pedido de petição de herança, já que esse ou aquele nome é processualmente irrelevante, em virtude de a denominação não ser requisito previsto no art. 282 do CPC. Sua inserção na petição inicial deriva não mais do que de mero arraigado costume. Vital para um bom deslinde são, na verdade, os pedidos que se articulam na petição inicial⁹.

Todas essas razões servem para que se relativize ao máximo a importância do nome da ação e se prestigie os pedidos deduzidos na petição inicial. É a partir deles, como ressaltado, que se definem os contornos do trabalho judicial.

De todo modo, e porque, seja em termos legais, seja em termos práticos, consagrou-se o uso da ação chamada de “ação de petição de herança”, é sobre essa ação e, bem assim, sobre alguns aspectos do processo que se instaura a partir de sua propositura, que este estudo pretende discorrer.

9 TORRANO, Luiz Antonio Alves. *Ação de Petição de Herança*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040469.pdf>. Acessado em 02/09/2009.

2. Natureza da ação

Como se disse antes, a natureza da ação é determinada pelo conteúdo do pedido deduzido na petição inicial¹⁰. Por isso é que se revela imprescindível delimitar de modo exato o pedido formulado pelo autor para que se o possa classificar de acordo com a inexcédível classificação quinária de Pontes de Miranda¹¹.

Na sucessão *causa mortis*, a posse e o domínio da herança transmitem-se desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários, assim que aberta a sucessão. Essa transmissão ocorre ainda que os herdeiros sequer tenham tido conhecimento do falecimento do autor da herança e mesmo sem que se saiba ao certo o número total de herdeiros. Trata-se do princípio da *saisine*, materializado no art. 1.784, do Código Civil.

À luz do art. 1.824, do Código Civil, essa ação presta-se a permitir ao herdeiro que demande “o reconhecimento de seu direito sucessório para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua”. Assim, e como bem se vê, essa ação permite ao autor que postule o reconhecimento de seu direito sucessório e, com base nele, obtenha a restituição da herança, ou de parte dela, de quem, herdeiro ou não, esteja na posse dela. Descortinam-se, assim, pretensões de natureza declaratória e condenatória cumuladas no bojo da ação de petição de herança. A parcela de declaração compreende-se na pretensão, do autor, de se ver proclamado (isto é, de que seja declarado) herdeiro; a parcela

¹⁰ Conferir nota 4, *supra*.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. I. De acordo com o saudoso Mestre, as sentenças podem ser declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais ou executivas *lato sensu* (“cognitivas-executivas”, na moderna visão da doutrina).

de condenação, que decorre do reconhecimento de seu direito sucessório, subjaz na pretensão do autor de obter a restituição da herança. Em outras palavras, a sentença de procedência haverá de declarar que o autor é herdeiro e, em consequência, deverá condenar o réu a restituir ao autor a herança que indevidamente possuía.

Torrano, a propósito, leciona:

A ação de petição de herança compete, portanto, ao herdeiro para obter o reconhecimento judicial de sua qualidade sucessória e a restituição da totalidade da herança, ou de parte dela. Logo, há de se concluir que o seu objeto consiste cumulativamente no reconhecimento judicial da qualidade de herdeiro de seu autor e na devolução, no todo ou em parte, da herança àquele a quem se reconheceu aquela condição de sucessor universal *causa mortis*¹².

Forçoso concluir, então, que a ação de petição de herança é ação cognitiva, de índole declaratória e condenatória, a um só tempo.

A natureza declaratória do provimento jurisdicional é ratificada pela constatação inequívoca de que seus efeitos projetam-se para trás (*ex tunc*), o que é efeito típico da sentença declaratória. O herdeiro, uma vez reconhecido como tal, sempre terá sido herdeiro, desde o falecimento do autor da herança, e é por isso que o domínio dos bens hereditários terá se transmitido a

12 TORRANO, Luiz Antonio Alves. *Ação de Petição de Herança*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040469.pdf>. Acessado em 02/09/2009.

ele “desde logo”, com a morte do autor da herança, nos precisos termos do art. 1.784, do Código Civil. A sentença não tem natureza constitutiva, como se poderia pensar, porque os efeitos da constitutividade projetam-se para a frente (*ex nunc*) e não para trás¹³. Fosse constitutiva, a sentença, dir-se-ia que o autor da ação de petição de herança passaria a ser herdeiro apenas a partir da sentença de procedência, daí resultando que poderiam ser reconhecidos direitos seus que tivessem se materializado, por exemplo, entre o falecimento do autor da herança e a sentença. Apenas a partir da sentença para a frente, portanto — à base desse equivocado raciocínio — é que o autor da ação de petição de herança poderia exercer seus direitos sucessórios. Tal não se dá dessa forma, como se viu.

Além disso, trata-se de ação real imobiliária.

Ora, como o objeto da ação de petição de herança, após o reconhecimento da qualidade de herdeiro ao seu autor, é a restituição do domínio dos bens da herança — e a propriedade é um direito real (art. 1.225, inciso I, do Código Civil) —, decorre daí a natureza de ação real de que se reveste a ação de petição de herança.

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.

13 Ousamos dissentir, nesse ponto, de Luiz Antonio Alves Torrano, no estudo citado (*Ação de Petição de Herança...*), que vê natureza constitutiva na sentença de procedência, em algumas hipóteses.

Não se deve desconsiderar, por certo, que a *conditio* para que seja acolhido o pedido de restituição da herança é a prévia declaração de que o autor reveste-se da qualidade de herdeiro — e isso poderia conferir caráter eventualmente pessoal à ação de petição de herança. Destaque-se, todavia, que o elemento identificador dessa ação, que a diferencia em relação a outras (por exemplo: ação de investigação de paternidade; ação de reconhecimento de união estável) é a pretensão do autor de ver restituída a herança, ou parte dela. Note-se que se o autor da ação de investigação de paternidade postula apenas o reconhecimento de seu estado de filiação, essa ação terá natureza evidentemente pessoal. Se houvesse, também, na mesma petição inicial, pedido cumulado de restituição da herança, tratar-se-ia de ação de petição de herança. O mesmo raciocínio deve ser aplicado à ação em que se busca apenas o reconhecimento da existência de união estável. Se houver, também, pedido de participação do companheiro sobrevivente ao inventário, essa ação haverá de ser tida como ação de petição de herança¹⁴. Se os pedidos visarem, contudo, à mera declaração da paternidade ou da existência da união estável, os pedidos serão de natureza eminentemente declaratória, com o que tais ações podem ser classificadas como ações de natureza pessoal, o que ressalta a natureza de ação real da ação de petição de herança.

Por derradeiro, destaque-se que se trata, ainda, de ação universal, uma vez que a pretensão da autor é a de obter a restituição da herança ou de parte dela. Não se trata, pois, de pretender apenas a restituição de coisas isoladas ou destacadas, mas, sim, e muito ao contrário, da totalidade dos bens da herança ou de fração do total.

14 TJDF, Apelação Cível nº 2006.01.1.130861-5, Relatora Des. Carmelita Brasil, julgado em 25/07/2007, publicado no DJU de 14/08/2007, p. 100.

Em conclusão, pode-se afirmar que a ação de petição de herança é ação de natureza cognitiva, de índole declaratória e condenatória, tratando-se de ação real imobiliária e universal¹⁵.

3. Competência

Para fins de determinação de competência, deve-se ter em mente o momento da propositura da ação: se antes ou depois do encerramento do inventário.

Proposta a ação estando ainda em curso o inventário, a competência será a do juízo onde se processa o inventário¹⁶ (arts. 96 e 1.001, ambos do CPC). Se o juiz do inventário não acolher o pedido, “remeterá o requerente para os meios ordinários, mandando reservar, em poder do inventariante, o quinhão do herdeiro excluído, até que se decida o litígio”. Isso quer dizer, em resumo, que se o exame dos fatos não se comportar na via estreita do inventário, o juiz remeterá o requerente à via ordinária e, nesse caso, a competência deixará de ser do juízo do inventário e tocará à vara cível comum. A providência de determinar a reserva do quinhão que, em tese, caberá ao sedizente herdeiro em mãos do inventariante é de natureza essencialmente cautelar e independe de audiência das partes envolvidas no litígio, podendo ser tomada de ofício pelo juiz do inventário, como permite o art. 797, do Código de Processo Civil.

Se, por outro lado, a propositura da ação de petição de herança se der após o encerramento do inventário, já não se pode

15 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

16 DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*, p. 593.

mais falar de possível prevenção do juízo. A competência haverá de ser fixada de acordo com as regras gerais de competência.

Aqui, há uma observação importante a ser feita.

Perceba-se que a ação de petição de herança, como dito, é ação de natureza real imobiliária. É preciso cuidado, todavia, para não confundir a natureza da ação — que é real imobiliária — com o direito em que se funda a ação. Isso é coisa bem diferente. A ação de petição de herança é a ação por meio da qual, em primeiro lugar, o autor busca ver reconhecida a sua qualidade de herdeiro.

Em segundo lugar, e como consequência desse reconhecimento, o juiz condenará o réu a restituir ao autor a herança que indevidamente possui. É lícito concluir, então, que, conquanto tenha natureza de ação real imobiliária, a ação de petição de herança se funda em direito de natureza eminentemente pessoal. É dizer: o direito à restituição da herança decorre, insofismavelmente, do reconhecimento da qualidade de herdeiro que o autor comprove ter.

Essa distinção é importante porque se se disser, equivocadamente, que a ação de petição de herança se funda em direito real sobre bem imóvel (e isso não é verdade — ela se funda em direito pessoal), pode-se chegar à igualmente equivocada conclusão de que o foro competente para a propositura dessa ação será o da situação da coisa (aquele em que se situem os bens da herança), na forma do que dispõe o art. 95, do CPC.

Essa será, claro, uma conclusão errônea, na medida em que o dispositivo legal citado refere-se à competência para a propositura de ações que se fundem em direito real sobre bem imóvel. Não é esse, contudo, o dispositivo que fixa a competência para a ação de petição de herança, que, como se viu, é ação fundada em direito pessoal. Para tal situação, o dispositivo a incidir é o art. 94, do CPC, onde se lê que as ações fundadas em direito pessoal haverão de ser propostas, em regra, no foro do domicílio do réu.

Cuida-se de regra geral de competência territorial — e, portanto, relativa —, que pode, por certo, ser modificada quando houver disposição legal especial que disponha de modo diverso, tal como se dá, por exemplo, na hipótese da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e petição de herança, em que o foro competente, que seria o do domicílio do réu pela regra do art. 94, do CPC, passa a ser o do domicílio ou da residência do alimentando (art. 100, inciso II, do CPC)¹⁷.

4. Legitimidade Ativa e Passiva

O herdeiro universal, legítimo ou testamentário, é a parte que detém legitimidade ativa para a propositura da ação de petição de herança. Em outros termos, será parte legítima aquele que, aceitando a herança — de modo expresso ou tácito (art. 1.805, do Código Civil) —, não a repudiou. A legitimidade ativa estende-se aos sub-rogados nos direitos do sucessor a título universal e, nos

¹⁷ STJ, Conflito de Competência nº 51.061/GO, Rel. Ministro Menezes Direito, julgado em 09/11/2005, publicado no DJ de 19/12/2005, p. 207. No mesmo sentido: TJDFT, Agravo de Instrumento nº 2004.00.2.009029-7, Relatora Desa. Ana Maria Duarte Amarante Brito, julgado em 21/03/2005, publicado no DJ de 05/05/2005, p. 95

casos de herança jacente, ao Município ou ao Distrito Federal, se a herança estiver localizada em território daquele ou deste.

Quanto ao pólo passivo da relação processual, é o art. 1.824, do Código Civil, quem estatui que a ação de petição de herança deve ser ajuizada em desfavor de quem esteja na posse da herança, tenha ou não qualidade de herdeiro e pouco importando que o possuidor o seja *pro herede* ou *pro possessore*, em antiga definição¹⁸

A lição de Torrano, mais uma vez, é precisa:

Dessa forma, possuem legitimidade passiva: a) o herdeiro que recebeu a herança e foi, posteriormente, declarado indigno; b) o herdeiro testamentário, por o testamento ter sido declarado nulo ou anulado; c) qualquer herdeiro que tenha sido contemplado em testamento que posteriormente se descubra ter sido revogado; d) qualquer herdeiro que tenha sucedido, não obstante o reconhecimento do título de herdeiro a outra pessoa; e) o sucessor legítimo excluído pelo sucessor testamentário nomeado em testamento posteriormente descoberto; f) aquele que se apossou da herança mediante testamento falso; g) o esbulhador e todo aquele, afinal, que possua os bens hereditários, ou parte deles, mas sempre considerados como universalidade, com base em título absolutamente nulo ou que, depois, venha a ser declarado anulado, ou mesmo sem título¹⁹.

18 ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. São Paulo: Max Limonad, 1952, v. III, p. 952.

19 TORRANO, Luiz Antonio Alves. *Ação de Petição de Herança*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040469.pdf>. Acessado em 02/09/2009.

Vale lembrar que o art. 10, do Código de Processo Civil, dispõe ser necessário que o cônjuge obtenha o consentimento do outro para a propositura de ações reais imobiliárias. Por outro lado, o parágrafo primeiro desse mesmo artigo impõe a necessária citação de ambos os cônjuges para ações que tais. Assim, e sendo a ação de petição de herança uma ação real imobiliária, o autor, se for casado, deverá obter a necessária vênia conjugal e se o réu também o for, imprescindível será a presença de ambos os cônjuges no pólo passivo da relação processual. Ausente qualquer deles, a relação processual não se constitui de forma válida e regular, o que dará ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

5. Procedimento

Partindo do pressuposto de que todo e qualquer processo — seja ele de conhecimento, de execução ou cautelar — começa sempre com a propositura da ação (que se materializa na petição inicial) e alcança seu clímax com a prolação da sentença, “procedimento” — ou rito procedimental — é o modo de caminhar do processo, a sequência como se arrumam os atos do processo entre a petição inicial e a sentença.

No processo de conhecimento, há o procedimento comum, que pode ser ordinário ou sumário, e os procedimentos especiais. A regulação positiva sobre o procedimento comum encontra-se no Livro I do Código de Processo Civil; a referente aos procedimentos especiais, no Livro IV do mesmo Código. Assim, o processo desenvolve-se rumo ao ato jurisdicional típico — a

sentença — trilhando um de vários caminhos possíveis²⁰. Se o procedimento a ser adotado for o procedimento ordinário, então o juiz, despachando a inicial, mandará citar o réu, que terá prazo de quinze dias para responder. Se o procedimento for sumário, o juiz, ao despachar a inicial, designará data para audiência de conciliação e mandará citar o réu, intimando-o a comparecer à audiência que tiver sido designada, onde poderá oferecer sua defesa, caso não haja acordo. A atitude a ser tomada pelo juiz, como se nota, depende do tipo de procedimento a ser seguido.

Não se pode dizer, a rigor, que o autor da ação possa escolher o procedimento a ser adotado²¹ — é a lei quem define, de antemão, o procedimento adequado a cada caso.

Por isso, e para saber se determinado processo deverá seguir o procedimento comum ordinário, o procedimento comum sumário ou algum dos procedimentos especiais, a primeira coisa a fazer é definir se a pretensão do autor é alcançável por meio de algum dos procedimentos especiais previstos no Livro IV. Se isso acontecer, pronto: estabeleceu-se o procedimento adequado.

Caso seja exaurido o rol dos procedimentos especiais sem que nenhum deles sirva ao propósito do autor da ação, o próximo passo é, abandonando o rol dos procedimentos especiais, analisar se o caso encontra previsão em algum dos incisos do art. 275, do Código de Processo Civil, que cuida do procedimento sumário. Se a pretensão do autor coincidir com alguma das hipóteses desse

20 Segundo velho brocardo romano, *electa una via non datur regressus ad alteram*.

21 Uma possível exceção a essa regra ocorre no caso de o autor pretender cumular pedidos que se processem por procedimentos diversos. Em tal hipótese, o autor pode, ainda assim, fazer a cumulação pretendida desde que abra mão do procedimento sumário e empregue o procedimento ordinário (art. 292, § 2º, do CPC). Nesse caso, o autor estará “escolhendo” o procedimento.

dispositivo, pronto: definiu-se que o procedimento a ser adotado não é nenhum dos especiais, mas, sim, o procedimento sumário.

Se, por derradeiro, nenhum dos incisos do art. 275 der guarida à pretensão do autor, fica definido que o procedimento a ser trilhado não é nenhum dos procedimentos especiais e nem o procedimento sumário, mas o ordinário, que é o procedimento a que se chega por exclusão: se o processo não adotar algum dos procedimentos especiais, nem o procedimento sumário, o que resta, por exclusão, é o procedimento ordinário.

O ponto de partida é, pois, sempre a análise dos procedimentos especiais, passando, se o caso, para o procedimento sumário e terminando, conforme as circunstâncias, no procedimento ordinário.

No caso da ação de petição de herança, vale notar que o legislador processual não lhe devotou qualquer capítulo no Livro dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil, o que exclui, por óbvio, a possibilidade de aplicação das normas de algum dos procedimentos especiais. Assim, cabe definir se o feito adotará o procedimento comum sumário ou o procedimento comum ordinário.

Vale lembrar, para esse fim, que o procedimento sumário será adotado se o valor dos bens da herança se comportar dentro dos limites definidos no inciso I do artigo 275, do Código de Processo Civil, ou seja, sessenta (60) salários-mínimos²². Apenas

²² Ainda que o valor dos bens da herança se comporte dentro do limite de quarenta (40) salários mínimos, não cabe falar de possível adoção do sistema dos Juizados Especiais Cíveis em face da concreta vedação de se processar, ali, qualquer causa que se refira a resíduos (art. 3º, § 2º, da Lei nº 9.099/95).

nesse caso o feito seguirá o rito procedimental sumário, já que as demais hipóteses do inciso II desse artigo não compreendem a ação de petição de herança.

Acaso extrapolado o limite de sessenta salários-mínimos, então o procedimento deverá ser o ordinário — que também deverá ser observado, como ressaltado anteriormente, na hipótese de haver cumulação de pedidos (por exemplo, investigação de paternidade e petição de herança; reconhecimento de união estável e petição de herança).

6. Proteção cautelar aos bens da herança

Enquanto tramita o feito, os bens da herança podem merecer especial proteção, para que não sejam dilapidados, ou para que o seu uso não lhes diminua o valor. Para tal finalidade, além da mera reserva do quinhão que ocorre por determinação do juiz do inventário (art. 1.001, do Código de Processo Civil, como visto antes²³), pode ser que o autor considere necessário requerer alguma outra providência de natureza cautelar, que vise a garantir o resultado pretendido pelo autor — o de ser reconhecido como herdeiro, com a conseqüente restituição da herança de quem indevidamente a possuía.

Para esse fim, é sempre possível a propositura de ação cautelar preparatória ou incidental, que bem pode ser de arrolamento, a teor do que se contém nos arts. 855 e 856, § 1º, ambos do Código de Processo Civil.

²³ Conferir item 3, *supra*.

Sem prejuízo do ajuizamento de ação cautelar autônoma, a proteção aos bens da herança também será possível através da tutela cautelar passível de ser obtida já no curso do processo de conhecimento, sem propositura de nova ação, com apoio no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil.

Como bem se sabe, a partir do advento da Lei nº 10.444/02, que incluiu o parágrafo sétimo no art. 273, do Código de Processo Civil, passou a permitir o exercício de atividade cautelar no processo de conhecimento. A prerrogativa excepcional, que antes era restrita apenas a pequeno e privilegiado grupo de ações cognitivas²⁴, veio a ser estendida a qualquer ação de conhecimento; o que antes era exceção passou à categoria de regra geral. Assim, e por força da nova disposição legal, hoje é possível ajuizar uma só ação de conhecimento e formule, na mesma e única petição inicial, pedido liminar de natureza eminentemente cautelar.

Antes do advento do parágrafo sétimo do art. 273, do Código de Processo Civil, a parte autora devia ajuizar duas ações: uma cautelar, para pedir a tutela cautelar; outra de conhecimento, para pedir a tutela cognitiva. Isso, sem dúvida, é muito mais burocrático e demanda muito maior esforço de todos os partícipes do processo partes, advogados, juiz e representante do Ministério Público. Afinal, o volume de papel é maior, os autos dos processos devem ser apensados, dificultando o manuseio e, sobretudo, a rápida solução da lide (art. 125, inciso II, do CPC). Com a mudança introduzida pela Lei no. 10.444/02, entretanto, as coisas ficam mais simples, mais rápidas, menos burocráticas

24 O exercício de atividade cautelar em processo de conhecimento já era (e continua a ser) possível na ação de mandado de segurança, na ação popular, na ação civil pública, nas ações de inconstitucionalidade e, ainda, nas ações que tenham por objeto a condenação do réu ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

e, especialmente, mais baratas, facilitando o acesso à justiça. E, com isso, ficam bastante prestigiados os princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade.

Não parece, entretanto, que tal disposição tenha feito revogar, de uma só penada, a parte do CPC referente aos procedimentos cautelares inespecíficos, as chamadas “cautelares inominadas”. Como se fosse possível sustentar o seguinte: “já que, agora, o autor da ação pode, com uma só petição inicial, pedir, a um só tempo, a providência final, de mérito, de natureza cognitiva, e, liminarmente, ao início do processo, a providência de natureza cautelar, não há mais necessidade de duas ações (uma cautelar, preparatória, e outra de conhecimento, principal). Por isso que, se o autor propõe ação cautelar preparatória, o mesmo não tem interesse de agir, já que poderia obter o mesmo resultado que alcançaria nessa ação propondo ação de conhecimento e pedindo providência cautelar com base no art. 273, § 7º, do CPC”.

Em boa verdade, quando o ordenamento jurídico-processual abre uma porta não fecha, necessariamente, outra porta que já existia. Ao contrário, as duas vias de acesso continuam abertas, com o que se faz realizar, de modo concreto, o direito de acesso à justiça insculpido na Constituição da República (art. 5º, inciso XXXV). Assim, o autor pode optar entre propor uma só ação e, nela, formular o pedido final, de mérito, de natureza cognitiva e, ao mesmo tempo, o pedido liminar, de natureza cautelar, ou, então, ajuizar ação cautelar preparatória para pedir a providência de índole cautelar e, ao depois, no prazo que lhe assegura o art. 806, do CPC, propor a ação principal.

Tal discussão, conquanto ainda nova em relação ao tema ora exposto, já aconteceu antes em outras searas, como, por exemplo, quando entrou em vigor a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), ocasião em que se chegou a afirmar, alhures, que, com isso, ficava praticamente sem objeto a ação popular na parte referente à possibilidade de anulação de ato lesivo ao patrimônio artístico, estético, histórico e turístico, uma vez que por meio da ação civil pública também se chegava ao mesmo resultado. Ou quando entrou em vigor a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), ocasião em que se sustentou que os feitos de valor até quarenta salários mínimos, que se processam pelo procedimento comum sumário (art. 275, inciso I, do CPC), passariam à competência do Juizado Especial, cessando, nessa parte, a competência das Varas Cíveis da chamada “Justiça Tradicional”. Em um e outro casos, chegou-se à conclusão de que as novas vias de acesso à Justiça não faziam cessar as antigas, já existentes, daí porque, para fazer referência aos exemplos citados, é possível requerer a anulação de ato lesivo ao patrimônio artístico, estético, histórico e turístico tanto pela via da ação popular como pela via da ação civil pública; é possível o ajuizamento de ação de até vinte salários mínimos tanto perante a Vara Cível comum, como perante os Juizados Especiais Cíveis.

Diga-se, em conclusão, e apenas em reforço ao que já se afirmou, que, no caso da ação de petição de herança, o autor pode — sem prejuízo da hipótese prevista no art. 1.001, do Código de Processo Civil — ajuizar ação cautelar preparatória ou incidental de arrolamento de bens (ou qualquer outra ação cautelar inominada, para que o juiz exerça o seu poder geral de cautela, com base no art. 798, do CPC) ou, então, pode postular a providência cautelar em caráter incidental ao processo já instaurado, sem necessidade

de propositura de nova ação (e, sobretudo, sem o pagamento de custas processuais, já que se trata de mera petição em processo já em curso), com apoio no art. 273, § 7º, do Código de Processo Civil.

7. A sentença e seu cumprimento

A parte dispositiva da sentença que acolhe a pretensão do autor da ação de petição de herança, como visto anteriormente²⁵, encerra dois tipos de provimento jurisdicional: uma parcela de declaração e outra, daí decorrente, de condenação. No que se refere à parte declaratória, a sentença proclama a qualidade de herdeiro do autor; quanto à parte condenatória, a sentença impõe ao réu a obrigação de restituir a herança ao autor.

Antes da reforma introduzida pela Lei nº 11.232/05, apenas a sentença condenatória era tida como título executivo judicial (art. 584, inciso I, do CPC, revogado). Com a alteração instituída pelo diploma legal citado, qualquer sentença proferida no processo civil pode ser título executivo judicial, desde que reconheça a existência de obrigação de fazer, de não fazer, de entregar coisa ou de pagar quantia (art. 475-N, inciso I, do CPC). O novel dispositivo legal teve o mérito não só de elastecer o conceito de título executivo judicial — na medida em que deixou de ver eficácia executiva apenas na sentença de condenação, estendendo-a a outros tipos de provimento jurisdicional cognitivo —, mas, também, de esclarecer, de vez, quantos e quais são os tipos de obrigação passíveis de ser fixados em sentença.

²⁵ Conferir item 2, *supra*.

Assim, é possível, hoje, ver eficácia executiva em outros tipos de sentença, deixando de ser obrigatório que o julgado deva ostentar natureza necessariamente condenatória para que possa ser considerado um título executivo judicial. A sentença pode ser, por isso, de outra natureza — declaratória, por exemplo —, podendo ser classificada como “título executivo judicial” desde que reconheça a existência de um daqueles tipos de obrigação. Isso resolve problema antigo do sistema processual, bem anterior à reforma introduzida pela Lei nº 11.232/05, quando já se detectava a possibilidade de a sentença declaratória ter eficácia executiva (na ação de prestação de contas, por exemplo – art. 918, do CPC), o que, contudo, encontrava vedação expressa na restrição constante do art. 584, inciso I, do Código instrumentário, hoje revogado.

Além disso, e como ressaltado linhas acima, o novo texto legal fixou, de vez, quais são os tipos de obrigação e a forma pelas quais se processa a execução de cada uma delas.

Com efeito, o art. 475-I, do Código de Processo Civil, estabelece que:

- se a sentença impuser ao réu uma obrigação de fazer ou de não fazer, essa sentença haverá de ser cumprida por meio das regras constantes do art. 461, do CPC;
- se a sentença impuser ao réu uma obrigação de entregar coisa, essa sentença haverá de ser cumprida por meio das regras constantes do art. 461-A, do CPC;
- se a sentença impuser ao réu uma obrigação de pagar quantia certa, essa sentença haverá de ser cumprida por meio de execução, nos termos dos artigos 475-J a 475-R, todos do CPC.

Perceba-se que o art. 475-I, do Código de Processo Civil, que fixou os tipos de obrigação e o modo por meio do qual se deve processar o cumprimento de cada uma delas, guarda exata adequação com o que se contém no art. 475-N, inciso I, do CPC. Com isso, se quer dizer que, efetivamente, as obrigações eventualmente constantes da sentença devem ser de um daqueles tipos, inexistindo, a rigor, outros tipos possíveis de obrigação.

Muito bem.

Fixadas essas premissas básicas, vale repetir que a sentença de procedência proferida no processo que se instaura a partir da propositura da ação de petição de herança, encerra conteúdo declaratório — quando proclama que o autor é herdeiro — e condenatório — quando impõe ao réu a obrigação de restituir ao autor a herança.

A parcela de declaração, na hipótese, não tem eficácia executiva. Não há, assim, algo que deva ou possa ser executado a partir da proclamação de que o autor é herdeiro. O possível ingresso do herdeiro — agora já reconhecido como tal — no inventário que ainda esteja em curso é efeito natural e lógico da sentença declaratória, não se podendo deduzir, a partir desse efeito, que a declaração mereça ou precise ser executada.

A parcela de condenação, por outro lado, impõe ao réu o cumprimento de obrigação de fazer — restituir ao autor a herança que indevidamente possui. Nesse caso, e como visto linhas acima, a sentença deverá ser cumprida de acordo com o que se contém no art. 461, do Código de Processo Civil.

Isso quer dizer que, procedente o pedido, incumbe ao juiz determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, sendo possível converter a obrigação em perdas e danos, a requerimento do autor, desde que se torne impossível a tutela específica da obrigação ou a obtenção do resultado prático que equivalha ao adimplemento (art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil). Tudo isso, sem prejuízo de multa, como permite o parágrafo segundo desse mesmo dispositivo legal.

Vale notar que, “para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”, tudo com base no art. 461, § 5º, do CPC. A parte autora deve ter exata dimensão de tais possibilidades, bem como do alcance do poder deferido ao juiz para fazer com que a obrigação de fazer seja efetivamente cumprida, de modo a poder postular o que for a bem de seu direito, a fim de que a restituição dos bens da herança, ordenada na sentença, materialize-se de fato.

Por outro lado, e caso a sentença reconheça, desde logo, a impossibilidade de os bens da herança serem restituídos ao autor — em face de seu perecimento ou deterioração —, é possível a fixação de indenização em favor do autor. Nessa hipótese, a obrigação constante da sentença será de pagar quantia certa, o que faz com que o julgado, nessa parte, deva ser cumprido por meio de execução, de acordo com as regras constantes dos artigos 475-J a 475-R, todos do Código de Processo Civil.

8. Prescrição e decadência

Apenas para que não falte referência a esses temas, é importante recuperar a ideia de que, para facilitar a compreensão de um e outro institutos, é preciso recorrer à teoria da *actio nata*. Por meio dessa conhecida teoria, é possível afirmar que: se a pretensão deduzida na ação tiver nascido apenas quando o direito tiver sido violado, então o prazo para a propositura da ação será prescricional; se, por outro lado, a pretensão nascer desde logo, com o nascimento do próprio direito pretendido que, por isso, já nasce viciado, então o prazo para a propositura da ação será decadencial.

Os exemplos, esclarecedores, são de Luiz Antonio Alves Torrano:

A título de exemplo, pode-se dizer que a pretensão de um herdeiro ver declarada essa sua qualidade e a si restituídos os respectivos bens hereditários só terá ação para deduzi-la quando esse seu direito hereditário for lesionado (o que ocorrerá com a abertura da sucessão, já que antes não existe direito hereditário) e, cumulativamente, com a sua não inclusão na herança. Daí é que tão-somente na data da abertura da sucessão nascerá a ação de petição de herança que defenderá a qualidade de herdeiro e a inclusão deste na herança, que foram violados na medida e ocasião em que houve a preterição desse herdeiro. Tem-se, então, um prazo prescricional.

Mas o prazo será decadencial, se a ação competente para a defesa do direito nascer simultaneamente com o próprio direito. Tal ocorre, por exemplo, na hipótese de se querer ver anulado um negócio jurídico (partilha, por

exemplo), realizado mediante fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, hipóteses em que a ação e o próprio direito à anulação nascem ao mesmo tempo. Veja o art. 178, II do CC. Quando à anulação por coação erro e dolo, há previsão específica no art. 1029, parágrafo único do CPC²⁶.

No caso específico da ação de petição de herança, há de se falar em prescrição, que tem o seu termo inicial fixado nos moldes do exemplo acima transcrito. Iniciada a fluência do prazo prescricional, incidem as causas impeditivas, suspensivas e interruptivas constantes dos artigos 197 e 202, ambos do Código Civil. Iniciado o prazo prescricional (e não havendo qualquer causa que a impeça, suspenda ou interrompa, claro), a prescrição ocorrerá em dez anos, nos termos do art. 205, do Código Civil²⁷. O excelso Supremo Tribunal Federal de há muito sumulou o entendimento de que “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a prescrição de herança”²⁸, com o que se extremam direitos pessoais e os direitos patrimoniais daqueles decorrentes.

26 TORRANO, Luiz Antonio Alves. *Ação de Petição de Herança*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040469.pdf>. Acessado em 02/09/2009.

27 ARAÚJO, Luciano Vianna. *A petição de herança*. DELGADO, Mário Luiz, e ALVES, Jones Figueiredo (coord.). São Paulo: Editora Método, 2003, v. I.

28 STF, Súmula, verbete nº 149.

Referências

ARAÚJO, Luciano Vianna. *A petição de herança*. DELGADO, Mário Luiz, e ALVES, Jones Figueiredo (coord.). v. I, São Paulo: Editora Método, 2003.

ASSIS, Arnaldo Camanho de. *Tutela cautelar no processo de conhecimento*. Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, DF, v. 69, mai/ago 2002. Disponível em <http://juris.tjdft.jus.br/revista/D6938.doc>. Acessado em 31/08/2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. *Tratado de Direito das Sucessões*. v. III, São Paulo: Max Limonad, 1952.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

TORRANO, Luiz Antonio Alves. *Ação de Petição de Herança*. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp040469.pdf>. Acessado em 02/09/2009.

VON BÜLOW, Oscar. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. São Paulo: LZN, 2003.