

A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL DA PETIÇÃO DE HERANÇA EM HARMÔNICO COMPASSO COM AS QUATRO ESTAÇÕES DE ANTONIO VIVALDI | *COUNTING THE STATUTE OF LIMITATIONS FOR THE INHERITANCE PETITION IN HARMONY WITH THE FOUR SEASONS OF ANTONIO VIVALDI*

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS

“Tudo que move é sagrado; e remove as montanhas com todo cuidado, meu amor... No inverno te proteger; no verão sair pra pescar; no outono te conhecer; primavera poder gostar; no estio me derreter; pra na chuva dançar; e andar junto; o destino que se cumpriu; de sentir teu calor e ser tudo”. (Amor de índio, de Beto Guedes e Ronaldo Bastos, 1979)

RESUMO | Tema historicamente pertencente à área cinzenta do Direito, a prescrição na petição de herança mereceu, em tempos recentes, a formação de uma jurisprudência dominante pelo Superior Tribunal de Justiça. A evolução do tratamento da matéria pode, perfeitamente, ser analisada com compasso com a conhecida ópera *As quatro estações*, de Antonio Lucio Vivaldi, por conta da variação de critérios e soluções. Em um *grand finale*, há de se alertar para a necessidade de uso do método *distinguishing* em relação ao entendimento atualmente prevalecente.

PALAVRAS-CHAVE | Quatro estações. Prescrição. Contagem do prazo. Teoria da *actio nata*. Método *distinguishing*.

ABSTRACT | *Historically a subject belonging to the gray area of law, the prescription in the inheritance petition deserved, in recent times, the formation of a dominant jurisprudence by the Superior Court of Justice. The evolution of the treatment of matter can, perfectly, be analyzed in time with the well-known opera The Four Seasons, by Antonio Lucio Vivaldi, due to the variation of criteria and solutions. In a grand finale, we must be aware of the need to use the distinguishing method in relation to the currently prevalent understanding.*

KEYWORDS | *Four seasons. Prescription. Deadline count. Theory of actio nata. Method distinguishing.*

1. ABERTURA¹: À GUIA DE UMA EXPLICAÇÃO PREAMBULAR

Mais célebre e conhecida obra musical do compositor veneziano Antonio Lucio Vivaldi (1678-1741), *As quatro estações* (*Le quattro stagioni*, no original) foi escrita em 1723, e publicada em 1725, em Amsterdã. Inspirada, confessadamente, nas características com as quais os ciclos da natureza se apresentam na região norte da Itália, a composição é uma das mais admiradas da música clássica por conta de sua força e singularidade.

Trata-se de uma obra diferenciada e corajosa que representou um claro diferencial para a música da época, notabilizando o seu compositor para sempre.² São quatro concertos para violino e orquestra, correspondendo, em seu desenvolvimento, às marcas da natureza durante as estações do ano, produzindo, como resultado musical, características que se opõem e se complementam. Cada um deles estava acompanhado de um soneto ilustrativo acerca do tema da respectiva estação.

A explicação do especialista musical Mário Willmersdorf Júnior sobre a relevância de *As quatro estações* para a música erudita e para as artes como um todo é de clareza solar:

“Cada compasso fala por si, tornando praticamente desnecessários os sonetos explicativos, possivelmente do próprio compositor, que prefaciaram a primeira edição. A chegada da primavera, o alegre cantar dos passarinhos, a armação de uma tempestade, a pausa durante a qual os assustados passarinhos tomam coragem para arriscar-se fora do abrigo outra vez, o

1 *Abertura*, ou *ouverture* em língua francesa, como é mais conhecida, é a introdução instrumental a uma ópera ou representação dramática. Ganhando importância a partir dos Oitocentos, teve um de seus berços na Itália, a partir das óperas de Alessandro Scarlatti. Servia como uma espécie de padrão introdutório, a partir de movimentos rápido-lento-rápido, em tonalidade maior..

2 Como ressalta a *Coleção Folha*, do periódico *Folha de São Paulo*: “o amor à arte e a coragem em romper as regras vigentes na sociedade veneziana do final do século 17 e início do 18, certamente, foram as marcas principais na trajetória de Antonio Lucio Vivaldi. Suas melodias agradavam a minoria intelectual e despertavam interesse em pessoas que, até então, se mantinham distantes da música. Não tardou para que Vivaldi se popularizasse em toda Europa, inclusive na França que, na época, vivia mergulhada em seus valores nacionais. Sem temer críticas, o músico inovou em suas composições, iluminando a estrutura formal e rítmica do concerto. Também buscou contrastes harmônicos, resultando em originalidade. Uma irreverência que fez dele um dos maiores talentos do período barroco”, <https://musicaclassica.folha.com.br/cds/14/biografia-2.html>, Acesso em 21 de maio de 2020.

murmúrio do córrego, o ladrar do cão do pastor... a sequência dos eventos está perfeitamente clara, o quadro fresco como uma pintura...

O compositor parece sentir uma verdadeira paixão pela tempestade, pelo vento e pela chuva, pelas perturbações atmosféricas que tanto rendem em música.”³

Em síntese apertada, porém completa, sob o prisma estrutural, inicia-se a composição pela *Primavera*, marcada por uma contagiante alegria, representativa da estação. Em sequência, anuncia-se o *Verão*, com uma tonalidade distinta, revelando a sua percepção do forte calor do norte italiano. Já o *Outono* é marcado por um coral comemorativo da colheita que se avizinha. Desemboca-se, finalmente, no *Inverno*, com a sua característica sombria, tensa.

Pois bem, a variedade de características e ideias presentes em *As quatro estações* permite uma perfeita analogia com o tratamento jurídico dedicado, historicamente, ao reconhecimento e à contagem da petição de herança no campo sucessório. A variabilidade de tons altos e baixos, de teses e antíteses, de decisões contrapostas, de manifestações em sentidos díspares... marcam a genealogia da matéria. Exatamente como na ópera vivaldiana, o tema não se reduz a uma simples compreensão.

Considerando, todavia, que a composição se baseia nas características climáticas europeias, típicas do hemisfério norte, serão realizadas adaptações necessárias para apresentar o estado d’arte – pretérito e presente – do tratamento jurídico dedicado ao lapso prescricional da petição de herança, comparando a sua evolução às quatro estações do ano, tomando como referência, no entanto, as características climáticas tupiniquins.

Exatamente por isso, inclusive, inverter-se-á a ordem da composição, para iniciar a abordagem pelo outono, e não pela primavera, até alcançar o verão, mantendo uma correlação com as características de cada período de tempo.

A intenção declarada da utilização da música de Vivaldi como pano de fundo da análise da matéria, para além de reforçar a íntima relação entre o

3 WILLMERSDORF JÚNIOR, Mário. Encarte, p. 10.

Direito e a Arte,⁴ é demonstrar o alvorecer de uma nova hermenêutica dedicada à matéria, a partir de uma interpretação à luz de um fecundo diálogo entre o direito material e o processual.

Relembrando as certeiras palavras de Gustav Radbruch, “a propriedade que *torna o Direito uma matéria sedutora da arte é a multiplicidade de antíteses que lhe é intrínseca*, a oposição entre o ser e o dever ser, entre direito positivo e natural, direito legítimo e direito revolucionário, entre liberdade e ordem, justiça e equidade, direito e graça etc”.⁵

2. O OUTONO: O CENÁRIO SOMBRIO DO TRATAMENTO DEDICADO À PRESCRITIBILIDADE DA PETIÇÃO DE HERANÇA

Na ópera de Vivaldi, *O Outono* “começa com um novo coral de aldeões felizes porque é momento da colheita. Quantos esforços, fadigas e temores são agora esquecidos neste alegre conagraçamento, expressado no canto e na dança. Mesmo sendo instrumentos de corda, podemos ouvir as vozes felizes entoando *Del Felice raccolto il bel piacere*: é a textura polifônica enriquecendo a composição”,⁶ como explica o Professor fluminense Paulo Roberto Peloso Augusto.

De fato, distintamente da perspectiva do *outono boreal* (que vai do fim de setembro ou fim de dezembro), típico do hemisfério norte, o nosso *outono austral* (iniciado do final de março e concluído nos estertores de junho) é notabilizado pela queda de temperatura e pelo encurtamento da duração dos dias, por conta da localização, abaixo do Trópico de Capricórnio. De todo modo, em ambos os hemisférios, há, sem dúvida, uma gradativa redução de luz solar e um aumento da força dos ventos – que terminam por projetar a imagem das árvores desnudas, desprovida de folhas.

4 Nas primeiras décadas do século passado, o professor germânico Theodor Stemberg (que colaborou, decisivamente, para a elaboração do Código Civil do Japão) já constatava que o Direito utiliza a Arte e ela o utiliza reciprocamente. E, em seguida, asseverava que, por serem fenômenos culturais, *o Direito sempre penetrará nos domínios das Artes*, STEMBERG, Theodor. *Introducción al la ciencia del Derecho*, op. cit., p. 178.

5 RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*, op. cit., p. 159.

6 AUGUSTO, Paulo Roberto Peloso. “*Il cimento dell’armonia e dell’inventione*: as quatro estações de Antonio Vivaldi”, op. cit., p. 40.

Essa visão obscurecida do nosso outono, como uma espécie de obscurecimento,⁷ talvez decorra de uma espécie de declínio de temperatura, entremeando o aquecido verão que se esvai e o gélido inverno que se avizinha.

E é exatamente o cenário sombrio no qual se ambienta, de há muito, a questão do reconhecimento e da contagem da prescrição da petição de herança ao longo dos tempos.

De fato, jamais houve dúvidas acerca da sua importância prática como mecanismo de concretização do direito à herança.⁸ Nas palavras de Orlando Gomes, a petição de herança, desde priscas eras romanas, cumpre a relevante finalidade de fazer com que os *legítimos herdeiros exerçam seu direito de tornar efetiva a sua condição hereditária*.⁹ Contudo, a ausência de uma regulamentação normativa colaborou para um cenário de incertezas, dúvidas e hesitações, em relação, inclusive, à própria existência de um prazo extintivo. Sobre o tema, a prestigiosa literatura jurídica nacional não conseguiu, até hoje, chegar a um consenso. Ao revés, *auctores ultraque trahunt*, reinando a dissonância.

Em uma margem, alguns autores vislumbram na petição de herança uma pretensão imprescritível.¹⁰ Sustentam a existência de uma similitude entre a *petitio hereditatis* e a ação reivindicatória e, em razão disso, afirmam a imprescritibilidade de ambas, por serem ações reais.¹¹ Uma das mais vigorosas defesas da imprescritibilidade da petição de herança é verberada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “a petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso

7 As lentes do colombiano Gabriel García Márquez, em *O outono do patriarca*, primeira obra publicada após o *best-seller Cem anos de solidão*, também parecem ter captado uma percepção do outono como um momento de declínio. Definido pelo próprio autor, prêmio Nobel de literatura, como “um poema sobre a solidão do poder”, o livro aborda o autoritarismo na América Latina, em uma linha temporal, MÁRQUEZ, Gabriel García. *O outono do patriarca*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

8 Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, já se reconhecia a sua relevância prática como a ação do herdeiro único ou do coerdeiro “tendo por fim fazer reconhecida a qualidade de herdeiro alegada pelo autor e entregar-lhe os bens da herança no todo ou em parte”, BEVILÁQUA, Clóvis, *Direito das Sucessões*, op. cit., p. 95.

9 GOMES, Orlando, *Sucessões*, op. cit., p. 237.

10 Advogando a imprescritibilidade da ação de petição de herança em razão de sua natureza real, veja-se GOMES, Orlando, *Sucessões*, op. cit., p. 242; TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 139; e CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*, op. cit., p.323.

11 Faça-se a referência à legislação de alguns países que, expressamente, adotam a imprescritibilidade da petição de herança, como a Itália (CC, art. 533, 2ª parte), Portugal (CC, art. 2.075, 2), Peru (CC, art. 664) e Argentina (CC, art. 2.311).

assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semei heres semper heres*), assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, 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”.¹²

Em posição diametralmente oposta, outros não menos respeitáveis civilistas asseguram, enfaticamente, a prescritibilidade da petição de herança, por vincular uma pretensão nitidamente condenatória.¹³ Assim, considerando que todas as pretensões condenatórias estão submetidas a prazos prescricionais, a petição de herança não poderia ser tratada como imprescritível.¹⁴ Ademais, causaria enorme instabilidade e insegurança jurídica permitir que a herança fosse reclamada indefinidamente no tempo, envolvendo, até mesmo, gerações futuras de sucessores.

A tese da prescritibilidade da petição de herança prevaleceu em sede jurisprudencial, consagrada pelo Enunciado 149 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (editada em tempos pretéritos, quando a Corte ainda detinha competências infraconstitucionais), reconhecendo que “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, *mas não o é a de petição de herança*”. Vale o registro de que as duas turmas de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, a quem compete deliberar sobre a matéria, desde 5 de Outubro de

12 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 202.

13 Em outra sede, já se disse: “sobre o tema, é fundamental, seguindo a linha de entendimento dos estudos mais verticais a respeito da matéria, *se fixar no necessário cotejo entre os prazos prescricionais e a classificação tradicional das ações (condenatórias, constitutivas e declaratórias)*, como bem concatenou o Professor paraibano Agnelo Amorim Filho,? em trabalho que se imortalizou pelo pioneirismo e excepcional estruturação. Dessa forma, seguindo a linha de compreensão proposta pelo saudoso mestre do belíssimo estado onde o sol nasce primeiro em nosso País, a prescrição diz respeito aos direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória. Sujeitam-se, assim, a um prazo prescricional todas as pretensões condenatórias, tendentes à proteção de direitos subjetivos patrimoniais”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*, op. cit., p. 270-271.

14 O entendimento é predominante na doutrina brasileira, compartilhado, dentre outros, por ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e partilha: teoria e prática*, op. cit., p. 436; MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*, op. cit., p. 252; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 152-153; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 121; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 184; NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 129; e LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*, op. cit., p. 125.

1988, endossam o posicionamento do Pretório Excelso, confirmando que a petição de herança tem prazo de prescrição, superando os debates científicos:

“Controvérsia doutrinária acerca da prescritibilidade da pretensão de petição de herança que restou superada na jurisprudência com a edição pelo Supremo Tribunal Federal da Súmula n.º 149: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.” (STJ, Ac. 3ª T., Resp. 1.368.677/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 5.12.17, DJe 15.2.18)

“(…) Nos termos da Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal: ‘É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.’” (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgInt no AREsp. 479.648/MS, rel. Min. Raul Araújo, j. 10.12.19, DJe 6.3.20)

Parece-me acertado o entendimento prevalecente, por motivos de boa técnica metódica-interpretativa e sociais. Não se ignore que o objeto da petição de herança é a condenação de quem participou da partilha (ou da adjudicação, em caso de herdeiro único) a restituir a parte (ou o todo) que cabe ao demandante. Afrontaria a técnica, então, emprestar um tratamento de imprescritibilidade a uma pretensão condenatória. Para além disso, causaria uma grande insegurança nas relações sociais autorizar a reclamação do quinhão hereditário dezenas de anos depois da abertura da sucessão (= morte) e da própria partilha.

Elevando o tom, Caio Mário da Silva Pereira, com a maestria peculiar, já propunha, de há muito, a correta equação para o deslinde do problema: “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 (*Ansprucht*) 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”,¹⁵ depois do decurso do prazo.

E não se tente argumentar que, em atenção à Constituição da República, deveria vingar a tese da imprescritibilidade, à luz do direito

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 68-69.

fundamental à herança (CF, art. 5º, XXX). Com efeito, o argumento improcede. Isso porque, ao estabelecer um prazo extintivo para a reclamação da herança, não se está negando, ou minimizando, o direito à herança, mas, tão só, estabelecendo um lapso necessário para o seu efetivo exercício. Até porque a *Lex Mater*, em nenhum momento, confere um caráter imprescritível à herança, apenas emprestando-lhe tratamento de garantia fundamental. Logo, não viola a norma constitucional reconhecer, no âmbito infraconstitucional, um lapso extintivo para o seu exercício.

No ponto, inclusive, vale a lembrança de que os direitos fundamentais não se revestem de caráter absoluto,¹⁶ podendo sofrer relativização em homenagem a outros valores, como a segurança jurídica.¹⁷ Assim, permanece hígido o direito à herança quando se faculta ao titular o seu pleno exercício no lapso temporal estabelecido para o exercício das pretensões patrimoniais. Ademais, *ad argumentandum tantum*, se a tese da prescritibilidade afrontasse o direito à herança, também haveria de ser reconhecida a inconstitucionalidade das normas punitivas da indignidade e da deserção e da própria tributação da transmissão causa mortis.

Os próprios constitucionalistas brasileiros são diretos em reconhecer a possibilidade (*rectius*, necessidade) de limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais, abrangido o direito à herança: “*sem pressupor a existência das normas de direito privado* relativas ao direito de propriedade, ao

16 O posicionamento é proclamado pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode notar: “os direitos e garantias fundamentais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, Ac. Tribunal Pleno, RMS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU 12.5.00, p. 20):

17 Extrai-se da literatura constitucionalista de Konrad Hesse um trecho particularmente ilustrativo e perfeitamente aplicável ao caso: “a limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental”, HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., p. 256.

direito de propriedade intelectual e ao *direito de sucessões*, não haveria de se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos”.¹⁸

O coro também é ouvido em terras alienígenas. Humberto Quiroga Lavié, por exemplo, é enfático ao asseverar que a atribuição de direitos fundamentais não significa uma isenção à subordinação do indivíduo à legalidade, exigindo-se que seu exercício se “opere dentro dos limites impostos pelo direito”.¹⁹ Equivale a dizer: o exercício dos direitos fundamentais com eficácia entre os particulares têm de ser efetivado em conformidade com a normatividade infraconstitucional privada.

Voltando a atenção para o caso em testilha, o direito fundamental à herança tem de ser exercitado pelo titular em harmonia com os limites impostos pelo Código Civil e demais normas infraconstitucionais – que, lembre-se por oportuno, gozam de presunção de compatibilidade constitucional. Bem por isso, não se pode invocar aleatoriamente direitos fundamentais mencionados no Texto Constitucional para alterar o conteúdo (= estrutura) das categorias privadas, sob pena de abrir uma enorme fístula de instabilidade nas relações entre particulares.

Em nossa literatura, a mais expressiva obra da atualidade sobre o tema é do cearense, radicado em São Paulo, Otávio Luiz Rodrigues Júnior. Chamando a atenção para a impossibilidade de um “sacrifício do caráter autônomo do Direito Civil no quadro do sistema jurídico”, põe em destaque um alerta para que “o alargamento do âmbito de incidência dos direitos fundamentais aos particulares” não conduza “a uma ruptura com a lógica, a autonomia de princípios e a estrutura das relações jurídico-privatísticas, além de grande desprestígio ao legislador democrático”.²⁰

Ultrapassando as nossas fronteiras e indo ao berço do movimento de constitucionalização das relações privadas, não é despiciendo pôr em destaque a prevalência da mesma percepção na Alemanha. Registrando a existência de

18 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Màrtires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 421.

19 LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Derecho Constitucional*, op. cit., p. 123.

20 RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*, op. cit., p. 349: o “processo de constitucionalização, todavia, não pode representar a perda de identidade, de *ethos* e de *páthos* do Direito Civil”.

clara limitação para a incidência dos direitos fundamentais às relações entre particulares, Konrad Hesse, em *Direitos Constitucional e Direito Privado*, é enfático ao advertir que a incidência de garantias constitucionais nas relações particulares há de ser parametrizada por uma filtragem para não pôr em risco “o princípio fundamental de nosso Direito Privado, que vem a ser a autonomia privada”.²¹

Nessa linha de intelecção, não se pode invocar o enquadramento da herança como um direito fundamental constitucional para negar a sua prescritibilidade, na forma da regulamentação concatenada na legislação de regência (CC, art. 205), sob pena de uma indevida e despótica ruptura da lógica do sistema jurídico como um todo.

3. O INVERNO: O FRIO E TÍMIDO TRATAMENTO DA PETIÇÃO DE HERANÇA NO CÓDIGO DE 2002 E AS CONTROVÉRSIAS DECORRENTES

“O compositor adverte tanto melódica quanto harmonicamente que, em essência, o inverno possui um clima gélido. Acentua o fato de que agora vários ventos se opõem, se misturam, sopram o mais agressivamente possível: *i venti in guerra*. Poeticamente, parecem estar trancafiados atrás de portões de ferro e, nessa estação, foram liberados. A música exhibe claramente a disputa, tornando-se ela mesma ameaçadora. Mais uma vez o violino solista mostra seus dotes técnicos e criativos: a pintura musical, recordando-nos de novo do caráter sinestésico da partitura d’*As Quatro Estações*.”²²

Em *As quatro estações*, Vivaldi principia a execução do *Inverno* exteriorizando um clima rigoroso, a exigir cuidados e uma especial atenção das pessoas. Conquanto sejam características típicas do inverno europeu, é possível encontrá-las em algumas regiões de nosso país, por conta de sua extensão continental.

Pois bem, volvendo a visão para o tema *sub oculis*, é possível afirmar que, após prevalecer a tese da prescritibilidade da petição de herança, superando as obscuridades existentes, chegou-se a um período invernal, por

21 *Apud* RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*, op. cit., p. 326.

22 AUGUSTO, Paulo Roberto Peloso. “*Il cimento dell’armonia e dell’invenzione: as quatro estações de Antonio Vivaldi*”, op. cit., p. 42.

conta da necessidade de proteção, cuidados especiais com a tese da prescritibilidade da petição de herança.

A matéria, que não estava disciplinada pela Codificação de 1916, mereceu normatização no Código Civil de 2002 (arts. 1.824 a 1.828). No entanto, o tratamento emprestado à matéria se mostrou extremamente tímido, deixando de regulamentar questões de largo interesse prático que pertenciam à área cinzenta do Direito. E, com isso, abriu espaço para que fossem mantidas divergências sobre variadas matérias, dentre as quais a prescrição. As incertezas e hesitações sobre o tema se mantiveram.

Em sendo assim, malgrado já tivesse assentado na jurisprudência superior que a pretensão de reclamação de herança prescreve, a matéria permanecia sob o pomo da discórdia, sem qualquer harmonia, no que dizia respeito ao *i*) prazo extintivo aplicável e *ii*) ao termo inicial da fluência desse lapso temporal.

A primeira questão terminou sendo muito bem resolvida pela simples aplicação da regra geral de prescrição das pretensões condenatórias, prevista no art. 205 do Código Civil.²³ Assim, o lapso prescricional da petição de herança, hodiernamente reconhecido, é de *dez anos*, uma vez que não há expressa indicação de um outro prazo no art. 206 do mesmo *Codex*, que estabelece lapsos específicos para algumas pretensões condenatórias ou em normas extravagantes.²⁴

Muito mais complexa vem se mostrando a solução para a dúvida acerca do momento inicial de fluência do lapso temporal para o exercício da pretensão. A partir de quando começa a correr o prazo decenal para a pretensão condenatória de restituição da herança, no todo ou em parte?

23 Art. 205, Código Civil: “a prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”...

24 Há convergência na doutrina e na jurisprudência sobre o prazo decenal. Nessa tocada, veja-se: ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e partilha: teoria e prática*, op. cit., p. 436; ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*, op. cit., p. 169, FRANÇA, Adiel da Silva, “Da petição de herança”, op. cit., p. 84. Identicamente, a orientação da jurisprudência superior estabelece o prazo decenal para a prescrição nesse caso: “(...) Hipótese em que, aberta a sucessão em junho de 2000, o herdeiro somente veio a completar os 16 anos em outubro de 2002, data em que se iniciou, para ele, o prazo prescricional. Assim, ao tempo do ajuizamento da ação de petição de herança, em março de 2015, o prazo decenal do art. 205 do Código Civil já se tinha esgotado.” (STJ, Ac. unân. 4ª T., AgInt no AREsp. 1.430.937/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 10.12.19, DJe 6.3.20).

A resposta à indagação está envolta em debates, pertencendo à área cinzenta do Direito.

De todo modo, em meio às proposições teóricas verberadas uma premissa intransponível pode ser estabelecida para que se apresente uma resposta segura: o prazo somente pode ter início com a abertura da sucessão, em face da proibição de pacto sucessório acolhida em nosso sistema jurídico (CC, art. 426).²⁵

A partir desse pressuposto, a Corte Superior de Justiça, ouvindo atentamente as recomendações doutrinárias,²⁶ consagrou o posicionamento de que o termo inicial da contagem do prazo prescricional da petição de herança é a data da *abertura da sucessão* (= morte do autor da herança, titular do patrimônio)²⁷ - por se tratar do fato gerador da transmissão automática das relações patrimoniais do falecido. Vale conferir, ilustrativamente, a ementa orientadora do *leading case*:

“O prazo prescricional da ação de petição de herança flui a partir da abertura da sucessão” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 17.556/MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 17.11.92, DJU 17.12.92, p. 24.242)

Malgrado seja possível objetar alguma crítica, não se pode olvidar que a posição abraçada pela Corte Superior mantém uma fina harmonia com a norma contida no art. 189 da Codificação de 2002,²⁸ no sentido de que a pretensão começa a fluir a partir do momento da efetiva violação do direito. É o acolhimento da teoria da *actio nata* a partir de um viés *objetivo*. Assim, a fluência da prescrição decorre de um fato objetivo, desatrelado de elementos psíquicos, relativos ao sujeito. Violado o direito, fluem os lapsos prescricionais.

25 Art. 426, Código Civil: “não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva.”

26 A respeito, confira-se ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*, op. cit., p. 169. De modo mais enfático, Paulo Nader dispara: “a contagem do prazo se inicia a partir da abertura da sucessão, que é o fato gerador do direito”, NADER, Paulo *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 129.

27 Art. 1.784, Código Civil: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

28 Art. 189, Código Civil: “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.” Na mesma levada, é o que recomenda o Enunciado 14 das Jornadas de Direito Civil: “o início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo”.

Sem medo de incorrer em erro, a solução engendrada pela jurisprudência superior, rendendo homenagens à normatividade sobre o tema (CC, art. 189), se apresenta bastante adequada para o sucessor que, no momento da abertura da sucessão, tem ciência da sua condição (de filho e, por conseguinte, de herdeiro), mas se mantém inerte, omissa em reclamar o seu direito patrimonial.²⁹ Entretanto, o entendimento consagrado (de que o prazo se inicia na abertura da sucessão) não se mostra razoável em relação ao sucessor que, no momento da abertura da sucessão, não tem conhecimento de sua condição de filho (e, via de consequência, de sucessor).³⁰ Permitir que o prazo tenha fluência sem que o titular possa exercer o seu direito é ilógico e arbitrário.

Aliás, o cotidiano revela ser frequente o titular não ter a sua parentalidade reconhecida, no momento do falecimento, e, por conta disso, não ostentar o pressuposto necessário para reclamar o seu quinhão hereditário.

Nessa ordem de ideias, apesar da fixação de uma regra geral para a contagem do prazo (a partir da abertura da sucessão), o cenário se manteve instável, na medida em que a solução concebida pela Corte Superior não se mostra adequada e razoável para alcançar a situação em que o interessado não conhece a sua condição de descendente e de herdeiro.

O tempo, então, permaneceu invernal.

29 “Realmente, adotada como uma regra geral (CC, art. 189), a norma (que acolhe a teoria da *actio nata* pelo viés objetivo) se apresenta razoável, afinal de contas, a prescrição deve se iniciar quando há violação do direito subjetivo patrimonial subjacente. A partir desse instante, o titular deve exercer a sua pretensão, buscando a efetividade do seu interesse. É dizer: o início da fluência do prazo extintivo se verifica com o nascimento da pretensão, decorrente, por óbvio, da exigibilidade do direito. Observando a questão pelo ângulo da prática concreta, esse momento corresponde ao instante em que a ação poderia ter sido ajuizada”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*, op. cit., p. 805-806.

30 “Contudo, a tese da *actio nata* (pelo viés subjetivo) pode melhor orientar a questão, a depender das circunstâncias subjacentes. Isso porque, em alguns casos, o prazo extintivo não pode ter iniciada a sua fluência enquanto não for possível ao titular do direito violado ter efetivo conhecimento e, assim, poder exercer o seu direito de ação, através da propositura da demanda respectiva (*actioni nondum natae non praescribitur, como diziam os latinos*), FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*, op. cit., p. 806.

4. A PRIMAVERA: O ALVORECER DE UM NOVO TEMPO (A TEORIA DA ACTIO NATA EM PERSPECTIVA SUBJETIVA PARA A INTERPRETAÇÃO RACIONAL E RAZOÁVEL DA NORMA)

“É chegada a primavera e festivamente (*Giunt' è la primavera e festosetti*). Saúdam-na os passarinhos com alegre canto; (*La salutan gl'augei con lieto canto*);). Um festivo coral, apresentado nas cordas, introduz com um canto de júbilo, a chegada da primavera. Transbordante de alegria e, ao mesmo tempo, com sua famosa melodia contagiante, tem atravessado os séculos, identificando Vivaldi a esse tema cheio de energia. Vivaldi, ele próprio, percebeu a natureza brilhante e impregnante desta abertura e a empregou em outras de suas composições, como nas óperas *Giustino* (1724) e em *Dorilla in Tempe* (1726), entre outras, caracterizando o célebre processo de *pasticcio*,⁶ tão em voga na época.”³¹

Período propício para novos alvoreceres, a primavera é indicativa de boas novas.

No campo da música popular brasileira, em *Sol de Primavera*, de 1979, o mineiro Beto Guedes, com sensibilidade invulgar, lembra do renascer que a primavera traz consigo, com a perspectiva de novos aprendizados:

“Quando entrar setembro; e a boa nova andar nos campos; quero ver brotar o perdão; onde a gente plantou; juntos outra vez; já sonhamos juntos; semeando as canções no vento; quero ver crescer nossa voz, no que falta sonhar; já choramos muito; muitos se perderam no caminho; mesmo assim não custa inventar; uma nova canção que venha nos trazer sol de primavera; abre as janelas do meu peito; a lição sabemos de cor; só nos resta aprender.” (composição de Beto Guedes e Ronaldo Bastos)

Pois bem, voltando à matéria *sub oculis*, mostrava-se necessária uma primavera para encontrar um entendimento adequado para a contagem da prescrição da petição da herança quando a pessoa não conhecia, no momento do óbito do titular do patrimônio transmitido, a sua qualidade filiatória e, conseqüentemente, hereditária.

Impunha-se estabelecer um novo critério interpretativo, compatível com os fatos subjacentes. Afinal de contas, se o titular não poderia exercer a

31 AUGUSTO, Paulo Roberto Peloso. “*Il cimento dell’armonia e dell’invenzione: as quatro estações de Antonio Vivaldi*”, op. cit., p. 35.

pretensão de reclamar a herança (por não ostentar a qualidade de herdeiro), o prazo não poderia ter fluência.

A solução floresceu a partir de uma variação subjetiva (anímica) da teoria romana da *actio nata*.

Embora a regra geral (CC, art. 189), como visto alhures, seja o uso da aludida teoria a partir do seu viés objetivo (com o prazo fluido a partir do momento da violação do direito), sobreleva, nesse ponto, abraçar um critério subjetivo, fixando o entendimento de que não pode correr o lapso prescricional da petição de herança enquanto o titular *não tiver conhecimento de sua condição de filho e, conseqüentemente, de herdeiro*. Até mesmo por lógica: enquanto o titular de um direito não tem ciência de sua qualidade, não pode reclamá-lo.

Trilhando esse caminho, a jurisprudência superior firmou uma nova posição no sentido de que, não tendo o titular conhecimento da filiação na data do óbito do autor da herança, somente se inicia a contagem da prescrição com o *trânsito em julgado da decisão que reconhece a sua parentalidade post mortem*. Justifica-se plenamente o entendimento, afinal de contas, sem ostentar a condição de filho, o interessado não pode se habilitar no inventário, judicial ou extrajudicial, e, por isso, não pode participar da partilha. É o exemplo do filho não reconhecido. Enquanto não obtiver a afirmação de sua parentalidade, não tem legitimidade para participar da partilha e, assim, não pode estar submetido à contagem prescricional.

Ademais, a contagem do lapso prescricional a partir do trânsito em julgado da decisão da investigatória de parentalidade, nessa hipótese, prestigia a boa-fé de modo mais vigoroso, obstando que o titular seja prejudicado por não ter conhecimento da lesão que lhe foi imposta.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que sempre teve simpatia à aplicação desse entendimento no campo das relações obrigacionais,³² se alinhou, recentemente, à tese, reconhecendo que o prazo

32 “Segundo a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial do prazo prescricional das ações indenizatórias, em observância ao princípio da *actio nata*, é a data em que a lesão e os seus efeitos são constatados.” (STJ, Ac. unân. 2ª T., AgRgREsp 1.248.981/RN, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 6.9.12. DJe 14.9.12). Em igual sentido, o Enunciado 229 da súmula de

extintivo da petição de herança somente pode ter fluência quando do conhecimento da condição hereditária, o que ocorrerá no trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade.

“1. A petição de herança objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou. 2. A teor do art. 189 do Código Civil, o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro.” (STJ, Ac. unân. 3ª T., REsp. 1.475.759/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17.5.16, DJe 20.5.16)

Indubitavelmente, o posicionamento apresenta uma solução mais razoável, impedindo que fluam prazos extintivos contra aquele que não conhece a sua parentalidade e, por conta disso, não pode, via de consequência, reclamar a herança.

Não se pense, entretanto, que o reconhecimento da contagem da prescrição a partir do trânsito em julgado da investigação de parentalidade *post mortem* importa no aniquilamento do entendimento anteriormente proclamado, da fluência do prazo a partir da abertura da sucessão.³³ Com efeito, não há entre os dois posicionamentos qualquer incompatibilidade ou divergência. Ao revés, são convergentes. Em verdade, malgrado possa não parecer, em um juízo perfunctório, são duas regras harmônicas e combinantes, aplicáveis a duas situações fáticas distintas.

Cuidadosamente averiguados, vislumbra-se serem *critérios distintos de contagem do lapso prescricional, apoiados em situação fáticas diferenciadas*.

Dessa maneira, é de se vislumbrar a existência de uma dualidade de regras disciplinadoras da contagem do prazo prescricional da petição de herança, a exigir especial atenção para evitar equívocos:

sua jurisprudência “o pedido do pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão.”

33 Com o mesmo tom, Luiz Paulo Vieira de Carvalho é enfático ao afirmar que apenas “*quando forem cumuladas com a investigação de paternidade, o prazo prescricional somente se iniciará após o trânsito em julgado da sentença que reconhecer a filiação*”, CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. Direito das Sucessões, op. cit., p. 324.

i) se o interessado *tem conhecimento de sua qualidade filiatória e, por conseguinte, de herdeiro no momento da abertura da sucessão* (= morte do autor da herança), *o prazo fluirá imediatamente;*

ii) todavia, não tendo o interessado *ciência da sua condição de filho e de herdeiro, somente poderá correr contra si a prescrição a partir do instante em que dela tomar conhecimento* – o que pode ser presumido no trânsito em julgado da decisão de reconhecimento de parentalidade.³⁴⁻³⁵

Apresentando acordes no mesmo diapasão, Conrado Paulino da Rosa e Marco Antonio Rodrigues também reconhecem uma bipartição da regra geral com duas faces: “o pleito de petição de herança é, via de regra, de dez anos, o qual deve ser computado *da data da abertura da sucessão*”, todavia “se o pedido for decorrente de ação de investigação de paternidade *post mortem* ajuizada após o trânsito em julgado da partilha de bens deixados pelo *de cujus*, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento da ação de petição de herança é *a data do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade*”.³⁶

Por derradeiro, sublinhe-se que, também na ação de petição de herança, não corre o prazo prescricional contra os absolutamente incapazes, a partir da causa impeditiva contemplada no art. 198, I, do *Codex*. Assim,

34 “Isso porque a fluência do prazo prescricional a partir do trânsito em julgado da decisão de reconhecimento filiatório somete é possível para os casos nos quais o filho ainda não detinha o título sucessório por não estar reconhecido, quando da abertura da sucessão. Se, por outro turno, o filho já estava reconhecido (e, via de consequência, já possuía o título sucessório), o prazo de prescrição se inicia no momento da abertura da sucessão”, FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*, op. cit., p. 274.

35 Não se restrinja, entretentes, a hipótese do desconhecimento da qualidade de herdeiro a uma cumulação da ação de reconhecimento de filho com a petição de herança. Efetivamente, é possível suscitar a possibilidade de propositura da ação investigatória *post mortem* pura e simples para, posteriormente, se requerer a petição de herança. Nessa hipótese, pouco provável, é bem verdade, não haverá cumulação, mas se reconhece a fluência do prazo a partir da afirmação da parentalidade.

36 ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e partilha teoria e prática*, op. cit., p. 435. Também assim, GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 153: “o termo inicial do lapso prescricional é coincidente com a data da abertura da sucessão”, “todavia, 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”.

somente começa a fluir o lapso a partir dos dezesseis anos de idade do interessado.³⁷

5. O VERÃO: A APLICAÇÃO DO MÉTODO INTERPRETATIVO DISTINGUISHING PARA A APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES PERSUASIVOS SOBRE O TEMA

“O segundo concerto descritivo de Vivaldi celebra *O Verão*, é composto no tom de Sol Menor, o que anuncia, do ponto de vista tonal, uma grande diferença em relação ao concerto anterior: *A Primavera*...

É um momento em que fica claro o título da série onde se inserem *As Quatro Estações*: o conflito entre a técnica e a criação. Técnica intensa simultânea associada a uma beleza e liberdade de expressões líricas ao longo da obra, não só deste episódio, formam a feliz coincidência que Vivaldi pensou quando opôs técnica e criação. Essa disputa imaginária, porém facilmente observável, que percorre cada momento d’*As Quatro Estações*, é um tributo à arte, o que certamente contribuiu para que a fama dessa coleção aumentasse continuamente a partir de sua redescoberta, nas primeiras décadas do século...

Que felicidade uma fresca aragem no verão, que poeticamente são os *zeffiretti dolci* anotados neste local na partitura. Os violinos e a viola com suas quiálteras em dinâmica *piano* nos fazem sentir esse sopro. Certamente, a sinestesia é o grande recurso que os admiradores desta obra de Vivaldi dispõem para se referir à mesma. Repentinamente, o cenário muda e, através do forte vento norte, *Borea*, percebe-se que a previsão para breve será de tempestade.”³⁸

A *estação da luz* e do calor também foi muito bem percebida pelo cancionista pernambucano Alceu Valença, em uma composição de 1985 que sugere ao ouvinte atento uma inusitada combinação de *música* e *cor*, muito conhecida até os nossos dias: “*lá vem chegando o verão, no trem da estação da luz; é um pintor passageiro colorindo o mundo inteiro; derramando seus azuis; lá vem chegando o verão; lá vem chegando o verão, no trem da estação da luz; com seu fogo de janeiro colorindo o mundo inteiro; derramando seus azuis; pintor chamado verão, tão nobre é sua aquarela, papoulas vermelhas, a*

37 O entendimento que reverbera da jurisprudência superior segue o mesmo rumo: “o termo inicial do prazo prescricional da pretensão de petição de herança conta-se da abertura a sucessão, ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, da data em que completa dezesseis anos, momento em que, em ambas as hipóteses, nasce para o herdeiro, ainda que não legalmente reconhecido, o direito de reivindicar os direitos sucessórios (*actio nata*)”..(STJ, Ac. unân. 4ª T., AgInt no AREsp. 1.430.937/SP, rel. Min. Raul Araújo, j. 10.12.19, DJe 6.3.20).

38 AUGUSTO, Paulo Roberto Peloso. “*Il cimento dell’armonia e dell’invenzione: as quatro estações de Antonio Vivaldi*”, op. cit., p. 38-39.

rosa amarela, o verde dos mares, as cores da terra, me faz bem moreno para os olhos dela” (*Estação da luz*, composição: Alceu Valença).

Assim como no caso brasileiro, o intenso calor do verão europeu tratado em *As quatro estações* carrega consigo, a reboque, as famosas *tempestades*, que intercalam chuvas, absolutamente justificáveis geograficamente. Voltando a atenção para o tema em comento, não se pode deixar de considerar a possibilidade de ocorrência de preocupantes tempestades em pleno verão, em relação ao critério dual de contagem da prescrição na petição de herança.

Autorizadas vozes da civilística brasileira verbalizam, com coerência, perigos existentes na aplicação dos critérios de contagem do prazo prescricional para a petição de herança.³⁹ Dentre algumas objeções consistentes, duas situações são, particularmente, dignas de atenção: *i*) o filho que já tem a filiação reconhecida, porém não tem conhecimento do falecimento do ascendente, por conta, por exemplo, de falta de convívio e/ou de uma ocultação pelos demais coerdeiros; *ii*) o interessado que, embora saiba que é filho, tendo ciência de quem é o seu ascendente, comodamente, deixa passar um tempo considerável, após o óbito, para, então, ajuizar o reconhecimento de filiação, sem querer sofrer, nesse caso, a perda da pretensão – uma vez que a prescrição somente começará a correr com a formação da coisa julgada.⁴⁰

De fato, as situações ventiladas podem contribuir para o reconhecimento de um claro perigo no uso indiscriminado do critério dual parametrizado anteriormente.

Pois bem, a mim parece que a utilização do método *distinguishing* (técnica interpretativa de distinção) serve para conferir segurança na aplicação dos precedentes às situações fáticas, evitando situações paradoxais. Isso

39 “Na grande maioria das vezes, a ação de petição de herança está cumulada com investigação de paternidade, sendo decorrência natural do reconhecimento da verdade biológica e do vínculo parental. 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”, TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*, op. cit., p. 140.

40 Rolf Madaleno externou esta justa preocupação: “basta que o filho não reconhecido em vida deixe em suspenso a sua declaratória de filiação que ficará automaticamente suspensa a contagem da decadência (prescrição) da ação de petição de herança”, MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*, op. cit., p. 253.

porque a *atenta leitura do relatório das decisões que servem como paradigmas para a fixação dos precedentes persuasivos da Corte Superior de Justiça revela, em última análise, que a fluência do prazo extintivo da petição de herança está condicionada ao conhecimento efetivo da condição de sucessor - e não a um fato objetivo (seja a abertura da sucessão, seja o trânsito em julgado da decisão de investigação de parentalidade).*

Enfim, é o meio seguro para impedir que as tempestades de verão ofusquem a estação da luz.

Com o propósito de comprovar a assertiva apresentada, vale a pena um bosquejo nos precedentes da Corte Superior de Justiça sobre o tema, analisando a sua *ratio decidendi*⁴¹ – ou seja, o fundamento determinante da formação do precedente, exigido, inclusive, como condição de validade de uma decisão judicial.⁴² Confirma-se, então, a orientação jurisprudencial, com o propósito de identificar “a proposição sem a qual o caso seria decidido de forma diversa” (ou seja, a sua *ratio decidendi* ou *holding*):

“Tratando-se de filho ainda não reconhecido, o início da contagem do prazo prescricional só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios.” (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgInt no AREsp. 1.273.921/GO, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 14.8.18, DJe 30.8.18)

“Tratando-se de reconhecimento post mortem da paternidade, o início da contagem do prazo prescricional para o herdeiro preterido buscar a nulidade da partilha e reivindicar a sua parte na herança só terá início a partir do momento em que for declarada a paternidade, momento em que surge para ele a pretensão de reivindicar seus direitos sucessórios. Precedentes.” (STJ, Ac. unân. 3ª T., AgInt no AREsp. 1.215.185/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22.3.18, DJe 3.4.18)

Pois bem, para a definição do que é a *ratio decidendi*, deve se ter na tela da imaginação uma fusão de duas propostas: o “teste de Wambaugh” e “o

41 A eficácia que decorre da teoria dos precedentes “reside em seus fundamentos determinantes” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*, op. cit., p. 269.

42 O Código de Processo Civil, em seu art. 489, §1º, V, ao exigir fundamentação como elemento de validade das decisões judiciais, adverte que ela não se considera fundamentada quando se limita a invocar algum padrão decisório “sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àquelas fundamentos”.

método de Goodhart”. O “teste de Wambaugh” vaticina um caminho para encontrar a razão de decidir: “deixe-o então inserir na proposição uma palavra invertendo o seu significado. Deixe-o então perguntar se, caso a corte tivesse admitido esta nova proposição como boa, e a tivesse em mente, a decisão teria sido a mesma. Se a resposta for afirmativa, então, ainda que a proposição original pudesse ser excelente, o caso não é um precedente para aquela proposição, mas se a resposta é negativa, o caso é um precedente para a proposição original”.⁴³ Por outro lado, “o método de Goodhart” confere ênfase “aos fatos subjacentes à causa. Sustenta que a definição da *ratio decidendi* pressupõe que se identifiquem e se separem os fatos materiais ou fundamentais, bem assim a decisão neles embasada. Assim, a *ratio decidendi* se encontra na análise dos fatos destacados e considerados importantes na causa”.⁴⁴

A partir da conjugação das técnicas identificadoras do fundamento determinante pode se notar que a *ratio decidendi* (motivação determinante) utilizada pelos julgados antes aludidos revela uma certeza: a fluência do prazo extintivo a partir do trânsito em julgado da decisão que reconhece a filiação somente se justifica quando se trata “de filho não reconhecido”. Em se tratando de filho já reconhecido, no instante da abertura da sucessão, o lapso terá fluência a partir da abertura da sucessão.

E mais: evidencia-se, a mais não poder, que a *razão determinante* para a fixação do precedente é o *conhecimento da condição de filho e de herdeiro*. Não se trata de vinculação a um fato objetivamente considerado, mas do estado de consciência do interessado, em diferentes circunstâncias.

Com isso, as hipóteses bem prospectadas anteriormente (que poderiam causar um embaraço no uso do entendimento binário consagrado) estão afastadas do alcance dos precedentes da jurisprudência superior com o uso do *distinguishing*. Em ambas os casos, *os fatos ensejadores são distintos e, por isso, não se aplicam os precedentes da Corte Superior de Justiça, a*

43 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*, op. cit., p. 270.

44 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 611.

partir da técnica interpretativa de distinção. Fatos diferenciados não permitem o uso de precedentes.

É a chamada *força gravitacional dos precedentes*, a exigir que a aplicação de precedentes ocorra, apenas, em casos (fáticos) *rigorosamente idênticos* àqueles que ensejaram a sua formação. Não interessa, portanto, apenas compreender a *ratio decidendi* (tese jurídica) que ele emana, mas, com a mesma relevância, precisam ser conhecidos os fatos subjacentes.

A literatura processual brasileira, em alvissareiro momento, vem alertando para a importância da estrita e correta aplicação de precedentes, a partir do método *distinguishing* (ou simplesmente *distinguish*):

“A distinção de casos, portanto, não é uma forma de se deixar de aplicar o padrão decisório, mas – ao contrário – uma forma de respeitá-lo, estabelecendo com precisão em que casos seus fundamentos determinantes devem incidir”. (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*, op. cit., p. 290)

“Fala-se em *distinguishing* (ou *distinguish*) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base a *ratio decidendi* (tese jurídica) constante do precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente” (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, op. cit., p. 611)

“A prática do *distinguishing* é importantíssima, na medida em que permite diferenciar circunstâncias materiais entre duas demandas...

(Trata-se) da confrontação dos fatos motivadores dos casos, a fim de analisar se a *ratio decidendi* e o *obiter dictum* daquele aplicam-se a este, a ponto de justificar a incidência da mesma *holding*”. (LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais cíveis no Brasil*, op. cit., p. 210.

Ora, dúvida inexistente de que, caracterizadas situações *fáticas distintas*, não se aplicam os precedentes persuasivos que caracterizam, em nossos dias, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

Explica-se separadamente.

O entendimento de que o prazo prescricional da petição de herança começa a correr quando da abertura da sucessão (= falecimento do autor da herança), pressupõe *o conhecimento do interessado quanto à sua condição de herdeiro e, conseqüentemente, do óbito*. Logo, não tendo ciência da morte do ascendente, por motivos não imputáveis à sua vontade, contra si não fluirá o prazo extintivo, na medida em que, não estando informado do óbito, não pode requerer a sua fração ideal sucessória.

Lado outro, a posição da Corte Superior de que o prazo *somente fluirá quando do trânsito em julgado da decisão que reconhece a filiação* não se aplica aos casos nos quais o interessado *tem conhecimento da filiação e do falecimento do ascendente, mas prefere, por motivos pessoais, não promover a ação, aguardando um enorme lapso temporal*. Se tinha ciência do fato, mas prefere não fazê-lo, o prazo já estará fluindo, para evitar que se possa tornar imprescritível uma pretensão condenatória. Para além disso tudo, não se olvide que ninguém pode se valer de sua própria torpeza.

A tarefa de provar a diferenciação fática, como regra geral, ficará a cargo do interessado, que pode ser, por exemplo, o coerdeiro, a partir das regras de distribuição do ônus da prova da legislação processual,⁴⁵ utilizando todos os meios cabíveis.⁴⁶

De todo modo, não se ignora que, em muitos casos, a demonstração do fato pode se apresentar demasiadamente difícil. Nesse cenário, então, vê-se a importância da *teoria da carga dinâmica do processo*, sendo possível ao juiz, casuisticamente, determinar àquele que tem uma melhor condição de produzir a prova que o faça, independentemente da distribuição ordinária do ônus de prova. É o que emana do permissivo do §3º do art. 373 do Código de Rito: *“nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionada e impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato*

45 Art. 373, Código de Processo Civil: “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

46 Art. 369, Código de Processo Civil: “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar é parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Com segurança, a intenção dessa providência judicial é viabilizar o acesso a determinadas provas, devendo anteceder ao provimento final do processo.

Indubitavelmente, um dos campos mais férteis para a distribuição dinâmica da carga probatória são as ações de família e sucessões, onde, muitas vezes, as peculiaridades do caso e a proteção avançada da vida privada impedem que a parte interessada tenha acesso à obtenção de determinadas provas. Outrossim, não se pode negar um forte caráter dinâmico (não estático) na produção probatória das ações de família e sucessões, uma vez que se destina ao regramento da própria vida privada.

Alerte-se, contudo, para um detalhe: não se trata de inversão do ônus da prova, mas de uma atribuição do peso probatório a quem tem melhor condição de fazê-lo, garantindo tratamento igualitário. Essa alteração do ônus da prova é, na hipótese, *ope judicis*, por ato judicial, de ofício ou a requerimento, e não *ope legis*. Assim, cumpre ao juiz determinar o encargo probatório, variando a carga consoante se mostre a atividade mais fácil, mais acessível, mormente por se encontrar, aquele a quem se onera, no controle dos meios probatórios, como explica José Carlos Teixeira Giorgis.⁴⁷

Ao utilizar o método interpretativo *distinguishing* (distinção) confere-se segurança à aplicação dos precedentes, ao mesmo tempo em que se obsta a ocorrência de anomalias, decorrentes de um elastecimento indevido, impedindo que sejam aplicados os seus efeitos a fatos não compreendidas em sua hipótese de incidência.

Enfim, é como se pode atuar para que *“as águas de março, fechando o verão”, sejam “promessas de vida em seu coração”...*

47 GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A prova dinâmica no Direito de Família”, op. cit., p. 25.

REFERÊNCIAS

- ALMADA, Ney de Mello. *Sucessões*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AUGUSTO, Paulo Roberto Peloso. “*Il cimento dell’armonia e dell’invenzione: as quatro estações de Antonio Vivaldi*”. In *Revista Interfaces: as quatro estações*, Rio de Janeiro: 7 Letras, n. 22., vol. I, jan./jun. de 2015.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das sucessões*. Campinas: Red Livros, 2000.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula*. São Paulo: Atlas, 2018.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das Sucessões*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, 15ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 2.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Direito das Sucessões*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de. Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 18ª ed, Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 1.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Sucessões*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, vol. 7.
- FRANÇA, Adiel da Silva. “Da petição de herança”. In: GHIARONI, Regina (Coord.). *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. 7.
- GIORGIS, José Carlos Teixeira. “A prova dinâmica no direito de família”. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*. Porto Alegre: Magister/IBDFAM, n. 11, ago./set. 2009.
- GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, vol. 7.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 20.

- LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Derecho Constitucional*. 3ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões*. São Paulo: RT, 2004.
- LIMA, Tiago Asfor Rocha. *Precedentes judiciais civis no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MADALENO, Rolf. *Sucessão legítima*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. 6.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, vol. VI.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.
- ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Inventário e partilha: teoria e prática*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação dos interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002
- STEMBERG, Theodor. *Introducción al la ciencia del Derecho*. Barcelona: Labor (Biblioteca de iniciación cultural), 1930.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, vol. 6.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito das Sucessões*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, vol. VII.
- WILLMERSDORF JÚNIOR, Mário. Encarte. Antonio Vivaldi: *Le Quattro Stagioni*. Hamburgo: Deutsche Grammophon, 1972.

Autor Convidado | *Invited author*

SOBRE O AUTOR | *ABOUT THE AUTHOR*

CRISTIANO CHAVES DE FARIAS

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Mestre em Família na Sociedade Contemporânea pela Universidade Católica do Salvador. Professor da Faculdade Baiana de Direito. Professor do Complexo de Ensino Renato Saraiva. Membro da Diretoria Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família. E-mail: cristianofarias@uol.com.br.