

DIMENSÕES MATERIAIS E EFICACIAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À HERANÇA: IMPRESCRITIBILIDADE DA PETIÇÃO

Edenilza Gobbo*

Gustavo Favero**

RESUMO

O artigo trata da imprescritibilidade da ação de petição de herança como única forma de garantir a dimensão material e eficaz do direito fundamental à herança. Utilizando-se o método de pesquisa bibliográfica, contrapõe-se a teoria da prescrição da ação de petição de herança. O texto aborda o direito fundamental à herança bem como os institutos da prescrição e decadência no ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se que as divergências quanto à prescritibilidade da Ação de Petição de Herança decorrem da natureza do provimento judicial, e também, quanto à natureza jurídica da Ação. Assim, partindo do pressuposto de que a natureza jurídica da petição de herança se trata de provimento eminentemente declaratório, conclui-se pela não oponibilidade de prazos prescricionais posto que salvaguarda o mínimo existencial da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Herança. Tutela declaratória. Imprescritibilidade.

1 INTRÓITO

O direito à herança é um direito fundamental da pessoa humana, positivado pelo inciso XXX, do artigo 5º da Constituição Federal.

Mesmo que o direito material diga que a herança se transmite desde o evento morte (artigo 1.784 do Código Civil), o herdeiro interessado em

* Mestre em Direito; Professora titular de Direito Civil, Processual Civil e Direito da Criança e Adolescente; gobbo30@hotmail.com

** Acadêmico da 10ª fase do Curso de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus de São Miguel do Oeste; ghfavero@hotmail.com

recebê-la precisa habilitar-se nos autos do processo de inventário e partilha. Ocorre, porém, que o artigo 984 do Código de Processo Civil, determina que as questões de fato e de direito que não estiverem corroboradas por prova documental, devem ser discutidas em ação ordinária. É o caso, por exemplo, dos filhos não reconhecidos em vida pelos genitores, ou das situações de união estável não comprovada documentalmente.

Nas situações exemplificadas, o interessado terá que provar a qualidade de herdeiro e reivindicar o direito à herança, através de ação autônoma, qual seja, petição. Nesse sentido, quanto ao direito de investigar a paternidade, por exemplo, por se tratar de direito de personalidade, é pacífico o entendimento de ser imprescritível. O mesmo entendimento, porém, não se segue quanto ao pedido de herança, em especial pela interpretação da Súmula 149 do STF⁹⁸.

Ainda, a divergência decorre do entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da natureza do provimento judicial na ação de petição de herança, se condenatório, constitutivo ou declaratório, pois nesse sentido podem estar sujeitas ou não aos prazos de prescrição ou decadência.

Nesse sentido, discute-se a hipótese de que a imprescritibilidade da ação de petição de herança é o único modo de interpretação a fim de garantir as dimensões materiais e eficacias deste direito fundamental.

Este artigo, usando da pesquisa bibliográfica, tratará da herança enquanto direito fundamental; das regras a respeito da prescrição e decadência no direito civil brasileiro; da natureza jurídica da petição de herança, bem como de sua imprescritibilidade.

2 A HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Desde a Revolução de 1789 as Declarações de Direitos são um dos traços do constitucionalismo. A causa principal do reconhecimento de

⁹⁸ É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

direitos naturais e intangíveis em favor do indivíduo é de ordem filosófica-religiosa, tendo no Cristianismo uma grande contribuição com a idéia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus, portanto, a igualdade fundamental natural entre todos os homens. A esse respeito é o escólio de Canotilho (1993, p. 281):

As concepções cristãs medievais, especialmente o direito natural tomista, ao distinguir entre *lex divina*, *lex natura* e *lex positiva*, abriram o caminho para a necessidade de submeter o direito positivo às normas jurídicas naturais, fundadas na própria natureza dos homens. Mas como era a consciência humana que possibilitava ao homem aquilatar da congruência do direito positivo com o direito divino, colocava-se sempre o problema do conhecimento das leis justas e das entidades que, para além da consciência individual, sujeita a erros, captavam a conformidade da *Lex positiva* com a *lex divina*.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4 CF).

Pretendendo atribuir aos direitos individuais eficácia superior à das normas meramente programáticas, então se deve identificar precisamente os contornos e limites de cada direito, isto é, a exata definição do seu âmbito de proteção. Tal colocação já é suficiente para realçar o papel especial conferido ao legislador tanto na concretização de determinados direitos, quanto no estabelecimento de eventuais limitações ou restrições (*Grundrechtlicher Schutzbereich*).

É consabido, desde a célebre tese de Jellinek acerca da "Teoria dos Quatro Status", que os direitos fundamentais são corolários de distintas funções no âmago do ordenamento jurídico. Doutrina de escol, como Ingo Sarlet (1998, p. 153) brada que:

Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.

Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado, conforme propugnado por Hesse (1995, p. 112).

Destarte, exsurge a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos que legitimam a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*), conforme a doutrina alemã inspirada em Krebs (1988, p. 617).

O postulado fundamental à herança está plasmado na Carta Política, em seu artigo 5, inciso XXX, que dispõe ser garantido o direito de herança.

O Poder Constituinte originário garantiu, portanto, tal direito, deixando à cargo da normatividade infraconstitucional (Poder Constituinte Derivado) o encargo de regular a aplicação e definir suas limitações. Neste sentido, preleciona Martins Neto (2003, p. 81) que:

Considerando que as normas jusfundamentais integram a parte material da Constituição, não custa concluir que, situados no nível máximo da hierarquia normativa e protegidos por técnicas processuais de controle de constitucionalidade, os direitos fundamentais revelam-se, em primeiro lugar, como direitos subjetivos indisponíveis ao legislador ordinário. A tanto equivale dizer que, no plano da legislação infraconstitucional, eles são, na medida de seu conteúdo constitucional, juridicamente imunes à abolição, deformação ou atentados de qualquer espécie, ressalvada a possibilidade, em termos que não os nulifiquem, de sua organização, limitação ou complementação por normas inferiores.

Portanto, o direito à herança consubstancia-se em verdadeiro corolário ao direito de propriedade, uma vez que o reafirma mesmo após a morte do titular dos bens, com a conseqüente transmissão aos seus herdeiros.

Ora, é a herança é um dos mais poderosos vetores e estímulos da atividade humana. Nada mais do que o desejo de transmitir à prole os meios

necessários ao seu conforto e bem-estar. Caso não houvesse tal consectário, a *supressio* aguilhoaria o espírito de poupança e de capitalização, favorecendo o desperdício e fomentando a prodigalidade. Desaparecer-se-ia o substrato da economia. Ninguém mais preocupar-se-ia com a acumulação e concatenação de bens, pois estes quedar-se-iam à coletividade empós o derradeiro fim.

De mais a mais, caso ausente a proteção subjetiva da herança, findaria uma das (hodiernamente poucas) bases de coesão familiar, condenando de forma inarredável seus integrantes ao individualismo, à dispersão de forças e ao egoísmo personalista. Neste diapasão, Cunha Gonçalves (1999, p. 467):

Espolia a família em proveito da comunidade, esquecidos seus adeptos de que a primeira representa o núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social, merecedora, por isso, de maior amparo. [...] Outro inconveniente: a supressão da herança gera a fraude; o de *cujus* simula ou confessa dívidas fantásticas que absorvam todo o seu patrimônio, assim favorecendo as pessoas que deseja aquinhoar, como sucedeu em Roma com a Lei *Vocônia*, e na Rússia, quando se baniou a herança.

Por derradeiro, concluiu-se que o direito hereditário caracteriza-se como instituto jurídico que se situa em um complexo normativo que assegura a “[...] existência, funcionalidade e a utilidade privada desse direito”, na precisa lição do eminente constitucionalista Gilmar Mendes (1998, p. 154), haja vista constar, teleologicamente, no rol de direitos subjetivos de primeira dimensão.

3 BREVE ESCORSO ACERCA DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Antônio Chaves (1982, p. 1614) destaca que, em *Eclesiastes*, cap. III, 1, encontra-se, nas palavras de Salomão, a melhor explicação da importância do fenômeno temporal para a estabilidade das relações jurídicas, pois só a prefixação de marco temporal permite a consolidação dessas relações:

Mas é nos Eclesiastes, Cap. III, 1, que vamos encontrar o conceito de Salomão mais compreensivo do fenômeno para o nosso estudo: "Omnia tempus habent et suis spatiis transeunt universa sub caelo (Todas as coisas têm o seu tempo e todas passam sob o céu no espaço que lhes é prefixado).

Destarte, conforme bazilar ensinamento de Fanucchi (1969, p. 16) a Decadência e a Prescrição são institutos que têm seus fundamentos alicerçados sobre o princípio da perecibilidade do direito, pela inércia do titular. O Autor ressalta, citando Módica, que a Decadência remonta aos Textos Bíblicos, pois, em Levítico XXV, 29-30, a Tradição Hebraica reconhece o instituto da decadência, o que não fez com a prescrição, nem com a prescrição aquisitiva, visto que, em Levítico XXV, 13, a Tradição Hebraica determina que a cada cinqüenta anos a propriedade deva voltar ao seu antigo dono, é o chamado Ano Sabático.

Prosseguindo, o cerne etimológico da palavra decadência, segundo Antônio Luiz Câmara Leal (1932, p. 122) advém do vocábulo latino *cadere*, que significa cair, cuja raiz semântica se origina do prefixo *de* (de cima de) e do verbo *cadere* (cair), em seu tempo verbal *cado*, e pelo sufixo *entia* (que tem conotação de ação ou estado). Portanto, tal acepção do vocábulo traduz, de forma indubitável, a ideia da ação cair ou o estado do que caiu.

Sob este prisma, Caio Mário Pereira (2007, p. 689), conceitua a decadência como o perecimento de um direito potestativo pelo seu não uso, durante um lapso temporal, previamente, determinado.

Por sua vez, Nelson Luiz Pinto (1984, p. 82) adota somente em parte o conceito de Agnelo Amorim, definindo a decadência como instituto que visa atingir o fundamento de uma pretensão (o pedido contido na ação, é aquilo que é levado ao Poder Judiciário) processual constitutiva, ou seja, aquela que nasce com o surgimento de um direito subjetivo potestativo.

Ao que tange à prescrição, mássica doutrina aponta a origem do termo prescrição na palavra latina *praescriptio*, derivação do verbo *praescribere*, que significa "escrever antes", na lição de Maria Helena Diniz (2002, p. 335), remontando às ações temporárias do direito romano. Ou no ensinamento de Sebastião de Oliveira Lima (1976, p. 407), "[...] a palavra

prescrição vem do latim *praescriptio*, derivado do verbo *praescribere*, formado de *prae* e *scribere*, que significava escrever antes ou no começo".

Segundo Venosa (2003, p. 615), exortando a imortal lição de Clóvis Bevilácqua, prescrição é "a perda da ação atribuída a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não-uso delas, durante um determinado espaço de tempo."

Já Pontes de Miranda leciona, de acordo com Maria Helena Diniz (2002, p. 336), ser a prescrição "[...] a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, que alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação."

Mormente à decadência, de acordo com Nazo (1959, p. 31), esta aparece pela primeira vez com Donelo (Hugonis Donelli, Opera Omnia. Commentariorum júris civilis – tomo IV, 1830), quando este tenta diferenciar as *actiones temporales* da *actiones perpetuae*. Para Donelo aquelas se extinguiriam por completo ao término do prazo, enquanto estas somente se extinguiriam em situações excepcionais, visto que eram concebidas sem a fixação de prazos.

Reforça esse entendimento sobre a etimologia do vocábulo decadência, Antônio Carlos de Martins Mello (2002, p. 14), destacando que este termo tem origem no verbo *cadere* com a preposição *de* que dá sentido de movimento ao verbo, levando o vocábulo originado da junção do verbo com a preposição ao significado de algo que separa, afasta-se.

Pelas definições, já se inicia a polêmica em torno do tema. Para uns a prescrição extingue a ação, enquanto que outros, direito de ação. A ambos opõe-se o atributo jurídico adotado hodiernamente em relação à ação, como sendo um direito subjetivo público e abstrato, o que implica a não extinção da ação, tampouco do seu exercício, pois, quando atendidas as condições da ação, o exercício do direito de ação, correspondente à obtenção de uma prestação jurisdicional, é sempre possível, muito embora possa ser favorável ou contrária ao autor.

Divisor de águas, entretanto, na doutrina pátria, foi a contribuição de Agnelo Amorim Filho que, nos idos de 1960, publicou um artigo na Revista dos Tribunais intitulado "Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência" (RT 300/8).

Nesta senda, a prescrição extingue a pretensão, que é a exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. De acordo com o art.189 do Código Civil de 2002, o direito material violado dá origem à pretensão, que é deduzida em juízo por meio da ação. Extinta a pretensão, não há ação. Portanto, a prescrição extingue a pretensão, extinguindo também e indiretamente a ação.

Com uma clarividência aterradora, o professor Amorim fulcra sua tese na classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda (2006, p. 465) em: a) direitos sujeitos a uma obrigação, previstos no Código Alemão sob a denominação de pretensão; e direitos potestativos, em que o agente pode influir na esfera de interesses de terceiro, independentemente da vontade deste. Os primeiros são defendidos por meio de ação condenatória, pois a parte contrária deverá se sujeitar a cumprir uma obrigação; os segundos são protegidos por ação constitutiva, por meio da qual haverá a modificação, formação ou extinção de estado jurídico, independentemente da vontade da parte contrária.

Exsurge então, algumas conclusões, que ulteriormente foram tomadas como vértices na tortuosa perquirição da natureza jurídica da prescrição e decadência: a) as ações condenatórias, correspondentes às pretensões, possuem prazos prescricionais; b) as ações constitutivas, correspondentes aos direitos potestativos, possuem prazos decadenciais; c) as ações meramente declaratórias, que só visam obter certeza jurídica, não estão sujeitas nem à decadência nem à prescrição, em princípio, sendo perpétuas, mas sujeitas a prazos decadenciais quando estes são previstos em lei; e d) são imprescritíveis as ações constitutivas que não têm prazo especial fixado em lei, assim como as ações meramente declaratórias (que é, segundo entendimento dos autores, a hipótese da Ação de Petição de Herança).

4 NATUREZA JURÍDICA DA PETIÇÃO DE HERANÇA: PROVIMENTO EMINENTEMENTE DECLARATÓRIO

Nos dizeres de João Batista Lopes (1995, p. 112), ação declaratória é inquestionavelmente um tema atual, uma vez que muitos de seus aspectos continuam a desafiar a argúcia dos processualistas e o tirocínio dos magistrados. Tem como substrato genético o direito romano, tomando significância tão-somente com a promulgação do Código de Processo Civil Alemão (ZPO), e, no Brasil, fora introduzida em 1922.

Segundo Buzaid, citado por Batista Lopes (1995, p. 202), foi Rui Barbosa quem primeiro estabeleceu no direito pátrio a diferença entre julgamentos meramente declaratórios e sentenças constitutivas. Na mesma senda, Pontes de Miranda (1970, pg. 124) professava que a ação declaratória é aquela em que prepondera a eficácia de declarar.

E, Ovídio Baptista (1997, p. 88) esclarece de forma hialina a utilidade da declaratória, gizando que:

Aqui a tutela jurisdicional se esgota com a simples emissão da sentença e com a correspondente produção da coisa julgada. O bem da vida, neste caso, na terminologia chiovendiana, é justamente, e apenas, a obtenção de uma sentença com força de coisa julgada que torne absolutamente indiscutível, num eventual processo futuro, a existência, ou a inexistência, daquela relação jurídica que o Juiz declarou existir ou não existir.

Como consabido, qualquer relação jurídica pode ser declarável. Pontes de Miranda (1970, p. 131) esclarece que há interesse processual em se declarar, positiva ou negativamente, a existência da relação jurídica, quer de direito privado, quer de direito público, quer de direito de propriedade, quer de direito de personalidade, quer de direito de família, quer das coisas.

As divergências quanto à prescritibilidade da Ação de Petição de Herança ocorrem sobre questão relativa à natureza da ação. Orlando Gomes (2004) entende que no rigor dos princípios, a ação é imprescritível. Ainda que tivesse natureza real, não prescreveria como não prescreve a

ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se perde esta pelo não uso. Busca-se um título de aquisição. Seu reconhecimento não pode ser trancado pelo decurso de tempo. Há de ser declarado passem ou não os anos.

Para Gomes (2004), independente do entendimento acerca da natureza da ação, em ambos os casos imprescritível seria o reconhecimento da qualidade de herdar. Ou seja, tanto sendo a Ação de Petição de Herança de natureza real quanto pessoal, seria ela imprescritível, pois, se perpetuaria ao longo da vida do sucessor.

A ação tem dupla carga de eficácia: declaratória da qualidade de herdeiro e condenatória à restituição da herança, com seus rendimentos e acessórios. A pretensão do autor é o recebimento do quinhão hereditário, em face de sua qualidade de herdeiro. A sentença declara sua condição de sucessor e condena quem está na posse da herança a entregá-la, motivo pelo qual os efeitos retroagem à data da abertura da sucessão (DIAS, 2011).

Portanto, seja pela natureza eminentemente declaratória do provimento jurisdicional, seja por sua natureza constitucional, a pretensão à tutela da petição de herança, dentro da logicidade hermenêutica, também está protegida pelo manto da imprescritibilidade, por se tratar de direito imanente à vida fundamental e essencial à afirmação da pessoa humana, independente de tal postulado estar ou não expresso em texto legal.

5 A NÃO Oponibilidade de Prazos: Petição de Herança como Ação Imprescritível

Tal expressão é utilizada para designar as ações que não estão sujeitas, direta ou indiretamente, a qualquer prazo extintivo, seja ele prescricional ou decadencial. Agnelo Amorim Filho (1960, p. 9), com o brilhantismo que lhe é habitual, ressaltando a inadequação da expressão, que, gramaticalmente, "significa a não submissão à prescrição, propõe a sua substituição por "ações perpétuas".

Exsurge da concepção Kantiana que o ser humano, como valor em si mesmo, é relevante, não somente em sua dimensão individual, mas também social, por isso, a proteção voltada para o homem no contexto jurídico pós-moderno, deve ser observada sob todos os aspectos. Destarte, a honra, a dignidade, a inviolabilidade da intimidade, a integridade física, a liberdade, bem como o direito ao alimento, à moradia, educação, saúde, lazer e segurança devem ser assegurados, porque é o mínimo para garantia de uma vida digna (estatuto do mínimo existencial).

Nesse contexto, cabe aos direitos fundamentais, como agente de realização dos direitos humanos, a difícil tarefa de oferecer os instrumentos constitucionais, dentro das ordens jurídicas internas dos países que os acolhem, para o respeito, restabelecimento ou reparação dos bens jurídicos que compõem o seu valor nuclear fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana em todas as suas dimensões (BAEZ, 2010).

O entendimento majoritário é de que, quando o STF sumulou o assunto, ao afirmar que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, reconhece a prescribibilidade da ação de petição de herança. Ou seja, a condição de herdeiro é imprescritível, mas a pretensão patrimonial se sujeita à prescrição (DIAS, 2011).

Para os que defendem a prescrição aplica-se a regra geral, qual seja, 10 anos nos termos do artigo 205 do Código Civil, contados da data da abertura da sucessão, exceto para as hipóteses previstas nos artigos 197 e 198 do Código Civil.

Entretanto, defende Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2007), professora da USP, que a petição de herança não prescreve. A pretensão é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso 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 pretensão, que pode ser intentada a todo tempo, como já se afirmou.

No mesmo diapasão, Flávio Tartuce (2011, p. 1218-1219) assevera que:

[...] somam-se premissas estribadas no Direito Civil Constitucional. Ora, o direito à herança é um direito fundamental, que por envolver a própria existência digna da pessoa humana, para o sustento de um patrimônio mínimo, não estaria sujeito à prescrição ou à decadência. Sem falar que, 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.

Ademais, no que tange ao tempo da abertura da sucessão para o herdeiro reconhecido após a abertura da sucessão, entende-se que a prescrição deve-se iniciar no momento em que seja reconhecida a paternidade e não no momento da sucessão, pois neste caso fere o princípio da *saisine*. Antes de reconhecida a paternidade, inexistente é o direito de propositura de ação.

Claramente se observa que somente há prescrição para propositura de qualquer ação, a partir do momento do nascimento de seu direito, isto é, não pode correr prazo prescricional contra filho não reconhecido no caso de petição de herança, pois só herda aquele que for legítimo ou testamentário. Não havendo o reconhecimento, não há o que se discutir em face de prescrição, pois só nasce o direito à restituição da herança depois de reconhecida a paternidade.

Assim, se a legitimação depender do prévio reconhecimento da paternidade, o *dies a quo* do prazo prescricional será a data em que o direito puder ser exercido, ou seja, o momento em que for reconhecida a paternidade, e não o da abertura da sucessão (GONÇALVES, 2010).

Preleciona Mário Moacyr Porto (apud GONÇALVES, 2010) constituir princípio universalmente aceito que o prazo de prescrição somente se inicia quando surge o direito à ação. [...] Parece-nos assim, que, antes do julgamento favorável da ação de investigação de paternidade ilegítima, o filho natural, não reconhecido pelo pai, jamais poderá propor ação de

petição de herança. Conclui o autor, portanto, que não corre contra o filho natural não reconhecido a prescrição da ação de petição de herança.

6 CONCLUSÃO

Com arrimo na premissa de que o postulado fundamental à herança está plasmado em nossa Carta Política, em seu artigo 5, inciso XXX, isto é, elemento integrante da identidade e da continuidade da Constituição, sendo, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4 CF), já bastaria para ser a pedra de toque da tese ora sufragada.

Entretanto, as divergências quanto à prescritibilidade da Ação de Petição de Herança ocorrem sobre questão relativa à natureza do provimento judicial, e também, quanto à natureza jurídica da Ação. Todavia, ainda que tivesse natureza real, não prescreveria como não prescreve a ação de reivindicação, a que se equipararia. Fosse ação pessoal, também seria imprescritível porque, destinada ao reconhecimento da qualidade hereditária de alguém, não se perde esta pelo não uso. Busca-se um título de aquisição. Seu reconhecimento não pode ser trancado pelo decurso de tempo. Há de ser *declarado* passem ou não os anos.

Significa que, diante de um provimento declaratório, a pretensão formal, isto é, a relação jurídica processual, não pode prescrever. Esse pensamento se coaduna com o plasmado no artigo 4º, do Digesto Processual Civil⁹⁹, transmudando o que, *in abstracto* (mundo do dever-ser) ocorre, no caso concreto (mundo do ser), em que pese alguns entenderem que há definição tão somente sobre a existência de uma relação jurídica, sem interferir no campo concreto de seus efeitos e da sua eficácia.

⁹⁹ Art. 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência ou da inexistência de relação jurídica;

II - da autenticidade ou falsidade de documento.

Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

A sentença declaratória, portanto, não contém vínculo constitutivo condenatório. Ao revés, ela institui uma norma jurídica positiva para a situação de fato que lhe foi apresentada.

E, mais.

Não existe qualquer congruência lógica entre a gênese da pretensão à petição de herança (de cunho, indubitavelmente, constitucional) e os fundamentos dos institutos da prescrição e da decadência (ação destruidora do tempo – Coviello; castigo à negligência do credor – Savigny; presunção de abandono ou renúncia – Carvalho de Mendonça; presunção de extinção do direito – Colin & Capitant; proteção ao devedor – Carvalho Santos; interesse social – Rosenvald), posto que salvaguarda o mínimo existencial da pessoa humana.

Se não bastasse, não obstante, 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. E, por envolver a própria existência digna da pessoa humana, para o sustento de um patrimônio mínimo, não estaria sujeito à prescrição ou à decadência.

Nesse diapasão, fazendo o cotejo entre direito material e processual, bem como, dentro daqueles, de várias espécimes (constitucional e infra), em nítida aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes (vasos comunicantes), a tese ora capitaneada é, salvo melhor juízo, a mais consentânea com o atual desenvolvimento da ordem jurídica pátria.

DIMENSIONS SUBSTANTIVES AND EFFECTIVENESS OF THE BASIC RIGHT TO THE INHERITANCE: IMPRESCRIPTIBILITY OF THE PETITION

ABSTRACT

The article deals with the imprescriptibility of the action of demand to be declared as the only form to guarantee the material and eficacial dimension of the basic right to the inheritance. Using from the method of bibliographical research, put in opposition of the theory of the limitation of action of demand.

The text approaches the basic right to the inheritance as well the lapsing and decay institutes in the Brazilian legal system. It's standed out that the divergences how much to the prescritebilidade of the Demand elapse of the nature of the judicial provisions, and also, into the legal nature of the Action. Thus, leaving of the estimated one of that the legal nature of the demand is eminently declaratory, the article conclues in the direction of the non opposition of limitations that safeguards the existencial minimum of the human being.

Keywords: Fundamental rights. Inheritance. Declaratory guardianship. Imprescriptibility.

REFERÊNCIAS

AMORIM FILHO, Agnelo. **Crítério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis**. São Paulo: RT, v. 300, p. 7, 1960.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos do Homem, Direitos Humanos e a morfologia dos Direitos Fundamentais. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides. **Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CHAVES, Antônio. **Tratado de Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria Geral. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

FANUCCHI, Fábio. **A Decadência e a Prescrição em Direito Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1969.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- GOMES, Orlando. **Sucessões** – 12. ed. rev. atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONÇALVES, Cunha. **Tratado de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 9.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Direito das Sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, Heidelberg, 1995.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 20.
- KREBS, Walter. **Freiheitsschutz durch Grundrechte**. Estocolmo: Jura, 1988.
- LEAL, Antônio Luiz da Câmara. **Da Prescrição e Da Decadência** – Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1939.
- LIMA, Sebastião de Oliveira. Prescrição Tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Caderno de Pesquisas Tributárias**, São Paulo: Resenha Tributária, n. 1, 1976.
- LOPES, João Batista. **Ação Declaratória. Coleção de Estudos de Direito Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 10.
- MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003.
- MELLO, Antônio Carlos de Martins. Lançamento Tributário e Decadência. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Lançamento Tributário e Decadência**. São Paulo: Dialética, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. v. 2.
- NAZO, Nicolau. **A Decadência no Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Max Limond, 1959.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 1.

PINTO, Nelson Luiz. O Fundamento da Pretensão Processual como Objeto da Prescrição e da Decadência. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 34, ano 9, 1984.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio Batista; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. São Paulo: Método, 2011.

TOALDO, Adriane Medianeira; PEREIRA; Clênio Denardini. A possibilidade de imprescritibilidade da ação de petição de herança em face da ausência de prazo prescricional na legislação vigente. **Revista Âmbito Jurídico**, Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5904>. Acesso em: 23 set. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2003.