

FACULDADES DE VITÓRIA – FDV

MARIA DO CÉU PITANGA PINTO

**A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE
HERANÇA: ASPECTOS PROCESSUAIS DO
INVENTÁRIO E PARTILHA**

**Vitória
2006**

MARIA DO CÉU PITANGA PINTO

**A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE
HERANÇA: ASPECTOS PROCESSUAIS DO
INVENTÁRIO E PARTILHA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais.
Orientador: Prof. Dr. Flávio Cheim Jorge.

**Vitória
2006**

MARIA DO CÉU PITANGA PINTO

**A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE
HERANÇA: ASPECTOS PROCESSUAIS DO
INVENTÁRIO E PARTILHA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, sob a orientação do Prof. Doutor Flávio Cheim Jorge.

Aprovada em 22 de junho de 2006

BANCA EXAMINADORA

Fábio Cheim Jorge

William Couto Gonçalves

Carolina Bonadiman Esteves

Aos meus pais, João Mário Pitanga Pinto e Hilda Stein Pitanga Pinto, com todo amor e saudade do mundo.

À Tainá, Lya e Melina, filhas queridas, razão maior da minha vida.

À minha Tia Maria da Gloria (Lola) pelo carinho que sempre me dedicou.

À minha mãe muito amada, pelo estímulo no início do Mestrado, e que, por vontade de Deus, não permaneceu entre nós para vê-lo concluído. Valeu a torcida. Continuo contando com o seu apoio.

Ao meu pai querido, que me transmitiu valores verdadeiros e o amor pelo Direito.

Às minhas filhas, que desde muito pequenas souberam compreender a importância do estudo do Direito na minha vida.

Aos amigos e colegas Roberto José Ferreira de Almada e William Couto Gonçalves, pelo estímulo e apoio neste trabalho.

À amiga e aluna Larissa Lamêgo pela inestimável colaboração nesta pesquisa.

RESUMO

A herança no Brasil é um direito constitucional fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXX, da Carta Magna. É um direito de primeira geração e como tal deve ser interpretado e utilizado. Apesar de sua dimensão constitucional, observa-se que o processo de inventário e partilha tende a ser moroso, dificultando e, por vezes, até mesmo impedindo o acesso dos herdeiros à propriedade plena dos bens deixados *causa mortis*. É partindo de tal constatação que o presente estudo busca demonstrar a importância do direito hereditário no contexto jurídico deste país, bem como determinados aspectos legais do processo de inventário e partilha que, quando inobservados, emperram o feito, impedindo a sua marcha regular rumo ao final e, por corolário, agredindo os princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica, bem como a garantia do tempo razoável do processo. Dentre os inúmeros aspectos legais afrontados em sede de processo de inventário e partilha, a presente dissertação se propõe a abordar: o inventário e sua jurisdição; a atuação do inventariante e os respectivos incidentes; a atuação do juiz; os provimentos de urgência adequados e inadequados ao processo de inventário, dentre os quais as medidas antecipadas, que podem ser urgentes ou não, bem como os alvarás; finalmente, aborda-se o momento processual do recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, já que a vinculação exigida por lei tende a paralisar o processo de forma a prejudicar a sua efetividade, fato que não se coaduna com o espírito da lei. O método utilizado, no desenvolvimento deste estudo, foi o bibliográfico-documental.

Palavras-chave: Herança – Inventário – Partilha – Direito Hereditário – Efetividade.

ABSTRACT

The inheritance in Brazil is a main constitutional right foreseen in the article 5th, interpolated proposition XXX of the Great Letter. It's a first generation right and as such it must be interpreted and be used. In spite of its constitutional dimension, it is observed that the inventory processes and allotment tend to be slow, hiding and, sometimes, even preventing the access of the heirs to the total property of the possessions left by *mortis cause*. From this point on, this research demonstrates the importance of the hereditary right inside of the legal context of Brazil, as well as determinated legal aspects of the inventory process and allotment that, when not observed, hold the case up hindering its regular course to the end and attacking the constitutional principle of the effectiveness and the legal security as well as the guarantee of the reasonable time of the process. Amongst the innumerable legal aspects confronted with the inventory processes and allotment, this research approaches: the inventory and its jurisdiction, the performance of the administrator and its respective incidents, the performance of the magistrate, the urgency provisionses at the inventory processes among them the anticipated measures that can be urgent or not as well as the license. Finally this research approaches the procedural moment of the collect of the tax of transmission *mortis cause* since the entailing demanded by the law tends stopping the processes and damaging its effectiveness, this fact is in disagreement with the spirit of the law. The method used in this research was the bibliographical description.

Keywords: Inheritance – Inventory – Allotment – Hereditary Right – Effectiveness.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A HERANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL CONSTITUCIONAL	14
2.1	O DIREITO HEREDITÁRIO	17
2.2	A PROPRIEDADE QUE SE TRANSMITE <i>CAUSA MORTIS</i>	22
2.3	O DIREITO HEREDITÁRIO BRASILEIRO E A SUA ORIGEM	25
2.3.1	O direito à herança nas constituições brasileiras	28
3	A TRANSMISSÃO DE BENS DEIXADOS <i>CAUSA MORTIS</i>: INVENTÁRIO E PARTILHA	37
3.1	O DIREITO SUCESSÓRIO E O PROCESSO	39
3.2	JURISDIÇÃO DO PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA	48
3.3	O JUIZ NO PROCESSO DE INVENTÁRIO	55
3.4	O INVENTARIANTE	65
3.4.1	O inventariante dativo	68
3.4.2	Remoção do inventariante	73
3.4.3	Destituição do inventariante na hipótese do inciso II do artigo 1.000 do CPC	78
3.4.4	Remoção do inventariante por iniciativa do juiz	81
3.4.5	Incidente de remoção do inventariante	85
4	PROVIMENTOS DE URGÊNCIA – EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA	91
4.1	EFETIVIDADE DO PROCESSO DE INVENTÁRIO: PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS	108
4.2	PROVIMENTOS DE URGÊNCIA	111
4.2.1	Tutela antecipada	116
4.2.2	Prova inequívoca e verossimilhança	120
4.2.3	Receio do dano – dano irreparável ou de difícil reparação	123
4.2.4	Abuso de direito – manifesto propósito protelatório do réu	125
4.2.5	Irreversibilidade do provimento antecipado	127
4.3	PROVIMENTOS DE URGÊNCIA ADEQUADOS AO PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA	130
4.3.1	Alvará	132
4.4	TUTELA ANTECIPADA: PROVIMENTOS DEVIDOS E INDEVIDOS ...	140
4.5	ÁLVARA: PROVIMENTOS DEVIDOS E INDEVIDOS	146

5	A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O MOMENTO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS	152
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	162
7	REFERÊNCIAS	166

1 INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o homem elevou a aquisição de bens materiais à categoria de valor, entendeu que os referidos bens deveriam atingir a si próprio e a sua família, de forma que, já nos primórdios da antigüidade, via de regra, os bens deixados *causa mortis* se transferiam para os familiares do falecido.

Tal valor, manifestação incontestada da proteção do direito de propriedade, foi paulatinamente incorporado no seio das mais diversas legislações, tendo alcançado *status* constitucional nas cartas magnas de vários países. No Brasil, o direito à herança é considerado fundamental, sendo garantido ao cidadão por meio do artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal.

Em linhas gerais, o direito de herdar - disciplinado, em nível infra-constitucional, por meio do Código Civil e do Código de Processo Civil vigentes – preconiza que, falecendo alguém que deixa patrimônio, abre-se a sucessão, transferindo-se os bens do finado, automaticamente, para os herdeiros legítimos e testamentários que, a partir de então, terão legitimidade para demandar qualquer ação em defesa do acervo hereditário, inclusive contra os demais herdeiros, se for o caso.

O fenômeno por meio do qual os herdeiros são colocados, imediatamente, na posse e propriedade dos bens hereditários deflui do princípio francês denominado *droit de saisine*, insculpido no artigo 1.784 do Código Civil de 2002 (CC), que dispõe que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e aos testamentários”.

Com isso, as pessoas que têm vocação hereditária, expressamente indicadas por lei, adquirem os bens a título universal¹, o que quer dizer que a posse e a propriedade recebidas pelos herdeiros mantêm a mesma natureza e características anteriores, como se não houvesse mudança de titularidade e, no dizer de Arnold Wald, “[...] sem qualquer modificação da natureza jurídica dessas relações”.² O rol de herdeiros legítimos encontra-se no artigo 1.829 do CC.

Não obstante à farta previsão legal, verificam-se algumas dificuldades no acesso ao direito hereditário. Dentre os diversos fatores que contribuem para o quadro, destaca-se a interpretação e utilização do direito material, tendo em vista o caráter transdisciplinar deste ramo do direito, fato que compromete a correta utilização das regras processuais.

Neste contexto, é freqüente a inobservância do direito constitucional à herança em processos de inventário e partilha, especialmente nos que envolvem grande número de bens, nos quais o descumprimento das regras processuais e, por vezes, a falta de uma postura ativa do magistrado possibilitam que alguns interessados apossesem-se indevidamente dos bens e usufruam durante anos de suas vantagens, enquanto o processo de inventário e partilha tramita lentamente nas respectivas varas, quando não fica totalmente paralisado em razão da utilização indevida de mecanismos processuais. Nessa esteira, há prejuízo também para o erário, que deixa de recolher os tributos correspondentes.

A questão é delicada e aflige, principalmente, os juristas que se dedicam ao estudo do Direito das Sucessões sob o prisma constitucional do devido processo legal, já que o direito à herança é retardado ou, até mesmo, não alcançado, em virtude da má aplicação das regras de direito processual. Isto quer dizer que o direito

¹ No magistério de Silvio de Salvo Venosa, “[...]a aquisição a título singular tem por objeto bens certos e individualizados. Ocorre aquisição a título universal quando a universalidade é transferida [...]. Existe sucessão a título singular na sucessão *mortis causa* na hipótese do legatário, que recebe bem individualizado na herança por força de testamento [...] na aquisição a título universal, o sucessor assume todos os direitos reais e obrigações do transmitente, com relação a este e a terceiros. Na aquisição singular, objetivam-se exclusivamente os direitos que cercam a coisa certa e determinada transmitida.” (VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 174).

² WALD, Arnold. **Direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: RT, 1997. p. 16.

hereditário, apesar de previsto como fundamental ao cidadão brasileiro, nem sempre é garantido quando do caso concreto.

Neste diapasão, o presente estudo objetiva demonstrar, a partir de uma pesquisa bibliográfico-documental com enfoque na jurisprudência dos tribunais deste país que, mesmo diante da dimensão constitucional do direito de herança, há freqüente inobservância de aspectos legais dos provimentos de urgência e dos incidentes processuais aplicáveis aos processos de inventário e partilha, o que constitui barreira à efetiva materialização de tal direito. Da mesma forma, deve-se atentar para o momento processual do recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, de forma a não emperrar o feito.

A pretensão, portanto, não é trabalhar todos os dispositivos que estruturam o inventário e partilha, nem investigar todos os seus aspectos processuais, mas os correlatos à jurisdição do inventário, à atuação do inventariante, aos incidentes processuais, aos provimentos de urgência, bem como ao momento do recolhimento do imposto *causa mortis* que, quando descumpridos ou mal utilizados, desestruturam o processo, comprometendo os princípios constitucionais da efetividade, do acesso à Justiça, bem como a garantia da duração razoável do processo.

A fim de perseguir a problemática suscitada, qual seja, identificar as causas relativas aos aspectos processuais acima mencionados e que constituem entraves ao efetivo acesso ao direito hereditário, a presente pesquisa foi dividida em quatro capítulos.

O primeiro deles objetiva demonstrar como se dá, hodiernamente, a transmissão da propriedade *causa mortis*. Para tanto, realiza uma breve incursão pelo direito sucessório lusitano a fim de que se identifiquem os principais institutos que nortearam a transmissão e partilha dos bens hereditários contidos nas ordenações, verificando-se, ainda, a absorção de tais institutos pelo Código Civil de 1916, pelas constituições brasileiras e, por fim, pelos atuais Diplomas Civil e Processual Civil. Tal bosquejo histórico será imprescindível para uma análise mais apurada do atual ordenamento jurídico no que tange à temática.

Em um segundo momento, o estudo visa efetuar uma abordagem processual do direito sucessório, analisando as peculiaridades da jurisdição no processo de inventário e partilha e destacando o papel do magistrado e do inventariante frente às peculiaridades que tal jurisdição encerra. Sob este prisma e tendo em vista os diversos incidentes processuais que podem alcançar o processo de inventário e partilha, o presente estudo se propõe a analisar os aspectos legais do incidente de remoção do inventariante que, quando inobservados, constituem entraves ao efetivo acesso aos bens hereditários.

O terceiro capítulo deste estudo consiste em espaço reservado a examinar os provimentos de urgência como instrumentos processuais que, quando devidamente aplicados ao caso concreto, retratam a exata dimensão constitucional do direito de herança por contribuírem para uma prestação jurisdicional mais célere e justa. Neste panorama, aponta-se o alvará como espécie de provimento de urgência adequado ao processo de inventário e partilha, bem como a necessidade de sua concessão a partir de detida análise dos requisitos específicos a tal espécie de provimento.

O quarto e último capítulo desta dissertação se reserva a investigar os aspectos processuais concernentes ao momento do recolhimento do Imposto de Transmissão *Causa Mortis* - ITCD, haja vista que o pagamento integral como requisito para a sentença de partilha, conforme determinado pelo artigo 1.026 da Lei Processual Civil, pode emperrar o feito, impedindo a efetiva materialização do direito constitucional à herança.

Por fim, insta ressaltar que muitas das discussões que se formam sobre o direito hereditário no Brasil vêm suportando grandes inovações na esteira da evolução do direito de propriedade e, em especial, do Direito de Família. Neste quadrante, faz-se mister assinalar que, embora o presente estudo adentre, inevitavelmente, nas referidas searas do direito, tal entrelaçamento se dará por via oblíqua, pois situa-se, essencialmente, nos âmbitos do Direito das Sucessões e do Direito Processual Civil, sendo este último ramo merecedor de destaque na confecção desta dissertação.

2 A HERANÇA COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

O homem nunca está sozinho, sobrevivendo mediante valores que vai adquirindo ao longo de sua existência e que, em sua maioria, advêm do seu contexto social. Dentre tais valores, encontra-se a aquisição de bens materiais, inclusive *mortis causa*, o que conferiu à herança, em um segundo momento, patamar constitucional e, por corolário, status de direito fundamental. Num conceito simplório e essencialmente materialista, o direito à herança é o direito ao patrimônio - composto de bens móveis, imóveis, créditos e obrigações – de uma pessoa que deixa de existir.

Neste quadrante, o direito de herança existe em praticamente toda sociedade juridicamente organizada, em virtude da necessidade de transmissão dos bens adquiridos em vida pelo falecido e, até mesmo, diante dos próprios sentimentos daquele que se vai. Afinal, necessita o homem de um estímulo jurídico para continuar amealhando bens e conservando aqueles que adquiriu, na certeza de que a substituição da titularidade se dará, quando de sua morte, em favor dos entes queridos.

Apesar de ser uma realidade mundial, concebida desde o direito romanístico, a doutrina socialista condena, veementemente, o direito à herança, afirmando que contraria os princípios da justiça e do interesse social. Neste sentido, Washington de Barros Monteiro³ faz constar que, para tal doutrina, o referido instituto foi introduzido pela preguiça, gerando desigualdades, devendo ser o trabalho a única fonte de renda do homem.

Tal visão, no entanto, foi se apagando ao longo dos anos, especialmente pela consciência de que a inexistência ou supressão do direito de herança acarretaria a perda de um dos aspectos da propriedade, já que o direito hereditário é considerado, por grande parte dos cientistas jurídicos, como seu complemento, projetando-se, em

³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 6. v. VI.

uma visão transcendental e imprescindível para a espiritualidade humana, para além da vida.

Nesta esteira, não se pode deixar de destacar o magistério de Cunha Gonçalves⁴, que defende a manutenção do direito de herança, argumentando

A - Abolindo-se a herança, suprime o socialismo um dos mais poderosos estímulos da atividade humana, o desejo de transmitir à prole os meios necessários ao seu conforto e bem-estar; B – A supressão aniquila o espírito de poupança e de capitalização, favorecendo o desperdício e fomentando a prodigalidade. Desaparecerá o interesse pela economia, ninguém mais se preocupará com a acumulação de bens, se obrigado a deixá-los à coletividade após sua morte; C – Estanca uma das mais apreciáveis fontes de renda do erário público, a arrecadação do imposto de transmissão *causa mortis*; D – Elimina uma das bases de coesão familiar, condenando seus membros ao individualismo, à dispersão de forças e ao egoísmo personalista; E – 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; F – Não é verdadeira a afirmativa de que o Estado faça melhor aplicação dos haveres, pois infelizmente repetem-se os casos de malversação dos dinheiro públicos; G – Finalmente, a abolição da herança, preconizada pelos socialistas, pode ser facilmente burlada. Como não existe herança, o indivíduo faz doação em vida aos herdeiros, mediante reserva de usufruto. Outro inconveniente: a supressão da herança gera a fraude; o *de cuius* 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 baniu a herança.

Coerente com a organização política deste país, o legislador constitucional brasileiro protege o direito de herança, caracterizando-o como fundamental mediante o dispositivo do artigo 5º, inciso XXX, que dispõe: “É garantido o direito de herança.”

Ao incluir a herança entre os direitos fundamentais, a Constituição da República garantiu proteção ao instituto, remetendo ao legislador ordinário a tarefa de traçar as regras de direito material, conforme consta do último livro do Código Civil, que se inicia pelo artigo 1.784. Induvidosamente, pois, à semelhança do que acontece com o direito de propriedade, o direito hereditário é considerado de primeira geração e, como tal, deve ser respeitado, mediante o correto manejo das regras da legislação ordinária.

⁴ GONÇALVES, Cunha. **Tratado de direito civil**.v. 9. p. 467.

Para sintetizar tais informações, útil se faz o escólio de Gilmar Ferreira Mendes⁵, para quem o direito hereditário tem previsão constitucional, caracteriza-se como instituto jurídico e situa-se em um complexo normativo que assegura a “[...] existência, a funcionalidade e a utilidade privada desse direito”. Referido regramento deve ser aplicado aos casos concretos em absoluta fidelidade aos princípios constitucionais que o norteiam, com vistas a promover o acesso ao direito de herança.

Difícil tem sido, no entanto, estabelecer o alcance deste direito fundamental, não obstante conste da legislação ordinária todo um regramento especialmente dirigido para a sucessão hereditária. É neste sentido que o presente estudo intenta demonstrar que a inobservância dos aspectos processuais relacionados aos provimentos de urgência, aos incidentes processuais e ao recolhimento do ITCD - inerentes ao processo de inventário e partilha - constituem forte barreira à efetivação deste direito fundamental, contribuindo para o desprestígio desta seara jurídica.

Constata-se o menor interesse em relação ao Direito das Sucessões através de pesquisa junto a CAPES, no sentido de localizar teses e dissertações⁶ que versem sobre a problemática. Por meio dos dados fornecidos pela instituição, observa-se que, nos últimos sete anos, poucos pesquisadores desenvolveram estudos sobre o direito hereditário e que nenhum dos estudos abordou a dimensão constitucional do direito de herança e os aspectos processuais realçados pela presente dissertação.

Da prática forense, por sua vez, observa-se uma cultura no sentido de que, em se tratando de Direito das Sucessões, o correto é o que se faz no processo, independentemente da forma legal, atitude que, não raro, fratura o próprio direito substantivo. Dentre os fatores que originaram tal cultura, destaca-se a dificuldade de compreender a jurisdição do inventário e partilha, assunto que será tratado no item 3.2 do presente estudo.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 154.

⁶ Disponível em: <<http://www.capes.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2006.

Atente-se que a herança, como direito, concede ao cidadão a certeza do acesso à propriedade dos bens deixados *causa mortis*, na forma estabelecida pelo Código Civil, permitindo aos legitimados a investidura na posse e propriedade de tais bens, com todos os seus elementos, inclusive a livre disposição. Daí a sua indubitável importância.

2.1 O DIREITO HEREDITÁRIO

Já foi visto que a herança é o conjunto de bens deixado *causa mortis*, que é um instituto garantido pela Constituição Federal - que lhe dá *status* de direito fundamental - e que existe um complexo normativo que assegura a existência, a utilidade e a aplicabilidade deste direito. Entretanto, a transferência do patrimônio do falecido para seus herdeiros se subordina a regras específicas que delimitam os direitos e obrigações de todos os herdeiros e demais interessados.

O Direito das Sucessões, como conjunto de regras que regula a transferência do patrimônio do falecido para os seus substitutos, deve ser interpretado de acordo com a moderna concepção jurídica, mediante respeito absoluto aos princípios constitucionais norteadores do Direito Público e do Direito Privado, em razão da supremacia axiológica da Constituição.

Destarte, morrendo alguém que deixa bens, instala-se o fenômeno sucessório, regido pelos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade⁷, bem como pelas regras de Direito Civil e da legislação extravagante.

⁷ Tais princípios encontram-se insculpidos no artigo 1º, inciso III e no artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988.

Imprescindível se faz, neste contexto, trazer à baila o conceito de sucessão hereditária, confeccionado por Arthur Vasco Itabaiana de Oliveira⁸, para quem

[...] A transmissão do patrimônio de alguém que morre, a uma ou a mais pessoas vivas, toma-se em dois conceitos: subjetivo e objetivo. No primeiro, é o direito por força do qual a herança é devolvida a alguém; e no segundo, é a universalidade dos bens que ficaram de um defunto, com todos os seus encargos.

Quando se abre a sucessão hereditária, seja ela legítima ou testamentária, discutem-se relações jurídicas patrimoniais⁹. Os legitimados, arrimados na ficção jurídica do *principio de saisine*, acessam, imediatamente, a posse indireta e a propriedade dos bens, na proporção de seus quinhões hereditários. A isso se dá o nome de vocação hereditária. A transferência imediata é uma exigência legal e sua existência se situa no plano da conveniência, já que impede que o patrimônio fique acéfalo até a nomeação de um inventariante ou, pelo menos, até que alguém, na qualidade de administrador provisório (artigo 995 do CPC), tome a iniciativa de defendê-lo.

Na lição de Caio Mário da Silva Pereira¹⁰, era costume francês, na Idade Média, que os bens do servo falecido voltassem para o seu senhor até que os herdeiros pagassem para se imitar na posse. A jurisprudência da época, sensível à injustiça da situação, consagrou a transferência imediata de todo o patrimônio do *de cuius* para seus herdeiros, surgindo daí o *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*¹¹. Nascia, assim, o *droit de saisine*.

⁸ OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado do direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 29.

⁹ O Direito hereditário se refere apenas à transferência de patrimônio, à exceção das hipóteses previstas pelo parágrafo 2º do artigo 1.857 do CC.

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.9.

¹¹ “Os haveres do servo morto são transferidos imediatamente aos seus herdeiros”. Ibidem, p. 19.

O princípio de *saisine*, como é denominado entre nós, consiste em ficção jurídica, consagrada pelo legislador brasileiro (artigo 1.784 do Código Civil), que possibilita aos herdeiros o acesso ao patrimônio deixado *causa mortis*, imediatamente após o óbito, não havendo interrupção na titularidade dos bens¹². Tal princípio representa uma ficção jurídica, conforme explicitado acima, já que a transferência de propriedade somente se efetivará através do registro do formal de partilha junto ao cartório competente.

Tal acesso imediato faz nascer, entre os sucessores¹³, uma comunhão que terá fim somente após um processo regular de inventário e partilha, que lhes permita assumir a posse plena dos bens, inclusive transferindo a propriedade no Registro de Imóveis.

Neste sentido, manifestou-se o desembargador Luiz Tâmbara, do Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão número 456700, de 23 de outubro de 2003, afirmando que

(...) a transmissão da herança, na sucessão, é do patrimônio indiviso e se especifica o quanto caberá a cada um dos sucessores. Tal especificação de quinhões dá-se com a partilha, ao final do inventário, e a aquisição efetiva da propriedade ocorre com o registro, conforme o sistema nosso para a aquisição da propriedade imobiliária.¹⁴

No mesmo sentido, afirmando que o princípio de *saisine* transmite apenas a posse indireta, e que é a partilha que individualiza os quinhões e determina a apreensão material dos bens que compõem o espólio, salienta a professora Giselda Hironaka¹⁵

[...] a posse transmitida pelo *droit de saisine* não será sempre representada pela posse ampla, havendo casos em que a apreensão material das coisas que compõem o acervo hereditário só se realizará com a partilha. A posse que se transmite *causa mortis* é sempre a posse indireta.

Com a abertura da sucessão, apesar da regra insculpida no artigo 1.784 da Lei Civil, os bens ficam em poder de um administrador provisório que, em regra, vem a ser o

¹² Na lição de Orlando Gomes “[...] o direito pátrio filiou-se à doutrina do *saisine*. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.” (GOMES, Orlando. **Sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 21).

¹³ Artigo 1.791 do CC: “A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.”

¹⁴ Acórdão nº. 456700, Apelação Cível da capital nº 45-6/7, Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

¹⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7.

próprio cônjuge supérstite ou companheiro¹⁶. Na ausência desses, recebem os bens o herdeiro que esteja na posse e administração dos mesmos ou, não o havendo, são atribuídos a qualquer herdeiro ou, ainda, ao testamenteiro, se for o caso. Admite a lei que o encargo permaneça com um estranho que seja da confiança do magistrado.¹⁷

A figura do administrador provisório se originou da impossibilidade do monte ficar acéfalo até a nomeação do inventariante, de forma que lhe incumbe representar o espólio, ativa e passivamente, até a assinatura do termo de compromisso de inventariante. Na lição de Salomão de Araújo Cateb¹⁸, o administrador provisório tem a obrigação de “[...] trazer ao acervo os frutos que desde a abertura da sucessão percebeu, tendo direito ao reembolso das despesas necessárias e úteis que fez e responde pelo dano a que, por dolo ou culpa sua, der causa.”

O monte permanecerá sob administração provisória, segundo a regra do artigo 985 da Lei Processual Civil, até a nomeação do inventariante pelo juiz. Por ocasião desta nomeação, o magistrado deve observar a ordem estabelecida pelo artigo 990 do CPC, sendo o inventariante peça fundamental no processo de liquidação da herança, incumbindo-lhe administrar o espólio¹⁹ até final partilha, conforme se verá no item 3.4 deste estudo.

Ocorre que, em diversas ocasiões, os herdeiros e até mesmo os legatários, em havendo, não conseguem fazer valer seu direito hereditário, ficando os bens adquiridos *causa mortis* em poder de outras pessoas, via de regra de inventariantes

¹⁶ Sobre a composses, estipula o artigo 1.199 do CC: “Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros copossuidores.”

¹⁷ Artigo 1.797 do CC: “Até o compromisso do inventariante, a administração da herança caberá, sucessivamente: (...) IV – a pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das indicadas nos incisos antecedentes, ou quando tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz.

¹⁸ CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 242.

¹⁹ Espólio, segundo Silvio Venosa, “[...] é o conjunto de direitos e deveres pertencentes à pessoa falecida [...] é visto como uma simples massa patrimonial que permanece coesa até a atribuição dos quinhões hereditários aos herdeiros [...]”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 21).

que deles usufruem sem zelar pela integridade dos bens e pela correta marcha processual rumo à sentença. É exatamente neste aspecto que o direito imediato à herança é questionado, em decorrência da desconsideração do preceito constitucional e da desobediência de institutos processuais próprios do inventário e da partilha.

Tal constatação pode ser verificada na Apelação Cível número 092.369.4/6²⁰, do Estado de São Paulo, tendo como relator o Desembargador Carlos Roberto Gonçalves, que versa sobre um processo de inventário e partilha iniciado em fevereiro de 1980 e paralisado desde meados de 1981 sem que a inventariante tenha providenciado o seu regular desenvolvimento, fato que levou o magistrado *a quo* a extingui-lo sem julgamento do mérito. O acórdão, que data de janeiro de 2000, reformou a sentença recorrida, por votação unânime, concluindo pela impossibilidade de extinção do processo de inventário e partilha sem julgamento do mérito, já que norma especial aplicável a tal processo prevalece sobre a normal geral, impedindo sua extinção.

Insta registrar, ainda a respeito da mencionada decisão, que o desembargador relator determinou a intimação da inventariante para o prosseguimento do feito, sob pena de remoção. O tema remoção do inventariante será tratado, neste estudo, no item 3.4.2. No entanto, o que compete registrar neste espaço foi a inobservância do direito constitucional de herança dos demais herdeiros, tendo em vista que, não obstante tenham permanecido por mais de vinte anos aguardando a efetiva constituição de seus direitos, foi concedida à inventariante a oportunidade de continuar na administração do acervo hereditário.

Neste contexto, mister ressaltar que, embora os processos de inventário e partilha usualmente se prolonguem em razão da inobservância da dimensão constitucional e dos aspectos processuais que os asseguram, o inventário deve ser requerido no prazo de trinta dias após a abertura da sucessão, sendo concluído nos seis meses subsequentes, prazo que estará sujeito a prorrogação por motivo justo (artigo 983 e

²⁰ Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

parágrafo único do CPC). Até a fase final do processo, os bens permanecem em condomínio entre os herdeiros.

A esse respeito, segue a lição de Sílvia Rodrigues²¹

Mesmo que o *de cujus* tenha vários herdeiros, a herança defere-se como um todo unitário, e o direito dos co-herdeiros quanto à propriedade e posse da herança será indivisível, regulando-se pelas normas relativas ao condomínio (CC, artigo 1.791 e parágrafo único).

Sobre o assunto retornaremos no momento oportuno já que, inicialmente, será apresentada uma breve história do Direito das Sucessões, com a sua aplicação mediante as regras de direito processual, demonstrando a sua evolução ao longo dos anos, especialmente a partir da vigência do Código Civil de 1916.

2.2 A PROPRIEDADE QUE SE TRANSMITE CAUSA MORTIS

Conforme demonstrado nos itens anteriores, o direito de herança possui matriz constitucional e regulamentação expressa nos Códigos Civil e de Processo Civil. No entanto, antes mesmo de ganhar *status* constitucional na condição de direito autônomo, foi reconhecido como direito derivado do direito de propriedade, o que justifica a utilização da expressão “propriedade que se transmite *causa mortis*”.

O cenário no qual tal entendimento foi firmado é identificado na lição de Pacheco

²¹ RODRIGUES, Sílvia. **Direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

Como acentua Georges Ripert, a propriedade individual é respeitada e defendida, porque é a fonte da ordem e da segurança, de onde proclama M. Rueff: “A desordem social irrompe quando o Estado deixa de respeitar o conteúdo da propriedade”. Admitido como postulado, esse direito do indivíduo, a sucessão, no conceito de Unger, tem por base o princípio radicado na consciência jurídica e na natureza espiritual do direito, que a morte, assim como não tem efeito no mundo do espírito, não o tem igualmente no organismo do direito, de sorte que as relações jurídicas, em harmonia com o fato da continuidade da espécie, a qual sobrevive ao indivíduo que passa, deve transmitir-se de pessoa a pessoa, o que demonstra que o direito da sucessão é o triunfo da espécie, e não do indivíduo sobre a morte²².

No momento em que o homem baseou seus valores na família e na propriedade, o direito hereditário surgiu naturalmente, em forma de afeto e segurança, já que de nada justificaria mais o esforço na aquisição de bens, senão a confiança de que, com a morte, o patrimônio adquirido se transmite aos entes queridos.

No regime político brasileiro, a propriedade privada, subordinada ao Direito Civil, é considerada como direito real fundamental. Como valor fundamental esteve presente desde o Estado de Direito da burguesia liberal até o novo Estado de Direito. Apesar de sua relativização em razão do social, continua a ser desejada, no dizer de Pereira,²³ pois considerada “[...] fonte de riqueza e símbolo de estabilidade.”

A questão da propriedade tem se destacado como uma das grandes fontes de discórdia. Da jurisprudência recente constata-se o aumento gradativo de ações visando a propriedade de bens. Certamente que a questão *causa mortis* não seria diferente, embora seja mais delicada, pois, nesses casos, as demandas envolvem familiares que se digladiam em razão da posse e propriedade de bens para cuja aquisição, em muitos dos casos, jamais contribuíram.

Não se pode negar, entretanto, que a propriedade é inerente ao ser humano, de forma que, dentre as inúmeras teorias que tentam explicar o fenômeno, a Teoria da

²² PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão da legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 43.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 61. v. IV.

Natureza Humana, segundo a qual o homem tem necessidade de possuir²⁴, destaca-se pelo seu grande prestígio. Esta característica intrínseca, inata do homem, é uma das razões da discórdia em sede de direito sucessório, discórdia esta que, não raramente, enseja a paralisação de processos de inventário, o que prejudica herdeiros ou cessionários não envolvidos no litígio e que sofrem as conseqüências em razão do condomínio que se forma, automaticamente, quando da abertura da sucessão.

Independente das teorias que procuram explicar a propriedade, entende-se que este direito se funda na lei e é conservado entre nós desde o tempo do Império, tendo vindo de Portugal. Na primeira constituição do Brasil, de 1824, o direito à propriedade foi garantido como fundamental e assim se manteve até os presentes dias, conforme se demonstrará no item 2.3.1. Daí deflui, conseqüentemente, o direito à sucessão aberta, que chegou aos tempos atuais e se mantém por força do artigo 5º, incisos XXII e XXX da Constituição Federal de 1988.

Por ora, faz-se suficiente assimilar que o direito de herança tem origem no direito de propriedade e as legislações que admitem o primeiro não negam o segundo. Neste sentido, vale ressaltar que a propriedade privada sofre influência do regime político de forma que, alterando-se este, altera-se, automaticamente, o regime jurídico do instituto²⁵.

2.3 O DIREITO HEREDITÁRIO BRASILEIRO E A SUA ORIGEM

²⁴ Rodrigues Silvio. **Direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 1980. v.V. p. 80-417 passim.

²⁵ Na atualidade, a configuração da propriedade depende do regime político. Assim, na extinta URSS, admitia-se a propriedade exclusiva sobre os bens de consumo pessoal, ao passo que na seara da economia pública os bens de produção são socializados.

Não se pode precisar, ao certo, a origem do direito de herança. Sabe-se, entretanto, que remonta à antigüidade. No Brasil, este direito esteve presente, desde o início de sua colonização, sendo aplicado à luz dos valores portugueses até a segunda metade do século XIX, quando, por iniciativa de juristas brasileiros, foram editadas leis específicas que alteraram a fisionomia do direito de herança, adaptando-a aos valores da sociedade de então.

Tendo em vista a vigência do direito lusitano a partir da ocupação do solo brasileiro pelos portugueses, este estudo propõe-se a apresentar um bosquejo histórico do direito hereditário português, desde as Ordenações Afonsinas até as Filipinas, demonstrando sua incursão em terras brasileiras e seu desenvolvimento até os dias atuais. Para tanto, mister realizar breve incursão pela evolução histórica do direito português propriamente dito.

Em Portugal do século XV, durante o reinado de D. João I, em razão de insistentes pedidos formulados em Cortes, iniciaram-se estudos para a elaboração de uma coletânea do direito vigente, estudos esses que culminaram nas Ordenações Afonsinas, tidas como produto do fenômeno geral de luta pela centralização dos direitos²⁶. Referido digesto somente entrou em vigência no reinado de D. Affonso V.

As Ordenações do Senhor Rei Dom Affonso V que, conforme consta, foram efetivamente aprovadas no ano de 1447²⁷, significaram um marco no direito português, pois que centralizaram os direitos, facilitando a sua evolução e indo ao encontro dos anseios do povo lusitano.

Considerando que as raízes do direito brasileiro estão fincadas em Portugal, não é demais afirmar que tais origens estão, efetivamente, fincadas nas Ordenações

²⁶ **Ordenações Afonsinas**. Apresentador Mário Júlio de Almeida Costa. Portugal: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. Livro I. p. 9.

²⁷ *Ibidem*, p. 9.

Afonsinas, já que no dizer do professor Costa, “[...] apresentam o suporte da subsequente evolução do direito português”²⁸.

Conforme se verifica por meio de leitura atenta das referidas Ordenações, o direito hereditário era de grande importância na sociedade portuguesa. A forma de transmissão dos bens hereditários insere-se no livro quarto, título LXXXXV, número 3, ao constar que, “morrendo alguém sem testamento, deve o interessado fazer inventário por tabelião, ou escrivão, de todos os bens, inclusive os de raiz que por morte do finado forem achados”. No que tange à vocação hereditária, constata-se que a herança era distribuída preferencialmente aos parentes consangüíneos e que o cônjuge somente herdava na falta destes (título LXXXXV). Observa-se, ainda, a importância do testamento para a sociedade da época, já que em diversos números se encontram remissões a essa forma de sucessão *causa mortis*.

Findo o reinado de D. Afonso V e com a ascensão ao poder de D. Manuel I, foi iniciada a reforma das Ordenações Afonsinas, que foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, que somente passaram a vigor em 1521, ano da morte do monarca.

Poucas foram as inovações trazidas pelo novo repositório de leis, mantendo-se, na essência, os valores que constituíram os textos da primeira coletânea, inclusive quanto ao direito hereditário, que foi mantido através de testamento ou sucessão legítima, sendo distribuída a herança mediante um processo regular de inventário, o que é, inclusive, mencionado expressamente no Título LXIX, p. 525.

A seguir surgiram as Ordenações Filipinas, com vigência a partir de 1603, sob o reinado de Felipe II, que se estendeu ao Brasil Imperial por força da dominação portuguesa, cujas regras foram mantidas no nosso direito praticamente até o início de vigência do Diploma Civil de 1916.

²⁸ Ordenações Afonsinas. op. cit. p.7. Nota 26.

Conforme destacado por Euclides Benedito de Oliveira, o direito sucessório é tratado nas Ordenações Filipinas no Título XCVI, que estabelece a partilha entre os herdeiros, na forma seguinte²⁹

Como se há de fazer as partilhas entre os herdeiros, com atribuição aos descendentes e aos ascendentes, em caso de morte *ab intestato*: e falecendo sem testamento, se dará aos parentes mais chegados do defunto, segundo disposição do Direito, e partirá com os herdeiros do defunto, todos os bens e coisas, que ambos haviam, asi móveis, como raiz.

Com a independência do Brasil, o Imperador D. Pedro I ordenou, em 20 de outubro de 1823, que passagem a vigor as ordenações, as leis e os decretos de Portugal, situação que se manteve até a segunda metade do século XIX.

Em 1858, surgiu a primeira versão da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, mantendo algumas regras das Ordenações Filipinas, inclusive no livro de número 4, que se referia aos Contratos e Sucessões³⁰. Neste digesto, encontram-se as sucessões testamentária e a legítima, desenvolvendo-se, esta última, na seguinte graduação: 1 - aos descendentes; 2 - aos ascendentes; 3 - aos colaterais até o 10º grau; 4 - ao cônjuge; 5 - ao Estado.

Os trabalhos para a edição de um Código Civil brasileiro estavam adiantados, quando através do Decreto 1839, de 31 de dezembro de 1907, a sucessão *ab intestado* mudou de fisionomia, haja vista que houve uma inversão na ordem de vocação hereditária, através da qual o cônjuge passou a ocupar o 3º lugar na graduação legal, preferindo aos colaterais, que foram reduzidos ao 6º grau.

Esta foi a ordem legal estabelecida pelo Código Civil de 1916 e que permaneceu até o ano de 1946, quando sofreu a alteração determinada pelo Decreto-lei 9461, que reduziu a vocação hereditária dos colaterais para o 4º grau, situação que permanece no diploma atual através do artigo 1.829. Todavia, alterou-se substancialmente a

²⁹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 23.

³⁰ *Ibidem.*, p. 23-4.

posição do cônjuge supérstite que, atualmente, concorre com os descendentes, em condições específicas, e com os ascendentes, em quaisquer circunstâncias, herdando sozinho diante da inexistência de herdeiros das mencionadas classes.

A par de estar presente nas legislações ordinárias, deve-se destacar que o direito hereditário vem sendo recepcionado pelas constituições brasileiras, conforme se demonstrará na seqüência do presente estudo.

2.3.1 O direito à herança nas constituições brasileiras

Conforme se destacou desde a introdução do presente trabalho, o direito à sucessão está previsto no ordenamento jurídico pátrio, sob a categoria de direito fundamental, por meio do artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988.

Partindo da premissa teórica de que os direitos fundamentais são “[...] direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de um determinado Estado”, conforme definição de Ingo Wolfgang Sarlet,³¹ o direito à herança foi elevado à categoria de direito fundamental, conforme entendimento sublinhado, apenas com a promulgação da atual constituição.

A propriedade-herança, como direito natural, será analisada, a partir de então, sob o viés constitucional. Para atingir tal propósito, far-se-á uma incursão nos textos constitucionais brasileiros, desde a primeira Carta até a Constituição de 1967, para demonstrar que a propriedade-herança sempre esteve contida em nosso Direito Constitucional, embora tenha sido elevada à categoria de direito fundamental, isto é, direito expressamente previsto no Diploma Maior, apenas por meio da Constituição Cidadã de 1988. Para concluir de tal forma, faz-se imprescindível iniciar a observação com o Diploma Político de 1824.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. revista atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 36.

A Constituição Brasileira de 1824 - o primeiro e mais duradouro dos diplomas constitucionais pátrios - foi chamada de Carta de Lei de 25 de março de 1824. Não pôde ser tratada por constituição federal, visto que ainda não havia uma Federação de Estados independentes, conforme a atual organização político-administrativa.

Outorgada pelo então Imperador D. Pedro I, que exercia, de forma privativa, o Poder Moderador, a Constituição de 1824, única constituição semi-rígida da história brasileira, teve como nascedouro o manancial de idéias liberais que se expandiram pelo Ocidente. Foi nesse cenário que, segundo Alexandre Sanches Cunha,³² “[...] o diploma constitucional imperial positivou os direitos fundamentais, embora, equivocadamente, tal mérito venha sendo atribuído a Constituição belga de 1934”.

A Constituição Imperial de 25 de março de 1824 foi dividida em oito títulos. O oitavo título se refere às garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, aproximando-se o artigo 179, nele contido, do teor do artigo 5º da atual Constituição da República Federativa do Brasil. E é exatamente por meio do artigo 179 da Carta de Lei de 1824 que se estabelece cláusula geral acerca do direito de propriedade no Império. A esse respeito, vale explicitar o *caput* do referido dispositivo constitucional

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que têm por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela seguinte maneira.

Por meio da redação invocada, resta inequívoca a proteção ao direito de propriedade na Constituição de 1824. Tal direito, entretanto, foi agasalhado *lato sensu*, sendo positivado apenas no que se refere ao direito de ir e vir do cidadão, inclusive levando seus bens; ao direito à propriedade, como bem patrimonial; ao direito à propriedade intelectual. Pelo caráter vanguardista dessas proteções, vale conferir a letra da lei

Art. 179. [...] VI. Qualquer um pode conservar-se ou sair do Império, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os regulamentos policiais e salvo o prejuízo de terceiro; [...] XXII. É garantido o direito de

³² CUNHA, Alexandre Sanches. **A normatividade da pessoa humana**: o estatuto jurídico da personalidade e o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 17.

propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção e dará as regras para se determinar a indenização; [...] XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário ou lhes remunerará em ressarcimento da perda que hajam de sofrer pela vulgarização.

A despeito de não explicitar, por meio de dispositivo próprio, o direito de herança a que todo cidadão faz *jus*, a Carta de Lei de 25 de março de 1824, além dos artigos já mencionados, estabeleceu regras do Direito das Sucessões especialmente destinadas a reger o direito sucessório dos imperadores.

E é exatamente sob o título da Sucessão do Império que tais regras, dispostas do artigo 116 ao artigo 120, inseriram-se no Capítulo IV do Título 5º que, por sua vez, versa sobre normas constitucionais estabelecidas a fim de estipular e organizar os poderes do imperador D. Pedro I. A respeito de tais regras, faz-se mister apresentar a dicção do artigo 117

Art. 117. Sua descendência legítima sucederá no trono, segundo a ordem regular de primogenitura e representação, preferindo sempre a linha anterior às posteriores; na mesma linha, o grau mais próximo ao mais remoto; no mesmo grau, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha à mais moça.

Pela hermenêutica de tal artigo, verifica-se que, ao outorgar a Constituição de 1824, o constituinte brasileiro importou, de Portugal, regras bem definidas acerca do direito sucessório. A leitura do supra mencionado dispositivo permite visualizar que, já àquela época, o Direito Português dispunha de considerável organização legislativa no campo do Direito das Sucessões, haja vista que as expressões inseridas no referido artigo, tais como “ordem regular de primogenitura e representação; linha anterior às posteriores e grau mais próximo ao mais remoto” são utilizadas, ainda hoje, no atual Código Civil Brasileiro.

Ainda a respeito do direito sucessório e até mesmo do Direito de Família do Império, são de inestimável valor histórico os seguintes dispositivos

Art. 118. Extintas as linhas dos descendentes legítimos do Senhor D. Pedro I, ainda em vida do último descendente e durante o seu Império, escolherá a Assembléia Geral a nova dinastia. Art. 119. Nenhum estrangeiro poderá suceder na Coroa do Império do Brasil. Art. 120. O Casamento da Princesa Herdeira presuntiva da Coroa será feito a aprazimento do Imperador; não existindo Imperador ao tempo em que se tratar deste consórcio, não poderá ele efetuar-se sem aprovação da Assembléia Geral. Seu marido não terá parte no Governo e somente se chamará Imperador depois que tiver da Imperatriz filho ou filha.

Portanto, de uma interpretação sistemática³³ se infere que a Carta de 1824 elegeu o direito à sucessão como direito constitucional, mas não de maneira expressa.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, por sua vez, é fruto da derrocada da Monarquia e da posterior Proclamação da República, em 1889. Intensamente marcada por idéias positivistas, a primeira Constituição Republicana Brasileira, no que se refere a direitos e garantias individuais, estendeu o rol desses direitos - compreendido no artigo 72 da Carta - tanto a brasileiros como a estrangeiros, o que sem dúvida consistiu em significativo avanço.

A exemplo da Constituição de 1824, a primeira Constituição Republicana também preconizou o direito à propriedade de forma genérica, estando tal previsão contida no caput do artigo 72. Mas foi por meio dos parágrafos deste dispositivo que o direito à propriedade ganhou contornos mais específicos. O parágrafo 17, por exemplo, prevê que “o direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia”. A propriedade de marcas, dos inventos industriais, bem como das obras literárias e artísticas, a exemplo da Constituição do Império, também foram protegidas pela Constituição de 1891 por meio dos parágrafos 25, 26 e 27 do artigo 72.

³³ A respeito desse tipo de interpretação, cujo valor é inestimável - especialmente em se tratando de pesquisa do gênero histórico-bibliográfico, como se faz neste item - segue o escólio do mestre Tércio Sampaio Ferraz Júnior, segundo o qual “a interpretação sistemática possui como pressuposição hermenêutica a unidade do sistema jurídico do ordenamento [...]. A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca devemos isolar um conceito nem em seu contexto (a lei em tela, o código: penal, civil etc.) e muito menos em sua concatenação imediata [...]” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas,

No que se refere ao Direito das Sucessões, corolário inconteste do direito de propriedade, a grande novidade ficou por conta do parágrafo 26 do artigo 72, por meio do qual ficou estabelecido o direito dos herdeiros à reprodução exclusiva das obras artísticas e literárias. Eis a redação do dispositivo

Art. 72. parágrafo 26. Aos autores de obras literárias e artísticas é garantido o direito exclusivo de reproduzi-las pela imprensa ou por qualquer outro meio mecânico. Os herdeiros dos autores gozarão desse direito pelo tempo que a lei determinar.

Ainda na Constituição de 1891, previu-se que seria apenas da competência privativa dos Estados decretar impostos sobre a transmissão da propriedade (artigo 9º, 3º), transmissão essa que, segundo voz uníssona na melhor doutrina, pode ocorrer *inter vivos* ou *causa mortis* gerando, desta última forma, direito à sucessão.

Interessante registrar, ainda, que o artigo 61, 2 da Carta de 1891 também se refere ao direito sucessório do estrangeiro ao prever, em sua redação, a expressão *espólio*³⁴ *de estrangeiro*. Destarte, se o direito à sucessão é garantido aos estrangeiros, quiçá aos brasileiros.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, instaurou a segunda República no país. Embora seja apontada por diversos doutrinadores como a mais inovadora das Cartas Políticas da República, especialmente no campo social, a Constituição de 1934 nasceu forte, porém teve vida breve em virtude das tendências fascistas que lançaram tentáculos por toda a Europa e América Latina, incluindo aí o Brasil.

A brevidade de sua existência, no entanto, não minimizou os avanços introduzidos por este diploma. Isto porque o texto constitucional de 1934, produto de movimentos que culminaram com a Revolução de 30, inclinou-se para a questão social.

No entender de Luiz Pinto Ferreira, a Carta de 1934 considerou a democracia brasileira uma democracia social, inserindo direitos sociais – conhecidos como direitos de segunda geração – que exigem uma atuação estatal positiva. Exemplo

2001. p. 284).

elucidante de tal postura foi a instituição de normas de proteção ao trabalhador.

No que se refere ao direito sucessório na Carta de 1934, o artigo 8º, “b”, desta constituição estabeleceu competir privativamente aos Estados a transmissão de propriedade *causa mortis*, dicção que comprova, mais uma vez, o reconhecimento do direito sucessório pelo constituinte pátrio. Seguindo as tendências traçadas pelas Constituições de 1824 e 1891, a Carta de 1934 previu o direito à propriedade de maneira abrangente (artigo 133). No entanto, a exemplo dos diplomas constitucionais anteriores, utilizou-se de itens específicos (17, 18, 19 e 20 do artigo 113) para garantir a propriedade de marcas de indústria e comércio, dos inventos industriais, bem como das obras literárias, artísticas e científicas.

De fato, a Carta de 1934 teve existência passageira. Com o advento da Constituição “Polaca”, formalmente denominada Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, rompeu-se o ciclo legislativo que deu contornos de destaque ao direito de propriedade. A cláusula genérica acerca deste direito natural se perpetuou (artigo 122). Não obstante à previsão global, o prestígio positivado do direito à propriedade parece ter minguado, especialmente quando comparado ao tratamento a ele dispensado pelas Cartas anteriores. O intenso momento político-social vivido pelo país, à ocasião, certamente constituiu fator decisivo para a desocupação da posição privilegiada antes ocupada.

Não se pode dizer, contudo, que o direito de propriedade e, por via oblíqua, o direito sucessório, restaram desamparados. Relacionado a este último há, inclusive, previsão expressa acerca da transmissão da propriedade *causa mortis* (artigo 23, I, “b”; II, parágrafo 4º da Carta de 1937).

Neste diapasão, faz-se mister ressaltar que, à época do Estado Novo, a “Ditadura Vargas” tinha por escopo mais o controle da propriedade – especificamente a intelectual, artística e derivadas - do que propriamente a defesa deste instituto secular. A esfera jurídica individual foi cerceada por severas limitações ao direito de propriedade e outros direitos individuais, fato que robusteceu o Poder Executivo. Tal

³⁴ Como já apontado anteriormente, o espólio personifica o conjunto de direitos e deveres patrimoniais existentes no processo de inventário.

poder, como é sabido, governava por meio de decretos-lei e dispositivos autoritários tais como as Disposições Transitórias Finais da Constituição de 1937.

Ao final da segunda Guerra Mundial, na qual o Brasil, em conjunto com os aliados, lutou contra as ditaduras nazi-facistas européias, insaciável se tornou o desejo de redemocratização do país. Afinal, uma grave incongruência assolava o cidadão brasileiro: por que enviar os filhos da pátria para combater regimes ditatoriais fora do país, se, dentro dele, vivia-se sob as rédeas de uma ditadura cujo espírito era similar?

Neste panorama de dúvida e controvérsia, surgiu a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946. Como não poderia deixar de ser, a Carta de 1946 também prestigiou o direito de propriedade, de forma ampla, por meio do artigo 141. Resgatou, ainda, por meio dos parágrafos 16, 17, 18 e 19 do referido dispositivo, a propriedade como bem, assim como suas derivações menos clássicas, quais sejam: a propriedade de marcas de indústria e comércio, a de inventos industriais, bem como a propriedade de obras literárias, artísticas e científicas. No que tange ao direito à sucessão, o Diploma Constitucional em comento instituiu a competência dos estados para decretar impostos sobre a propriedade que se adquire *causa mortis* (artigo 19, I). Os parágrafos 1º e 2º do artigo 19 também se referem ao mencionado imposto.

Avança-se, agora, em direção à Carta de 1967-69. Este diploma nasceu centralizador, concedendo maiores poderes para a União. O Poder Executivo fortaleceu-se em virtude dos decretos-leis por meio dos quais governava. Houve significativa redução da autonomia individual, o que culminou com a suspensão dos direitos e garantias constitucionais. Neste contexto, o Ato Institucional nº 5 representou forte resposta aos movimentos sociais.

O direito de propriedade, entretanto, não fora banido do Texto Magno de 1967. Formalmente, portanto, havia sua proteção, inclusive no campo sucessório, valendo conferir a previsão expressa do artigo 24, parágrafo 2º que, ao versar sobre a

competência estadual para decretar impostos, refere-se à transmissão resultante de sucessão aberta no estrangeiro. Outro dispositivo por meio do qual se verifica a mesma tendência: artigo 150, parágrafo 33, que versa acerca da sucessão de bens de estrangeiros. As previsões genéricas também são mantidas (artigo 150, *caput*, prevendo cláusula geral acerca do direito de propriedade, bem como o artigo 150, parágrafos 24 e 25, que dizem respeito, respectivamente, à propriedade de marcas).

A Constituição seguinte, de 5 de outubro de 1988 - vigente até a presente data - foi denominada de Constituição Cidadã, consagrando o direito hereditário como direito fundamental através do inciso XXX do artigo 5º. Todavia, apesar de constar como fundamental, o direito de herança somente se concretiza mediante as regras da legislação ordinária, conforme se verá no capítulo seguinte.

3 A TRANSMISSÃO DE BENS DEIXADOS CAUSA MORTIS: INVENTÁRIO E PARTILHA

O direito sucessório, no Brasil, sempre privilegiou o parentesco, distribuindo a herança entre os familiares do seu autor³⁵ sem impedir, todavia, a manifestação de última vontade transmitida por testamento - que pode beneficiar tanto o parente como o estranho - resguardada a legítima do herdeiro necessário (artigos 1.845 e 1.846 do CPC)³⁶.

Com o advento do Código Civil de 2002, profundas alterações modificaram as feições do direito sucessório brasileiro. Uma delas foi a elevação do cônjuge a uma situação de herdeiro privilegiado, nos casos em que o regime de bens do casamento o situa em posição de concorrência com os descendentes, possibilitando-o ser: meeiro de todo o patrimônio deixado *causa mortis*, meeiro apenas dos bens adquiridos na constância do casamento ou, por fim, meeiro e herdeiro. Concorrerá, ainda, sem qualquer exceção, com ascendentes, permanecendo sozinho na herança diante da ausência de descendentes ou ascendentes.

Toda a disposição acima encontra-se preconizada pelo artigo 1.829 do CC, que assim dispõe

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – Aos descendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (artigo 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares. II – Aos ascendentes em concorrência com o cônjuge; III – Ao cônjuge sobrevivente; IV – Aos colaterais.

³⁵ Na lição de Lacerda de Almeida, citada por Caio Mário, “[...] o direito sucessório caracteriza-se como regime da propriedade na família.”(PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit, p. 6. Nota 10).

³⁶ Herdeiros necessários são parentes privilegiados que sempre possuem direito a 50% do acervo hereditário. São eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Com substanciais alterações, o operador do Direito das Sucessões, no Brasil, teve que se debruçar sobre o incipiente regramento de forma a aplicar as novas disposições legais. Tais inovações geraram grandes discussões e interpretações destoantes, fato que parece dificultar ainda mais a utilização das regras de direito processual.

Constata-se, pois, que o Direito das Sucessões no Brasil é um dos que mais sofreu alterações ao longo de sua existência na esteira, evidentemente, das regras do direito de propriedade, do Direito de Família e, por ele próprio, na sua evolução natural, de acordo com os novos valores da sociedade.

A despeito de toda a evolução ocorrida no seio do direito material, verifica-se que as regras de direito processual aplicáveis ao processo de inventário e partilha são praticamente as mesmas desde o Código de 1939, com pequenas alterações no rito do inventário, na forma dos artigos 1.031 e seguintes do CPC.

Assim sendo, constata-se que, a par da garantia constitucional do direito de herança, de toda a legislação infra-constitucional – seja de direito material, seja de direito processual – que o efetiva e de existirem, nas organizações judiciárias de todos os estados, varas especializadas nos processos de inventário e partilha, a questão é delicada, pois o cidadão se vê privado de seu direito em razão de entraves processuais que se originam ora da má-fé de alguns interessados, ora de dificuldade de compreensão dos aspectos processuais desta ação, em razão de suas peculiaridades.

O processo de inventário e partilha se condiciona à morte de alguém que deixa patrimônio, ou seja, o seu ajuizamento exige a abertura da sucessão hereditária³⁷. É pelo inventário que se conhecem os bens que serão finalmente distribuídos, enquanto a partilha é a fase final de todo o procedimento, visando a extinção da comunhão hereditária.

³⁷ Como é sabido, não existe herança de pessoa viva, de forma que qualquer ação envolvendo patrimônio de uma pessoa falecida exige a prova do óbito, por meio da competente certidão expedida pelo Cartório do Registro Civil. Destaca-se, neste diapasão, que a morte cerebral não autoriza qualquer ação no direito sucessório, já que o óbito é a falência de todos os órgãos vitais.

Segundo Washington de Barros Monteiro, o referido processo, pela sua natureza, apresenta íntima analogia com a velha *actio familiae erciscundae* do direito romano.³⁸

Em verdade, o processo de inventário é um ninho de discórdia. Acredita-se que esta tenha sido uma das fortes razões pelas quais o legislador brasileiro, ao elaborar o Diploma Processual Civil, situou tal processo no capítulo dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa³⁹.

Neste diapasão, o presente estudo se propõe a apresentar uma faceta real do direito hereditário brasileiro, demonstrando, a partir de sua aplicação aos casos concretos, examinados à luz de arestos dos diversos tribunais do país, alguns fatores de ordem processual que constituem barreira ao efetivo acesso a tal direito.

3.1 O DIREITO SUCESSÓRIO E O PROCESSO

Inicia-se este item com o pensamento de Enrico Túlio Liebman, para quem o processo é “[...] a atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional.”⁴⁰

É através do processo de inventário e partilha que as pessoas que têm vocação hereditária ou que foram indicadas pelo autor da herança em um instrumento de testamento constituirão o seu direito hereditário. Vale acrescentar, ainda, segundo palavras de Silvio Rodrigues,⁴¹ que o “[...] inventário é o processo judicial que se destina a apurar os bens deixados pelo finado, a fim de sobre o monte proceder-se a partilha.”

³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. op cit. p. 266. Nota 3.

³⁹ Sobre a jurisdição do inventário, José da Silva Pacheco afirma que o legislador brasileiro optou pela expressa inclusão do processo de inventário e partilha entre os procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, “[...] cortando as discussões relativamente à sua natureza de jurisdição voluntária ou administrativa” (PACHECO, José da Silva. op. cit. p. 381. Nota 22).

⁴⁰ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 33.

⁴¹ RODRIGUES, Silvio. op.cit, p. 285. Nota 21.

A liquidação da herança é efetuada através de um único processo, em duas fases distintas – o inventário e a partilha – tratadas através dos artigos 982 e seguintes da Lei Processual.

Segundo entendimento de José da Silva Pacheco⁴²

Apesar de regular, no mesmo capítulo, embora em seções diversas, o inventário e a partilha, não anulou a distinção conceitual e natural de ambos. Trata-se de um mesmo processo, em duas fases. Com relação ao inventário, é necessariamente judicial; enquanto no que se refere à partilha, não o é. Pode haver inventário em que não se chegue à partilha por consumirem-se os bens no atendimento do passivo ou dos encargos ou por haver um só herdeiro.

No processo de inventário, assim como nos demais, devem ser observados o princípio da segurança jurídica, o princípio da efetividade e a garantia da duração razoável do processo a fim de que se concretize o direito hereditário.

A tutela jurisdicional pretendida é a liquidação da herança, com o levantamento de todos os direitos e obrigações relativamente ao falecido e ao seu patrimônio.

Nessa esteira, encontram-se todos os bens, créditos e, também, as obrigações, incluindo-se as dívidas vencidas e vincendas, excetuando-se aquelas de natureza personalíssima, que se extinguem com a morte.⁴³

⁴² PACHECO, José da Silva. op.cit. p. 447. Nota 22.

⁴³ Na lição de Caio Mário, são direitos personalíssimos: os direitos de família puros e os políticos, bem como outros que, não obstante a sua patrimonialidade, não sobrevivem nos herdeiros em função da sua inerência à pessoa do *de cuius*, tais como o uso, o usufruto e o direito de preferência concedido ao vendedor (artigo 520 do CC). (PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit. p. 454. Nota 10).

Listados os bens (móveis e imóveis) com seus respectivos valores, os direitos e as obrigações, bem como todos os herdeiros - observada a vocação hereditária do artigo 1.829 do CC, com possíveis direitos de representação do artigo 1.851 do CC - e feitas as citações determinadas pelo artigo 999 do CPC, o processo seguirá o seu curso normal, até que seja julgada ou homologada a partilha, mediante uma sentença de mérito que faz coisa julgada material, classificando-se como constitutiva já que, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior⁴⁴ “[...] extingue a comunhão hereditária e define a nova situação jurídica dos herdeiros sobre os bens do espólio”. Pontes de Miranda⁴⁵, da mesma forma, afirma o caráter constitutivo da sentença de partilha e aduz

Em verdade, a partilha não é atributiva, *causa mortis*, da propriedade: a aquisição operou-se com a morte (Código Civil, artigo 1 572); nem essa questão tem qualquer coisa a ver com o artigo 631 do Código Civil. A eficácia da sentença de partilha é outra questão. Se a ação de partilha entrasse na classe das ações declarativas, o processo teria a finalidade de declarar a existência ou inexistência de relação jurídica ou de alguma qualidade relevante para o direito. A habilitação de herdeiros sim; a ação de partilha, de modo nenhum. Os seus maiores elementos são execução e constituição; os de declaração e condenação são mínimos. Fez bem o Código em evitar alusão à declaratividade.

Consoante se infere do magistério citado, a questão da classificação da sentença que homologa e julga a partilha merece um destaque especial, uma vez que não é pacífico o entendimento de que tal decisão seja constitutiva, já que alguns juristas a classificam como declaratória, conforme se depreende do magistério de Jaime Guasp, que ao mencionar as dificuldades que o direito espanhol encontra na questão da jurisdição do processo de inventário e partilha, menciona expressamente o juízo declarativo, consoante se observa da nota de n. 57, p. 49 infra.

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 290.

⁴⁵ MIRANDA. Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 465 a 599. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo VII. p. 175-176.

Antonio Carlos Marcato defendia o caráter declaratório da sentença de partilha, todavia, em sua edição de 2005 reconheceu o acerto da orientação no sentido de sua natureza constitutiva⁴⁶.

Correto, portanto, parece ser o entendimento de Pontes de Miranda, seguido por Humberto Theodoro Júnior, e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que afirmam seu caráter constitutivo. Este último leciona⁴⁷

Apesar da transmissão, no momento mesmo da morte do autor da herança, do domínio e da posse desta aos herdeiros legítimos e testamentários (artigo 1.784 do Código Civil), a sentença que julga a partilha não se limita a declarar esta situação, mas, antes, constitui uma situação jurídica nova, na medida em que individualiza os bens que caberão a cada uma das partes, extinguindo, portanto, a comunhão hereditária até então existente; daí a sua natureza constitutiva.

É a sentença que julga a partilha que constitui o direito do herdeiro, fato que resta indubitoso, já que a ficção do *saisine* é muito importante quanto aos efeitos que produz na legitimação para agir em juízo e, até mesmo, na administração do espólio. Entretanto, conforme mencionado alhures, a propriedade dos bens adquiridos *causa mortis* somente é transferida após a sentença e mediante a apresentação do formal de partilha no cartório competente para o registro. Até então, o monte constitui um todo unitário e indivisível.

James Goldschmidt⁴⁸ trata a transmissão de direitos hereditários como ação constitutiva, afirmando que “[...] a ação constitutiva tem por objetivo obter a constituição, modificação ou extinção de uma relação de direito por sentença judicial” e aduz

⁴⁶ Antônio Carlos Marcato, afirma em sua edição de 2005 que “[...] a partilha tem, segundo a doutrina predominante, natureza constitutiva, na medida em que extingue a comunhão até então existente entre os herdeiros e define os quinhões cabentes a cada um deles. Reconhecemos, agora, o acerto dessa orientação, não obstante tenhamos sustentado, em edições anteriores, a natureza meramente declaratória dessa sentença”. (MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas. 2005. p.237).

⁴⁷ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Comentários do código de processo civil**: inventário e partilha. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. IX. p.197.

⁴⁸ GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2003. p.147-148.

[...] Os pressupostos desta ação são os seguintes: A – O suposto de fato é uma relação jurídica de caráter privado (por exemplo, arrendamento, sociedade mercantil, matrimônio, determinado regime matrimonial de bens, direito hereditário) às vezes, excepcionalmente, uma relação jurídica de caráter público (por exemplo, a autorização de emitir bilhetes) e ainda a existência de uma pessoa jurídica e seu estatuto (por exemplo, uma sociedade por ações).

Afigura-se, enfim, que a transferência da propriedade no Cartório do Registro de Imóveis não se efetiva sem uma sentença de partilha, de caráter constitutivo, que é a tutela pretendida no processo de inventário. Destarte, o direito de propriedade dos herdeiros somente se constitui mediante referido provimento judicial de forma que, atribuir-se a tal sentença caráter apenas declaratório parece fora da realidade legal. Poder-se-á admitir, até mesmo, uma classificação mista, ou seja, declaratória e constitutiva, embora se deva considerar que a carga predominante é, efetivamente, a constitutiva.

Retornando ao processo de inventário como um todo, depreende-se que segue ritos diversos, dependendo das situações apresentadas. O rito ordinário tem previsão nos artigos 982 a 1.030 da lei processual e consiste na regra geral. O rito do arrolamento sumário, por sua vez, tem previsão nos artigos 1.031 a 1.035 do CPC, alterados pela lei 7.019/82, que autoriza a homologação, de plano, da partilha apresentada por herdeiros maiores e capazes, ou a adjudicação dos bens, em se tratando de herdeiro único (parágrafo 2º do artigo 1.031 do CPC).

Nesses ritos, faz-se imprescindível a comprovação da inexistência de dívidas do espólio ou de suas rendas para com as Fazendas Públicas Municipal, Estadual e Federal. Finalmente, o rito sumário especial do artigo 1.036 do CPC, que autoriza a homologação da partilha, independentemente da capacidade dos herdeiros, desde que o valor dos bens não ultrapasse a 2.000 Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional (ORTN), atualizadas na forma da lei.

Entretanto, faz-se imprescindível alertar que o presente estudo cinge-se, apenas, ao rito ordinário, no qual se localizam crises processuais cujos aspectos merecem detida análise a partir da coleta de julgados de nossos tribunais. O objetivo é identificar os pontos de estrangulamento no que tange aos provimentos de urgência, ao incidente de remoção do inventariante e ao momento do recolhimento do ITCD, apresentando soluções para o desenvolvimento do processo de inventário rumo à partilha.

De observância obrigatória os princípios constitucionais que alicerçam o processo, quais sejam, a efetividade, a segurança jurídica e, modernamente, a garantia fundamental da duração razoável do processo, conforme salienta Patrícia Carla de Deus Lima.⁴⁹

A efetividade consiste em um dos postulados do inciso XXXV, artigo 5º, da Constituição Federal, já que de nada adianta o fácil acesso à Justiça sem que o processo seja efetivo, com a garantia de um provimento útil. A segurança jurídica, por sua vez, está no contexto do artigo 5º, inciso LV, da Carta Maior, que garante aplicação da lei mediante o devido processo legal. Já a duração razoável do processo, conforme ponderado, consiste em garantia fundamental, inserida no texto do artigo 5º, inciso LXXVIII, através da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004.

A legitimidade para requerer o inventário está caracterizada nos artigos 987 e 988 do CPC, cujo rol não é exaustivo. Destaca-se que o juiz, por força do artigo 989 do mesmo diploma, pode iniciá-lo de ofício, sempre que nenhuma das pessoas indicadas o requerer no prazo legal, que é de trinta dias a contar do óbito do autor da herança (artigo 983 do CPC).

O inventário é, pois, mecanismo através do qual o patrimônio líquido do *de cujus* é distribuído entre os herdeiros, devendo ser sempre judicial, mesmo que os

⁴⁹ LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil. **Revista de processo**, São Paulo, n. 122, p. 93-129, abr. 2005.

interessados sejam maiores e capazes.⁵⁰ Portanto, a abertura do processo de inventário, submetido ao regramento dos artigos 982 e seguintes do CPC, visa garantir o direito constitucional à herança.

Com a abertura da sucessão, fenômeno jurídico inaugurado com a morte de alguém que deixa patrimônio, conforme já salientado, os bens que compõem o espólio passam, imediatamente, para os sucessores legítimos e testamentários⁵¹. Entretanto, na maioria das vezes, os herdeiros adquirem apenas a posse indireta dos bens, que ficam em condomínio até a partilha, conforme se depreende do artigo 1.791 do Código Civil. A posse direta permanece, via de regra, com o inventariante, em virtude da preferência estabelecida pelo artigo 990 do CPC.

Outro ponto que merece ser destacado: não se pode desconsiderar o interesse público no processo de inventário, haja vista a questão tributária, o que torna imprescindível a citação da Fazenda Pública Estadual, nos precisos termos do artigo 999 do CPC. Um dos motivos pelos quais a doutrina e jurisprudência pátria construíram a impossibilidade de extinção do processo de inventário, nos termos do artigo 267 do CPC é, exatamente, o interesse público.

A respeito, manifestou-se, recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível número 70014298020, tendo como relatora a desembargadora Maria Berenice Dias. A julgadora entendeu pela impossibilidade de extinção do processo de inventário, em respeito aos princípios da economia processual e do interesse público⁵².

⁵⁰ Eis a dicção do artigo 982 do CPC: “Proceder-se-á ao inventário judicial, ainda que todas as partes sejam capazes”.

⁵¹ Testamento é um negócio jurídico unilateral, gratuito, solene e revogável, através do qual o indivíduo manifesta sua vontade no que se refere à transmissão do patrimônio para depois de sua morte.

⁵² Ementa. Sucessões. Inventário. Desídia da Inventariante. Impossibilidade de Extinção do Processo. A paralisação do Inventário não acarreta a extinção do processo, pois o juiz pode e deve, de ofício, destituir o Inventariante desidioso. Respeito aos princípios da economia processual e do interesse público. Inteligência do artigo 1.109 CPC. Recurso parcialmente provido para cassar a sentença (art. 557, par. 1º-A, CPC)”. Apelação Cível número 70014298020, Sétima Câmara Cível, TJRS, julgado em 02.03.2006. Disponível em <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 30 abr. 2006.

Desde a abertura da sucessão até a partilha dos bens, a herança é tida como um patrimônio especial denominado espólio, representado em juízo pelo inventariante, pessoa nomeada pelo magistrado. Fenômenos diversos e já mencionados ocorrem durante a marcha processual, retardando a prestação da tutela, trazendo insegurança e contribuindo para a falta de efetividade do processo. Os mais freqüentes serão analisados oportunamente.

Através de julgados dos mais diversos tribunais deste país, verifica-se que o regramento processual nem sempre é observado. A forma da lei é ignorada em alguns casos e, em outros, exageradamente considerada⁵³. Neste universo, não existe segurança jurídica, já que os princípios que norteiam o direito de herança são inobservados e, se por vezes a tutela jurisdicional é concedida com a presteza garantida pela Lei Maior, existem ocasiões nas quais apenas um ou alguns herdeiros recebem a herança, enquanto os demais têm seus direitos postergados e, até mesmo, desconsiderados.⁵⁴

Observa-se, ainda, a desconsideração do princípio da efetividade da prestação jurisdicional, colocando em risco a garantia constitucional do processo equo e justo. Diante de pequenos problemas, o processo de inventário emperra, prejudicando o herdeiro e arranhando ainda mais a imagem do Judiciário.

Para uma melhor compreensão da problemática, mister fixar alguns dos principais pontos que, segundo se observa da jurisprudência pátria e da *praxis* forense, contribuem para o emperramento do processo de inventário, quais sejam: atuação desidiosa do inventariante; falta de impulso dos interessados; litígios diversos entre os herdeiros, inclusive quanto à partilha dos bens; não pagamento do imposto de

⁵³ Neste sentido, vale conferir o ensinamento de Giuseppe Chiovenda: “As atividades das partes e dos órgãos jurisdicionais, mediante as quais a lide procede do principio para a definição, e ao conjunto das quais se aplica a denominação de procedimento têm de submeter-se a determinadas condições de lugar, de tempo, de meios de expressão: tais condições se dizem formas processuais em sentido estrito.” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. p. 5).

⁵⁴ “A cessão de direitos hereditários é negócio jurídico que reclama forma própria e única – a escritura pública – sendo, portanto, impróprio o instrumento particular” (RT 627:110), in Eduardo de Oliveira Leite. **Direito Civil Aplicado**. v. 6. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 65-397 passim.

transmissão *causa mortis*; concessão de alvarás para disposição de bens sem qualquer critério legal, dentre outros.

Vale não olvidar que a problemática da efetividade e da segurança jurídica, em sede de inventário e partilha, poderia ser abordada em todas as fases do processo. Entretanto, o objetivo do presente estudo é demonstrar como os aspectos processuais concernentes à atuação do inventariante - inclusive sua remoção -, a atuação do juiz, aos provimentos de urgência e ao momento do recolhimento do ITCD devem ser operacionalizados de forma a promover o acesso ao direito constitucional à herança, com a celeridade exigida pela atual ordem jurídica, respeitada a principiologia, por considerar que tais assuntos carecem de bibliografia e são de suma importância no contexto do processo sucessório.

3.2 JURISDIÇÃO DO PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA

O direito processual civil brasileiro traça todos os contornos do processo de inventário, trabalhando-o desde o ajuizamento até a partilha dos bens. O conjunto de regras que delinea a sucessão *causa mortis* encontra-se no capítulo dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, apesar de suas especificidades que, em determinadas circunstâncias, autorizam a utilização de regras da jurisdição voluntária.

Segundo o magistério de Orlando Gomes⁵⁵

O inventário é processualmente um procedimento especial. Conquanto esteja regulado entre os processos de jurisdição contenciosa, tem traços fortes e o rito simples dos processos administrativos, nele não se encontrando as figuras contrapostas de autor e réu. Entende-se, porém, que encerra um conflito de interesse.

Neste contexto, convém esclarecer que, em algumas legislações alienígenas, o inventário é tido como jurisdição voluntária. Chiovenda,⁵⁶ em suas Instituições de

⁵⁵ GOMES, Orlando. op.cit, p. 280. Nota 12.

⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. op.cit, p. 218. Nota 53.

Direito Processual Civil menciona, em nota de rodapé, alguns procedimentos de jurisdição voluntária, dentre os quais o inventário.

A doutrina espanhola vem discutindo a jurisdição do processo de inventário e partilha, exatamente em virtude de sua complexidade, a ponto de ser entendida como uma das situações que mais necessitam de reforma no universo do Direito Processual Civil.

Neste sentido, manifesta-se Jaime Guasp⁵⁷

Inicialmente, pode-se questionar que esses processos sucessórios, do direito espanhol positivo, constituem verdadeiros processos ou modelos da chamada jurisdição voluntária. A regulamentação desses processos, dentro da LEC, por sua localização, parece situá-los dentro de um campo indiscutivelmente contencioso. O fato de que muitas vezes quando exauridas as vias específicas, remeter-se o caso de desconformidade das partes a um juízo declarativo mais ou menos determinado, suscita o problema do caráter dos atos processuais praticados antes de se chegar a este estado (de contencioso). Seria, não obstante, exagerado entender que a sucessão legítima ou adjudicação de bens à pessoas inominadas, as administrações hereditárias e as testamentárias, não têm mais valor em nosso direito, já que são simples expedientes de jurisdição voluntária. Mas é preciso reconhecer a falta de critério nesse ponto, de nossa legislação, que constituem, como já se asseverou, uma absurda ordenação da matéria sucessória, e é um dos pontos que mais precisam de reformas em todo o direito processual civil espanhol (tradução nossa).

As dificuldades de entender a jurisdição do processo de inventário e partilha, no direito brasileiro, são semelhantes às do direito espanhol, que ora parece ser voluntária, ora contenciosa. Entretanto, de uma análise detida das regras inseridas

⁵⁷ Eis o texto original: "Inicialmente se puede suscitar la duda de hasta qué punto estos procesos sucesorios, del derecho positivo español, constituyen verdaderos procesos o muestras de la llamada jurisdicción voluntaria. Pues, si bien la regulación de estos procesos, dentro de la LEC, por el emplazamiento que em ella se les da, parece situarlos dentro de un campo indiscutiblemente contencioso, el hecho de que, muchas veces agotada su vía específica, se remitan, em caso de disconformidad de las partes, a un juicio declarativo más o menos determinado, plantea el problema del carácter de las actuaciones procesales practicadas antes de llegar a ese estado. Seria, no obstante, exagerado entender que los abintestatos o adjudicación de bienes a personas inominadas, las administraciones hereditarias y las testamentarias, no tienen más valor, em nuestro derecho, que el de simples expedientes de jurisdicción voluntaria. Mas preciso es reconocer que la falta de criterio, en este punto, de nuestra legislación, constituye, como a veces se ha dicho, una absurda ordenación de la materia sucesoria y es de los puntos más necesitados de reforma en todo el derecho procesal civil español". (GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil: procesos especiales y jurisdicción voluntaria**. 4. ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonés. Madrid: Civitas, 1988. p. 496. t. II).

no direito pátrio, verifica-se que se trata de jurisdição híbrida, mesclando-se a contenciosa e a voluntária.

A jurisdição contenciosa, em razão dos conflitos que surgem no seio do processo, decorrentes da qualidade de herdeiros, dos bens apresentados, da partilha dos bens, etc.

A jurisdição voluntária devido à administração de interesses privados realizada pelo juiz sem que, necessariamente, haja conflitos entre os interessados⁵⁸. O nosso diploma processual civil traz em seu contexto algumas normas que, mal utilizadas, dificultam a conclusão do processo, acarretando prejuízos aos herdeiros que, apesar do princípio de *saisine*, não conseguem a propriedade plena dos bens. Em alguns casos não conseguem sequer a posse direta.

Todavia, apesar de estar no contexto dos procedimentos de jurisdição contenciosa e se tratar de uma jurisdição híbrida, conforme realçado, o processo de inventário não é considerado como tal pelo operador brasileiro. Este, na maioria dos casos, age como se estivesse simplesmente em sede de jurisdição voluntária, na qual “o juiz não está obrigado a observar o critério de legalidade estrita podendo adotar, em cada caso, a solução que julgar mais conveniente” (artigo 1.109 do CPC).⁵⁹ Daí um grande equívoco que contribui para que o direito de herança se afaste do texto constitucional que lhe garante *status* de direito fundamental.

Nesse sentido, deve-se atentar para o acórdão relativo à Apelação Cível número 70014298020, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, já mencionado na nota de rodapé de número 52, no qual a desembargadora relatora Maria Berenice Dias,

⁵⁸ Para Chiovenda, a jurisdição voluntária é uma forma especial de atividade do Estado, exercitada em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos administrativos e pertencente à função administrativa, embora distinta da massa dos atos administrativos, por certos caracteres particulares. (CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 23. Nota 53).

⁵⁹ Sobre a distinção entre jurisdição voluntária e contenciosa, José Roberto dos Santos Bedaque considera que, para grande parcela dos doutrinadores, a diferença entre jurisdição voluntária e contenciosa está no fato de, na primeira, não existir lide, elemento que segundo o autor é fundamental na jurisdição contenciosa. Apesar das diferenças, a resolução definitiva da situação de direito material é o objeto de ambas as jurisdições (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 76).

apesar de estar em julgamento uma sentença proferida em processo de inventário e partilha - inserto no contexto dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa - fundamentou a sua decisão com fulcro no artigo 1.109 da lei processual civil, dispositivo que trata da jurisdição voluntária.

A análise da jurisdição do inventário é de grande importância para a efetividade da prestação jurisdicional, especialmente em razão da condução do processo, que deve observar o respectivo regramento sem, contudo, deixar de flexibilizá-lo para atender ao seu escopo.

No escólio do mestre uruguaio Couture⁶⁰

[...] jurisdição é a função pública, realizada por órgãos competentes do Estado, mediante as formas da Lei, em virtude da qual, por ato do juízo, se determina o direito das partes, com o objetivo de dirimir seus conflitos e controvérsias de relevância jurídica, mediante decisões com autoridade de coisa julgada.

Prosseguindo, afirma o professor que: “O objeto da jurisdição é a coisa julgada, cujo conteúdo não pertence nem à função legislativa e nem à função administrativa” (tradução nossa).⁶¹

Nessa esteira de raciocínio, constata-se que, para Couture⁶², a jurisdição, no sentido próprio, exige uma controvérsia dirimida pelo juiz e alcançada pela coisa julgada. Não é diferente o magistério de Bedaque⁶³, para quem

[...] embora não protegidos pela coisa julgada, os provimentos de jurisdição voluntária são dotados de certa imunidade, razão por que só podem ser desfeitos em sede jurisdicional, pelas vias adequadas [...] A importância da distinção não é meramente acadêmica. Tem consequências práticas importantes. Basta mencionar a coisa julgada material, qualidade que apenas a sentença proferida em processo contencioso pode adquirir.

⁶⁰ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Depalma, 1997. p. 40.

⁶¹ “El objeto propio de la jurisdicción es la cosa juzgada. Este contenido no pertenece ni a la función legislativa ni a la función administrativa”. Ibidem, p.50.

⁶² COUTURE, Eduardo. op. cit. p 43. Nota 60.

As espécies de jurisdição foram tratadas no Código de Processo Civil, em seu artigo 1º, que dispõe que “[...] A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este código estabelece”. Tal diploma processual estabelece, até o artigo 1.102, as regras da jurisdição contenciosa. Já os artigos 1.103 e seguintes referem-se à jurisdição voluntária, conhecida por alguns como jurisdição administrativa.

A distinção entre uma e outra jurisdição é importante para que se saiba, exatamente, de que forma situar o processo de inventário, de maneira a lhe dar efetividade. Nesta direção, Marcelo Abelha Rodrigues leciona que⁶⁴

A voluntária é jurisdição somente na forma, já que nem de jurisdição nem de voluntária se trata. Não é jurisdição pura porque o juiz não diz o direito substituindo a vontade das partes, mas trata-se apenas de administração pública de interesses privados [...]. Na jurisdição voluntária nem lide há, mas controvérsia. Não há partes, mas interessados, não há processo, mas procedimento.

A esse respeito, há que se chamar à baila as pontuações de Carnelluti. O processualista italiano traz a lume, com o brilhantismo que lhe é peculiar, a seguinte contribuição

Dois são os princípios determinantes da estrutura de uma espécie e outra de jurisdição: o princípio do contraditório, característico do processo contencioso, e o princípio da unilateralidade, adequado ao procedimento de jurisdição voluntária [...] afirmando que o caráter estrutural mais saliente, que deriva desse segundo princípio, é a falta de discussão que conclui o procedimento no processo contencioso⁶⁵.

⁶³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 77. Nota 59.

⁶⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 158-159.

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. v. III. p. 283.

Cândido Rangel Dinamarco⁶⁶, entretanto, contrariando os entendimentos mencionados, compreende a jurisdição voluntária como verdadeira jurisdição e afirma que suas características afastam a tradicional idéia de que ela não teria natureza jurisdicional, sendo administração. Assim, aduz

[...] O Código de Processo Civil, ao dizer “a jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelecer” (art. 1º), não só afirma a existência dessas duas vertentes da jurisdição (contenciosa e voluntária) como também manda que a segunda delas se exerça segundo os atos, as formas e as garantias inerentes ao processo civil. Há procedimentos a observar, está presente o contraditório, as decisões e sentenças devem ser motivadas, opera o duplo grau de jurisdição, etc. – enfim, prevalecem os padrões ditados pela garantia do devido processo legal.

Não obstante, o respeito que Dinamarco impõe a todos os operadores do Direito deste país, o entendimento majoritário é no sentido de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, por todos os motivos antes elencados e, ainda, porque, nos procedimentos de jurisdição voluntária, não existe coisa julgada material, elemento que efetivamente caracteriza a jurisdição.

Tal entendimento é corroborado por Liebman, para quem

[...] o enquadramento sistemático da jurisdição voluntária é muito controvertido, mas parece ter razão os que a consideram em substância uma atividade administrativa, apesar de atribuída aos juizes e realizada mediante formas judiciais.⁶⁷

Após reflexão acerca da jurisdição contenciosa, vale questionar sobre sua ocorrência. Em simplória indagação: quando se verifica a jurisdição contenciosa? Denota-se, das lições dos grandes mestres que, sempre que existir conflito a ser dirimido pelo juiz, cuja decisão final se sujeitar aos efeitos da coisa julgada material, estar-se-á diante de uma jurisdição contenciosa.

⁶⁶ DINAMARCO Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 319-20. v. I.

⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Túlio. op. cit, p. Nota 40.

Na jurisdição voluntária, ao contrário, não há lide, não há partes, mas somente interessados, cabendo ao juiz apenas administrar interesses particulares que versam sobre direitos indisponíveis, podendo deixar de observar o critério de legalidade estrita. Destarte, em sede de jurisdição voluntária, adotará o magistrado, em cada caso, a solução que julgar mais conveniente ou oportuna (artigo 1.109 do CPC).

Transportando tais situações para um processo de inventário e partilha, constata-se que, efetivamente, estar-se-á diante de uma jurisdição que pode ser mista, compreendendo, portanto, os dois tipos de jurisdição: a voluntária, caso não haja controvérsia entre os herdeiros e demais interessados, chegando ao provimento final exatamente conforme a vontade deliberada de todos; e a contenciosa, sempre que haja conflito de interesses (no que se refere, por exemplo, à nomeação de um inventariante, às declarações de bens e de herdeiros, à partilha dos bens, ao pagamento das dívidas do espólio, etc.), situação na qual deverá o magistrado dirimir o conflito, decidindo mediante prova documental. Isto porque, havendo necessidade de instrução probatória ampla, a questão deverá ser remetida às vias ordinárias, *ex vi* do artigo 984 da Lei Processual.⁶⁸

Assim, deve-se atentar para o fato de que, em um mesmo processo, pode o magistrado enfrentar duas situações: administrar o interesse dos herdeiros de forma a julgar a partilha por eles apresentada, relativamente aos seus quinhões, deixando de observar o critério de legalidade estrita (CPC, artigo 1109) e utilizando-se, para tanto, de bom senso, de experiência e de conhecimento jurídico; decidir questões outras sobre as quais poderá existir controvérsia, tais como a questão tributária, dívidas do espólio, etc.

Reforçando a idéia de uma jurisdição híbrida e da especificidade do processo de inventário, deve-se atentar para o *caput* do artigo 1.030 do CPC, que dispõe que: “É

⁶⁸ Importante destacar a dicção do artigo 984 do CPC: “O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas.”

rescindível a partilha julgada por sentença”. Neste caso, o legislador, coerente com a inclusão do inventário nos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, fez recair sobre a sentença os efeitos da coisa julgada material. Todavia, autorizou a emenda da partilha, depois do trânsito em julgado da sentença, nos mesmos autos do processo de inventário, desde que tenha havido inexatidão material, à semelhança do que faz no artigo 463, inciso I.⁶⁹

Diante de uma jurisdição tão especial, exige-se uma tutela que dê efetividade ao processo de inventário. Isto se dá, na prática, a partir da observância das regras processuais, tudo para que se alcance o escopo de tal processo, qual seja: a liquidação da herança, mediante o pagamento das dívidas do espólio e partilha do remanescente aos herdeiros legítimos e testamentários.

3.3 O JUIZ NO PROCESSO DE INVENTÁRIO

O processo de inventário é lento e seus caminhos tortuosos, o que põe em risco o direito constitucional de herança. A este cenário de dificuldade e incerteza soma-se o fato do nosso ordenamento jurídico conter um regramento complexo no que diz respeito ao direito sucessório, com imprecisões que prejudicam a aplicação da vontade concreta da lei e que exigem do magistrado uma posição enérgica na condução do feito até o final, em respeito aos valores embutidos na legislação vigente, sem apego exagerado às formalidades legais.

Ademais, não se pode olvidar que existe uma dificuldade por parte dos operadores do direito em compreender determinados aspectos legais do processo sucessório, em razão de suas especificidades, o que culmina na inobservância das respectivas regras, ocasionando a inefetividade do processo.

⁶⁹ “Ementa: Partilha judicial. Rescisão. A sentença que julga partilha judicial pode ser rescindida pela rescisória do artigo 485 ou pela ação do artigo 1.030 do CPC. Inaplicabilidade dos artigos 486 e 1.029 da lei adjetiva”. Acórdão da 7ª Câmara Cível, de 23.05.85, relator Desembargador Graccho Aurélio, TJRJ. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2005.

Segundo ensina Michele Taruffo, a ordem jurídica vigente destacou os novos valores da sociedade, de forma a promover a

[...] utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, cujos significados exigem uma atividade valorativa do julgador, no tocante à aplicação da regra infraconstitucional e possibilitam a superação do apego ao formalismo jurídico⁷⁰.

Nesse aspecto, ao magistrado incumbe sempre, inclusive no processo sucessório, buscar, nos princípios constitucionais, embasamento para decisões que dêem efetividade à prestação jurisdicional, fazendo a entrega definitiva a quem de direito do bem da vida pretendido⁷¹.

A atuação do juiz tem como regra geral o artigo 125 do Código de Processo Civil, que dispõe no sentido de que deverá conduzir o processo mediante as disposições contidas no diploma legal. Entretanto, tendo em vista os princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica, bem como a garantia do tempo razoável do processo, deve-se incluí-los na interpretação do mencionado artigo 125.

No processo sucessório, que está no contexto dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, conforme demonstrado no item anterior, a atuação do juiz é especial pois, além de poder iniciar de ofício o inventário por força do artigo 989 do CPC, o que consiste em exceção ao princípio da inércia da jurisdição-, tem o dever de exercer uma vigilância constante sobre a atuação do inventariante, evitando que, por sua culpa, haja prejuízos para o espólio, herdeiros ou demais interessados, entendendo-se que este controle advém da confiança que o inventariante deve inspirar ao magistrado e das peculiaridades do inventário e partilha.

⁷⁰ Além da lição supra, Michele Taruffo ensina que “[...] o direito, na realidade, em grande medida, omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deveria raciocinar.” (TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 05 de mar. 2001, publicada em edição do IBEJ de 2001. p.8).

⁷¹ SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14. p. 51.

Este controle sobre o inventariante autoriza que, de ofício, possa exigir prestação de contas sobre os bens do espólio e, ainda, caso a atuação esteja em desacordo com os valores envolvidos naquele feito, a remoção do inventariante, independentemente de provocação das partes, conforme se verá oportunamente no item 3.4.4.

Esta é uma situação bem comum aos processos de divisão de herança e com a qual a jurisprudência vem se ocupando há muitos anos. Já em setembro de 1987, foi publicado, no DJ de Minas Gerais, o acórdão 26387, na Apelação Cível número 72.335, tendo como relator o Desembargador Lauro Pacheco Filho, que negou provimento ao recurso interposto contra decisão de juiz que removeu de ofício um inventariante negligente que não deu ao feito o seu regular prosseguimento, tomando por base o artigo 995, inciso II, do Código de Processo Civil.

Na mesma esteira, a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial número 163.741 do Estado da Bahia, tendo como relator o Ministro Waldemar Zveiter, não conheceu do recurso especial, apresentado contra o entendimento esboçado em recurso de Agravo de Instrumento, que admitiu a remoção de inventariante de ofício, em virtude da prática de atos de improbidade.

Entendeu aquela corte que

[...] constatadas irregularidades no exercício da função, pode o juiz, de ofício ou a pedido dos demais herdeiros, removê-lo, desde que fundamente sua decisão, indicando, inclusive, quais os incisos do artigo 995 do CPC foram aplicados ao caso.⁷²

Apesar de ser uma discussão antiga, alguns magistrados, na atualidade, insistem em ignorar a possibilidade de remoção de ofício, baseados no entendimento superado de que não existe permissivo legal no contexto do diploma processual civil. A conseqüência, como não poderia deixar de ser, é a paralisação do processo de inventário, o que vem em prejuízo dos herdeiros, do Estado e da própria administração da Justiça.

⁷² Neste sentido, ver a íntegra do Resp. 163.741/BA, não conhecido e publicado no DJ 10.04.2000, p. 83. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

A importância de uma atuação severa e rápida do juiz no processo sucessório para inibir atos de improbidade e paralisação do feito já constava das Ordenações Filipinas e, conseqüentemente, fez parte da ordem jurídica deste país desde o período imperial. Neste sentido, vale conferir a dicção do dispositivo de número 13, M. – livro 4. t. 77, par. 25, *in verbis*

E porque o juiz dos órfãos e mais julgadores, que fazem partilhas, tenham cuidado de fazer os ditos seqüestros, mandamos que em suas residências se pergunte particularmente, se os fizeram nos casos acima declarados, e não os fazendo, se lhes dará em culpa nas ditas residências. E os ditos seqüestros se não levantaram posto que as partes o requeiram, com se offerecerem fiança.

E sentindo-se alguma das partes agravada de o juiz não fazer os ditos seqüestros, não poderá apelar, somente poderá agravar por instrumento, ou per petição.

Neste contexto, observa-se que, desde o Brasil do Império, a autoridade do juiz é destacada no processo de divisão da herança, mediante determinadas atitudes em prol do regular prosseguimento do feito.

Na atualidade, as exigências quanto à atuação do magistrado são as mesmas e, independentemente das especificidades do inventário, deve-se atentar para a importância deste processo no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente porque serve de instrumento de concretização do direito constitucional de herança, corolário do direito de propriedade, com a diferença de que a transmissão é *causa mortis*.

Considerando que a doutrina e a jurisprudência brasileira construíram a impossibilidade de extinção do processo de inventário sem julgamento do mérito, em razão da economia processual e do interesse público, deve-se exigir do magistrado que empreenda os esforços possíveis para que o processo flua regularmente em direção à partilha não somente quanto à questão do inventariante, mas, também, em situações outras, nas quais uma atuação enérgica do julgador redirecione o feito. Neste quadrante, utilizar-se-á dos mecanismos legais ou dos princípios constitucionais cuja aplicação se faça necessária para garantir a prestação da tutela jurídica a todos os interessados, com segurança jurídica e no tempo razoável, garantido o resultado útil da sentença que julga a partilha.

Para Liebman, “[...] julgar quer dizer valorar um fato do passado como justo ou injusto, como lícito ou ilícito, segundo o critério de julgamento fornecido pelo direito vigente, enunciando a regra jurídica concreta⁷³”, e é exatamente com base em tal pensamento que o juiz deve se manter na condução de um processo, inclusive no processo de inventário e partilha, que tem contornos próprios e, por vezes, distanciados das demais ações.

Observa-se, pois, que o magistrado, no processo de inventário e partilha, assim como nos demais, deve agir com rigor para inibir atitudes descompromissadas com o direito, garantindo a credibilidade do instituto da herança e do próprio poder Judiciário.

Ainda sobre a matéria, acrescenta-se outro valioso ensinamento do mestre Liebman

O juiz, que como cidadão privado, é obrigado a observar a lei tanto quanto todas as pessoas, tem, além disso, a tarefa específica de fazê-la observada pelos outros, seja formulando, seja atuando a regra jurídica concreta, destinada a valer nos casos particulares. Livre de vínculos no exercício de sua função, é o juiz, no entanto, obrigado a aplicar a lei, da qual é o intérprete qualificado.

A partir do escólio mencionado, constata-se que, independentemente de qualquer justificativa, o juiz deve diligenciar para concluir o processo de inventário, seja removendo o inventariante, tentando conciliar os herdeiros, ou interpretando a lei à luz dos valores constitucionais, conduzindo o processo e seus conseqüentes incidentes de forma a evitar a ação daqueles que visam atravancar o efetivo acesso aos bens hereditários.

A ciência processual vem se ocupando, já há algum tempo, com a atuação do juiz, tentando desmitificar a figura de um julgador fixado apenas no direito positivo, fato que levou Michele Taruffo a escrever

⁷³ LIEBMAN, Enrico Túlio. op. cit. p.4. Nota 40.

Nós somos habituados a pensar, inclusive com base nos princípios fundamentais da ordem jurídica, que o juiz é sujeito à lei, que ele aplica o direito, ou que ele seja *la bouche de la loi* e assim por diante; (...) o direito, na realidade, em grande medida, omite-se em relação aos modos como o juiz raciocina ou deve raciocinar⁷⁴.

A contribuição de Taruffo para a ciência processual através do magistério citado é grandiosa, porque é necessário que se pense o julgador como alguém voltado para os valores que permeiam a realidade sociocultural das pessoas envolvidas na relação processual, de forma que a lei seja interpretada exatamente conforme o sentimento vigente naquele grupo social. Não pode o juiz agredir o ordenamento jurídico, mas deve obediência ao “[...] senso comum, experiência e ciência”, conforme propõe o autor.

O pensamento de Taruffo deve ser aplicado inteiramente aos processos de inventário e partilha, especialmente diante de situações de difícil solução como, por exemplo, a desídia do inventariante, que paralisa ou retarda o processo, sem que haja possibilidade de substituição dentre os herdeiros ou demais interessados.

Tal situação deve contar com a atuação enérgica e operante do magistrado, refletindo sobre todas as consequências sociais e jurídicas do emperramento daquele feito para, finalmente, confiar a um estranho, desde que devidamente qualificado, a função de administrar o espólio e fazer com que o processo flua em direção à partilha, concedendo-se a respectiva tutela de direito substancial (artigo 990, inciso VI, do CPC).

Em consonância com o pensamento de Taruffo, afirma Bedaque⁷⁵ que “[...] o processo constitui instrumento para a tutela de direito substancial”, donde se conclui que o direito processual deve ser interpretado e aplicado à luz do direito material e em função dele, considerados os aspectos jurídicos e sociais embutidos na norma legal, para garantia de sua efetividade, sendo este um valor que não pode ser ignorado em quaisquer processos, inclusive no inventário e partilha.

⁷⁴ TARUFFO, Michele. op. cit, p.8. Nota 70.

⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 20.

Flávio Yarshell, citado por Bedaque⁷⁶, coaduna com o mesmo pressuposto jurídico ao ressaltar que

Fundamental para a tão perseguida efetividade é a compreensão dos verdadeiros limites ditados pela ordem jurídica substancial, que o processualista não deve ultrapassar, pois que o processo não é fonte autônoma de direitos, mas dos quais também não deve ficar aquém, sob pena de esvaziamento de todo o valor do ordenamento jurídico.

O magistrado, ao conduzir o inventário e partilha, deve ter como premissa, ainda, o magistério de Couture,⁷⁷ segundo o qual o processo é “[...] um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realizar o direito”.

Nessa esteira de raciocínio, o escopo do processo de transmissão de herança é consolidar o direito hereditário, constituindo a propriedade dos herdeiros com base nos dispositivos constantes da legislação ordinária, analisados à luz dos valores constitucionais e aplicados de forma a atender o direito e à justiça.

Retornando à situação fática de um processo de inventário e partilha e tendo em vista tudo o que já foi dito, contribui eficazmente para o desvio da função desse processo a acomodação do inventariante e dos herdeiros, até mesmo porque não são raros os casos em que os bens são partilhados extrajudicialmente, permanecendo em situação irregular. Deve-se sempre levar em conta que, em qualquer situação, mesmo frente ao desinteresse dos herdeiros, o processo de inventário e partilha deve ser conduzido ao seu final, em respeito ao interesse do Estado no recolhimento do tributo *causa mortis*, custas e demais despesas processuais. Por conseqüência, o magistrado não pode se acomodar com a acomodação das partes devendo, em qualquer caso, envidar esforços possíveis para a condução do feito ao provimento final, consoante função constitucional.

⁷⁶ YARSHELL, Flávio apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Ibidem*, p. 22.

⁷⁷ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Forense,

À acomodação do inventariante e dos herdeiros importa acrescer graves desvios praticados no decorrer de um processo de inventário e partilha, tais como: a cessão, por herdeiros, de bens do espólio considerados singularmente (artigo 1.793, parágrafo 2º do CC); a renúncia de herdeiros em favor de pessoas estranhas ao processo sucessório; a disposição dos bens hereditários sem análise das regras do condomínio⁷⁸; a disposição de bens do espólio pelo inventariante, à revelia dos demais herdeiros, etc., colocando em risco a credibilidade do instituto da herança. Tais vícios constituem uma vitrine de situações que, dentre tantas outras, expõem o Direito das Sucessões à insegurança e à falta de efetividade.

Afigura-se, ainda, que sempre que a situação apresentada fugir da esfera de competência do Juízo das Sucessões, incumbe ao magistrado, sem maiores delongas, a remessa às vias ordinárias, nos precisos termos do artigo 984 do CPC, conforme o acórdão número 3980, do Tribunal de Justiça da Bahia, que entendeu pela remessa de questões polêmicas à ação própria, justificando que questões de alta indagação e sujeitas à dilação probatória não devem ser discutidas no âmbito do processo de inventário⁷⁹.

Finalmente, retorna-se ao pensamento de Michele Taruffo para enfatizar que, no cumprimento de sua função no processo de inventário, o juiz não pode deixar de raciocinar com senso comum, experiência e ciência, zelando pela correta utilização dos mecanismos legais de efetivação do acesso ao direito de herança, salientando⁸⁰

O verdadeiro problema, portanto, não é o de demonstrar ou negar que o juiz vá além do direito. Que isso acontece é óbvio, e, além do mais, o direito não

1998. p. 46.

⁷⁸ Neste sentido, conferir a seguinte ementa: “Inventário. Bens do Espólio. Cessão pelo inventariante sem a concordância de todos os herdeiros e sem autorização judicial. Inadmissibilidade. Os bens do espólio não podem ser cedidos pelo inventariante, sem a concordância de todos os herdeiros e sem autorização judicial”. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado: direito das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 65.

⁷⁹ Para ver o inteiro teor do acórdão, conferir o Agravo de Instrumento número 54.009-4, da 3ª Câmara Cível, Relator Desembargador Manoel Moreira do Tribunal de Justiça da Bahia, publicado no DJ. 16.02.00. Disponível em: <<http://www.tj.ba.gov.br>>. Acesso em: 25 abr. 2006.

⁸⁰ TARUFFO, Michele. op. cit. p. 9. Nota 70.

pode ser concebido como algo autônomo e destacado da realidade social e da cultura em cujo seio o juiz atua. Na realidade, o verdadeiro problema consiste em compreender o que acontece quando o raciocínio do juiz vai além dos confins daquilo que convencionalmente se entende por direito e em individualizar as garantias de racionalidade e razoabilidade, de confiabilidade, de aceitabilidade e de controlabilidade dos numerosos aspectos da decisão judiciária que verdadeiramente não são nem direta nem indiretamente controlados ou determinados pelo direito.

Essa formulação do problema apoia-se em razões que parecem evidentes a quem adotar uma ideologia legal-racional da decisão judiciária. Trata-se, segundo a já clássica formulação de Jerzy Wróblewski, de uma concepção pela qual a decisão judiciária só poderá ser entendida e aceita como válida e justa, quando for o resultado de um raciocínio, conduzido segundo as normas do direito, mas, também, segundo os critérios de racionalidade cognoscitiva e de argumentação, de objetividade, de imparcialidade e de justificação das escolhas do juiz.

Destarte, conclui-se que o magistrado, em sede de inventário e partilha, deverá se utilizar da lei a fim de garantir o direito constitucional à herança sem, no entanto, se divorciar da realidade sociocultural do jurisdicionado. Deve, concomitantemente, aplicar as ferramentas processuais disponíveis, sempre à luz dos princípios constitucionais, a fim de promover um processo justo e equo.

Tal premissa deve reger a atuação do juiz em se tratando do incidente de remoção do inventariante, da aplicação dos provimentos de urgência, bem como o momento do recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*.

Antes de adentrar na análise do incidente de remoção do inventariante, faz-se imprescindível analisar esta figura, cuja importância e cujas atribuições serão vistas no tópico seguinte.

3.4 O INVENTARIANTE

O inventariante exerce um *munus* público, com atribuições devidamente contidas nos artigos 991 e 992 do CPC. Não existe processo de inventário e partilha sem inventariante, que vem a ser o administrador do acervo hereditário. É uma figura jurídica que surge no momento em que o magistrado recebe o processo de

inventário, sendo nomeado a partir do elenco do artigo 990 do CPC (cuja gradação legal não é obrigatória).⁸¹

Ao inventariante é, via de regra, concedida a posse direta dos bens que compõem o espólio, atuando como um depositário fiel (embora não lhe seja atribuída a pena de prisão pelo descumprimento do encargo, nem mesmo a legitimidade passiva em ação de depósito).

Para esclarecer as diferenças entre o inventariante e o depositário fiel, vem à lume a valiosa lição de Washington Monteiro de Barros⁸², segundo a qual

Controverte-se sobre a natureza jurídica da inventariança. Há quem lhe assimile as funções às de um depositário. Não se pode realmente negar que, em muitos pontos, elas se confundem. Mas, em verdade, inventariante não é depositário; o compromisso que ele presta não corresponde a um termo de depósito. Em consequência, não se lhe pode mover ação de depósito, nem decretar-lhe a prisão, caso se negue a entregar os bens da herança. Em tal conjuntura, outras serão as providências cabíveis, como a sua destituição e subsequente busca e apreensão e imissão na posse, se móveis ou imóveis, respectivamente, os bens do acervo.

Feita tal distinção, destaca-se a responsabilidade da função de inventariante que envolve, dentre outros encargos: o de gerir o patrimônio; individualizar e valorar os bens, inclusive os que devem ser colacionados⁸³; representar o espólio em juízo e fora dele; prestar as declarações de bens e de herdeiros, indicando todos os interessados; impulsionar o processo de inventário, pagando as despesas processuais e responsabilizando-se, inclusive, pelo recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis* (artigo 992 do CPC).

⁸¹ Segundo magistério de Venosa, na questão da inventariança o juiz deve seguir a ordem legal de preferência do artigo 990 do CPC para nomear inventariante, dela somente podendo se afastar se essa nomeação acirrar os ânimos entre os interessados, tumultuando o processo. Afirmar, ainda, que as razões de inversão da ordem devem ser de natureza grave, embora parte da doutrina acene para a possibilidade de inversão sempre que houver interesse do espólio e em seu benefício (VENOSA, Silvio de Salvo. op. cit. p. 56. Nota 19).

⁸² MONTEIRO, Washington de Barros. op. cit. p. 35. Nota 3.

⁸³ Levar bens à colação significa dizer que o herdeiro que antecipadamente recebe uma doação do falecido deve conferi-la no processo de inventário de forma a igualar as legítimas.

É curial ressaltar que este último mister, qual seja, o de responsabilizar-se pelo pagamento do tributo *causa mortis* - bem como de todas as demais despesas processuais - parece um grande equívoco, já que referido tributo deve ser pago por cada herdeiro, individualmente, na proporção de seu quinhão. A esse respeito, será desenvolvido raciocínio fundamentado no capítulo V.

Vale refletir, ainda, que em razão dos diversos encargos, poderá o inventariante, mesmo que involuntariamente, tumultuar o feito, causando prejuízos relevantes ao espólio, aos herdeiros e aos demais interessados. No entanto, um inventariante responsável garante a aplicação do direito constitucional de herança e a efetividade da prestação jurisdicional.

Ocorre que, em não raras ocasiões, a investidura no cargo de inventariante – que ocorre sem previsão de remuneração, de acordo com o CPC, a menos que se trate de inventariante dativo - é feita sem a consciência da aridez da função, o que pode gerar graves sanções para o próprio inventariante, conforme se depreende das observações de Caio Mário da Silva Pereira⁸⁴

A sanção para o inadimplemento dos deveres do inventariante é dupla: A) de um lado, a responsabilidade na forma do direito comum, com o ressarcimento dos danos causados, pagamento dos juros pelas importâncias que usar em proveito próprio, e demais cominações impostas a quem tem o encargo de gerir patrimônio alheio, mesmo que seja nele parcialmente interessado; B) de outro lado, a remoção, por decisão do juiz, *ex officio*, ou a requerimento do herdeiro.

Tantas são as questões litigiosas envolvendo os inventariantes e tão necessária, por vezes, é uma intervenção em suas atividades, que não é rara a utilização dos dispositivos dos artigos 995 e 996 da Lei Processual Civil, que versam acerca das hipóteses de remoção do inventariante, conforme se verá adiante. Entretanto, deve ser levado à consideração que é o caso concreto que define a pessoa sobre a qual recairá o encargo, dependendo sempre da conveniência dos herdeiros e do interesse do espólio.

Neste sentido, vêm decidindo nossos tribunais

Não é exaustiva a enumeração do artigo 995 do CPC, nada impedindo que outras causas que denotem deslealdade, improbidade, ou outros vícios, sejam válidas para a remoção do inventariante.⁸⁵ Remoção de inventariante. Justificada, se o inventário não tem andamento rápido e se os bens inventariados não são cuidados com maior zelo, mormente quando o inventariante reside distante da sede do processo e dos imóveis que tem a incumbência de administrar.⁸⁶

O Direito Processual Civil tem, em seu contexto, regramento específico sobre a ordem de nomeação do inventariante, consoante disposição do artigo 990, embora a doutrina e jurisprudência majoritárias acenem para a possibilidade de inversão desta ordem, desde que em benefício do espólio. Destaca-se, entretanto, que a disposição estabelecida no referido artigo deverá ser observada, dentro do possível, por questão de segurança jurídica. Nunca é demais lembrar que, apesar de não figurar no elenco do artigo 990 do CPC, o companheiro sobrevivente, desde que esteja convivendo com o falecido quando do óbito e esteja na posse e administração dos bens do espólio, está legitimado para o exercício da inventariança, por força “do princípio da proteção legal à família, seja ela formada pela união estável ou pelo casamento”, segundo ressalta Euclides de Oliveira⁸⁷.

Conforme mencionado acima, via de regra, o inventariante é nomeado em observância ao elenco do artigo 990 do CPC, respeitada, sempre que possível, a gradação ali estabelecida, devendo exercer o *munus* com a responsabilidade inerente ao cargo. Todavia, caso isto não aconteça e diante da impossibilidade de que outros herdeiros assumam a função, impõe-se a inversão desta ordem, fazendo-a recair sobre pessoa estranha, denominada pela doutrina de inventariante dativo, ao qual será dedicado o próximo item.

⁸⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit. p. 378. Nota 10.

⁸⁵ RTJ 94/738 e RP 25/318 (NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 908).

⁸⁶ TJRJ, 3ª CC, Apelação Cível nº. 1990.001.00262, relator Desembargador Ferreira Pinto, j. em 29.05.90, DJ de 08.06.1990 (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. op. cit. p. 92. Nota 46).

⁸⁷ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. op. cit. p. 164. Nota 29.

3.4.1 O inventariante dativo

O inventariante dativo é pessoa estranha ao espólio, nomeada pelo juiz para assumir o encargo, de forma a administrar o acervo hereditário e conduzir o processo de inventário até a partilha dos bens. É exatamente a figura de que trata o inciso VI do artigo 990 do CPC ao se referir a “pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial”.

O inventariante dativo é figura com a qual a jurisprudência vem se ocupando ao longo das últimas décadas, exatamente como forma de não deixar o acervo hereditário acéfalo e fazer prosseguir o inventário ao seu final. A sua importância se estende, inclusive, aos processos onde a litigiosidade entre os herdeiros impede que qualquer deles exerça o *munus*.

Veja-se, a respeito, a situação explicitada no acórdão número 70012503173, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, datado de 10 de novembro de 2005, através do qual foi destituído o inventariante original e nomeado, em substituição, pessoa estranha idônea, exatamente em razão da superveniência de interesses incompatíveis entre o inventariante e os sucessores do falecido.⁸⁸

⁸⁸ “Ementa. Sucessões. Inventário. Incidente de Remoção de inventariante. Hipótese em que resta incontroversa a superveniência de interesses incompatíveis entre o inventariante e os sucessores do falecido, a comprometer o bom andamento do inventário. Destituição do encargo de inventariante que se impõe confirmada. Interpretação conferida ao artigo 995 do CPC, cujo rol não é taxativo. Ausência de prova, em juízo de sumária cognição, no sentido de que a pessoa nomeada pelo juízo para exercer a inventariança não tem condições físicas e mentais para desempenhar os encargos enumerados no artigo 991 do CPC. Agravo desprovido”. Agravo de Instrumento número 70012503173, 8ª Câmara Cível, TJRS, Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julgado em 10.11.2005. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

Assim sendo, o juiz deve observar a regra do inciso VI do artigo 990 do CPC sempre que não haja pessoa legitimada e estruturada para o exercício do cargo ou, ainda, em situações de conflito entre os herdeiros, cônjuge ou companheiro e demais interessados. A matéria merece uma consideração especial já que, na prática, observa-se que os juízes, receosos de eventuais desrespeitos ao direito dos herdeiros e meeiros, relutam em nomear pessoa estranha à ordem estabelecida por lei, fato que constitui barreira à efetiva materialização do direito hereditário.

Salienta-se, no entanto, que o inventariante dativo não é o representante do espólio em juízo, a par de seus deveres de administrador da herança e de sua responsabilidade quanto à impulsão do processo de inventário até a partilha, conforme se depreende do parágrafo 1º do artigo 12 do CPC, que dispõe que “Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for réu”.

Urge que se instale, na cultura dos operadores do direito sucessório, a figura do inventariante dativo, que deverá ser nomeado sempre que nenhum dos legitimados ofereça condições de exercer o *munus*, por qualquer das razões mencionadas. Evidentemente que a nomeação de pessoa estranha à herança somente deve acontecer em casos extremos, devendo ser precedida de uma análise diligente por parte do juiz que, com conhecimento jurídico, experiência e sensibilidade de julgador, deverá se cercar dos cuidados necessários, de forma a fazer recair o encargo sobre pessoa qualificada e diligente.

Venosa aborda o assunto com muita clareza, mencionando exatamente o estado de dissensão entre o cônjuge sobrevivente e os herdeiros, de forma a exigir uma atitude severa do magistrado, nomeando estranhos idôneos onde não haja inventariante judicial.⁸⁹

A resistência dos magistrados na nomeação de inventariante dativo pode acarretar conflitos diversos e potencializar os já existentes, exatamente porque o inventariante tem o controle dos bens hereditários e, se não o exerce com a responsabilidade devida, acirram-se os ânimos. Em casos conflituosos, dependendo da dimensão da disputa, os herdeiros podem não apresentar condições para o exercício da função, o que exige uma providência imediata do magistrado, exatamente no sentido da nomeação de inventariante dativo.

Tal providência certamente evitará problemas diversos, já que o escopo maior da jurisdição será atendido, com a pacificação dos envolvidos, evitando-se, em muitas das vezes, a remessa da questão às vias ordinárias. O fato merece uma reflexão especial, sempre na medida da situação apresentada.⁹⁰

É de ser destacada, ainda, a questão dos honorários do inventariante dativo, não havendo dúvidas no sentido de que a fixação atende aos ditames legais e ao princípio de que a todo trabalho corresponde uma remuneração. Curiosamente, o legislador trabalhou com a questão do inventariante dativo (pessoa estranha, idônea), mas não fez constar um critério ou valor de compensação financeira pelo exercício do encargo, conforme o fez, expressamente, no artigo 1.987 do CC,

⁸⁹ “Por vezes o estado de dissensão entre os herdeiros, o cônjuge supérstite e demais interessados na herança, é tão grande que desaconselha a obediência à ordem, podendo o juiz, em casos extremos e para evitar maiores problemas futuros com as coisas da herança, nomear um estranho, como está no inciso V do citado dispositivo: pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial. Nesse caso, de inventariante dativo, melhor será que se nomeie advogado que terá maiores facilidades de exercer o múnus”. (VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p. 51. Nota 19).

⁹⁰ “Inventariante. Remoção. Nomeação de dativo. CPC, artigos 995 e 990. A ordem de nomeação não é absoluta. O fato de não se observar a ordem não implica ofensa ao artigo 990. Precedente do STJ; Resp. 520, DJ de 4.2.89. Caso em que a nomeação do inventário dativo se deveu à necessidade de eliminar discórdias atuais e prevenir outras. Recurso Especial não conhecido. Acórdão Resp. 88296/SP, número 9960097984, 3ª Turma, Relator Ministro Nilson Naves, DJ 8.2.99, p. 275”. VENOSA, Sílvio de Salvo. op. cit. p. 51. Nota 19.

quando trata do testamenteiro.⁹¹ Entretanto, à vista do trabalho efetivamente realizado e da relevância da função, devem ser arbitrados honorários ou prêmio - conforme entendem alguns -, cujo valor deve ser fixado sobre a herança líquida.

A respeito, aduz Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁹²

No que concerne ao inventariante dativo, auxiliar eventual, que não ocupa cargo público ou tem qualquer vínculo com o Estado, é evidente que ele deverá ser remunerado pelos serviços que prestar nesta qualidade. Caberá ao juiz fixar tal remuneração de acordo com a importância da herança e o trabalho desenvolvido pelo inventariante dativo, aplicando, para tanto, por analogia, o artigo 1.987 do Código Civil.

Conclui-se, pois, que se a cada trabalho corresponde uma remuneração, não poderia ser diferente em se tratando de inventariante dativo, principalmente por ser um encargo de grande responsabilidade, no qual além de ter a incumbência de fazer fluir o processo até a extinção da comunhão hereditária, levando as partes a uma partilha equânime e justa, ainda tem que administrar o espólio, prestando contas periodicamente de todo o movimento financeiro.

Discussões sobre a remuneração dos inventariantes dativos são antigas e levadas, com frequência, aos tribunais, conforme se depreende do acórdão datado de 12.06.89, do Tribunal de Justiça do Tocantins, que decidiu pelo provimento do Agravo de Instrumento interposto pelo inventariante dativo, entendendo legítima a remuneração pleiteada, devendo esta ser arbitrada conforme regra preconizada pelo artigo 1.138 do CPC⁹³.

⁹¹ O artigo 1.987 do CC assim dispõe: “Salvo disposição testamentária em contrário, o testamenteiro, que não seja herdeiros ou legatário, terá direito a um prêmio, que, se o testador não o houver fixado, será de 1% a 5% arbitrado pelo juiz, sobre a herança líquida, conforme a importância dela e maior ou menor dificuldade na execução do testamento”.

⁹² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. op. cit. p.60. Nota 47.

⁹³ Agravo de Instrumento nº 02/89, no Acórdão de 12.06.89, publicado no DJ de 12.09.89, Desembargador relator Carlos Luiz de Souza, TJTO. MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **CPC nos tribunais**: artigos 888 a 1.229. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1992. p. 3.574.

A remuneração deve ser condizente com o trabalho desenvolvido, consideradas as dificuldades enfrentadas e o tempo de efetivo exercício do encargo. A aplicação do artigo 1.987 do Código Civil e artigo 1.138, parágrafo 1º do Código de Processo Civil, cujo valor vai de 1 a 5% da herança, conforme contido no supra citado aresto e sugerido por Carneiro, pode não ser a mais justa, já que, por vezes, o desgaste pode ir muito além da expectativa. A sugestão é que o juiz analise criteriosamente todo o trabalho desenvolvido, de forma a fixar uma remuneração adequada, podendo ser utilizado, até mesmo, o artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil.⁹⁴ Todavia, deve-se considerar que o valor máximo, previsto no mencionado dispositivo legal, não poderá ser ultrapassado, porque é incoerente com os próprios honorários do advogado.

Conclui-se, finalmente, que o inventariante dativo deve ser nomeado sempre que as circunstâncias exigirem, o que pode acontecer já no início do processo, quando os herdeiros, apesar de intimados, não se habilitam, como é o caso de inventário iniciado pelo Ministério Público em razão de interesse de incapaz. Da mesma forma, no decorrer do processo, em razão da remoção do inventariante originalmente nomeado, nas hipóteses do artigo 995 do CPC, conforme se estudará no próximo item.

3.4.2 Remoção do inventariante

Conforme mencionado anteriormente, inúmeros problemas surgem no seio de um processo de inventário, decorrentes dos desvios praticados pelos inventariantes. Os mais comuns são a apropriação indevida de bens (geralmente móveis e frutos civis), a desídia que acarreta a paralisação do processo e a ausência de prestação de contas. A questão é delicada a ponto de haver expressa previsão legal no sentido de

⁹⁴ O artigo 20, § 3º, dispõe: “Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho

que sua remoção pode, inclusive, acontecer de ofício. A respeito, o artigo 995 do CPC

Art. 995. O inventariante será removido: I - Se não prestar, no prazo legal, as primeiras e últimas declarações; II - Se não der ao inventário andamento regular, suscitando dúvidas infundadas ou praticando atos meramente protelatórios; III - Se, por culpa sua, se deteriorarem, forem dilapidados ou sofrerem dano bens do espólio; IV - Se não defender o espólio nas ações em que for citado, deixar de cobrar dívidas ativas ou não promover as medidas necessárias para evitar o perecimento de direitos; V- Se não prestar contas ou as que prestar não forem julgadas boas; VI - Se sonegar. Ocultar ou desviar bens do espólio.

Apesar das regras inseridas no dispositivo legal supra, observa-se, com pesar, a benevolência com que são tratadas as questões envolvendo mazelas de inventariantes. Inicialmente lhe são concedidas todas as oportunidades para regularização do feito, com o cumprimento fiel do encargo.

Se a questão é prestação de contas, as oportunidades são muitas e, por vezes, inúteis; se a questão é a apropriação indevida de bens, são concedidos prazos para a devolução, que também não são obedecidos; se o processo se encontra paralisado, por desídia, várias são as intimações para o prosseguimento. Observa-se que os juízes de primeiro grau resistem na utilização da remoção *ex officio*, não obstante os entendimentos favoráveis da doutrina majoritária e os inúmeros julgados de nossos tribunais.

A par de tantas e tão desagradáveis situações, existem, na vigente legislação, mecanismos eficientes para resolução do problema. Todavia, a realidade destoia, já que nos casos concretos não é rara a permanência de um inventariante negligente e desonesto, especialmente diante da fragilidade de determinados herdeiros que, por motivos diversos, não exercem o direito a um processo célere e justo, em direção a uma partilha equânime.

Nesta esteira, localiza-se uma situação ímpar, qual seja, os herdeiros e o inventariante, acordes, deliberam sobre a paralisação do inventário e se omitem

quanto ao prosseguimento regular do processo, deixando de praticar atos imprescindíveis à partilha dos bens, acarretando prejuízos diversos quer para o Estado, que deixa de arrecadar o respectivo tributo, quer para a própria administração da Justiça, já que a serventia permanece com o processo em suas prateleiras, ocupando a máquina do Judiciário em um vai e vem de intimações sem sucesso para o prosseguimento do feito. Na maioria das vezes, nem mesmo o Estado, intimado através do órgão competente, diligencia para a retomada natural da marcha processual.

Caso semelhante foi julgado pela Décima Quinta Vara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, tendo como relatora a Desembargadora Helena Belkior, que manteve a decisão que removeu o inventariante, haja vista o seu desinteresse pelo prosseguimento do feito, no que era acompanhado pelos herdeiros. Sendo a questão de ordem pública, entendeu aquela Corte estar absolutamente correta a decisão do juízo de piso⁹⁵.

Paralisado o processo por negligência de todos os possíveis interessados, e diante da impossibilidade de sua extinção nas formas dos incisos II e III do artigo 267 do CPC, conforme visto no item 3.1, a providência legal adequada é, indubitavelmente, a remoção de inventariante, utilizando-se da figura de que trata o inciso VI do artigo 990 do digesto processual.

É o poder-dever do juiz, agindo com rigor para punir o inventariante desonesto e desidioso, aplicando com presteza o regramento próprio, inclusive tirando-lhe a posse direta dos bens, com a imissão imediata do substituto, conforme preceitua o artigo 998 do CPC. Para credibilidade das instituições jurídicas, mister que sejam cumpridos os dispositivos legais nas mais diversas situações, inclusive no processo de inventário, cujos atores sofrem a falta de atenção para com o respectivo regramento.

⁹⁵ Neste mesmo sentido, conferir o Agravo de Instrumento número 1997.002.00085, Rio de Janeiro, 8ª Vara Cível, julgamento unânime em 30.10.97, registro em 19.12.97, fls. 15691/15693. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2006.

O juiz não pode ignorar nenhuma situação processual que se afaste dos ditames legais e, principalmente, quando instado, deve diligenciar para afastar da administração do espólio os inventariantes negligentes que, voluntariamente ou não, deixam de cumprir as exigências dos artigos 991 e 992 do CPC. A omissão do juiz na tomada de uma posição, seja por iniciativa própria, seja por provocação, fratura o dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso XXX, da Constituição da República, bem como os postulados do acesso à Justiça e do devido processo legal, além de colocar em risco a própria autoridade de seu cargo.

A remoção de inventariante é uma das questões mais aflitivas em um processo de inventário, especialmente porque a decisão se estende ao desapossamento dos bens que, até então, estariam sob sua administração, conforme determinado pelo acima referido artigo 988 do diploma processual⁹⁶, situação que, não raro, gera outros incidentes processuais ou questões diversas a serem apreciadas, até mesmo, nos meios ordinários⁹⁷.

Há quem defenda a aplicação das regras dos artigos 16 e seguintes do Código de Processo Civil ao inventariante, conforme se depreende do magistério de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, para quem “[...] o juiz pode condenar o inventariante como litigante de má-fé, nos termos do artigo 18, se presente uma das hipóteses previstas no artigo 17 do mesmo diploma legal”.⁹⁸

Todavia, não é o que acontece na prática, apesar da medida ser de todo adequada em determinadas situações, como por exemplo, na hipótese do artigo 17, inciso IV, que dispõe: “oferecer resistência injustificada ao andamento do processo”. Considerando, pois, que o direito não admite compartimentos estanques, é

⁹⁶ Artigo 988 do CPC: “O inventariante removido entregará imediatamente ao substituto os bens do espólio; deixando de fazê-lo, será compelido mediante mandado de busca e apreensão, ou de imissão de posse, conforme se tratar de bem móvel ou imóvel”.

⁹⁷ “Inventário. Remoção de inventariante. O incidente processual de remoção de inventariante, assim como o próprio processo de inventário não é adequado para questões de fato. . . que demandem alta indagação ou dependerem de outras provas (artigo 984 do CPC)`. Sem a prova de que a suposta falsidade documental é da responsabilidade da inventariante, é correto o indeferimento de pedido de remoção, formulado por pessoa que litiga contra o espólio”. Agravo de Instrumento número 199700205487, julgado em 08.09.98, TJRJ. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2005.

⁹⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. op. cit, p. 95. Nota 47.

necessário que as regras de direito processual sejam analisadas no geral e aplicadas sempre que a situação autorizar.

Depreende-se, pois, que a atuação do inventariante é de curial importância para a entrega da prestação jurisdicional, de forma que, em havendo descumprimento dos deveres do seu ofício, deve ser removido, na forma prevista pelo já mencionado artigo 996 do digesto processual civil.

Ademais, se a pretensão no processo de inventário é uma partilha equânime, se os herdeiros têm a garantia de seus quinhões desde a abertura da sucessão⁹⁹ - dependentes apenas do processo regular de inventário e partilha para o acesso definitivo e pleno aos bens adquiridos *causa mortis* - e se o inventariante, a quem incumbe as diligências necessárias ao prosseguimento regular do inventário, não está cumprindo adequadamente o encargo, desequilibrando as relações e causando prejuízos irreversíveis ao espólio, deve ser concedido, de logo, o provimento de urgência, quando provocado pelos interessados, prosseguindo-se no incidente até final decisão, oportunizando-lhe amplo direito de defesa, respeitado o devido processo legal e o contraditório.

Comprovada, finalmente, a infringência aos incisos do artigo 995 do CPC ou qualquer atitude contrária aos interesses do espólio, a remoção deverá se efetivar através de uma decisão interlocutória. A manutenção de um inventariante desidioso, desonesto, desinteressado e também incompetente interfere no processo como um todo, impedindo a sua efetividade, acarretando insegurança e desconfiança quanto à credibilidade do Judiciário, devendo ser utilizados os mecanismos legais disponíveis como forma de prestar a jurisdição com a presteza exigida pelo sistema.

Verifica-se, finalmente, que a remoção do inventariante, nos casos autorizados por lei, contribui eficazmente para a efetividade do processo de inventário e partilha, eliminando barreiras que impedem o acesso ao direito constitucional de herança.

⁹⁹ O princípio de *saisine* está insculpido no artigo 1.784 do CC.

Todavia, nem sempre a exclusão do inventariante, inicialmente nomeado, se subsume nas hipóteses do artigo 995 do CPC, havendo situações em que a destituição deve ser determinada não por desinteresse ou qualquer atitude contrária ao direito ou aos interesses do espólio, mas sim em razão de expressa disposição legal, conforme se verá adiante.

3.4.3 Destituição do inventariante na hipótese do inciso II do artigo 1.000 do CPC

Inicia-se este item demonstrando que existe diferença entre remoção e destituição do inventariante, figuras que, apesar de produzirem o mesmo efeito jurídico, advêm de situações diversas.

Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira destacam a diferença entre remoção e destituição, esclarecendo que

(...) tanto a remoção como a destituição, implicam perda do cargo de inventariante; no entanto, a remoção é determinada em face de uma falta, no exercício do cargo com relação ao processo de inventário, enquanto a destituição é determinada em face de fato externo ao processo.¹⁰⁰

Dessa forma, verifica-se que, além das hipóteses, previstas pelo artigo 995 do Código de Processo Civil para remoção do inventariante, que age ao arrepio da lei, existe o dispositivo do inciso II do artigo 1.000 do mesmo digesto, que trata de destituição de inventariante e cujo teor não é bem compreendido pelo operador do direito, haja vista o entendimento, bastante comum, no sentido de que a sua aplicação deva se dar nos mesmos moldes da remoção, o que é incorreto e compromete a boa marcha processual¹⁰¹.

¹⁰⁰ AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventário e partilhas**. São Paulo: Leud, 2001. p. 212.

¹⁰¹ Artigo 1.000, inciso II do CPC: reclamar contra a nomeação do inventariante.

A destituição, que na hipótese em exame também é denominada de *substituição*, constitui um mecanismo legal por meio do qual o juiz, atendendo a reclamação de algum interessado, destitui o inventariante nomeado que não atende aos interesses do espólio ou que, de alguma forma, possa agredir a ordem estabelecida no artigo 990 do CPC.

A hipótese não requer qualquer ato desleal, negligente ou que, de qualquer forma, tenha acarretado prejuízos ao espólio ou à administração da Justiça. Basta que a nomeação não tenha seguido os critérios legais e que sobre ela haja reclamação por parte dos interessados.

Referida destituição é procedida nos próprios autos do inventário, mediante decisão interlocutória, na forma do artigo 162, parágrafo 2º, do CPC¹⁰² e não autoriza instrução probatória, mas apenas uma simples manifestação do inventariante nomeado acerca dos fatos que originaram a reclamação. Apresentada esta, o juiz está apto a proferir a decisão.

Nos casos em que a própria documentação apresentada demonstra, de forma inequívoca, que a inversão imotivada da ordem estabelecida pelo artigo 990 do CPC afeta negativamente o espólio e o direito dos herdeiros, o magistrado deve proceder a destituição imediata do inventariante, que poderá, se for o caso, reverter a *decisum* através de agravo.¹⁰³ Transcorrido o prazo de recurso, o termo de compromisso do inventariante substituto será imediatamente lavrado e o processo fluirá regularmente.¹⁰⁴

¹⁰² MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 4. ed. Barueri: Manole, 2004. p. 1545.

¹⁰³ Lei 11.187, de 19 de outubro de 2005, que alterou a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), para conferir nova disciplina ao cabimento do agravo retido e de instrumento.

¹⁰⁴ “Inventário. Nomeação de novo inventariante. Reclamação por inobservância da ordem legal. Inocorrência de cerceamento de defesa. O acolhimento da reclamação feita pelo cônjuge supérstite, que era casado com a autora da herança pelo regime da comunhão universal de bens e que com ela convivia ao tempo do óbito, nomeando para inventariança não implica cerceamento para o inventariante destituído, sendo dispensável a instauração de incidente, oportunidade para defesa e produção de provas. Inteligência dos artigos 1.000, inciso II e parágrafo único, artigos 995 e 996 do CPC. Recurso desprovido”. Agravo de Instrumento número 70007755945-2003, 7ª Câmara Cível do TJRS, Comarca de Erechim, Desembargador relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, publicado em 18.02.2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 28 nov. 2005.

A hipótese é de questão incidental, a ser resolvida nos próprios autos do inventário, devendo a decisão de destituição ser embasada na documentação apresentada e nos incisos do artigo 990 do Código de Processo Civil. Todavia, em permanecendo o inventariante originalmente nomeado, nada impede uma posterior remoção, caso venha a proceder na forma prevista no artigo 995 do mesmo diploma legal, hipótese que exige um incidente em autos apartados, facultando a manifestação de todos os interessados, até mesmo com instrução probatória restrita, conforme se verá na seqüência deste estudo.

A equivocada compreensão do dispositivo em comento faz com que a questão seja tratada como remoção de inventariante, com a exigência do incidente nos moldes do artigo 996, retardando o andamento do feito e, conseqüentemente, acarretando prejuízos processuais diversos, inclusive à própria administração da Justiça.

A respeito, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em março de 1985, através do aresto de número 9.106, dispondo que

“[...] a reclamação contra a nomeação do inventariante, que, se acolhida, enseja a nomeação de outro (artigo 1.000, II parágrafo único, 2ª parte, do CPC), não se confunde com o incidente de remoção (artigo 995 do CPC)”.¹⁰⁵

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma que

a contestação relativamente à nomeação de inventariante estará, em regra, restrita à ordem legal ou à falta de competência para o exercício do cargo, ou mesmo à qualidade de herdeiro, se esta foi determinante para a nomeação. Não levantada essa matéria no prazo para a defesa, ela ficará preclusa, ressalvado eventual pedido de remoção por fato superveniente¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Para consultar a decisão na íntegra, checar o Agravo de Instrumento 9.106, da 2ª Câmara Cível de Niterói, de 12.03.85, Desembargador relator. Sampaio Peres, TJRJ. op. cit, p.3.607. Nota 92.

¹⁰⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. op. cit. p 10. Nota 47.

Deve-se, pois, fazer a distinção entre a remoção, nas hipóteses do artigo 995 do CPC, e a destituição ou substituição, do ora mencionado artigo 1.000, inciso II do mesmo diploma, observando-se que a primeira medida pode ser promovida de ofício, conforme se verá na seqüência deste estudo, ou mediante um incidente processual. A segunda medida, por sua vez, deverá ser procedida nos moldes do parágrafo único, inciso II, do artigo 1.000 do CPC, sem muitas formalidades, exigindo a lei, apenas, que seja dado conhecimento ao inventariante originalmente mencionado. Com isto se evitará, por certo, maiores delongas na tramitação do inventário.

3.4.4 Remoção do Inventariante por iniciativa do juiz

Controvertida é a possibilidade de remoção do inventariante por iniciativa do juiz, a chamada remoção *ex officio*, já que alguns magistrados rejeitam a medida sob o argumento de que fere o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa. Neste contexto, a questão somente poderia ser apreciada a partir da iniciativa dos interessados, através do incidente processual de que trata o artigo 996 do CPC.

A respeito deste dispositivo, vale explicitá-lo, *in verbis*

Art. 996. Requerida a remoção com fundamento em qualquer dos números do artigo antecedente, será intimado o inventariante para, no prazo de cinco dias, defender-se e produzir provas. Parágrafo único. O incidente da remoção correrá em apenso aos autos do inventário.

Entretanto, parte considerável da doutrina e jurisprudência, sensível às muitas situações delicadas ocorridas no seio de um inventário, vem se manifestando no sentido da possibilidade de remoção por iniciativa do magistrado que, na condução do feito, deve-se valer de seus poderes instrutórios para que a prestação jurisdicional seja concedida eficazmente.

Nesse sentido, vale registrar decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, datada de 02.04.85, tendo como relator o desembargador Toledo César, na Apelação Cível¹⁰⁷ número 589. 346-1, que assim dispõe

Por certo que os inventários, por peculiaridades em seu andamento, não podem seguir a regra geral preconizada pelo artigo 267, inciso III, do CPC. Se o inventariante, que exerce encargos a merecer a confiança do juízo, assim não se comporta, haver-se-á de removê-lo (artigo 995, II do CPC), mesmo porque há outros interesses e pessoas “in causa” e que não poderão ser postergados por eventual negligência de um só. A jurisprudência citada assim o confirma (RT 510/25). O Inventariante, aliás, poderá ser removido mesmo sem iniciativa dos outros interessados, bastando a do juiz.¹⁰⁸

Como ensina Bedaque¹⁰⁹, “[...] o juiz tem poderes instrutórios, sendo responsável pela direção geral do processo”. No cumprimento de seu mister, deve-se valer de autoridade para que o processo seja conduzido na forma da lei. Eventuais paralisações por desídia do inventariante, mesmo que se dêem com a concordância dos herdeiros, não podem ser admitidas.

Destaca-se, a esse respeito, o artigo 125 do Código de Processo Civil, que dispõe: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições desse Código”. Sobre tal preceito, leciona Dinamarco¹¹⁰, em nota de rodapé, que “[...] o artigo 125 é portador da regra de observância à lei *lato sensu* – Constituição, inclusive.”

A iniciativa do juiz quanto à remoção do inventariante desidioso é legítima, posto que ao magistrado incumbe o zelo pela marcha processual. Enfatiza-se que, no contexto dos poderes do magistrado, encontra-se o de dar efetividade aos direitos, o que não pode ser ignorado em processo de inventário, especialmente diante de um inventariante negligente que, por força do descumprimento de seu dever de ofício, acarreta prejuízos que podem se estender a menores, a incapazes e ao próprio Estado, em razão do não recolhimento do tributo *causa mortis*.

¹⁰⁷ MIRANDA, Darcy Arruda. **CPC nos tribunais**: artigos 888 a 1220. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1992. p.4.

¹⁰⁸ MORAES e BARROS, Hamilton de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 194. v. IX.

¹⁰⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 229. Nota 66.

É exatamente nessa esteira que se faz necessária, diante do silêncio dos interessados, a iniciativa do juiz quanto à remoção do inventariante.

O Ministro Waldemar Zveiter, do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial número 163.741, antes mencionado, decidiu que a remoção de ofício é cabível, haja vista que o inventariante, ao atuar em desacordo com a lei, deixa de atender aos princípios da confiabilidade que, perante o juízo do inventário, deve manter¹¹¹.

Nesta mesma esteira, julgou a Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no Agravo de Instrumento número 14.750/00, datado de 10.04.2002, tendo como relator o Desembargador Gilberto Rego, concluindo que “[...] a quebra na relação de confiança existente entre as partes, autoriza o ilustre magistrado, como condutor da perfeita regularidade do processo, a remoção *ex officio* do inventariante, por ser norma de ordem pública.”¹¹².

Diante do caso concreto, incumbe ao juiz alertar o inventariante sobre a responsabilidade do seu cargo, intimando-o a prosseguir no feito em absoluto respeito às regras legais, sob pena de remoção. Não logrando êxito e porque a questão é de ordem pública, não poderá se omitir, devendo, independentemente de provocação, removê-lo, em absoluto respeito à sua autoridade e aos princípios constitucionais que norteiam o processo.

¹¹¹ Resp. 163.741, do Estado da Bahia. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2005.

¹¹² “[...] Agravo de Instrumento. Autos de remoção de inventariante. Impugnação de decisão que afastou o agravante do exercício da aludida função em razão de outorga de escritura pública de doação de imóvel para terceira, sem a expressa concordância dos demais herdeiros agravados. Quebra na relação de confiança existente entre as partes. O ilustre magistrado, como condutor da perfeita regularidade do processo, *ex officio*, aplicou, acertadamente, norma de ordem pública. O inventariante judicial, por seu afastamento de qualquer interesse, poderá melhor representar o espólio[...]” Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 15 abr. 2006.

A esse respeito, aduz Dinamarco¹¹³

O juiz é conclamado a sair do plano dos enunciados e da impassível contemplação da realidade, passando a ser participativo e cômico da responsabilidade de produzir resultados práticos na vida das pessoas e dos seus direitos. Reside aí um riquíssimo feixe de poderes-deveres que ainda não penetraram suficientemente no espírito dos juízes, sendo urgente que estes venham a tomar plena consciência da necessidade de transmigrar para a cultura do processo civil de resultados e exerçam rigorosamente os poderes-deveres de que os investe a lei processual moderna.

O princípio da confiabilidade deve nortear o magistrado quando de uma remoção de ofício. A análise deve ser realizada com base na credibilidade para o exercício da função, não se esquecendo, ainda, que possíveis problemas com o espólio, decorrentes de uma má administração, refletirão no próprio juiz. A questão é delicada, insere-se totalmente no contexto dos poderes-deveres do juiz e merece uma reflexão especial.

A jurisprudência majoritária, conforme já mencionado, vem acenando, há muito, para a remoção *ex officio*. Neste diapasão insere-se o seguinte julgado

Inventário – Remoção de inventariante – Decisão *ex officio* – possibilidade – interesses de menores – ausência de apresentação das primeiras declarações, apesar de diversas vezes intimado o inventariante a fazê-lo – ocultação de bens frente a credores que não justifica a paralisação do inventário – recurso improvido.¹¹⁴

Depreende-se, portanto, que a iniciativa do juiz quanto à remoção do inventariante que não cumpre adequadamente o encargo, seja agindo com deslealdade, com negligência ou até mesmo por incompetência, vai ao encontro dos princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica, bem como da garantia fundamental do tempo razoável do processo. Sua omissão, em casos específicos, prejudica o acesso ao direito constitucional de herança, todavia como exceção, já que a regra geral exige a provocação da parte, mediante o respectivo incidente, conforme se verá no tópico seguinte.

¹¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p. 232. Nota 66.

¹¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Voto n. 2.114. Agravo de Instrumento da Comarca de Lins. Relator Desembargador César Lacerda. Julgado em 05 de abril de 1999. Disponível em <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

3.4.5 Incidente de remoção do inventariante

Processado em apenso ao processo de inventário, a remoção do inventariante caracteriza-se como um incidente processual, consoante disposto pelo parágrafo único do artigo 996: “O incidente de remoção correrá em apenso aos autos do inventário.”

Conforme mencionado alhures, no item 3.4.3, existe uma distinção entre remoção e destituição do inventariante, dependendo sempre da situação que se apresenta no caso concreto.

Para que haja destituição, basta que haja reclamação das partes na forma do inciso II, do artigo 1.000, do CPC ou que o próprio inventariante afirme que não está mais em condições de exercer o *munus*, justificando e comprovando o alegado. Dentre os casos mais comuns, estão: mudança de endereço, que impede uma boa administração do acervo hereditário; problemas particulares alegados pelo próprio inventariante, que da mesma forma impedem o exercício satisfatório do encargo. Referido pleito independe de um procedimento autônomo, devendo constar dos próprios autos do inventário.

A remoção, que é a hipótese que nos interessa no momento, subsume-se nos incisos do artigo 995 do Diploma Processual Civil, cujo rol é apenas exemplificativo, e que remete a questão para um incidente processual, em autos próprios e apensados ao processo de inventário, garantido o direito de defesa e instrução probatória. Outras situações não explicitadas no referido dispositivo de lei e que atentem contra o espólio ou contra a própria administração da Justiça, podem ser argüidas no incidente de remoção já que, como dito, o elenco não encerra um *numerus clausus*.¹¹⁵

¹¹⁵ “A jurisprudência(TJSP, JTJ 92/205; STF, RTJ 94/738 e RP 25/318) é no sentido de que a enumeração não é exaustiva, nada impedindo que outras causas que denotem deslealdade, improbidade ou outros vícios, sejam válidas para a remoção do inventariante”. (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. op. cit. p. 93. Nota 46).

Dentre as situações não alcançadas pelo artigo 995, mas que autorizam a remoção, estão a comprovação de fatos exteriores ao processo e que deponham contra a pessoa do inventariante, no que se refere à sua idoneidade moral ou técnica, e que coloquem em crise a sua credibilidade de administrador do espólio. Exemplos clássicos são: condenação em processo criminal, especialmente nos crimes contra o patrimônio ou incapacidade para gerir o próprio patrimônio.

A hipótese caracteriza-se como questão incidente¹¹⁶ que, a rigor, deveria ser apreciada no inventário, mas que em razão de política legislativa foi remetida para autos próprios, conforme disposto no parágrafo único do artigo 996, especialmente como forma de evitar tumultos desnecessários no processo, que prosseguirá regularmente.

A discussão sobre o que vem a ser “questão” é importante, haja vista o recurso a ser utilizado da decisão. Cândido Dinamarco aduz que

[...] questão incidente é uma dúvida de fato ou de direito surgida no curso do procedimento ou mesmo logo no seu início, necessitando ser resolvida pelo juiz antes do julgamento do mérito, mas sem se referir a este.”¹¹⁷

A lição de Dinamarco espanca qualquer dúvida sobre a natureza jurídica da decisão, eis que a manutenção ou não do inventariante originalmente nomeado não interfere no mérito da ação, mas sim sobre uma de suas figuras, alterando o procedimento. A complexidade do caso, especialmente porque admite instrução probatória nos termos do parágrafo único do artigo 996 do CPC, “[...] exigiu a formação de um procedimento próprio, lateral e específico.”¹¹⁸

¹¹⁶ Artigo 162, § 2º, do CPC: “Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.”

¹¹⁷ DINAMARCO, Cândido. op. cit. p. 465. Nota

¹¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Suspensão da segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

Conforme se manifesta Marcelo Abelha Rodrigues, “[...] o dispositivo do artigo 162, parágrafo 2º do CPC utiliza a palavra incidente como sinônimo de questão incidental, referindo-se àquela que exsurge do início ao fim do processo”. Faz constar, ainda, que “[...] a questão é incidente, independentemente do fato de possuir ou não um procedimento próprio para a sua resolução.”¹¹⁹

Na mesma esteira, o magistério de Flávio Cheim Jorge¹²⁰

Para se ter uma melhor compreensão a respeito do que vem a ser “questão”, imprescindível lembrar desde logo a estrutura do processo, que desencadeado pela vontade do autor chega ao seu término através de uma sentença. Sendo o processo acentuadamente marcado pela concatenação de atos processuais visando ao fim último da prestação da tutela jurisdicional, é natural o surgimento de uma gama enorme de questões, de variadas naturezas e formas, no desenvolvimento dessa relação processual até que venha ao final ser proferida a sentença.

Considerada a forma do incidente de remoção do inventariante, qual seja, em autos apartados ao processo de inventário - com o fito de fazer valer a celeridade da prestação jurisdicional - inicia-se discussão envolvendo a natureza jurídica de tal incidente com a finalidade de aduzir o recurso cabível. Na hipótese, vem a ser o agravo¹²¹, exatamente em razão da íntegra do parágrafo 2º do artigo 162.

Dúvidas inexistem no sentido de que a decisão que remove o inventariante caracteriza-se como interlocutória, haja vista “[...] ser um pronunciamento judicial proferido, incidentalmente, no processo de natureza decisória”.¹²²

2000. p. 40.

¹¹⁹ Ibidem, p. 86.

¹²⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 30.

¹²¹ Agravo retido ou de instrumento, observada a nova ordem legal: Lei 11.187, de 19 de outubro de 2005.

¹²² JORGE, Flávio Cheim. op. cit. p. 29. Nota 120.

Sobre a natureza interlocutória da decisão de remoção, argumenta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro¹²³

Na realidade, no processo de inventário, o mérito é julgado aos poucos, havendo também inúmeras outras questões e incidentes até que se alcance a decisão de mérito definitiva - a que decide a partilha - que extinguirá o processo com o julgamento do mérito. Enquanto esta última decisão desafia recurso de apelação, todas as demais reclamam agravo de instrumento. Essa é a forma de compatibilizar o sistema relativo ao processo de inventário.

O professor Cheim Jorge considera interlocutória “[...] aquela decisão que resolve questões (de qualquer natureza ou espécie), incidentalmente, durante o curso do processo.”¹²⁴ Na mesma linha vem se posicionando a doutrina majoritária e a jurisprudência de diversos tribunais.¹²⁵

A Jurisprudência recente, embora de forma tímida, vem decidindo pela possibilidade de tutela antecipada para o fim de remover o inventariante desde logo, não obstante o prosseguimento regular do incidente, quando poderá, se for o caso, reverter o provimento. A hipótese se adequa perfeitamente ao artigo 273 do Código de Processo Civil, não sendo rara a ocorrência das hipóteses previstas nos seus incisos I e II.

Nesta direção, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no Agravo de Instrumento número 316.649-0, mantendo a decisão que deferiu a antecipação da tutela, de forma a remover, provisoriamente, o inventariante e que culminou no seguinte acórdão¹²⁶

Agravo de Instrumento. Ação de remoção de inventariante. Desinteresse da inventariante aos bens do espólio. Má administração dos bens, configurada. Conflito de interesses entre inventariante comprovado. Não exercício correto do *múnus* outorgado. Decisão mantida. Agravo desprovido.

¹²³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. op. cit, p. 98. Nota 47.

¹²⁴ Ibidem, p.32.

¹²⁵ A jurisprudência do STJ (RSTJ 59/175, STJ- RT 709/206; RTJ 94/738) é firme no sentido de que cabe agravo contra decisão proferida em incidente de remoção de inventariante (NEGRÃO, Theotônio. op. cit. p. 908. Nota 84).

¹²⁶ Agravo de Instrumento número 172.799-3, 8ª Câmara Cível, Relator Desembargador Clayton

Da análise da tutela antecipada, constata-se que se adequa perfeitamente ao incidente de remoção de inventariante, já que sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro aconteceu para garantia dos postulados do acesso à Justiça - efetividade e simplificação¹²⁷, bem como em respeito à garantia do tempo razoável do processo, alcançando todos os procedimentos.

O escopo do processo de divisão de herança é uma partilha equânime e, se os herdeiros têm a garantia de seus quinhões desde a abertura da sucessão, dependentes apenas do processo regular de inventário e partilha para o acesso definitivo e pleno aos bens adquiridos *causa mortis*, e se o inventariante, a quem incumbem as diligências necessárias ao prosseguimento regular do inventário, não está cumprindo adequadamente o encargo, desequilibrando as relações e causando prejuízos irreversíveis ao espólio, deve ser concedido, de logo, o provimento de urgência - quando provocado pelos interessados -, prosseguindo-se no incidente até final decisão, oportunizando-lhe amplo direito de defesa, respeitados o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Comprovada, finalmente, a infringência aos incisos do artigo 995 do CPC ou qualquer atitude contrária aos interesses do espólio, a remoção deverá se efetivar através de uma decisão interlocutória.

Instaurado o incidente, intima-se o inventariante para defender-se e produzir provas, sendo desnecessária a intimação de todos os herdeiros, uma vez que a polêmica a eles não se estende. Observar-se-ão, desde o início, os princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Insta ressaltar, finalmente, que em se tratando de remoção de inventariante, a decisão é tida como proferida no próprio processo de inventário, haja vista que o incidente em tela, conforme antes mencionado, é apensado aos autos principais apenas e tão-somente por questão de política legislativa, como forma de impedir tumultos desnecessários que atrasam a boa marcha processual.

Camargo, DJ 02.12.2005. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.
¹²⁷ COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **O Judiciário hoje e os objetivos da reforma processual civil**. Revista de processo, São Paulo, n. 126, p. 119-123, ago. 2005.

Como visto, foram abordados no presente capítulo aspectos processuais do direito sucessório, especialmente os que envolvem a delicada e imprescindível posição do inventariante, inclusive sua remoção, nos casos previstos por lei, de forma a comprovar que a exata compreensão e utilização do respectivo regramento contribui eficazmente para o efetivo acesso ao direito hereditário.

No capítulo seguinte serão analisados os provimentos de urgência que, adequadamente utilizados, eliminam as barreiras impostas à efetiva concretização do direito constitucional de herança em respeito ao princípio da efetividade, à garantia da duração razoável do processo, bem como aos postulados do devido processo legal.

4 PROVIMENTOS DE URGÊNCIA - EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA

Assim como a Ciência procurou retardar os efeitos do tempo na vida cotidiana do homem, a Ciência do Direito também procurou amenizar seus efeitos na esfera jurídica. Como panacéia para os males temporais que poderiam atingir os direitos subjetivos do indivíduo, o legislador criou vários institutos, agrupados no gênero tutelas de urgência.

O presente capítulo ocupar-se-á das tutelas de urgência que, quando devidamente utilizadas nos processos de inventário e partilha, contribuem de forma eficaz para o acesso ao direito fundamental de herança, respeitando os princípios constitucionais que norteiam o processo sucessório e garantida a eficácia da sentença.

Da mesma forma que determinamos provimentos de urgência, quando devidamente manejados, contribuem para a eficácia da prestação jurisdicional, podem caminhar em sentido contrário, isto é, atravancar a boa marcha processual, já que a satisfação, de logo, do direito pleiteado, pode gerar o desinteresse pelo prosseguimento do feito, levando o juiz a tomar providências enérgicas no sentido de conduzir o processo ao seu final, o que nem sempre é conseguido.

Neste sentido serão desenvolvidos os estudos, iniciando-se com os provimentos de urgência em geral e a forma como, individualmente aplicados, garantem a efetividade da prestação jurisdicional, respeitada a segurança jurídica exigida pelo sistema, observada a duração razoável do processo e garantida, finalmente, a satisfação do jurisdicionado, mediante uma sentença eficaz.

Ernani Fidelis dos Santos¹²⁸ postula, em tom singelo e preciso, que “[...] se o direito existe para garantir o gozo de um bem da vida, o tempo poderá frustrar-lhe a própria existência, quando, em virtude dele, não puder ser exercido a contento”. É desta incontestável premissa que se caminha para o estudo das tutelas de urgência em sede de processo de inventário e partilha, analisando as formas de sua utilização frente a tão peculiar procedimento especial de jurisdição contenciosa.

O processualista italiano Vittorio Denti, ao se manifestar sobre a tutela de urgência, afirma que “[...] a duração do processo representa um fato que pode acarretar prejuízo à parte que tem razão” e acrescenta que “[...] para evitar este prejuízo, a lei apresenta uma particular forma de tutela”, que, no Código de Processo Civil Italiano, é tratada nos artigos 670 a 702.¹²⁹

Teori Albino Zavaski¹³⁰ conceitua os provimentos de urgência como

[...] Mecanismos legais, de caráter provisório, cuja finalidade é assegurar o resultado útil do processo ou antecipar, inteira ou parcialmente, a tutela final, em situações específicas e expressamente previstas por lei. São tutelas especiais, precárias e condicionadas a vigorar por prazo determinado.

Referidas tutelas emanam dos princípios constitucionais, inseridos no artigo 5º, XXXV, da CF¹³¹, já que a finalidade é justamente a garantia da efetivação da prestação jurisdicional que, muitas das vezes, não se concretiza diante da espera pela cognição exauriente, que demanda tempo e formalidades legais específicas.

¹²⁸ SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rei, 1996. p. 17.

¹²⁹ “[...] La durata del processo rappresenta di per se stessa un fatto che può operare su una situazione che nel frattempo si è modificata a danno della parte. Per evitare questo pregiudizio, la legge appresta una particolare forma di tutela, che si definisce in via generale cautelare ed è disciplinata da norme del código di procedura civile, art. 670-702 [...]”. DENTI, Vittorio. **La giustizia civile**: lezione introduttoria. Bologna: Il Merlino, 1989. p. 128-129.

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 256.

¹³¹ Artigo 5º, XXXV, da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.”

No referido artigo 5º da CF, está inserido o princípio da inafastabilidade da jurisdição, de onde se extraem todas as garantias do direito de ação. A respeito, manifesta-se Kazuo Watanabe, citado por Marinoni¹³²

Referido texto constitucional assegura, em sua essência, uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça, incluindo-se questões processuais e substanciais, sendo que essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais.

Importa ressaltar que a tutela preventiva se caracteriza pela cognição sumária, ou seja, sua análise não autoriza um exame aprofundado da questão, devido ao seu caráter de urgência, de forma a exaurir os elementos de convicção do juiz. São medidas que exigem análise imediata, haja vista que têm por escopo a garantia de uma prestação jurisdicional célere e efetiva.

Referida análise, em qualquer situação, deve ser feita à luz dos princípios constitucionais de forma a não deixar que o direito se perca em virtude do tempo ou que o objeto do pedido seja sacrificado a ponto de tornar ineficaz o provimento final.

Segundo conhecida lição de Chiovenda¹³³, “[...] o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, e é exatamente nesse sentido que o direito processual avançou, concebendo as tutelas de urgência, permitindo que a parte tenha a segurança de que o objeto da demanda não se perderá e de que consiga acessar o bem da vida perseguido, independentemente de um julgamento final do processo, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional. Certamente que referidos provimentos não são generalizados, cabendo uma análise profunda de seus requisitos.

¹³² WATANABE, Kazuo apud MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 158.

¹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 67. Nota 53.

O processo é fator de estabilidade social e deve, tanto quanto possível, assegurar a aplicação do direito material. Observa-se a pertinência de medidas de urgência quaisquer que sejam os procedimentos judiciais, desde que comprovados os requisitos legais, especialmente a necessidade do provimento pleiteado. O requisito necessidade deve ser devidamente analisado para evitar que o processo sirva a fins diversos, colocando em risco a segurança jurídica.

As tutelas de urgência vão ao encontro do sentido moderno de Processo Civil, que dá o direito de ação (direito ao provimento jurisdicional, ainda que desfavorável ao autor), mas exige resultados. Estes resultados podem não emanar apenas do provimento final, mas, em situações específicas, também das tutelas de urgência, cuja técnica garante o resultado útil do processo ou a antecipação dos efeitos da decisão final.

Vale não olvidar, portanto, que não é o simples ajuizamento da ação que garante o princípio constitucional do acesso à Justiça, mas sim a prestação da tutela pretendida, fato que tem levado a boa doutrina a refletir sobre a questão, terminando por concluir que é a efetividade da prestação jurisdicional que garante a aplicação do referido princípio. No dizer de Dinamarco,¹³⁴

Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do Juiz e, ao fim, receber provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo équo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e resultados.

Sergio Shimura, no mesmo sentido, afirma que a garantia do “[...] acesso à justiça não pode se resumir apenas ao acesso formal ao serviço judiciário, devendo haver uma efetiva, eficaz e tempestiva solução para os problemas levados ao judiciário”¹³⁵.

¹³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. op. cit. p.115. Nota 66.

¹³⁵ SHIMURA, Sérgio. **Arresto cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.40.

Confere-se, pois, que o acesso à justiça, na forma concebida pelo legislador constituinte é, também, o recebimento, no tempo necessário, de um provimento judicial que atenda a situação de emergência que se apresenta. Neste sentido, a reforma do Código de Processo Civil, garantindo maior efetividade na prestação jurisdicional, com a segurança exigida pelo sistema.

Nessa mesma esteira, deve-se considerar a garantia fundamental da duração razoável do processo, inserida no texto constitucional pela Emenda Complementar número 45, de 31 de dezembro de 2004, acrescentando o inciso LXXVIII ao artigo 5º. No dizer de Lima, tal inciso é responsável por “[...] profundas e significativas alterações na estrutura do Poder Judiciário.”¹³⁶

Luigi Paolo Comoglio¹³⁷ ensina que a jurisprudência tem sintetizado e descrito a duração razoável do processo como um dos componentes mínimos essenciais de um processo equo.

Por duração razoável do processo deve ser entendido o tempo necessário para satisfação do direito, para a utilidade do provimento final, bem como para que a tutela seja prestada em respeito aos postulados do devido processo legal. A reforma introduzida pela referida EC tem o condão de proporcionar maior celeridade e eficácia ao processo.

Conforme salientado alhures, os provimentos de urgência são adequados a todos os tipos de procedimento e têm por finalidade neutralizar os efeitos do tempo sobre o processo, assegurando o bem da vida questionado. No direito brasileiro, encontramos como provimentos de urgência as tutelas cautelares e as tutelas antecipadas, figuras distintas aplicadas a situações também diferenciadas, mas que, dentro de suas especificidades, garantem a satisfação da parte quanto ao bem da vida questionado.

¹³⁶ LIMA, Patrícia Carla de Deus. op. cit. p. 93. Nota 49.

¹³⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il giusto processo civile in Itália e in Europa**. Palestra proferida na Jornada Brasileiras de Direito Processual Civil. p.7

Como instrumento de pacificação social, o processo deve ser conduzido de forma a conceder o bem da vida perseguido. Ultrapassado este tempo ou não preservado o objeto do questionamento, qualquer provimento se torna inútil. É a efetividade da prestação jurisdicional que vai garantir o resultado prático e concreto esperado.

Nesta esteira, a segura lição de Marinoni¹³⁸

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República garante o direito de acesso à Justiça e esse direito tem como corolário o direito à adequada tutela jurisdicional, que deve ser compreendido como o direito à preordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos. O cidadão que afirma ter um direito deve ter, ao seu dispor, as medidas e os instrumentos necessários à realização do seu eventual direito [...]. Se o direito à adequada tutela jurisdicional é garantido constitucionalmente, o legislador infraconstitucional é obrigado a estruturar o sistema processual de modo a permitir a efetividade da tutela dos direitos. Um sistema de tutela dos direitos que não contenha procedimento adequado à tutela de uma determinada situação de direito substancial não está estruturado de acordo com a exigência constitucional.

Os processualistas modernos concebem a efetividade do processo como fator de justiça social, considerando que, na maioria das vezes, o autor da ação é o grande prejudicado pela demora da tutela jurisdicional. A injustiça da situação do autor é mencionada por Sergio Sahione Fadel,¹³⁹ que o aponta como o grande prejudicado pela lentidão da justiça ao afirmar que o ônus do tempo de duração do processo, até a sentença, sempre foi por ele suportado, complementando tal raciocínio ao lançar a observação de que

[...] na filosofia do processo civil dos países de tradição romano-canônica, o autor já começa a ação perdendo porque, em tese, se encontra em desvantagem perante o réu, teoricamente o causador da lesão que deu motivo à demanda.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 159. Nota 132.

¹³⁹ FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. p. 7.

Não se pode deixar de admitir como correta a supra citada afirmativa, uma vez que a demora na entrega da prestação jurisdicional, na maioria das vezes, vem em prejuízo do próprio demandante, que corre o risco de ver perecer o seu direito em razão da espera pelo provimento final. Daí surge a descrença no sistema jurídico do país e um sentimento de perda e desalento.

A demora no processo é um mal que aflige, conforme já foi dito, também a Justiça italiana, o que levou Vitório Denti a aduzir

[...] a tutela do artigo 700 do Código Civil Italiano se trata de uma função tipicamente instrumental que não exaure a tutela dos direitos subjetivos substanciais, mas a antecipa, total ou parcialmente, nos seus possíveis efeitos, com o escopo de evitar que os mesmos direitos sejam prejudicados durante o tempo ocorrente para fazer valer o direito na via ordinária(tradução nossa).¹⁴⁰

Para fazer justiça e evitar o descrédito do Poder Judiciário, é fundamental que os magistrados: analisem o processo sob a perspectiva constitucional; tenham em mente que o processo precisa de efetividade para que cumpra a sua função como instrumento de aplicação do direito material; conscientizem-se de que a eficácia do provimento judicial é fator de pacificação social; reflitam sobre os postulados do inciso XXXV do artigo 5º da CF, os quais exigem um provimento imediato.

Neste sentido, leciona Bedaque¹⁴¹

[...] Que a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.

¹⁴⁰ “La funzione di questa tutela è definita nell’art. 700 c.p.c, che parla di ‘provvedimenti idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione su merito’. Si tratta, perciò di una funzione tipicamente strumentale, che non esaurisce la tutela dei diritti soggettivi sostanziali, ma la anticipa, totalmente o parzialmente, nei suoi possibili effetti, allo scopo di evitare che i diritti stessi siano pregiudicati (come ancora si esprime l’ art. 700). Durante il tempo occorrente per far valere il diritto in via ordinária”. DENTI, Vitório. op. cit. p. 129. Nota 129.

¹⁴¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 17. Nota 75.

Na lição do professor da Universidade Federal de São Paulo – USP, é a efetividade do processo que vai garantir a sua utilidade para a pacificação social e são os resultados que dizem a justiça. Tal efetividade exige do magistrado uma análise prévia da questão, concedendo, se for o caso, uma tutela provisória que venha a garantir exatamente a aplicação da lei ao caso concreto, de forma eficiente e satisfatória.

Neste contexto, observa-se que o combate à morosidade da Justiça - grande mal que aflige o processo - pode e deve ser feito através de medidas de urgência que garantam a sua efetividade.

Na Itália, por exemplo, conforme já mencionado, os juristas desde muito se debruçam sobre a questão, no afã de explorar os mecanismos que permitam efetivar a prestação jurisdicional, mantendo o prestígio do processo e da própria Justiça, conforme se depreende do magistério de Giuseppe Tarzia¹⁴², para quem a garantia do tempo razoável do processo garante a efetividade da tutela jurisdicional, que pode resultar comprometida tanto pela excessiva duração do processo, como pela excessiva brevidade dos prazos decisivos.

¹⁴² “A giurisprudenza della Corte costituzionale, del resto, e finissime indagini dottrinali in materia, hanno già accuratamente distinto la garanzia del termine ‘congruo’ per l’esercizio dei poteri processuali della parte (garanzia violata quando il termine perentorio sia, per la sua decorrenza o per la sua durata, inidoneo ad assicurare l’effettività della tutela, e dunque in contrasto con l’art. Cost.) dalla garanzia del ‘tempo ragionevole’ o meglio della ‘durata ragionevole del processo’, giacché ‘l’effettività della tutela giurisdizionale può risultare compromessa tanto dall’eccessiva durata del processo, che dall’eccessiva brevità dei termini perentori’”. TARZIA, Giuseppe. L’art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. **Rivista di diritto processuale**. Padova: Cedam, gennaio-marzo, 2001. p. 20.

Neste sentido, o artigo 700 do Código Civil italiano

Fora dos casos regulados nas seções precedentes deste capítulo, quem tiver fundado motivo de temer que, durante o tempo que possa decorrer para que se reconheça seu direito nas vias comuns, por estar sendo ameaçado de perigo iminente e irreparável, poderá requerer ao juiz provimento de urgência, que se apresente, segundo a circunstancia, como meio mais idôneo a assegurar provisoriamente os efeitos da decisão de mérito¹⁴³ (tradução nossa).

O processo - como atividade mediante a qual se desempenha em concreto a função jurisdicional - constitui uma seqüência de atos processuais que levam à decisão final (sentença). Entretanto, nem sempre é a sentença que assegura o seu resultado útil, sendo necessário o manejo de mecanismos outros que, de forma célere e eficaz, atuem de acordo com a garantia constitucional de acesso à Justiça.

Tais mecanismos vêm sendo particularmente valorizados com a moderna mentalidade dos processualistas. A esse respeito, manifesta-se Bedaque¹⁴⁴

[...] A grande preocupação da ciência processual contemporânea está relacionada, portanto, à eficiência da Justiça, que se traduz na busca de mecanismos para alcançar a efetividade da tutela jurisdicional. Na medida em que cabe ao direito processual a sistematização do método estatal de solução de controvérsias, devem os estudiosos dessa ciência voltar sua atenção para a criação de meios aptos à obtenção do resultado desejado.

O princípio constitucional do acesso à Justiça, inserido na Carta Constitucional de 1988, artigo 5º, inciso XXXV representa, na lição de Marcelo Abelha Rodrigues,¹⁴⁵ o direito público subjetivo de exigir do Estado a prestação da tutela jurisdicional. Bedaque atesta que “[...] Tal tutela atua na concretização da moderna idéia de processo civil de resultados”¹⁴⁶, cujo enfoque não está na ação em si mas no provimento que, por sua vez, projetará o resultado para fora do processo. Assim funciona o processo como fator de pacificação social.

¹⁴³ “Fuori del casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiederne con ricorso al giudice i provvedimenti di urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.”

¹⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 15. Nota 59.

¹⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. op. cit. p. 58. Nota 118.

É exatamente neste contexto, que são inseridas e consideradas as medidas de urgência. Assim, se o resultado da prestação jurisdicional importa em alterações na vida das partes envolvidas, uma prestação tardia não produzirá, efetivamente, a justiça que se almeja. Afinal, como ensinou Rui Barbosa, justiça tardia não é justiça.

São motivos que concorrem para a demora na prestação da tutela final: os prazos para o pleno exercício da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa; o tempo que o juiz necessita para impulsionar o processo, bem como para a análise das questões; as leituras que deve fazer a fim de firmar sua convicção, de forma a conceder ou negar o bem da vida pleiteado; o acúmulo de processos nas diversas varas, bem como a carência de material humano. Por isso, e para isso, foram trazidos à lume as tutelas de urgência, especialmente a tutela antecipada, que revolucionou a processualística civil brasileira.

A demora na prestação jurisdicional deve-se, principalmente, às formalidades legais, que por questão de segurança jurídica não podem ser desconsideradas, fator que obriga a construção de mecanismos que, ao mesmo tempo, garantam o devido processo legal e prestem, em tempo razoável, a tutela pretendida. Os provimentos de urgência, portanto, foram a grande descoberta da ciência e, quando bem utilizados, garantem a satisfação da parte, respeitados os princípios constitucionais que norteiam o processo.

Comoglio leciona “[...] que o devido processo legal não é uma cláusula de conteúdo rígido, mas, ao contrário, é flexível para que haja uma verificação concreta, caso por caso, em qualquer procedimento”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 18. Nota 75.

¹⁴⁷ “[...] il *due process of law* non è clausola dal contenuto prefissato e rigido in astratto, ma, al contrario, contiene aperture flessibili per una verifica concreta, caso per caso, della fairness di ciascun procedimento”. COMOGLIO, Luigi Paolo. op. cit. p. 9. Nota 137.

Constata-se, pois, que também no inventário, respeitados os limites legais, deve-se utilizar os provimentos de urgência de forma a garantir a efetividade do processo, sem com isso desconsiderar a segurança jurídica, que deve ser respeitada mediante observância dos dispositivos que autorizam a impulsão do feito até a partilha.

A esse respeito, professa Athos Gusmão Carneiro,¹⁴⁸ com a clareza que lhe é peculiar

No plano processual é inconcebível um processo, mesmo sob os influxos de rigoroso princípio da oralidade, que não se alongue no tempo, com a concessão de prazos que as partes, sob o pálio do contraditório, possam apresentar seus pedidos e impugnações, comprovar suas afirmativas em matéria de fato (excepcionalmente também de direito), insurgir-se contra decisões que lhes sejam desfavoráveis; e também o juiz precisa de tempo para apreender o conflito de interesses e para habilitar-se a bem fundamentar as decisões interlocutórias e, com maior profundidade, a sentença (nos juízos singulares como nos colegiados).

Pelos motivos acima elencados, o jurista brasileiro recepcionou o instituto da tutela antecipada, inserido no artigo 273 e seus parágrafos do Código de Processo Civil, como o grande inovador e responsável pela satisfação, mesmo que provisória, do direito substantivo posto em ação judicial.

A par de toda essa satisfação com o novel instituto, surgiram ao seu redor controvérsias que a ciência processual vem tentando dirimir, especialmente no que se refere aos poderes do juiz na concessão da medida de urgência. Entendem alguns que são discricionários, como é o caso de Ovídio Batista¹⁴⁹, enquanto outros, dentre os quais o professor Bedaque, posicionam-se em sentido diametralmente oposto, justificando que a decisão deve se basear nos requisitos legais, com detida análise dos elementos carreados aos autos devendo, em qualquer caso, o pedido se subsumir nas hipóteses previstas.

Em havendo tal subsunção, o magistrado não “pode” decretar a medida, mas, antes, “deve” decretá-la, desde que presentes os requisitos legais pertinentes. Sobre o

¹⁴⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1.

¹⁴⁹ No entendimento de Ovídio Batista, a atribuição da discricionariedade ao julgador, em especial ao julgador de primeiro grau, para a concessão de medidas antecipatórias, deve ser considerada uma importante contribuição para a efetividade da prestação jurisdicional (BATISTA, Ovídio. O Processo Civil e sua Recente Reforma. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Aspectos polêmicos**

primeiro posicionamento entendemos, com a devida vênia do eminente professor, que está na contra-mão do processo civil moderno. Isto porque alguns juízes, enfrentando situações por vezes urgentíssimas, têm entendido pela discricionariedade e negado o provimento sem exercer um exame aprofundado dos pressupostos. O julgador, ainda em nosso entendimento, não pode abster-se de conceder um provimento antecipado diante de elementos autorizadores e previstos pela legislação vigente.

A polêmica tende a se prolongar, haja vista os interesses que o instituto encerra. Os advogados dos réus, acostumados com as táticas de retardamento da marcha processual, vêm buscando elementos de interpretação contrários à nova proposta do legislador brasileiro, sendo necessário que os magistrados se dotem de conhecimentos específicos para o enfrentamento da questão à luz dos preceitos processuais constitucionais.¹⁵⁰

A ciência processual contemporânea vem demonstrando que os provimentos de urgência amenizam as crises e concedem ao autor uma satisfação provisória relativamente ao bem da vida questionado. O réu, que era o único beneficiário da demora na prestação jurisdicional, agora sente que a situação se inverteu e que é ele próprio quem sofre as conseqüências da lentidão da marcha processual, razão pela qual tende a transigir, aumentando a probabilidade de um resultado que atenda a ambas as partes e que culmine na tão almejada pacificação social.

da antecipação de tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 p. 415-417).

¹⁵⁰ Pertinente a advertência de Paulo Emilio Ribeiro Vilhena: “Neste sentido é que as qualidades pessoais do juiz avultam e se lhe exige maior acuidade, maior prudência, perceptível senso comum, espírito balanceado e, *last but not least*, conhecimento jurídico, sobretudo no que se refere aos princípios gerais e especiais em que se assentam e se dinamizam as regras do processo.” (VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Considerações sobre a antecipação da tutela jurisdicional. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 221 a 225).

Como se vê, apesar de todas as controvérsias, as inovações surgidas com a Lei 8.952 de 1994 - que introduziu a antecipação da tutela no direito brasileiro - em muito contribuíram para minimizar a crise de confiabilidade no Poder Judiciário. Certamente que não resolveu definitivamente o problema, já que questões diversas o acarretam. Entretanto, melhorou o acesso à Justiça, com a possibilidade de conferir um resultado rápido, ainda que provisório, para a providência demandada, com a eficácia necessária à composição da lide.

Entretanto, a efetividade do processo, advinda da tutela antecipada que propicia tão grandes benefícios ao mundo jurídico, contrapõe-se a um outro princípio constitucional: o da segurança jurídica. São princípios que se apresentam antagônicos e que merecem uma análise detida.

A efetividade do processo, conforme exaustivamente mencionado, é princípio constitucional que advém do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal (acesso à Justiça) e que, por suas especificidades, traz em seu contexto não somente a efetividade, mas também o direito a uma ordem jurídica justa. A segurança jurídica se perfaz em decorrência do devido processo legal e do princípio do contraditório e ampla defesa.

A segurança jurídica, da mesma forma, é princípio constitucional que consiste, para Jorge Reinaldo Vanossi, no “[...] conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida.”¹⁵¹

¹⁵¹ VANOSSI, Jorge Reinaldo apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 373.

A questão segurança jurídica foi apresentada com muita consistência por William Couto Gonçalves¹⁵², que aduz

[...] Toma-se aqui a jurisdição efetiva, específica, eficaz, da qual resulta a segurança jurídica, em sua concepção mais abrangente, ou seja, no sentido de garantir os direitos do cidadão no processo, a começar no direito de acesso ao tribunal, direito a um tribunal imparcial e independente, direito ao juiz natural, direito ao tratamento paritário, direito à publicidade dos atos do processo e direito à não-publicidade dos atos do processo, direito ao cumprimento dos prazos legais, direito aos trâmites prévios do processo, direito às fianças, depósitos e consignações, direito ao antiformalismo, direito à sanção dos defeitos processuais, direito à justiça gratuita, direito à comunicação dos atos processuais os termos da legislação processual, direito ao contraditório, direito à ampla defesa, direito a uma sentença substancialmente fundada na congruência, direito aos recursos, bem como especificidade e eficácia, no sentido mais restrito, ou seja, para garantir o cumprimento na prática, do comando jurisdicional. É o Processo Justo. É a tutela jurisdicional no seu verdadeiro sentido. A insegurança jurídica se instala quando tal não se dá.

Como princípio constitucional, a segurança jurídica está inserida no artigo 5º, LIV da Carta Maior e advém do devido processo legal.¹⁵³ O dispositivo em comento, juntamente com o inciso XXXV, que garante o acesso à Justiça, o inciso LV, que se refere ao contraditório e à ampla defesa e o inciso LXXVIII, que trata do tempo razoável do processo e da celeridade, garantem o acesso a uma ordem jurídica justa com a garantia de utilização de todos os meios hábeis e necessários à comprovação de seu direito, respeitados os prazos da lei.

¹⁵² GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.p. 68.

¹⁵³ Artigo 5º, inciso LIV, da CF: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”

Para Athos Gusmão Carneiro¹⁵⁴

A antecipação de tutela contribui, outrossim, decisivamente para harmonizar direitos fundamentais (ou conjunto de direitos) que soem apresentar-se em antagonismo: de uma parte, o consagrado direito à *segurança jurídica*, pela qual a decisão dos conflitos supõe a cognição exauriente, após amplo contraditório sob o devido processo legal, com plenitude de defesa e do uso de recursos (CF, artigo 5, LIV e LV); de outra parte, o direito de acesso à justiça (CF, artigo 5º, XXXV) compreendido como o direito de “obter, em prazo adequado, não apenas uma decisão justa, mas uma decisão com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.

Constata-se, pois, que se o acesso à Justiça garante a efetividade do provimento judicial, da mesma forma o devido processo legal exige que as formalidades legais sejam atendidas com o fito de assegurar ao destinatário da norma o direito questionado, nos prazos estabelecidos. A concessão de determinada tutela de urgência, independentemente de qualquer manifestação de defesa por parte do réu ou mesmo antes que o conjunto probatório seja apresentado, também satisfaz o princípio da efetividade em detrimento do princípio da segurança jurídica.¹⁵⁵

Esta é mais uma questão intrincada que os cientistas do Direito têm enfrentado, todavia, em uma visão moderna do Processo Civil, vêm-se apregoando que, em razão da ineficiência do sistema jurídico do país, torna-se imprescindível a utilização dos mecanismos de urgência que sejam compatíveis com as relações jurídicas de direito material. Elegeu-se, então, a efetividade como preponderante, sem desconsiderar a segurança jurídica, garantida com o regular prosseguimento do processo.¹⁵⁶

¹⁵⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. op.cit. p. 11. Nota 148.

¹⁵⁵ Segundo Marinoni, “[...] o princípio da inafastabilidade ou da proteção judiciária, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição da República consagra, em nível constitucional, o direito à adequada tutela jurisdicional.” (MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 157. Nota 132).

¹⁵⁶ Sobre a temática, Calmon de Passos, afirma que “[...] Aqui, dois valores constitucionais conflitam. O da efetividade da tutela e do contraditório e ampla defesa. Caso a ampla defesa ou até mesmo a simples citação do réu importe certeza da ineficácia da futura tutela sacrifica-se, provisoriamente, o contraditório, porque recuperável depois, assegurando-se a tutela que, se não antecipada, se faria impossível no futuro. Cuida-se da aplicação do princípio da proporcionalidade, que impõe o sacrifício a um bem jurídico, suscetível de tutela subsequente, em favor de um outro bem jurídico que, se não for tutelado de pronto, será definitivamente sacrificado.” (PASSOS, J.J. Calmon de. **Inovações do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 7).

Nessa mesma esteira, manifesta-se Teori Albino Zavascki, afirmando que, para dirimir as tensões entre os dois mencionados princípios constitucionais, o legislador optou pela efetividade do processo, em consideração ao princípio de interpretação das demais normas do sistema processual. Para incrementar tal raciocínio, acrescenta

[...] Normas processuais deverão ser interpretadas e aplicadas em conformidade com o referido princípio, de modo que se obtenha, do ponto de vista sistemático, resultados convergentes e direcionados a alcançar o valor jurídico privilegiado.¹⁵⁷

Esta é, por certo, uma situação aflitiva que merece especial atenção da processualística moderna, que cria mecanismos para harmonizar tais princípios constitucionais, atuando para que haja efetividade da prestação, sem ignorar a segurança jurídica. No confronto, entretanto, a necessidade de assegurar-se um provimento útil, mesmo que provisório, tem se destacado como mais importante. A segurança, no entanto, é observada através do prosseguimento regular do processo, visando a uma cognição exauriente, assegurado amplo direito de defesa, com a produção de todas as provas permitidas por lei.

A sentença não ficará adstrita ao provimento de urgência que, se for o caso, será revogado. Aí reside a grande dificuldade na utilização de tais provimentos em alguns procedimentos especiais, especialmente no inventário, tendo em vista os efeitos já produzidos, conforme se demonstrará posteriormente.

¹⁵⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit. p. 256. Nota 130.

Oportuna a lição de Humberto Theodoro Junior

Urge, então, harmonizar os dois princípios - o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica -, e não fazer com que um simplesmente anule o outro. É claro que o princípio do contraditório não existe sozinho, mas em função da garantia básica da tutela jurisdicional. Logo, se dentro do padrão normal o contraditório irá anular a efetividade da jurisdição, impõe-se alguma medida de ordem prática para que a tutela jurisdicional atinja, com prioridade, sua tarefa de fazer justiça a quem a merece. Depois de assegurado o resultado útil e efetivo do processo, vai-se, em seguida, observar também o contraditório, mas já em segundo plano.¹⁵⁸

A utilização das tutelas de urgência torna mais efetiva a prestação jurisdicional e a doutrina moderna acena para a possibilidade de se sacrificar alguns princípios constitucionais como a segurança jurídica e a certeza, que decorrem de uma cognição plena, em favor da efetividade, fundada em cognição sumária, apenas alertando para a necessidade de maior cautela, de forma a resguardar a igualdade entre as partes.

Observa-se, portanto, que o pensamento da moderna ciência do processo é a valorização das tutelas de urgência em quaisquer procedimentos, observados com rigor os requisitos legais e autorizadores da concessão da medida, independentemente de outros valores da Constituição da República, exatamente em razão da lentidão da Justiça, que se transformou em uma das grandes preocupações do jurista contemporâneo.

Todavia, não se afasta dos demais postulados caracterizadores do princípio da inafastabilidade, tais como a segurança e a certeza, que são aplicados através do contraditório e da ampla defesa, embutidos nos atos processuais que se seguem ao deferimento da medida de urgência e que são observados até a prolação da sentença.¹⁵⁹

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela Antecipada. In: WAMBIER, Thereza Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.191.

¹⁵⁹ Teori Zavascky afirma que “[...] a opção do legislador pela efetividade do processo, quando em choque com a segurança jurídica deve ser considerada como ‘princípio de interpretação’ das demais normas do sistema processual.” CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro.op. cit. p.11.Nota 47. I.

É necessário, entretanto, que em se tratando de um processo de inventário e partilha, cujas peculiaridades o distinguem sobremaneira dos demais, os provimentos de urgência sejam pensados e aplicados visando exclusivamente a efetividade da prestação jurisdicional, conforme ser verá nos itens seguintes.

4.1 EFETIVIDADE DO PROCESSO DE INVENTÁRIO: PROVIMENTOS ANTECIPATÓRIOS

Uma das mais expressivas mazelas para a efetivação do direito à herança é a demora do processo de inventário que, pelas suas peculiaridades, é propenso a vários incidentes que travancam a marcha regular rumo a partilha dos bens. Tal situação compromete a aplicação do regramento correspondente e agride o princípio constitucional da efetividade do processo.¹⁶⁰

Para minimizar o problema, a doutrina e a jurisprudência pátria vêm construindo mecanismos específicos, mediante provimentos diversos, de caráter antecipatório, embora não necessariamente urgentes. É exatamente aí que reside a problemática, já que a utilização indevida de tais provimentos, em muitas das vezes, espanca o direito e agride o princípio constitucional do devido processo legal, haja vista que não oferece aos destinatários a segurança jurídica que deve caracterizar todo e qualquer processo judicial.

Assim, em nome do princípio da efetividade do processo, vêm sendo utilizados provimentos antecipatórios, de cunho satisfativo, que deixam de atender aos princípios constitucionais que norteiam o Direito Processual, além de colocar em

¹⁶⁰ “[...] A efetividade significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (effettività soggettiva); têm a seu dispor meios adequados (effettività técnica) para obtenção de um resultado útil (effettività qualitativa), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (effettività oggettiva). (COMOGLIO, Luigi Paolo apud BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 76-77. Nota 59).

risco o próprio direito substantivo, posto que algumas decisões não se estendem a todos os interessados.

O alvará, que representa uma autorização judicial, conforme se verá no item 4.3.1, é utilizado para venda de bens do espólio no decorrer do inventário ou até mesmo antes do seu ajuizamento, e nem sempre garante a efetividade do processo. Trata-se de provimento irreversível, já que os adquirentes, via de regra, são terceiros de boa-fé. O imposto de transmissão *causa mortis*, em muitos casos, não é recolhido, porque é freqüente a sua expedição do alvará anteriormente à avaliação do bem, o que prejudica o erário. É comum, ainda, que o pedido seja feito pelo inventariante, sem a anuência dos herdeiros.

Destarte, caracteriza-se o alvará como provimento de urgência, utilizado para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Todavia, sem um exame detido dos requisitos legais e pertinentes, espanca o direito constitucional de herança e o interesse público.¹⁶¹

Considera-se, contudo, que determinados provimentos são necessários e bem-vindos, desde que sejam submetidos a uma análise criteriosa dos requisitos legais, para que não haja inversão dos valores próprios da ciência processual. Conforme dito acima, nem sempre tais provimentos são urgentes ou necessários e, em assim sendo, caracterizam-se como indevidos, conforme se verá mais adiante. Determinadas decisões antecipatórias, de caráter urgente, todavia, são perfeitamente adequadas ao processo de inventário.

Neste viés, não poderia deixar de constar a lição de Capelletti

¹⁶¹ Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio grande do Sul, em 03.03.2006, no Agravo de Instrumento número 70013790399, da 8ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador José Ataides Siqueira Trindade: “Inventário. Descabe a venda de imóveis sem avaliação, o subarrendamento de terra que contraria cláusula contratual, e a exploração pessoal pelo inventariante de bem do espólio, em prejuízo aos herdeiros”. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

[...] Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados? ¹⁶²

Finalmente, deve-se ter em conta que a garantia constitucional do acesso à Justiça somente se concretiza diante do princípio da efetividade do processo, que é um dos seus postulados. No inventário e partilha, por vezes, há mais dificuldade de se concretizar tal princípio, especialmente diante dos obstáculos que os próprios interessados carregam aos autos, de forma que, conforme ensina Capelletti, deve-se estar atento para atacá-los, permitindo: que o processo flua na forma da lei; que não haja prejuízos para as partes diante da lentidão da Justiça, o que deverá ser combatido, se for o caso, com provimentos de urgência; que chegue ao seu final com duração razoável; que seja finalmente prestada uma tutela útil e efetiva.

Os provimentos de urgência afetos ao inventário e partilha e que podem garantir a efetividade do processo serão devidamente analisados no item seguinte.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 15.

PROVIMENTOS DE URGÊNCIA

Conforme visto, os processualistas modernos vêm aceitando a aplicação das medidas de urgência em quaisquer procedimentos, desde que sejam observados os requisitos legais e correspondentes à tutela aplicada. No processo de inventário e partilha não poderia ser diferente, apesar de suas peculiaridades.

As tutelas de urgência mais comuns à generalidade dos procedimentos e às quais os processualistas vêm dedicando especial atenção são duas: as medidas cautelares, previstas pelos artigos 796 e seguintes da Lei Processual Civil, e as medidas antecipatórias, dispostas no artigo 273 do mesmo diploma legal. Na lição de Sérgio Shimura, a tutela de urgência pode encerrar tanto uma tutela cautelar como a tutela antecipada¹⁶³.

No processo de inventário, todavia, a doutrina construiu um mecanismo especial para provimentos de urgência, que é o alvará, conforme se verá oportunamente.

As medidas cautelares são provisórias e tempestivas e têm como escopo assegurar o objeto da demanda principal, de forma a possibilitar um resultado útil e eficaz. Dependem, quase sempre, de uma outra ação, da qual são preparatórias ou incidentais, sendo de espécies diversas e expressamente mencionadas no diploma processual. Algumas delas são comumente aplicadas nos processos de inventário, dentre as quais: o arrolamento de bens, a exibição de documento e a busca e apreensão, sendo recepcionadas pelo Direito das Sucessões¹⁶⁴ sem gerar grandes polêmicas.

A idéia no presente estudo é, justamente, apresentar as situações controvertidas que atravancam os processos de inventário, impedindo a sua marcha regular rumo à partilha, bem como as questões processuais correspondentes. Neste universo não se encontram as medidas cautelares já que, conforme acima mencionado, são de grande utilidade e aceitação.

¹⁶³ SHIMURA, Sérgio. op. cit. p. 40. Nota 135.

¹⁶⁴ Neste sentido, verificar artigos 839, 844 e 855 do CPC.

As medidas de urgência utilizadas nos processos de inventário e partilha e que efetivamente carecem de uma análise detida são a tutela antecipada e os alvarás, ambos utilizados com uma grande freqüência e, em grande parte dos casos, sem qualquer preocupação com a ciência processual e conseqüências no campo do direito substancial. Aliás, em muitas das vezes, sem reflexão sobre a natureza jurídica do provimento concedido.

O processo de inventário, apesar de estar no contexto dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, apresenta peculiaridades que o distinguem dos demais, conforme salientado alhures. Seu desenvolvimento exige, também, a aplicação de regras de jurisdição voluntária, sendo possível entender a sua jurisdição como híbrida¹⁶⁵.

Entretanto, a par da discussão sobre a jurisdição no processo de inventário, considera-se que, pelas suas características, autoriza certos provimentos de urgência, ou mesmo de conveniência. O objetivo é assegurar o resultado útil do processo ou, em outras palavras, garantir a efetividade da tutela pretendida que, como se sabe, é o levantamento dos haveres, pagamento das dívidas do espólio, recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis* e, finalmente, a partilha dos bens entre os herdeiros legítimos ou testamentários, com a extinção da comunhão hereditária.

Conforme se constatou em itens anteriores, referido processo é moroso não somente em razão da lentidão da Justiça, mas, especialmente, porque os prazos não são peremptórios, o que estimula a desídia das partes. Já foi dito que não são raros os processos que ficam paralisados nas prateleiras das serventias, aguardando manifestação do inventariante quanto a providências específicas e peculiares ao inventário. Em outras situações é a própria máquina do judiciário que

¹⁶⁵ Tal constatação levou Marcato a escrever: “[...] O legislador processual sofreu e sofre acerbas críticas por haver enquadrado o inventário e partilha na categoria de procedimento especial de jurisdição contenciosa, já que ele próprio se encarregou de fixar o caráter nitidamente voluntário daquele ao remeter para as vias ordinárias a decisão de matéria de alta indagação.” (MARCATO, Antônio Carlos. op. cit. p. 165. Nota 46).

emperra em razão da carência de recursos materiais e humanos. Tais fatores impedem que o processo cumpra a sua função constitucional que é dar, a quem de direito, tudo aquilo que ele tem direito de obter.

As regras de direito processual, inseridas nos artigos 982 e seguintes garantem um processo célere e eficaz, de forma a tornar efetiva a tutela no prazo de seis meses a contar do ajuizamento do inventário.¹⁶⁶ Todavia, fatores diversos, dentre os quais a negligência do inventariante, em determinadas situações, bem como o acúmulo de serviço do magistrado e das serventias, em outras, terminam por emperrar a máquina, de forma a impedir que o processo flua regularmente em direção à partilha. O atraso, muitas das vezes, coloca em risco o direito das partes, não disponibilizando aos herdeiros os seus direitos nos prazos e formas desejáveis.

A problemática se instala porque, pelo conhecido princípio de *saisine*, as pessoas que têm vocação hereditária acessam a herança imediatamente após a abertura da sucessão (óbito do autor da herança). Tal ficção, conforme visto, é importantíssima no contexto do Direito das Sucessões, impedindo que o patrimônio deixado *causa mortis* permaneça acéfalo.

A propriedade plena dos herdeiros, porém, somente se exaure após a partilha dos bens, com a atribuição dos quinhões correspondentes. Até lá o caminho traçado pelo legislador se torna longo e tormentoso, com muitas animosidades, fato que complica e impede que o processo flua rumo ao seu final. A efetividade, portanto, fica comprometida, o que é injusto e incompreensível.

Os incidentes processuais, dentre outras questões igualmente intrincadas, impedem a marcha regular do inventário. Neste contexto, vale lembrar que as questões de maior

¹⁶⁶ Artigo 983 do CPC: “O inventário e partilha devem ser requeridos dentro de 30 (trinta) dias a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos seis meses subseqüentes.”

complexidade somente serão remetidas às vias ordinárias¹⁶⁷ se demandarem instrução probatória ampla inadmissível nas estreitas vias de tal processo.¹⁶⁸

Em casos semelhantes, apesar da ficção do *saisine*, os herdeiros não conseguem acessar, no tempo esperado, a plena disposição dos bens adquiridos *causa mortis*, restando a insatisfação, a insegurança e a descrença no Poder Judiciário. Esta crise de descrédito e desalento pode ser amenizada através de provimentos de urgência, de forma que, em casos específicos, mediante uma análise detida dos argumentos e observados os requisitos legais, sejam concedidos.

A respeito da crise do Judiciário, escreveu José Rogério Cruz e Tucci¹⁶⁹

O fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da justiça, uma vez que a excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera “ex radice” o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunidade social.

Assim é que, em respeito ao direito das partes e ao princípio da efetividade do processo, é imprescindível que o magistrado se sensibilize diante de determinadas situações surgidas no decorrer do inventário e compreenda que somente um provimento de urgência pode resolver determinadas questões, garantindo o resultado útil do processo. A providência, entretanto, precisa ser sopesada com a prudência e o equilíbrio que devem nortear o julgador, utilizando os institutos adequadamente, primando pela aplicação da lei e pela satisfação de um direito.

Nessa esteira, deve-se ter em mente que os provimentos de urgência em processo de inventário e partilha são legítimos e devem ser concedidos sempre que a situação se ajustar aos respectivos dispositivos legais, evitando que o processo perca a sua

¹⁶⁷Caio Mário da Silva Pereira, ao falar de meios ordinários, refere-se a outros processos especificamente instaurados para a resolução de questões de fato relevantes na sucessão. Ex: ação de investigação de paternidade; ação anulatória de testamento ou de alguma de suas cláusulas; ação de cobrança movida por credor do “*de cuius*”, etc. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit. p. 372. Nota 10).

¹⁶⁸Artigo 984 do CPC: “O juiz decidirá todas as questões de direito e também as questões de fato, quando este se achar provado por documento, só remetendo para os meios ordinários as que demandarem alta indagação ou dependerem de outras provas.”

¹⁶⁹CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia de prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de processo**, São Paulo, n. 66, p. 73-77, abr. 1992.

eficácia. Porém, a prática forense vem demonstrando que referidos provimentos são prestados com uma freqüência cada vez maior, independentemente de qualquer análise aprofundada dos requisitos legais correspondentes. Tal prática permite pensar que no seio do inventário tudo é possível.

O cabimento dos provimentos de urgência, no processo de inventário e partilha, pode ser analisado através de uma reflexão sobre a lição de Marinoni que, trabalhando com a efetividade do processo e técnica processual, assim dispõe¹⁷⁰

[...] todo cidadão tem direito à adequada tutela jurisdicional; exige-se a estruturação de procedimentos capazes de fornecer a tutela jurisdicional adequada ao plano de direito material, ou seja, requer-se a construção de procedimentos que possibilitem resultado igual ao que seria obtido e espontaneamente observados os preceitos legais.

No processo de inventário e partilha, portanto, tanto a tutela antecipada quanto os alvarás são cabíveis, sujeitos apenas a uma análise apurada de seus requisitos, de forma a comprovar a sua importância para a efetividade da prestação jurisdicional. Sem o preenchimento de tais requisitos poderá ocorrer uma inversão de valores de forma que, em vez de proporcionar qualidade e presteza dos serviços judiciários, acarretará insegurança jurídica e lesões ao direito subjetivo.

O próximo item será dedicado à análise da tutela antecipada, como forma de demonstrar a sua adequação aos processos de inventário e partilha, desde que observadas as suas especificidades.

4.2.1 Tutela antecipada

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 27. Nota 132.

A ciência processual registrou um grande avanço rumo à efetividade do processo, quando da alteração do artigo 273 do Código de Processo Civil, através da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Com tal alteração, estendeu-se a tutela antecipada a todos os processos de conhecimento, permitindo que as decisões antecipatórias fossem concedidas liminarmente ou em qualquer fase do processo, desde que atendidos os requisitos legais. A insatisfação do operador do direito nos processos de conhecimento transparecia diante da ausência de mecanismos que garantissem ao autor a utilidade do provimento final ou mesmo que prevenissem os prejuízos advindos do retardamento da marcha do processo, decorrente da utilização indevida dos instrumentos legais.¹⁷¹

Desde muito, os cientistas processuais se debruçam na literatura estrangeira, buscando mecanismos que pudessem ser utilizados, no direito pátrio, para efetividade da tutela jurisdicional nos processos de conhecimento, uma vez que o direito vigente atendia especialmente os réus, que se valiam da forma legal e dos muitos recursos previstos para impedir a marcha regular do feito e, dessa forma, prolongar o provimento final ou os seus efeitos.¹⁷²

A inexistência de mecanismos legais autorizadores de tutelas de urgência que atendessem aos requisitos do processo constitucional (efetividade da prestação jurisdicional e segurança jurídica) acarretou um fenômeno jurídico altamente prejudicial ao sistema: a errônea utilização do poder geral de cautela conferido pelo artigo 798 da Lei Processual, propiciando o manejo indevido de medidas cautelares inominadas, porém de caráter satisfativo¹⁷³.

Tais medidas, ao invés de cumprir o seu propósito legal de assegurar o resultado final da demanda via medida liminar de proteção do objeto da lide, terminavam por

¹⁷¹ DENTI, Vitorio. op. cit. p. 129. Nota 129.

¹⁷² No direito processual italiano a tutela de urgência consta do artigo 700, conforme mencionado alhures; no direito francês consta do artigo 493; no alemão do artigo 940 e parágrafos do artigo 935.

¹⁷³ Sergio Shimura faz constar, com muita propriedade, que “[...] as cautelares não são por si mesmas um fim, mas um meio idôneo para que a providência definitiva produza todos os seus efeitos úteis. Em outras palavras, são um *instrumento* posto a serviço da providência final, preparando o terreno para assegurar a eficácia da decisão definitiva”. op. cit. p. 51. Nota 135.

alcançar o próprio mérito da ação, fraturando os postulados do princípio constitucional do devido processo legal.¹⁷⁴

A partir de 1994, com o advento da Lei 8.950, a tutela antecipada foi estendida a todos os procedimentos, como forma de garantir a eficácia da sentença, desde que atendidos os requisitos legais correspondentes.¹⁷⁵ Caracteriza-se como provimento provisório e reversível e tem por escopo a agilização dos serviços judiciários e a garantia de um resultado eficaz, respeitados a forma e prazos legais, bem como observado o princípio do contraditório e ampla defesa. É instrumento favorável ao autor da demanda e contra a morosidade da Justiça.¹⁷⁶ Funciona como instrumento capaz de assegurar um processo justo, garantindo a confiabilidade no sistema jurídico do país. No dizer de Sérgio Shimura, “[...] a antecipação da tutela veio a responder às exigências de equânime distribuição do ônus do tempo no processo”¹⁷⁷.

Conforme mencionado alhures, a angústia dos processualistas com a demora da prestação jurisdicional não é sentida apenas no Brasil, já que o fenômeno parece ter impregnado a Justiça de inúmeros países cujos cientistas do direito vêm, ao longo de muitas décadas, dedicando-se a um estudo deontológico da questão, tentando encontrar soluções para garantir a efetividade do processo e, assim, melhorar a qualidade dos serviços judiciários.

¹⁷⁴ Para Bedaque, “[...] A tutela cautelar é constituída por provimentos sumários, destinados a assegurar a efetividade da tutela jurisdicional definitiva, ante o perigo de dano grave ou irreparável a um direito provavelmente existente, causado pela demora do processo. É caracterizada pela provisoriedade e pela instrumentalidade. Ou seja, não é apta a ditar solução definitiva para o litígio e está voltada para assegurar os efeitos do provimento final, quer pela técnica de conservação, quer da antecipação.”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 293. Nota 59).

¹⁷⁵ A redação original do artigo 273 do CPC era a seguinte: “O procedimento especial e o procedimento sumaríssimo regem-se pelas disposições que lhe são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário.”

¹⁷⁶“ Sérgio Sahione Fadel aponta que, “[...] Na filosofia do processo civil dos países de tradição romano-canônica, o autor já começa a ação perdendo, porque, em tese, se encontra em desvantagem perante o réu, teoricamente o causador da lesão que deu motivo à demanda. E o ônus do tempo de duração do processo, até a sentença final exequível, sempre foi suportado pelo autor. Mas o legislador processual, com o passar do tempo, verificou que essa filosofia, em grande numero de oportunidades, se mostrava acima de tudo injusto e desigual.” (FADEL, Sérgio Sahione. op. cit. p. 7. Nota 139).

¹⁷⁷ SHIMURA, Sérgio. op. cit. p. 43. Nota 135.

Nesta esteira, manifestou-se o eminente professor argentino Augusto M. Morello¹⁷⁸

Os sintomas em que se apresentam esse descompasso no tempo da justiça e o sentimento e anseios dos jurisdicionados, ansiosos de serem satisfeitos os seus pleitos, são destacados com contundência, e podem mostrar em síntese, através destas manifestações (de vertente marcadamente sociológica): a velocidade da sociedade, querendo ver decididos os seus problemas, conflitos, tensões, situações subjetivas necessitadas de tutela jurisdicional efetiva, é muito maior do que as respostas que podem oferecer o tempo da justiça. (...) O convencimento de todos é de que a solução deveria chegar muito antes do que normalmente chega (quatro a cinco anos de trâmite). Existe uma disfuncional fratura entre o tempo e o custo no decorrer do processo, e a adequada, oportuna e útil prestação que deveria ser prestada. (tradução nossa).

A técnica da antecipação da tutela, portanto, vem sendo objeto de profundos estudos e surge como uma esperança de uma Justiça mais célere, especialmente quanto aos processos de conhecimento, cuja tramitação é sempre demorada e angustiante, resultando em risco para a harmonia social.

Segundo Sérgio Sahione Fadel,¹⁷⁹ o fator tempo é o grande inimigo da efetividade do processo e é em atenção a tal realidade, especialmente diante da dificuldade de conciliar a urgência da tutela pretendida com os trâmites regulares de um processo, que os cientistas do processo civil italiano foram buscar elementos para construir a teoria da tutela antecipada de urgência.

Nessa esteira manifesta-se Vitério Denti, aduzindo que a tutela de urgência é assunto de uma importância crescente para fazer frente ao fenômeno da dilação do tempo da justiça civil.¹⁸⁰

¹⁷⁸ “Los síntomas en que se presenta ese descompás en el tiempo de la justicia y el sentimiento y anhelo dos justiciables mucho más acelerados en su deseada satisfacción, son destacados con contundencia y se pueden mostrar en síntesis a través de estas manifestaciones (de marcado matiz sociológico): la velocidad de la sociedad, queremos decir, de sus problemas, conflictos, tensiones, situaciones subjetivas necesitadas de tutela jurisdiccional efectiva, es mucho mayor que las respuestas que puede ofrecer el tiempo de la justicia, el que consume en cualesquiera de sus desarrollos, tanto el casinoy con continuas alargaderas horizontales y verticales, mastodóntico proceso ordinário com el “apretado ”proceso –por caso-el amparo. El convencimiento de la gente es que la solución debería llegar mucho antes de lo que normalmente (a cuatro o cinco años vista) llega. Que hay una disfuncional fractura entre el tiempo y costo que consume el litigar y la adecuada, oportuna y útil prestación en que el servicio requerido debía haberse prestado”.MORELLO, Augusto Mario. **Antecipación de la tutela**. La Plata: Platense, 1996. p. 16.

¹⁷⁹ FADEL, Sérgio Sahione. op. cit. p. 18. Nota 139.

¹⁸⁰ DENTI, Vitério. op. cit. p. 131. Nota 129.

A antecipação da tutela, qualquer que seja o procedimento, depende de uma análise detida de seus requisitos, aos quais o magistrado deverá se ater para fundamentar a sua decisão. Apesar dos conceitos vagos inseridos no artigo 273 do Código de Processo Civil, especialmente em razão da palavra *poderá*, o juiz, conforme já mencionado, não se utiliza de poder discricionário na concessão da medida, haja vista que a norma é imperativa, devendo ser concedida sempre que estejam presentes os seus pressupostos.

Considerando os fatos postos pelas partes, o magistrado procederá ao exame da questão à luz dos requisitos do artigo 273 da Lei Processual Civil e, de acordo com a sua experiência, prolatará a decisão, concedendo ou não a medida antecipatória pleiteada. Ao contrário do que pensam alguns, o juiz não poderá conceder a tutela, e sim deverá concedê-la, conforme anteriormente salientado, sempre que esteja “[...] convencido pela versão verossímil e mediante prova apta a revelar o elevado grau de probabilidade da versão.”¹⁸¹

Ainda segundo Fadel, a antecipação da tutela constitui um verdadeiro direito subjetivo da parte e afirma

Não é essa, com efeito, a correta exegese do texto. Embora esteja ali utilizado o verbo auxiliar “poder”, isso apenas significa que integra as atribuições do magistrado a entrega dessa prestação jurisdicional antecipada, cujo deferimento, porém, não é faculdade nem poder discricionário do juiz. Trata-se, ao contrário, de dever seu, exercitável de forma estritamente vinculada aos motivos enfocados na norma legal, constituindo, portanto, verdadeiro direito subjetivo da parte.¹⁸²

Tendo em vista as especificidades do inventário e partilha, evidentemente que os

¹⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 21. Nota 59.

requisitos mencionados não lhes são totalmente adequados. Entretanto, todos eles serão objeto de uma breve análise, com destaque posterior para aqueles que podem ser utilizados em tais processos. Referidos requisitos estão expressos no dispositivo em comento e são: prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio, dano de difícil reparação, abuso de direito e manifesto propósito protelatório.

4.2.2 Prova inequívoca e verossimilhança

Apesar de inexistir prova inequívoca no sentido literal, haja vista que qualquer prova pode ser objeto de contestação, deve-se proceder à análise deste requisito, em absoluto respeito à concreta expressão do artigo 273 do CPC, que assim dispõe

O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação.

Como visto, dois são os requisitos dispostos no *caput* do mencionado artigo de lei e que se interligam entre si, de forma que a análise da questão deve ser feita com a conjugação de ambos, ou seja, o fato questionado deve estar razoavelmente comprovado, de forma a que o magistrado se convença da probabilidade do direito afirmado. O problema que se apresenta é que, de um exame detido das duas figuras, constata-se que a primeira assemelha-se à segunda e vice-versa.

¹⁸² FADEL, Sérgio Sahione. op. cit. p. 27. Nota 135.

A aproximação da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação é definida por Barbosa Moreira que, com sua reconhecida capacidade de interpretação, consegue transmitir a clareza necessária para que se compreenda e aplique o dispositivo, compatibilizando seus requisitos. Eis a lição do mestre

Em duas etapas se desdobrará a perquirição do magistrado, diante da prova produzida. Primeira: é ela “inequívoca”, no sentido de que só comporta um entendimento? Segunda: com esse entendimento, tem ela suficiente força persuasiva para fazer verossímil (ou provável) a alegação do requerente? Quer-nos parecer que a solução aqui proposta elimina os rangidos que inevitavelmente se ouvem na articulação, tal como habitualmente feita, das duas peças do artigo 273, *caput*. Cada uma delas concerne a um aspecto do problema, e ambas se conjugam em perfeita harmonia na armação do mecanismo legal.¹⁸³

Em verdade, o legislador trabalhou com as palavras de forma não muito clara, permitindo que o modelo desenhado gere controvérsias e interpretações diversas, colocando em risco o verdadeiro objetivo da medida: presteza e celeridade na prestação de uma tutela jurisdicional provisória.

Sobre a questão, manifesta-se José Roberto dos Santos Bedaque¹⁸⁴

[...] O juízo de verossimilhança sobre a existência do direito do autor tem como parâmetro legal a prova inequívoca dos fatos que o fundamentam [...] Prova inequívoca da verossimilhança implicaria, portanto juízo cognitivo mais profundo do que aquele exigido no artigo 798 para a cautelar, mas inferior à cognição plena e exauriente que antecede a tutela definitiva. [...]Existirá prova inequívoca toda vez que houver prova consistente, capaz de formar a convicção do juiz a respeito da verossimilhança do direito. Se se tratasse de prova inequívoca da existência do direito a tutela não seria antecipatória, mas a própria tutela satisfativa final

Para completar a linha de raciocínio, Athos Gusmão Carneiro afirma que¹⁸⁵

¹⁸³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Antecipação de tutela**: algumas questões controvertidas. Temas de direito processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 81.

¹⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p.336-339. Nota 59.

É plausível sustentar que a “inequívocidade” da prova representa inclusive sua plena aptidão para produzir no espírito do magistrado o “Juízo de verossimilhança” capaz de autorizar a antecipação da tutela.

Impende registrar o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni acerca da problemática¹⁸⁶

Como o artigo 273 fala em “prova inequívoca” e “convencimento da verossimilhança”, qualquer tentativa de explicar a relação entre as duas expressões será inútil se não se partir da distinção entre “prova” e “convencimento”. [...] A prova existe para convencer o juiz, de modo que chega a ser absurdo identificar prova com convencimento, como se pudesse existir prova de verossimilhança ou prova da verdade. A intenção da parte, ao produzir a prova, é sempre convencer o juiz.

Analisando-se as lições dos eminentes processualistas, bem como o texto legal em comento, conclui-se que prova inequívoca é aquela que tem a força do convencimento. Tal fator, aliado a uma grande probabilidade de existência do direito afirmado, garante uma decisão processual favorável ao autor no sentido da antecipação da tutela pretendida. A análise deve ser feita de forma a atender ao direito processual, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional mediante uma tutela provisória, no aguardo do desenvolvimento regular do processo rumo a uma decisão de mérito.

¹⁸⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit. p. 24. Nota 148.

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 200. Nota 132.

Os requisitos em exame foram devidamente analisados no processo de inventário da Comarca de Paranaíba, Estado do Paraná, que gerou o Agravo de Instrumento de número 316.649-0, decidido em 15 de fevereiro de 2006, cuja ementa é a seguinte

Agravo de instrumento. Incidente de remoção de inventariante. Tutela antecipada. Agravado exercício da inventariança. Dilapidação do patrimônio. Sonegação de bens. Comprovada verossimilhança das alegações. Risco de dano configurado. Decisão mantida.¹⁸⁷

4.2.3 Receio do dano – dano irreparável ou de difícil reparação

Ao desenhar os contornos da tutela antecipada, o legislador brasileiro trabalhou com o *periculum in mora*, através do inciso I do artigo 273, fazendo-o constar como um dos pressupostos da concessão da medida.¹⁸⁸

O requisito é exatamente o mesmo da tutela cautelar. Ao apreciar a questão, o magistrado deverá se deter à necessidade do provimento, analisando as conseqüências de uma decisão contrária e se posicionando de acordo com a probabilidade de um dano irreparável ou de difícil reparação para o requerente.

Mediante a análise da prova apresentada, o juiz formará livremente o seu convencimento e fundamentará a decisão de forma convincente. Importante a compreensão do que seja dano irreparável, que no dizer de Sérgio Sahione Fadel

[...] Ocorre quando o autor, privado da possibilidade de exercer, em si mesmo, o direito ou manifestar sua capacidade jurídica, será inevitavelmente lesado, provocando que, mais tarde, não possa o juiz prover em seu favor, porque o direito se extinguiu pelo decurso do tempo ou pela perda da oportunidade de fazê-lo valer.¹⁸⁹

O dano irreparável, portanto, decorre de uma situação que, se consolidada, não poderá ser revertida, aniquilando o direito material perseguido naquele processo.

¹⁸⁷ Agravo de Instrumento número 316.649-0. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

¹⁸⁸ Artigo 273, inciso I do CPC: “haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

¹⁸⁹ FADEL, Sérgio Sahione. op. cit. p. 31. Nota 139.

Deve-se ter em mente, todavia, que o risco de lesão deve ser objetivamente apresentado e que o simples receio da parte não autoriza o provimento antecipatório, sob pena de banalização da medida, cujas conseqüências seriam o descrédito no Poder Judiciário e no próprio instituto.

Nesta direção, esclarece Zavascki

[...] O risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja antecipação assecuratória é o risco concreto (e não hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação da tutela. É conseqüência lógica do princípio da necessidade.¹⁹⁰

Neste contexto, tem-se como certo que a hipótese prevista pelo legislador no inciso I do artigo 273 do CPC exige que, estando presentes os pressupostos mencionados no *caput*, quais sejam, prova inequívoca e verossimilhança, haja verdadeiro temor de que a não concessão da medida implique em sérios prejuízos para a parte autora. Isto quer dizer que a medida de urgência afasta o risco do dano, permitindo que o processo prossiga em sua marcha regular rumo a uma decisão de mérito que, se favorável ao autor, garante a eficácia do resultado.

A antecipação da tutela nas hipóteses do inciso I do artigo 273 é denominada por Dinamarco¹⁹¹ de antecipação-remédio que, concomitantemente, assinala o intuito acelerador do instituto que, segundo ele, “[...] evita males concretos demonstrados ao juiz, ou acelera-se para vencer as desacelerações provocadas pela parte adversa – mas sempre a intenção é acelerar”.

¹⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. op. cit. p. 256. Nota 130.

¹⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 901. v. II.

No processo de inventário o risco de dano irreparável é comum como, por exemplo, na hipótese de ruína e desvalorização dos bens. É a sensibilidade do magistrado e a prova apresentada que possibilitam, em cada caso, o deferimento do provimento pleiteado.

4.2.4 Abuso de direito - manifesto propósito protelatório do réu

Ainda como pressuposto da tutela antecipada, consta a exigência legal da comprovação de que o réu esteja usando indevidamente do seu direito de defesa, almejando exatamente a demora na prestação jurisdicional, com a qual se beneficia.

Analisando-se o dispositivo em comento, constata-se que a hipótese está completamente desvinculada de uma situação de perigo para o direito subjetivo do autor, assim como de urgência. A idéia do legislador, ao que consta, é garantir a confiabilidade da Justiça, com a proteção do próprio processo, garantindo a sua tramitação mediante os princípios éticos que devem norteá-lo, punindo o réu e impedindo a utilização de artifícios indevidos para prolongar a decisão final de forma a manter uma situação que lhe seja favorável.¹⁹²

Sérgio Shimura, ao lecionar que a tutela antecipada não requer, necessariamente, uma situação de urgência, aduz

[...] a tutela antecipada nem sempre tem como móvel a urgência, pois pode ser concedida quando houver abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, bastando lembrar o recurso interposto apenas para postergar a extinção do feito, por mero capricho ou deslealdade¹⁹³.

¹⁹² “[...] Aqui, a decisão antecipatória tem mais o sentido de uma penalidade imposta ao réu inescrupuloso do que uma tutela de urgência em favor da parte cujo direito está ameaçado de periclitamento.” (FADEL, Sérgio Sahione. op. cit. p. 32. Nota 139).

¹⁹³ SHIMURA, Sérgio. op. cit. p.44. Nota 135.

Para Athos Gusmão Carneiro, a antecipação da tutela ostenta, no inciso II do artigo 273 do CPC, um caráter ético mais eficiente que as medidas referidas nos artigos 16 a 18 do CPC e pontua¹⁹⁴

Cumpra sublinhar, nesse passo, que o artigo 273, II criou uma AT “pura”, desvinculada dos pressupostos da urgência e do dano, e ligada tão-somente à idéia central de que a firme aparência do bom direito, exurgente das alegações do autor, aliada à desvalia evidente, à falta de consistência na defesa apresentada pelo demandado, autorizam a satisfação antecipada a fim de que o (aparente) titular de um direito possa de imediato vê-lo (provisoriamente) incorporado ao seu patrimônio jurídico.

Sem necessidade de grandes reflexões, constata-se que o inciso II foi inserido como forma de impedir um maior prejuízo para o autor decorrente da postura antiética do réu. O princípio constitucional de acesso à Justiça garante o ajuizamento da demanda e o direito à ampla defesa, limitando as partes naquilo que ofende a ética processual. Neste contexto se encontram: as contestações inconsistentes, alimentadas por fatos visivelmente alheios ao direito invocado; falta de argumentos convincentes; elementos probatórios duvidosos; pleitos ilegítimos e notadamente procrastinatórios e outras tantas situações que, em uma análise superficial, levam o magistrado a concluir que a finalidade é exatamente consumir o tempo da Justiça, alimentando crises e retardando a marcha processual.

A antecipação de tutela baseada em tal dispositivo condiciona-se aos dois requisitos inseridos no *caput*, que são a prova inequívoca e verossimilhança. Presentes estes, e vislumbrando o juiz o intuito protelatório do réu, outro caminho não lhe restará senão a concessão de uma tutela antecipada, desde que pleiteada pelo autor¹⁹⁵.

Nos inventários observa-se, com certa freqüência, que inventariantes desleais e herdeiros de má-fé buscam, mediante medidas diversas e de caráter notadamente procrastinatório, atravancar a marcha regular do processo. Comprovados tais fatos,

¹⁹⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. op. cit. p.35-36. Nota 148.

¹⁹⁵ Tendo em vista a redação do *caput* do artigo 273, que dispõe expressamente “a requerimento da parte”, é defeso ao juiz conceder, de ofício, a medida antecipada. Neste sentido, corroboram Fadel (2002, p. 25); Bedaque (2003, p. 377). Na mesma direção, acrescenta-se decisão do TRF da 1ª Região: “Tutela Antecipatória – Concessão de Ofício pelo Magistrado - Inadmissibilidade - Necessidade de pedido exposto da parte autora - Observância do princípio da adstrição do Juiz ao pedido - Inteligência dos artigos 2, 128 e 273 do CPC - Rel. Juiz Velasco Nascimento”. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 15 nov. 2005.

as medidas antecipadas devem ser utilizadas para fazer retornar o feito ao seu leito natural.

4.2.5 Irreversibilidade do provimento antecipatório

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 273 do CPC que: “Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”. Juristas de escol vêm doutrinando que o que se antecipa não é o provimento em si, mas apenas os seus efeitos, uma vez que a tutela pretendida somente será concedida após cognição exauriente, garantido amplo direito de defesa ou, se for o caso, mediante julgamento antecipado da lide, nos precisos termos do artigo 330 do CPC.

Ao discorrer sobre a irreversibilidade do provimento antecipatório, Athos Gusmão Carneiro traz a lume a seguinte observação

[...] a “irreversibilidade” não se refere propriamente ao “provimento antecipatório”, mas sim aos efeitos do provimento. O provimento, em si mesmo, com decisão judicial passível de recurso e que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (artigo 273, parágrafo 4), é eminentemente reversível. Neste ponto convêm a maioria dos processualistas.¹⁹⁶

O preceito tem conteúdo negativo de forma que, em havendo o risco de irreversibilidade - mesmo estando presentes os pressupostos legais - a medida deve ser negada. A doutrina vem buscando soluções para a problemática, haja vista que, em casos específicos, a não concessão da medida implica ineficácia do provimento final. Entretanto, se concedida, os seus efeitos serão praticamente irreversíveis. Em casos específicos, a solução pode estar na caução, conforme orientação de vários processualistas, dentre os quais Dinamarco, para quem

¹⁹⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 81-82.

[...] O risco de irreversibilidade dos efeitos da medida antecipatória, pode ser afastado ou mitigado, em muitos casos, através da prestação de uma caução, de forma a possibilitar o retorno ao *status quo ante*.¹⁹⁷

A polêmica, portanto, gira em torno da concessão da medida antecipada diante da possibilidade de irreversibilidade do provimento, o que é expressamente vedado pelo dispositivo em comento.

Processualistas como Bedaque, Dinamarco, Athos Gusmão Carneiro e tantos outros vêm entendendo pela impossibilidade, diante da expressão concreta da lei. Neste sentido, manifesta-se Bedaque

[...] A irreparabilidade do prejuízo de quem pede a antecipação deve ser examinada em face da possível irreversibilidade dos efeitos causados pela medida. Muitas vezes, ao prejuízo irreparável, afirmado por quem pleiteia a tutela de urgência, se opõe a impossibilidade de a situação retornar ao *status quo* em caso da improcedência da demanda. Esse risco ocorre com maior freqüência na hipótese de tutela cautelar antecipada.¹⁹⁸

Em sentido contrário doutrina Marinoni, para quem

[...] Não há razão para não admitirmos a possibilidade de uma tutela antecipatória que possa gerar efeitos fáticos irreversíveis, pois a tutela cautelar não raramente produz tais efeitos.¹⁹⁹

Ao que consta, o ilustre professor paranaense defende o deferimento da medida antecipada independentemente do risco de irreversibilidade de seus efeitos na hipótese de, ao final julgamento, a ação vir a ser julgada improcedente, o que parece temerário em razão da utilidade do provimento final.

A forma disposta pelo legislador ao tratar da matéria e o contexto em que foi redigido o dispositivo não deixam dúvidas no sentido de que, em havendo o risco de irreversibilidade dos efeitos - independentemente da presença dos demais requisitos - o magistrado não deve conceder a medida, para evitar que haja um resultado final

¹⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 83.

¹⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.* p. 340. Nota 59.

¹⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.* p. 235. Nota 132.

favorável ao réu, sem qualquer utilidade, já que a situação anterior não será resgatada.

É certo, porém, que diante do risco de irreversibilidade dos efeitos da medida, o magistrado deve procurar meios de assegurar ao autor o acesso antecipado ao bem da vida questionado, bem como assegurar, também ao réu, um resultado útil, com o retorno à situação anterior, se for o caso. Certamente que a caução, nas hipóteses cabíveis, é medida legal perfeitamente adequada.²⁰⁰

Nos processos de inventário e partilha a questão deve ser mensurada através de uma análise detida dos requisitos da necessidade, utilidade e urgência, haja vista que em muitas situações os provimentos são irreversíveis, como por exemplo, quando é autorizada a venda de determinado bem do espólio. O fato, indubitavelmente, caracteriza-se como tutela antecipada e seus efeitos são irreversíveis, haja vista a boa-fé dos adquirentes.

Daí a necessidade de uma análise detida dos provimentos de urgência que, pelas peculiaridades do processo de inventário, lhe são adequados, conforme se verá no tópico a seguir.

4.3 PROVIMENTOS DE URGÊNCIA ADEQUADOS AO PROCESSO DE INVENTÁRIO E PARTILHA

O processo de inventário e partilha é especial e o seu procedimento tem contornos próprios, bem dissociados da regra geral. Neste contexto, faz-se mister admitir que as tutelas de urgência, embora indubitavelmente cabíveis neste processo, não podem ser aplicadas da mesma forma como o são nos demais procedimentos. Exige-se, portanto, uma adequação às suas especificidades.

²⁰⁰ Leciona Zavaski que “[...] no particular, o antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o prosseguimento do próprio processo”.

Cientes desta necessidade, os operadores do direito devem atentar para a utilização dos provimentos de urgência em sede de processo de inventário e partilha, analisando a sua aplicação em cada caso, examinando o pedido, a figura jurídica a ser aplicada, bem como o seu resultado, a fim de evitar situações esdrúxulas e violadoras do Direito Processual.

Devido a uma postura pouco cuidadosa e a técnica, conforme acima mencionado, a prática forense tem apresentado questões absurdas. Atribui-se o fenômeno à carência de uma doutrina específica que atue como bússola a direcionar a atuação dos aplicadores do direito sucessório, especialmente os magistrados. Isto porque, se por uma via as regras de Direito Processual são claras e de fácil interpretação, por outra via as facilidades que a própria jurisdição do inventário proporciona autorizam, de certa maneira, uma displicência para com o direito material.

Neste contexto se encontram os provimentos de urgência que ora são denegados, devido ao não enquadramento do direito do herdeiro nos dispositivos específicos (artigo 273 do CPC e seus parágrafos), ora são deferidos através de alvarás, sem nenhuma análise aprofundada dos requisitos legais.

Exemplificando: o inventariante postula a venda de determinados bens imóveis, alegando e não comprovando a necessidade. O juiz indefere, haja vista a não comprovação dos requisitos legais da tutela antecipada, quais sejam: a prova inequívoca e a verossimilhança das alegações, bem como o fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação²⁰¹. Em um segundo momento, o inventariante retorna ao processo, pleiteando a venda de bens, sob a mesma alegação e sem

(ZAVASKI, Teori Albino. op. cit. p. 97. Nota 130).

²⁰¹ Neste sentido, vale conferir o teor da ementa do Agravo de Instrumento número 204.898-4/9, Comarca de Piracaia, relator desembargador Quaglia Barbosa, Décima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, com julgamento em 07.08.2001: “Tutela antecipatória. Requisitos legais – Inteligência do artigo 273 do Código de Processo Civil. Espécie em que não divisada, com suficiente clareza, a satisfação dos requisitos legais. Parcimônia recomendada, na aplicação do instituto, nada obstante promissora a criação, sobretudo porque esta se deu somente em benefício do autor. Antecipação negada pelo juízo de primeiro grau. Decisão preservada. Agravo não provido. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2005.

atenção para os requisitos legais. O juiz autoriza, determinando a expedição do alvará para a transferência.

Instala-se, aí, uma situação de insegurança, inclusive para o Estado, já que por vezes esta autorização é concedida anteriormente ao recolhimento do respectivo tributo. Também os credores do espólio, por vezes, sofrem as conseqüências de um provimento inadequado, já que ficam prejudicados diante de uma decisão inadequada.

Tais provimentos parecem estar inseridos em um panorama de completa insegurança dentro do cenário sucessório. Imprescindível, portanto, que sejam analisados os dispositivos legais relativos aos provimentos antecipatórios, com atenção para a urgência, adequando-os às especificidades de um processo de inventário e partilha, sempre com o fito de tornar efetivo o direito material.

Realizadas tais considerações, mister apontar os provimentos de urgência no processo de inventário e partilha, quais sejam: as medidas cautelares, que não serão aqui analisadas, visto não avocarem celeumas em se tratando do processo de inventário e partilha; as tutelas antecipadas, que têm no alvará instituto largamente aplicável ao Direito das Sucessões, haja vista a sua importância para a efetivação do direito de herança.

A tutela antecipada, conforme salientado alhures, é o provimento que carece de maior reflexão em se tratando de transmissão *causa mortis*. Como espécie do gênero provimento de urgência, o alvará, embora comumente utilizado na prática forense, não possui dispositivos específicos que regulem a sua utilização, o que incentivou a proposta de reflexão a ser realizada no próximo item.

4.3.1 Alvará

Alvará Judicial, no sentido lato, é um mecanismo legal através do qual a autoridade judiciária permite a prática de um ato ou levantamento de numerário.²⁰² Sua natureza jurídica é autorizativa. Também é um documento de cunho administrativo, comumente utilizado nas administrações públicas para licenciar o exercício de uma atividade ou para realização de obra arquitetônica.

De Plácido e Silva define o alvará como “[...] ordem escrita, emanada de uma autoridade, judicial ou administrativa, para que se cumpra um despacho ou se possa praticar determinado ato.”²⁰³

Através de singelo bosquejo histórico, constata-se que o alvará foi utilizado no Brasil do Império para edição de normas de Direito Civil e Direito Penal trazidas de Portugal²⁰⁴. Posteriormente, com a codificação do direito, não constou expressamente de qualquer repositório de leis, mas sempre foi lembrado e utilizado para cumprimento de ordem judicial.²⁰⁵

Apesar de sua inquestionável utilidade, não chegou a ser objeto de estudos, todavia, constitui instrumento hábil para cumprimento de ordens judiciais, quer emanem de processos autônomos, quer sejam requeridos como pedidos incidentes em processos diversos.

²⁰² Alvará é o documento passado a favor de alguém por autoridade judiciária ou administrativa que contém ordem ou autorização para a prática de determinado ato, conforme o dicionário Aurélio (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio - Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 110.)

²⁰³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 143. v. I.

²⁰⁴ Como exemplo da utilização do alvará para a edição de normas, Caio Mário da Silva Pereira aponta o alvará de 09 de novembro de 1794, que alterou o sistema romano de sucessão *mortis causa* para adequá-lo ao princípio de *droit de Saisine*, segundo o qual o patrimônio do falecido é passando imediatamente para os herdeiros (PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit. p. 20. Nota 10).

²⁰⁵ Artigo 1.807 do Código Civil de 1916 trazia a seguinte previsão: “ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes às matérias de Direito Civil reguladas neste Código.”

Malgrado não desperte o interesse dos cientistas do Direito, a importância do alvará judicial é enorme, a ponto de ser utilizado em leis extravagantes, na qualidade de pedido autônomo.²⁰⁶ Ao longo dos anos e diante da inexistência de mecanismos específicos, a doutrina construiu o pedido de alvará judicial, formulado através de processo próprio, de jurisdição voluntária, mediante o qual o magistrado exerce controle administrativo de direito privado, autorizando a prática de determinado ato. Em tais situações, o alvará é expedido em procedimento de jurisdição voluntária, prevista nos artigos 1.103 e seguintes da Lei Processual Civil.

No Direito Brasileiro, conforme acima mencionado, o alvará se faz presente em duas modalidades igualmente importantes: o alvará incidental e o alvará autônomo.

O “alvará incidental” é instrumento por meio do qual se cumpre determinada ordem ou se pratica ato autorizado pelo magistrado. Com tal atribuição, emana de processos diversos, inclusive do penal, através do alvará de soltura.

Nos processos de inventário e partilha atua, com freqüência, como mecanismo de concretização de uma tutela antecipada, já que desempenha a função constitucional de assegurar a efetividade da jurisdição²⁰⁷ ao antecipar uma providência que só poderia ser tomada com a partilha.

²⁰⁶ Acerca da utilização do alvará pela legislação extravagante, vale conferir a dicção do artigo 1º da Lei 6.858/80, que assim preceitua: “Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação Pis/Pasep, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, serão pagos, em cotas iguais, aos dependentes habilitados perante a previdência social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.”

²⁰⁷ SHIMURA, Sergio. op. cit. p.43. Nota 135.

A doutrina brasileira construiu, ao longo dos anos, a possibilidade de utilização de tal mecanismo para disposição de bens e levantamentos de numerários anteriormente à partilha, ou mesmo após, para a transferência de bens móveis. Em outras muitas ações, quer de jurisdição contenciosa, quer de jurisdição voluntária, permite-se a sua utilização como forma de concretização de um provimento jurisdicional.

Exemplificando: existem dívidas do espólio que devem ser pagas com determinado numerário depositado em conta bancária. O levantamento se faz por alvará determinado pelo juiz. Utiliza-se, ainda, o alvará para venda de bens do acervo hereditário e todas as demais situações dependentes de autorização judicial.

Exatamente neste sentido, aduzem Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira

Considera-se “incidental”, quando formulado por inventariante, herdeiro ou sucessor. Será juntado aos autos, independente de distribuição, ensejando decisão interlocutória. As hipóteses mais comuns são de levantamento de depósito, alienação, recebimento ou permuta de bens, outorga de escrituras, aplicação de numerários, etc.²⁰⁸

Os Tribunais de Justiça do país enfrentam, muito freqüentemente, a questão do alvará requerido incidentalmente nos autos de um processo de inventário e partilha, para disposição de bens. O Superior Tribunal de Justiça, através do Recurso Especial número 443761, do Rio de Janeiro, decidiu em 25 de novembro de 2001 que a expedição de alvará, nos autos do inventário, para adjudicação de bem integrante do monte e objeto de cessão de direitos hereditários, não importa prejuízo à Fazenda Pública, uma vez recolhidos todos os tributos.²⁰⁹

Na maioria dos casos, o alvará caracteriza-se como tutela antecipada, haja vista os seus efeitos no sentido de disposição de bens anteriormente à partilha. Nem sempre, porém, são deferidos já que, em se tratando de medida antecipada, devem ser analisados à luz do artigo 273 do CPC, mensuradas as suas conseqüência para o processo como um todo.

²⁰⁸ AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. op. cit. p.333. Nota 100.

²⁰⁹ Resp. 443761/RJ, nº 2002/0079274-0, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 25.11.2002, publicado DJ 01.08.2005 p. 462. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 31 mar. 2006.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em 27 de julho de 2005, negando provimento ao Agravo de Instrumento, já que o intuito era, por meio de alvará, promover a venda de semoventes e o levantamento de saldos bancários deixados pelo falecido, entendendo aquela Corte que deveria ser resguardado o interesse do fisco e de possíveis credores²¹⁰.

A decisão que defere ou indefere o alvará incidental caracteriza-se com interlocutória e é impugnada através de agravo, conforme julgou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível número 1995.001.00176, datada em 19.09.95²¹¹.

O “alvará autônomo”, por sua vez, tramita em autos próprios, como qualquer ação. Neste caso, tem como permissivo legal os dispositivos que integram a generalidade dos procedimentos de jurisdição voluntária. Trata-se de construção doutrinária, advinda da ausência de mecanismos próprios para satisfação de determinados interesses. Nestes casos não existem crises, mas apenas a necessidade de intervenção do juiz para que uma relação jurídica possa se constituir ou se modificar.

A esse respeito, elucida com precisão o saudoso professor José Frederico Marques²¹²

Os atos de jurisdição voluntária não traduzem qualquer imposição do direito objetivo relativamente a uma pretensão, nem se destinam a dissipar incertezas e dúvidas a respeito da existência de relações de vida disciplinadas pela ordem jurídica. Quem requer do juiz uma providência de jurisdição voluntária, não o faz em função de uma lesão a direitos individuais, nem em razão das dúvidas que autorizam o pedido de um pronunciamento declaratório. A prestação estatal que é requerida ao órgão

²¹⁰ Agravo de Instrumento nº 70011892049, 7ª Câmara Cível, tendo como relator o Desembargador Luiz Felipe B. Santos. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2005.

²¹¹ Eis o teor da Apelação Cível número 1995.001.00176, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Paulo Sergio Fabião, julgada em 09.09.95: “Processual Civil. Requerimento de retificação de alvará. Inocorrência de Inexatidão material. Requerimento da apelante no sentido do imóvel ser transferido por doação ao filho, com as cláusulas que o oneravam anteriormente. Incidente constante de procedimento de jurisdição voluntária. Pronunciamento judicial que acolhe requerimento determinando ou não a expedição de alvará para transferência de bens (móveis ou imóveis) correndo em apenso aos autos de inventário, tem natureza jurídica de decisão interlocutória e, portanto, impugnável mediante agravo e não de apelação. Aplicação do princípio da fungibilidade, admitindo o recurso como sendo de agravo, dada a inocorrência de erro grosseiro ou má-fé. Desprovimento ao agravo”. Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2005.

²¹² MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Millenium, 2000. p. 65.

judiciário em conteúdo bem diverso daquela que lhe é solicitada quando se invoca a tutela jurisdicional. Na jurisdição voluntária, a intervenção do juiz se faz imprescindível para que uma relação jurídica possa constituir-se ou modificar-se.

Insta apontar, como exemplo, o alvará de que trata o artigo 1º da Lei 6.858/80, que remete determinados créditos não recebidos em vida pelo “de cujus” para um processo autônomo de alvará, independentemente de inventário ou arrolamento. A referida lei alterou a redação do artigo 1.037 do Código de Processo Civil.

A localização do alvará no contexto dos procedimentos de jurisdição voluntária decorre do fato de que o elenco dos artigos 1.112 e seguintes não é taxativo e de que as características do referido processo são perfeitamente adequadas ao tipo descrito pelo legislador nos dispositivos legais correspondentes.

Como ação autônoma, o alvará é instrumento utilizado no interesse particular, em situações específicas, e exigidas pelo Estado, devido ao entendimento que a atuação do magistrado assegura a regularidade e legalidade do ato a ser realizado. Suas vias são estreitas, de forma a não admitir instrução probatória ampla. Todos os interessados serão citados para manifestação, na forma e prazos dos artigos 1.105 e 1.106 do CPC. Contestado o pedido, o juiz decidirá à luz do ordenamento jurídico, não estando, todavia, com fulcro no artigo 1.109 do CPC, “[...] obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar, em cada caso, a solução que julgar mais adequada ao fato apresentado”. Segundo Marques,²¹³ não deve se tratar, evidentemente, de uma lide, mas sim de um negócio jurídico privado que depende de um ato administrativo que o complete e integre.

Destaca-se que o legislador, ao autorizar que o magistrado deixe de observar o formalismo das regras processuais, o fez exatamente em razão da especificidade dos procedimentos de jurisdição voluntária. Isto porque, inexistindo lide, não se pode invocar o princípio constitucional do devido processo legal até porque, em tais procedimentos, segundo constata Bedaque, a “[...] atividade judicial cinge-se a

²¹³ Ibidem, p. 228.

compor, com a vontade dos interessados, a situação jurídico-processual indispensável para produzir os efeitos desejados.”²¹⁴

Nos processos de alvará, a presença do Ministério Público é indispensável, uma vez que se trata de direitos indisponíveis (artigo 1.105 do CPC). Durante a sua tramitação podem ocorrer controvérsias que devem ser dirimidas pelo juiz naqueles mesmos autos, se houver elementos para tanto.

A lei processual civil autoriza a produção de provas pelos interessados, entendendo-se estas como documentais apenas. Ao juiz é lícito investigar livremente os fatos, inclusive ordenando provas, conforme se depreende do artigo 1.107 do CPC.²¹⁵

Todavia, se surgirem discussões incabíveis no contexto, decorrentes de conflitos de interesses, o magistrado deverá abster-se de apreciá-las, devendo encaminhar a questão para as vias comuns, pois caso contrário o processo perderia a sua característica de jurisdição voluntária, que pressupõe exatamente a ausência de litígio.

O pedido de alvará autônomo se encerra com uma sentença, prolatada da mesma forma que na jurisdição contenciosa e sujeita a apelação²¹⁶. Entretanto, referida decisão não faz coisa julgada material e pode, inclusive, “[...] ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes”, conforme estipula artigo 1.111 do CPC.

Como exemplo de pedido autônomo de alvará, tem-se a venda de bem de menor, por força do artigo 1.691 do Código Civil²¹⁷, inclusive na hipótese de quinhão hereditário. A autorização judicial substitui o procedimento de alienação judicial,

²¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 76. Nota 75.

²¹⁵ Artigo 1.107 do CPC: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.”

²¹⁶ AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. op. cit. p. 351. Nota 100.

²¹⁷ Artigo 1.691 do CC: “Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus reais os imóveis dos filhos, nem contrair em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do Juiz.”

cujas formalidades exigem mais tempo e maior dispêndio financeiro, conforme se depreende dos artigos 1.113 e seguintes da Lei Processual Civil ²¹⁸.

A prática forense tem apresentado situações em que determinados bens móveis são partilhados através de processo autônomo de alvará, “[...] liberando-se os valores aos herdeiros e ao cônjuge, levando-se em consideração, principalmente, o caráter finalístico da lei, e a instrumentalidade do processo” ²¹⁹. É caso, por exemplo, de existir apenas um veículo a partilhar, ou mesmo ações de pouco valor.

Finalmente, deve ser entendido que o alvará traduz apenas uma autorização do juiz e não uma ordem, até mesmo em decorrência das especificidades dos procedimentos de jurisdição voluntária, razão pela qual, em havendo resistência, a questão deverá ser levada aos meios ordinários, conforme acima mencionado.

Ainda nesta esteira, o magistério de Venosa²²⁰

[...] O alvará contém mera autorização e não um mandado, uma ordem. Se o alvará não puder ser cumprido em razão de obstáculos jurídicos, administrativos ou resistência de terceiros, a questão será resolvida pelas vias ordinárias.

Os créditos de que trata a supra mencionada Lei 6.858/80 devem ser objeto de processo autônomo, sendo comum, entretanto, a sua inclusão na declaração de bens no processo de inventário (artigo 993 do CPC), hipótese em que o feito se desvia do seu leito natural.

Diante de tal equívoco, incumbe ao juiz a remessa do pedido para um processo autônomo, visando ao regular processamento do inventário já que, não o fazendo, abre-se discussão de natureza diversa, retardando a prestação da tutela²²¹.

²¹⁸ Art. 1.113 do CPC: “Nos casos expressos em lei e sempre que os bens depositados judicialmente forem de fácil deterioração, estiverem avariados ou exigirem grandes despesas para a sua guarda, o juiz, de ofício ou a requerimento do depositário ou de qualquer das partes, mandará aliená-los em leilão.”

²¹⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2001. p. 259.

²²⁰ *Ibidem.*, p. 99.

Constata-se, finalmente, que o alvará, seja incidental, seja autônomo, é de grande utilidade no contexto jurídico, podendo, entretanto, quando expedido, incidentalmente nos autos de um processo de inventário, emperrar o feito, haja vista o possível desinteresse pela partilha dos bens remanescentes, fato que exige uma maior reflexão quando de seu deferimento.

4.4 TUTELA ANTECIPADA: PROVIMENTOS DEVIDOS E INDEVIDOS

Já foi dito que o processo de inventário e partilha tem características especiais e sua jurisdição pode ser denominada de híbrida, devido a suas peculiaridades. O seu contexto admite provimentos de urgência como forma de efetivar a prestação jurisdicional. Devido às suas especificidades e, principalmente, ao tratamento que recebe do operador do Direito, tende a se prolongar, o que gera grande desconforto para as partes e põe em crise a credibilidade do Judiciário.

Consoante é sabido, o Direito das Sucessões é estruturado em regras complexas e sujeitas a constantes e substanciais alterações, enquanto o Direito Processual Civil, embora eficiente, não penaliza o descumprimento de seus preceitos, o que de certa forma estimula o desrespeito. Toda essa complexidade acarreta insegurança jurídica, gerando grande insatisfação e exigindo uma maior atenção por parte da ciência processual.

É sabido, também, que a tutela antecipada é recepcionada por todos os procedimentos, inclusive os de jurisdição voluntária, não constituindo exceção os processos de inventário e partilha, cuja sentença tem caráter constitutivo. Todavia,

²²¹ Nesta direção, conferir ementa da Apelação Cível número 70006454698, julgada em 28.08.03 pela 3ª Câmara Cível do TJSP, tendo como relator o Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “Ementa Administrativa – Servidor Público – Falecimento – Gratificação Natalina – Condições da Ação plenamente atendidas. Legitimidade da parte ativa da viúva pensionista em pleitear seus direitos sucessórios frente às parcelas remuneratórias impagas do servidor falecido, independente de inventário. Direito do servidor inativo da gratificação natalina (13º salário) proporcional aos meses laborados até a data do falecimento.” Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 15 mar. 2006.

deve-se considerar que as especificidades de sua jurisdição exigem uma análise distinta, a começar pela forma de aplicação do artigo 273 do Código de Processo Civil. Conforme visto alhures, a tutela antecipada tem por finalidade atender o princípio constitucional do acesso à Justiça, garantindo um processo justo e equo.

Segundo magistral lição de Marinoni²²²

O cabimento da tutela antecipatória do artigo 273 deve ser analisado em face de cada espécie de procedimento especial e tomando em consideração as diversas situações que podem ocorrer.

O inventário, como já foi dito, é o procedimento pelo qual se atribui o acervo hereditário aos herdeiros, de forma que a ele acorrem todos os interessados no processo sucessório, inclusive o cônjuge supérstite, independentemente de ser apenas meeiro, já que dele se utiliza para liberar o seu direito de propriedade. Também os credores do espólio, em havendo, e até mesmo o Estado, em razão do interesse tributário. Devido aos inúmeros interesses patrimoniais que encerra, este tipo de processo tende a provocar dissensos que, juntamente com outros fatores, terminam por atrasar a marcha processual, dificultando o ingresso dos herdeiros nos bens adquiridos quando da abertura da sucessão.

Muitos conflitos surgem, por exemplo, da atuação do inventariante, que, no exercício de atividade administrativa, termina por fraturar direitos dos herdeiros e demais interessados. Em tais casos, além do incidente de remoção de inventariante, é cabível uma tutela antecipada. Observa-se que não se trata de autor e réu que se localizam em pólos distintos, mas sim de interesses convergentes que dissentem entre si de forma a autorizar a aplicação da medida de urgência em comento.

Imprescindível, portanto, o manejo adequado das técnicas processuais, para garantir uma tutela jurisdicional ajustada às reais necessidades do processo, assegurando a eficácia do provimento final.

²²² MARINONI, Luiz Guilherme. op. cit. p. 178. Nota 132.

Dentre as várias situações autorizadoras de uma tutela antecipada em processos de inventário e partilha, podemos citar a questão de venda de bens e disposição de numerários, já no início do processo ou no decorrer de sua instrução. Neste sentido, os arestos de número 204.898-4/9, do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 07 de agosto de 2001, tendo como relator o Desembargador Quaglia Barbosa, e o de número 89.302.4/4, do mesmo Tribunal, tendo como relator o Desembargador Haroldo Luz, concluíram pelo indeferimento da tutela antecipada, diante da ausência dos requisitos legais do artigo 273, quais sejam, a prova inequívoca do direito, a verossimilhança das alegações e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação²²³. Também a questão relativa aos direitos do cônjuge meeiro, que se inclui na relação processual apenas como condômino, sujeito à partilha final para por termo à indivisão²²⁴, pode ser objeto de tutela antecipada, desde que comprovados os requisitos do artigo 273 do CPC.

A adequação dos requisitos do artigo 273 do CPC ao inventário e partilha não é uma novidade, já que como qualquer outro processo exige atenção para suas regras e respeito aos princípios constitucionais da efetividade e da segurança jurídica. Exige a lei - e não excepciona tais processos -, que haja qualidade de atuação jurisdicional proporcional à celeridade com que é prestada, buscando o processo justo, concedendo a tutela jurisdicional com a eficácia garantida pelo sistema jurídico vigente.

Entretanto, exatamente porque o processo de inventário tem características especialíssimas, o magistrado deve fixar-se, inicialmente, na necessidade do provimento pleiteado, atentando, em seguida, para a probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável e de difícil reparação, pensando sempre no prosseguimento regular rumo à partilha.

²²³ Neste quadrante, vale conferir o Agravo de Instrumento número 89.302.4/4, julgado pela 8ª Câmara de Direito Privado em 27.09.99. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 25 out. 2006.

²²⁴ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “[...] À meação, em regra, já tem o cônjuge, não lhe advindo, portanto, *successiones causa*. A morte do cônjuge, nos regimes de comunhão, apenas põe termo ao estado de indivisão, permitindo sejam discriminados e individuados os bens sobre que incide a metade de cada um.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit. p. 135-136. Nota 10).

A grande dificuldade em admitir a tutela antecipada nos processos de inventário reside no fato de que, em algumas situações, as tutelas concedidas são satisfativas, ou seja, antecipam o mérito de forma irreversível, exaurindo o pedido e impossibilitando qualquer outra discussão a respeito. É o caso, por exemplo, de um processo sucessório no qual todo o patrimônio deixado pelo falecido é composto exclusivamente de bens móveis e, já na abertura do inventário, é concedido um alvará para disposição da totalidade do acervo, esvaziando o processo sem a observância do devido processo legal.²²⁵ Temerária a concessão da medida, haja vista os demais interesses envolvidos naquele processo, inclusive do fisco e de possíveis credores.

É no contexto do artigo 273 da Lei Processual Civil, portanto, que se encontram os provimentos que autorizam a transferência de bens, sejam móveis ou imóveis, mesmo quando a venda de bens se deve à mera conveniência e oportunidade. Os magistrados, em muitas das vezes, concedem tutelas antecipadas sem observar a natureza jurídica do provimento, determinando que se concretizem através de alvarás incidentais, sem qualquer compromisso com a ciência do direito processual e material.

Caso que ilustra a situação supra citada foi julgado em 27 de julho de 2005, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que manteve decisão do juízo *a quo* no sentido de indeferir pedido de alvará para venda de semoventes e

²²⁵ Neste contexto, ilustrativa a ementa do Agravo de Instrumento número 70011892049, julgado em 27.07.2005 pela Sétima Câmara Cível, Comarca de Itaqui, tendo como relator o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos: “Sucessões. Indeferimento de alvará para venda de bens do espólio. Resguardo ao direito de credores - Não merece reparos a decisão que indeferiu alvará para venda de semoventes e levantamento de saldos bancários deixados pelo falecido, resguardando o interesse de eventuais credores e do fisco, mormente se considerado que o pedido de alvará abarca quase a totalidade dos bens inventariados”. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2006.

levantamentos de saldos bancários, deixados pelo falecido, resguardando o interesse de eventuais credores e do Fisco²²⁶.

A análise dos requisitos para a concessão da tutela antecipada é imprescindível, da mesma forma como o é nas demais ações, sob pena de inversão dos valores que norteiam o dispositivo do artigo 273 do Código de Processo Civil. A forma descompromissada com que vêm sendo concedidas tais medidas, espanca o direito a um processo justo e equo. Por corolário, põe em crise o Direito das Sucessões, além de agredir o princípio constitucional da segurança jurídica, insculpido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República.

Torna-se indubitoso, portanto, que a concessão de medidas antecipatórias sem um exame detido dos permissivos legais agride o princípio constitucional do devido processo legal e contribui, de forma eficaz, para o desprestígio da ciência processual, desmerecimento do regramento específico e, conseqüentemente, para uma menor atenção ao Direito das Sucessões. É o caso, por exemplo, de respeito à ordem de vocação hereditária do Código Civil Brasileiro, devendo ser analisada sob a égide do diploma legal vigente por ocasião do óbito, sem o que se estará admitindo que no seio de um processo de inventário tudo pode acontecer, inclusive fraturas no regramento jurídico.

Como exemplo do fato acima, traz-se à baila uma sucessão, aberta em dezembro de 2002, cujo processo de inventário permitiu a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes. Neste caso, o cônjuge, na condição de inventariante, promoveu a venda de bens com autorização judicial, partilhando os valores com os descendentes exatamente conforme determinado pelo atual Código Civil, em agressão flagrante à ordem de vocação hereditária, já que o Código Civil de 1916,

²²⁶ Refere-se ao Agravo de Instrumento número 42488, julgado pela 2ª Câmara Cível Isolada do TJPA, tendo como relatora a Desembargadora Izabel Vidal de Negreiros Leão, publicado no DJ em 18.06.2001, no qual se decidiu que “[...] Somente com a partilha é que se determinará o quinhão que cabe a cada herdeiro. Assim não pode o juiz determinar o levantamento de valores sem a oitiva das partes interessadas, assim como do representante do Ministério Público”. Disponível em: <<http://www.tj.pa.gov.br>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

vigente à época da abertura da sucessão, garantia ao cônjuge, dependendo do regime de bens do casamento, apenas a meação.

A despeito dos prejuízos já enumerados, a consequência maior da concessão da tutela antecipada sem uma análise detida de seus requisitos é o desinteresse pelo prosseguimento do feito. Em diversas ocasiões, os herdeiros se beneficiam de uma tutela antecipada, de forma a satisfazer, de pronto, uma necessidade. A partir daí abandonam o processo, que permanece nas prateleiras da serventia, ocupando a máquina do Judiciário com um “sem fim” de intimações inúteis para o prosseguimento, até que o juiz decida remover de ofício o inventariante, na tentativa de impulsionar o Feito. Por vezes, nem isto produz efeito, devido ao desinteresse dos demais herdeiros, restando a opção pelo inventariante judicial ou dativo.

Exatamente neste sentido julgou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, entendendo pela remoção de ofício de um inventariante desinteressado, o que exigiu a nomeação de inventariante dativo, em razão do igual desinteresse dos herdeiros, aresto este citado às fls. 66, relativo ao Agravo de Instrumento número 1997.002.00085, de 30 de outubro de 1997.

Como visto, as tutelas antecipadas nos processos de inventário, via de regra, são concedidas mediante alvarás incidentais, que tanto podem contribuir para a efetividade do processo de inventário, com podem autorizar a paralisação em razão do desinteresse dos herdeiros. As hipóteses serão tratadas a seguir.

4.5 ALVARÁ: PROVIMENTOS DEVIDOS E INDEVIDOS

O alvará, em suas duas modalidades, é um instrumento de enorme utilidade para a efetividade do processo, bem como para a prestação da tutela jurisdicional. Seu deferimento, no entanto, deve ser precedido de uma análise minuciosa de todos os aspectos legais, de forma a não causar problemas à administração da Justiça, ao Estado e aos próprios herdeiros.

Da mesma forma como ocorre com as tutelas antecipadas, os alvarás estão sujeitos a decisões simplórias, sem compromisso com a ciência processual e cujas conseqüências afetam o processo como um todo, atrasando a marcha processual rumo à partilha dos bens e prejudicando interesses legítimos no processo sucessório.

Embora a jurisprudência de nossos tribunais recepcione os alvarás com um entusiasmo crescente, não se vislumbra preocupação com os requisitos legais. A ciência processual não se ocupa desta figura, tão antiga e útil, apesar de constar da rotina forense situações delicadas e altamente prejudiciais ao Direito, em razão da ausência de uma análise mais profunda de suas conseqüências.

Todos aqueles que operam o Direito das Sucessões conhecem as amarguras de um processo de inventário: as animosidades entre os herdeiros, a cobrança de dívidas do espólio, a negligência ou desonestidade do inventariante no cumprimento do seu ofício, dentre outras. Entretanto, além do reflexo de tais situações que se infiltram no processo, uma outra situação gera insegurança e prejuízo, qual seja, a paralisação do feito. Esta se deve, muitas das vezes, aos provimentos de urgência - dentre os quais o alvará - que, uma vez concedidos, acarretam o desinteresse pelo seu prosseguimento.

A expedição de um alvará nos autos do inventário para venda de um bem do espólio é medida que pode ser satisfativa ou não. O pedido deve ser analisado sempre à luz do direito material e de forma que todos os interessados tenham conhecimento. Evidentemente que o exame deve considerar que o inventário é um procedimento especial de jurisdição híbrida e que os requisitos devem ser adaptados ao caso concreto, independentemente dos critérios de legalidade estrita no que diz respeito às regras processuais. Seria tudo muito simples se todos concordassem, se os

tributos correspondentes fossem recolhidos e se o processo, a partir daí, fosse reconduzido à sua marcha legal. Todavia, na maioria dos casos, não é o que ocorre.

O alvará, no processo de inventário, é utilizado sempre que se pretende a disposição de bens do espólio anteriormente à partilha. É provimento especial e deve ser analisado como tal, independentemente de se caracterizar como provimento de urgência ou apenas necessário. Em determinadas situações, o permissivo vem do próprio texto legal, enquanto em outras, caracteriza-se como construção doutrinária em razão da manifesta necessidade apresentada. Na primeira hipótese, tem-se como exemplo o parágrafo 3º do artigo 1.793 do Código Civil, caso em que a cessão de direitos de bem considerado singularmente somente pode ser feita, por qualquer herdeiro, mediante autorização judicial. Esta autorização é concedida via alvará.²²⁷

O artigo 992 do Código de Processo Civil elenca algumas situações cuja concretização depende exatamente de um alvará. Prevê o dispositivo

Art. 992. Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do Juiz: I - alienar bens de qualquer espécie; II - Transigir em juízo ou fora dele; III - Pagar dívidas do espólio; IV - Fazer as despesas necessárias com a conservação dos bens do espólio.

Nesta esteira, segue o ensinamento de Pinto Ferreira

²²⁷ Eis a letra do artigo 1.793 do CC: “O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública”. Parágrafo 3º: “Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade”.

Nos casos referidos no artigo 992 do Código de Processo Civil, é indispensável que sejam ouvidos os interessados, que podem concordar ou discordar, mas devem, de qualquer maneira, ser ouvidos, e, além disso, é também necessária a autorização do Juiz. A primeira medida prevista no artigo 992, I, é alienação de bens do espólio, poder que compreende a alienação de bens imóveis e móveis. Deve ser motivado e fundamentado o pedido de alienação. O inventariante formulará a petição com os documentos indispensáveis, solicitando a sua juntada aos autos, determinando prazo razoável para que os interessados se pronunciem. Vencido tal prazo, com ou em pronunciamento, o juiz decidirá o pedido, positiva ou negativamente, e, em caso de autorização, mandará expedir o competente alvará.²²⁸

Conforme antes mencionado, o processo de inventário, pelas suas peculiaridades, exige do legislador uma técnica diferenciada e do magistrado uma análise apurada dos requisitos correspondentes, de forma a garantir a eficácia da prestação jurisdicional com a segurança jurídica exigida pelo sistema.

Não obstante tais exigências, a prática forense demonstra a desconsideração dos requisitos legais, já que os magistrados vêm concedendo alvarás para disposição de bens independentemente de uma maior análise da questão. Verdadeiras aberrações jurídicas vêm acontecendo, contribuindo para o desprestígio do Direito das Sucessões, para as regras processuais correspondentes, bem como para o Poder Judiciário como um todo.

O descaso para com as regras do Direito das Sucessões, especialmente na questão processual, é grande e fratura o Direito Constitucional Fundamental de herança. A situação exige uma tomada de responsabilidade dos cientistas processuais de forma a desenvolver estudos específicos, demonstrando à comunidade jurídica os reais valores deste ramo do direito, para que o sistema jurídico do país prevaleça como um todo, sem fragmentações. O resultado será o respeito às regras inseridas nos artigos 982 e seguintes da Lei Processual Civil, exigindo do juiz um exame detido das situações processuais apresentadas - especialmente quanto à expedição de alvarás - somente os deferindo diante da comprovada necessidade e preenchimento de requisitos.

²²⁸ FERREIRA, Pinto. **Inventário, partilha e ações de herança**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 45.

Diante de um pedido de alvará em processo de inventário, deve o magistrado investigar a urgência ou a necessidade da medida, bem como a possibilidade de sua concessão sem prejuízo para todos os interessados. Em seguida, buscará nos próprios autos os elementos que comprovem o risco de dano, deterioração, prejuízos materiais, etc., ou seja, fatores que autorizem o provimento pleiteado.

Expedido o alvará, o processo de inventário deve prosseguir regularmente. Entretanto, em não raras ocasiões o alvará satisfaz os interesses urgentes dos herdeiros, ou de alguns herdeiros, e o processo simplesmente paralisa. A partir daí se inicia uma celeuma entre o Estado-juíz e o inventariante. Enquanto o magistrado ocupa a máquina do Judiciário intimando para o prosseguimento do feito, o inventariante se omite e não o faz. O resultado é que nada acontece, haja vista que os prazos não são preclusivos e a doutrina majoritária entende que o processo de inventário não pode ser extinto.²²⁹ A remoção *ex officio* do inventariante poderia ser uma solução, mas os juízes relutam em utilizá-la, conforme visto no item 3.4.4, já que alguns tribunais do país exigem que a remoção obedeça ao artigo 996 do Código de Processo Civil, o que consiste em grande equívoco.²³⁰

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, em seus comentários ao artigo 983 da Lei Processual, enfrenta a questão, buscando solução nos dispositivos legais relativos à litigância de má-fé

[...] Não prevê o Código de Processo Civil uma sanção para o descumprimento do prazo para término do inventário. Todavia, aplica-se a esse processo, como a qualquer outro, a teoria geral no que toca à litigância de má-fé, como prevista nos artigos 14 a 18 do Código de Processo Civil. [...] Nessa linha, se houver litigância de má-fé por qualquer das partes que figure no processo de inventário (inventariante, herdeiros, legatários, Fazenda Pública), o juiz deverá aplicar a sanção prevista no artigo 18 do Código de Processo Civil, ou seja, a multa não excedente a 20% sobre o valor da causa, e a obrigação de indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas processuais.²³¹

²²⁹ Paulo Cezar Pinheiro destaca que “[...] O juiz não tem como se utilizar do mecanismos previstos nos incisos II e III do artigo 267 do Código de Processo Civil. Desse modo, para que o inventário possa terminar, caberá ao juiz, utilizando-se dos seus poderes de impulsão e de disciplina, substituir o inventariante omisso.” (CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro . op. cit. p. 20. Nota 47).

²³⁰ “[...] deve-se lembrar que é possível a remoção compulsória do inventariante pelo próprio juiz e não só a requerimento dos interessados.” (FERREIRA, Pinto. op. cit. p. 62. Nota 228).

²³¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. op. cit. p.19-20. Nota 47.

A par do entendimento destacado, a problemática relativa à paralisação de um processo de inventário não é tão simples, haja vista que as especificidades que apresenta impedem a aplicação das regras gerais do direito processual.

Não é comum a aplicação das hipóteses dos artigos 14 a 18 do Código de Processo Civil ao inventário, exatamente porque os requisitos não lhe são totalmente adequados. Isto ocorre, inclusive, com o inciso IV do artigo 17,²³² que parece ser o que mais se aproxima e que, em situações específicas, poderia até mesmo ser utilizado como forma de impulsionar o feito, punindo àqueles que, voluntariamente, atravancam a marcha processual regular. Todavia, a resistência da doutrina e jurisprudência em recepcioná-lo é justificável pelas diferenças que o processo apresenta, já que a maioria dos casos de paralisação ou retardamento do feito estão completamente dissociados dos referidos dispositivos de lei.

Por tais motivos, o alvará se caracteriza, ora como um provimento adequado, porque satisfaz um direito, torna efetivo o processo e garante a eficácia da sentença de partilha e, em outras situações, como instrumento capaz de acarretar o desinteresse pelo prosseguimento, causando problemas jurídicos e administrativos diversos.

Finalmente, não se pode esquecer que para a concessão de um alvará para transferência de bem do espólio, todas as exigências legais envolvendo o referido bem devem estar cumpridas, ou seja, recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, comprovação da inexistência de dívidas e situações outras que possam prejudicar terceiros interessados.

²³² Artigo 17 do CPC: “Reputa-se litigante de má-fé aquele que: inciso IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo.”

5 A EFETIVIDADE DO PROCESSO E O MOMENTO DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS

Consoante disposto alhures, a finalidade deste estudo é, a partir da dimensão constitucional do direito de herança, analisar aspectos legais que podem atrasar a marcha dos processos de inventário e partilha, colocando em risco os postulados do princípio constitucional do acesso à Justiça, bem como a garantia da duração razoável do processo

Nesse aspecto, não poderia ser excluída a questão tributária, cuja exigência consta expressamente do artigo 1.026 do Código de Processo Civil como pressuposto para o julgamento da partilha e que dispõe: “Pago o imposto de transmissão a título de morte, e junta aos autos certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública, o juiz julgará por sentença a partilha.”

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 155, dispõe que: “Compete aos Estados, e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; [...]”

Para regulamentar referido dispositivo constitucional, os Estados da Federação editaram leis específicas. No mês de janeiro do ano de 1989 foi sancionada pelo chefe do executivo capixaba a Lei 4.215 que, em seu artigo 1º, institui o Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCD) de quaisquer bens ou direitos, fixando a alíquota em 4%. No Estado de Minas Gerais referido tributo vem regulado pela Lei 14.941, de 29 de dezembro de 2003, que revogou a Lei 12.426, de 27 de dezembro de 1996. Já em São Paulo o ITCD é fixado pela lei 10.705, de 28 de dezembro de 2000, com as alterações da Lei 10.992, de 21 de dezembro de 2001. Os demais Estados da Federação também possuem as suas correlatas leis.

Apesar de se tratar de Direito Tributário, a questão se vincula por inteiro ao processo de inventário e partilha, haja vista a exigência do mencionado artigo 1.026 do CPC. Além de tal dispositivo, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 192, dispõe que “Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem

prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio ou às suas rendas.”

Observa-se dos dispositivos em comento que, findos os atos do inventário propriamente dito, passa-se à fase da partilha que, segundo Von Luebtow, citado por Pinto Ferreira, “[...] é o modo regular e único disposto pela lei para a extinção da comunhão hereditária.”²³³ Com a finalização do inventário, deve ser procedido o recolhimento do tributo *mortis causa*, que não se caracteriza como dívida do espólio, mas do herdeiro que se beneficia com o patrimônio do autor da herança. Referido tributo tem como fato gerador a transmissão *causa mortis* de toda a herança líquida e o pagamento é exigido em seu total, independentemente da individualização dos quinhões.

É de se ver que o não pagamento do ITCD impede o julgamento da partilha, de forma a comprometer a efetividade do processo. Nesse sentido, julgou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Inventário. Esboço de partilha. Homologação de partilha sem pagamento dos tributos. Anulação da sentença.

Apelação do Estado. Processo de Inventário. Homologação do esboço de partilha elaborado pelo Partidor. Duplo grau obrigatório de jurisdição. A partilha não pode ser homologada antes de que, sobre o esboço, sejam ouvidos todos os interessados na sucessão, inclusive o Estado e o Ministério Público, este, quando participa da relação processual. Nem a providência tem cabimento, precedentemente à quitação do imposto de transmissão “mortis causa” incidente em relação aos bens do monte que a ele se sujeitem. O falecimento de herdeiro do “de cujus” no correr do processo exige a abertura da sua pertinente sucessão, correlatamente, para os devidos fins. Irregularidades no processamento da ação que inviabilizam o julgamento da partilha, do modo como realizado. Provimento do recurso, para se anular a sentença. Julgado declarado inválido no se proceder a seu reexame necessário²³⁴.

A prática forense atesta ser este mais um fator de atraso na prestação jurisdicional nos processos de inventário e partilha. Da simples leitura das regras de direito

²³³ FERREIRA, Pinto. op. cit. p. 101. Nota 228.

²³⁴ Apelação Cível de número 2001.001.26790, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tendo como relator o Desembargador Ronald Valladares, julgada em 25.03.2003, 16ª Câmara

processual correspondentes, constata-se que, ao se adentrar na fase da partilha, os impostos são calculados e recolhidos, sem o que o processo paralisa. Ora, tente-se imaginar um processo sucessório em que vários sejam os herdeiros e que apenas um ou dois queiram pagar os tributos. Pela equivocada redação do artigo 1.026 do CPC não poderiam, já que ou se paga tudo ou o processo não prossegue, fato que impede ou retarda o acesso do herdeiro aos bens adquiridos *causa mortis*, em desrespeito ao direito fundamental constitucional de herança.

A constitucionalidade do referido dispositivo é duvidosa, já que vincula a sentença de julgamento da partilha ao pagamento do tributo sobre todo o acervo, impedindo que um dos herdeiros, individualmente, exerça o seu direito. Destaca-se que por uma ficção jurídica os herdeiros acessam o direito de propriedade sobre os bens que compõem o espólio imediatamente após o óbito do autor da herança. Todavia, este acesso limita-se, na maioria das vezes, apenas à posse indireta, posto que a propriedade plena somente será alcançada após a sentença que julga ou homologa a partilha. Segue-se a isso a expedição de um formal nos precisos termos do artigo 1.027 do Código de Processo Civil que, levado ao Cartório do Registro Geral de Imóveis competente, transfere a propriedade, consolidando o direito de herança. É exatamente neste momento que a comunhão hereditária se extingue de direito.²³⁵

Destarte, constata-se que a regra do artigo 1.026 do CPC restringe um direito fundamental, porque impede o acesso imediato do herdeiro aos bens que compõem o seu quinhão, sempre que o co-herdeiro não queira ou não possa efetuar o pagamento do ITCD. Tal restrição não está em harmonia com o espírito do legislador constituinte no já mencionado artigo 5º, inciso XXX, da Carta Magna.

Depreende-se que a análise da legislação ordinária deve ser feita sob uma ótica constitucional, sob pena de afronta aos princípios embutidos na Lei Maior.

Cível. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2005.

²³⁵ Roberto de Ruggiero assevera, sobre o tema comunhão entre co-herdeiros, que “[...] Na sucessão de várias pessoas chamadas à herança, origina-se uma comunhão que abraça todas as várias relações jurídicas de que essa herança é constituída; qualquer elemento patrimonial, seja ativo, seja passivo, pertence, desse momento em diante, em comum aos sucessores. E do estado de comunhão sai-se mercê da divisão.” (RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Binassi. Campinas: Bookseller, 1999. p. 681. v. III.)

Nesta esteira, aduz Paulo Bonavides²³⁶

[...] As leis, para serem constitucionais, não basta que hajam sido formalmente exaradas. Devem estar também materialmente em consonância com os superiores valores básicos da ordem fundamental liberal e democrática, bem como com a ordem valorativa da Constituição, e ainda hão de guardar, por igual, correspondência com os princípios elementares não escritos da Lei Maior, bem como com as decisões tutelares da Lei Fundamental, notadamente as que entendem com o axioma da estabilidade jurídica e o princípio do Estado Social.

É certo que o referido tributo é devido pela transmissão *causa mortis*, da mesma forma que a ficção do *saisine* garante ao herdeiro a propriedade do seu quinhão imediatamente após a abertura da sucessão. Todavia, é certo também que a ficção mencionada interessa ao sistema jurídico apenas para não deixar o patrimônio acéfalo e para garantir legitimidade aos herdeiros frente a determinadas situações de defesa de seus direitos. Entretanto, tais direitos hereditários somente se convertem em quinhões determinados após a sentença que julga a partilha, de forma que, efetivamente, a transmissão somente acontece com o trânsito em julgado da sentença.

A incidência do imposto de transmissão *causa mortis* apresenta-se indubitosa, haja vista a transmissão dos bens aos sucessores legítimos ou testamentários. Todavia, a questão cinge-se ao momento do recolhimento, vez que a legislação ordinária exige seja feito integralmente e antes da sentença, fato que fratura o direito do herdeiro de pagar o ITCD individualmente e na proporção do quinhão herdado. O legislador infra-constitucional certamente baseou-se na ficção do *saisine*, por entender que a transmissão efetiva aconteceu a teor do artigo 1.784, o que parece não estar conforme a *mens legis*.

²³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 121.

Pontes de Miranda, com toda a sua majestade, critica a consideração excessiva das ficções jurídicas e, ao defender veementemente a natureza constitutiva da sentença que julga a partilha, afirma

[...] Fez bem o Código em evitar alusão à declaratividade, que, aliás, não estava nos velhos textos franceses, nem está no Código Civil Francês. No estado atual do direito brasileiro, é ficção de direito material, de que façam bom proveito os juristas; o direito processual está livre dela. As ficções são perniciosas em ramo do direito em que precisam atuar, em seu exato sentido, conceitos fundamentais, como os de incidência e aplicação da lei.²³⁷

A lição de um dos grandes juristas deste país bem indica que, pela ficção do *saisine*, o herdeiro não é introduzido na propriedade dos bens transmitidos *causa mortis*, ficando na dependência exatamente da sentença que julga a partilha, a qual, na literalidade da lei, depende do recolhimento do respectivo imposto.

Ademais, deve-se considerar que o ato administrativo envolvendo uma compra e venda de bens imóveis somente se aperfeiçoa com a escritura pública, e que é na oportunidade da lavratura de tal documento que se efetua o recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis - ITBI. Porque seria diferente com a aquisição *causa mortis*?

Observa-se, portanto, que a exigência legal de recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis* antes da sentença, bem como a impossibilidade de que um herdeiro, individualmente, efetue o pagamento sobre o seu quinhão, restringe o direito de herança e fere o texto constitucional do artigo 5º, inciso XXX, da CF.

Na lição de José Afonso da Silva, ocorre a inconstitucionalidade por ação “[...] com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariem normas ou princípios da constituição”²³⁸. De tal ensinamento, constata-se que uma interpretação literal do artigo 1.026 da Lei Processual agride o direito à herança insculpido no artigo 5º, inciso XXX, do Texto Constitucional. Referido dispositivo em nenhum momento autoriza tal vinculação.

²³⁷ MIRANDA, Pontes de. op. cit. p. 176. Nota 45.

²³⁸ SILVA, José Afonso da. op. cit. p. 46. Nota 151.

É certo que o herdeiro que recolhe integralmente o imposto *causa mortis* deve propor uma ação regressiva face aos co-herdeiros para reaver a diferença. Todavia, esta ação não resolve o problema, pois, além de levar alguém a dispor de numerário que talvez não possua, inaugura uma nova demanda, inchando ainda mais o já tão assoberbado Judiciário.

Conforme mencionado, o artigo 192 do Código Tributário Nacional vincula a sentença ao recolhimento do tributo. Entretanto, referido repositório de leis entrou em vigência em 25 de outubro de 1966, enquanto em 1982, através da Lei 7.019, foi inserido no Diploma Processual Civil o artigo 1.031, que versa sobre o arrolamento sumário. Trata-se de rito especial e célere do inventário tradicional e que autoriza a prolação da sentença, independentemente do recolhimento do ITCD, vinculando-o, todavia, à expedição do formal de partilha ou dos alvarás para transferência dos bens móveis.²³⁹

Constata-se, pois, que já no ano de 1982, em razão da imperiosa necessidade de um regramento que autorizasse a celeridade do inventário e partilha, foi alterado o Código de Processo Civil, independentemente da regra do artigo 192 do Código Tributário Nacional, o que contribuiu de forma eficaz para a efetividade do processo. Andou bem o legislador quando da alteração mencionada, especialmente porque desvinculou a sentença do recolhimento do tributo *causa mortis*, visto que a propriedade plena dos bens adquiridos por direito hereditário somente será definitivamente transferida após o registro do formal de partilha o qual, pelas regras mencionadas, será expedido mediante a prova da quitação do ITCD.

Conforme visto, o texto do artigo 1.026 da Lei Processual Civil caracteriza uma fratura ao direito hereditário, impedindo ou retardando o acesso ao bem herdado. Melhor seria a inversão do referido dispositivo, de forma a constar: “O juiz julgará a

²³⁹ Artigo 1.031 do CPC: “A partilha amigável celebrada entre partes capazes, nos termos do artigo 1.773 do Código Civil, será homologada de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e às suas rendas, com observância dos artigos 1.032 a 1.035 desta Lei. Parágrafo 2º - Transitada em julgado a sentença de homologação de partilha ou adjudicação, o respectivo formal, bem como os alvarás referentes aos bens por ele abrangidos, só serão expedidos e entregues às partes após comprovação, verificada pela Fazenda Pública,

partilha por sentença, cujo formal somente será expedido em favor do herdeiro que comprovar a quitação do imposto de transmissão a título de morte e apresentar certidão ou informação negativa de dívida para com a Fazenda Pública.”

Certamente que esta singela proposta de inversão não acarretaria prejuízo ao erário, haja vista que a expedição do formal de partilha ficaria, à semelhança do que acontece no inventário pelo rito do arrolamento sumário, vinculada à comprovação do recolhimento do tributo pelo herdeiro que, efetivamente, tivesse interesse na transmissão da propriedade junto ao Cartório de Registro Geral de Imóveis.²⁴⁰ Nessa hipótese, a propriedade dos bens adquiridos *causa mortis* somente seria transferida junto ao cartório competente após a quitação exigida pelo artigo 192 do Código Tributário Nacional.

Todavia, é sabido que, para a entrega da prestação jurisdicional, não é necessária alteração na redação do dispositivo, fato que demandaria tempo e esforço legislativo. Para tanto, basta que o magistrado esteja atento aos princípios constitucionais norteadores do Direito Civil e do Direito Processual Civil e proceda o julgamento da partilha, deixando que o herdeiro ou herdeiros, na medida de seu interesse ou condição financeira, diligencie para recebimento do seu quinhão através de um formal, com expressa determinação de transferência, que deverá ser levado ao Cartório do Registro de Imóveis para os fins de direito.²⁴¹

Na preciosa lição de Bedaque

[...] a efetividade da tutela jurisdicional depende muito da sensibilidade do jurista, principalmente do estudioso do direito processual, que deve criar soluções visando a tornar o instrumento adequado à realidade social a que ele será aplicado.²⁴²

do pagamento de todos os tributos.”

²⁴⁰ Artigo 167 da Lei 6.015 de 1973: “No registro de imóveis, além da matrícula serão feitos: I – O registro: [...] 24 - dos atos de entrega de legados de imóveis, dos formais de partilha e das sentenças de adjudicação em inventário ou arrolamento quando não houver partilha.”

²⁴¹ Artigo 1.027 do CPC: “Passada em julgado a sentença mencionada o artigo antecedente, receberá o herdeiro os bens que lhe tocarem e um formal de partilha, do qual constarão as seguintes peças: I – Termo de inventariante e título de herdeiros; II - Avaliação dos bens que constituíram o quinhão hereditário; III – Pagamento do quinhão hereditário; IV – Quitação dos impostos; V - Sentença”.

²⁴² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. op. cit. p. 33. Nota 75.

Deve ser observado, finalmente, que em respeito aos princípios constitucionais norteadores do processo civil, bem como ao direito fundamental de herança, a mencionada vinculação deve ser flexibilizada, de forma que se permita a um dos herdeiros acessar a plena propriedade dos bens adquiridos por direito hereditário. Permite-se, assim, que efetue individualmente o pagamento do tributo correspondente ao quinhão herdado, recebendo o documento necessário à transmissão da propriedade junto ao Cartório do Registro de Imóveis, na forma da lei 6.015/73.

A rigidez da lei deve ser amortizada em prol de um bem maior: o respeito aos princípios e garantias constitucionais que norteiam o direito à herança, especialmente a efetividade e a duração razoável do processo, com a segurança jurídica exigida pelo sistema.

Nesta esteira, vale inserir o magistério do professor William Couto Gonçalves sobre o que vem a ser um processo justo, segundo os ditames constitucionais

[...] É, pois, o Processo Constitucional aquele que retrata a constituição no seu aspecto formal e material, e deste resulta o processo justo como modelo de instrumento em prol da realização de uma jurisdição fincada e voltada para os direitos fundamentais do homem.²⁴³

Considera-se, finalmente, a legitimidade do recolhimento do tributo após a sentença de partilha, já que a expedição do formal a ele se vinculará, exatamente como acontece no rito do arrolamento sumário e em uma escritura pública de compra e venda. Não haverá perdas para o Fisco, resguardado que estará o interesse público.

²⁴³ GONÇALVES, Willian Couto. op. cit. p. 64-65. Nota 152.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade cria o direito, consoante o vetusto brocardo *ubi societas ibi jus*, de forma que cada povo, alicerçado em valores próprios, constrói regramentos específicos e garantidores de uma convivência pacífica.

Existem, todavia, direitos que se originam da própria natureza humana e que são comuns a praticamente todos os povos, com algumas exceções impostas pelo regime político de cada nação. A Ciência do Direito os identifica como sendo a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade.

Tais direitos, no Brasil, constam do artigo 5º da Constituição Federal. Dentre eles, verifica-se o direito de herança, corolário do direito de propriedade e disposto no inciso XXX, artigo 5º da Carta Magna, cuja redação preconiza: “É garantido o direito de herança.”

Neste diapasão, o direito hereditário é considerado de primeira geração, fundamental, devendo ser respeitado e aplicado mediante a utilização das regras constantes da legislação ordinária.

O presente estudo demonstrou que, apesar da magnitude do direito de herança, a questão hereditária no Brasil é delicada, haja vista que os processos de divisão dos bens deixados *causa mortis*, denominados de “inventário e partilha”, contêm regras freqüentemente inobservadas ou mal-utilizadas, o que frustra o acesso dos herdeiros ao acervo hereditário.

Neste contexto, foram investigados, com respaldo na doutrina e jurisprudência pátrias, alguns preceitos legais que, quando ignorados, desvirtuam o escopo do processo de inventário e partilha, importando em prejuízo aos interessados e à administração da Justiça. Dentre tais preceitos, foram analisados: o inventário e sua jurisdição; a atuação do inventariante e os incidentes a ela relacionados; a atuação do magistrado na condução do feito; os provimentos de urgência aplicáveis ao inventário e partilha, bem como o momento processual adequado ao recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis* – ITCD.

Inicialmente, o estudo abordou o direito de herança como direito constitucional fundamental, faceta inquestionavelmente importante, porém raramente realçada, especialmente em sede de inventário e partilha. A fim de destacar a natureza constitucional do direito de herança no atual ordenamento jurídico, realizou-se incursão histórica pelas origens do direito hereditário brasileiro, o que tornou possível afirmar que, já na vigência das ordenações afonsinas, existiam mecanismos processuais que revelavam a preocupação do legislador com a regular conclusão do processo de inventário e partilha.

Em uma segunda etapa, o presente estudo destacou o caráter híbrido da jurisdição do processo de inventário e partilha, a fim de que se compreendessem suas peculiaridades, o que por certo permite a prestação de uma tutela eficaz e garantidora do direito constitucional fundamental. Nesta direção, reservou-se especial espaço para uma análise da atuação do juiz frente ao processo de inventário e partilha, da qual se conclui pela imprescindibilidade de uma postura atenta e enérgica do magistrado na condução do feito, tendo em vista que os prazos, neste tipo de processo, não são preclusivos. Destarte, deve o juiz agir de ofício, sempre que necessário, ao regular andamento do feito, atuação defendida por este estudo e, conforme se demonstrou, também adotada por diversos tribunais em todo país.

Na seqüência, foram enfocadas duas espécies de provimento de urgência no contexto do inventário e partilha, quais sejam: os alvarás, cuja concessão deve ser necessariamente precedida de detida análise dos requisitos da conveniência e da urgência; e as tutelas antecipadas, cuja concessão deve ocorrer desde que se verifique, no caso concreto, a urgência ou a necessidade do provimento antecipatório. Demonstrou-se que o alvará, em suas duas modalidades - autônomo e incidental - constitui provimento útil, conveniente e, na maioria das vezes, urgente, concedido em situações expressamente exigidas por lei.

Conforme salientado, o alvará autônomo é requerido em autos próprios e contribui para a celeridade do processo de inventário, pois retira de seu bojo discussões outras que acarretam demora e desviam o processo de seu curso natural. As tutelas

antecipadas, por sua vez, à semelhança do alvará incidental, são perfeitamente cabíveis nos processos de inventário e partilha, observadas as suas especificidades.

Finalmente, o último capítulo objetivou apresentar as dificuldades quanto ao momento do recolhimento do imposto de transmissão *causa mortis*, haja vista que a forma disposta pela legislação ordinária vincula a sentença de partilha ao pagamento do imposto sobre todo o monte, independentemente das quotas atribuídas a cada herdeiro. Tal fato contribui para a demora na prestação jurisdicional, tendo em vista que nem sempre todos os herdeiros podem, em um mesmo momento, dispor de numerário suficiente para tanto. A consequência é a paralisação do processo em detrimento daqueles que querem, individualmente, recolher o tributo. Considerando o referido impasse, o presente estudo apresentou solução ao sugerir que o ITCD seja recolhido após a sentença que julga a partilha, vinculando a expedição do respectivo formal, pelo herdeiro beneficiado, com base no valor do bem individualmente transmitido, o que não ocasiona dano ao erário e se coaduna com o espírito da lei.

A problemática envolvendo a lentidão da marcha processual dos inventários e partilhas resolve-se, conforme demonstrado, no Processo Civil. Não necessariamente na redação dos dispositivos correspondentes, mas, precisamente, na sua interpretação e aplicação, que deverá ocorrer sob a égide constitucional. É necessário que os operadores do Direito das Sucessões tenham consciência de que estão trabalhando com um direito fundamental e que o seu destinatário deve receber a tutela almejada, em tempo razoável, com todas as garantias do processo.

A realização deste estudo permitiu verificar, ainda, que a carência de bibliografia específica contribui para uma má utilização das regras do direito processual. A doutrina brasileira, com poucas exceções, preocupa-se com o direito material, relegando o processo de inventário e partilha a um plano inferior, como se dele não se esperasse um resultado útil. É exatamente neste viés que o trabalho se realizou, tendo por escopo apresentar sugestões e contribuir para a mudança de tão indesejável panorama.

Insta salientar, por fim, que a presente dissertação abre perspectiva para projetos que objetivam aprofundar os debates sobre a morosidade dos processos de inventário e partilha, adotando como premissa a celeridade, a efetividade e a segurança jurídica exigidas pelo sistema jurídico brasileiro.

7 REFERÊNCIAS

1. AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides. **Inventários e partilhas**: direito das sucessões; teoria e prática. São Paulo: Leud, 2001. 512 p.
2. AZEVEDO, Álvaro Villaça; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código civil anotado e legislação complementar**. São Paulo: Atlas, 2004. 1955 p.
3. BARROSO, Luis Roberto. **Constituição da república federativa do Brasil anotada**. 3. ed. ampliada, revista e atualizada até EC 31. São Paulo: Saraiva, 2001. 798 p.
4. _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 366 p.
5. BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. 2. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. 620 p. v.2.
6. _____. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2001. 515 p.
7. BECKER, Antonio. **Constituições brasileiras de 1824 a 1988**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. 283 p. v. I.
8. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito. 3. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 176 p.
9. _____. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 175 p.
10. _____. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 430 p.
11. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. 806 p. v. III.
12. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2003. 71 p.
13. BUSSADA, Wilson. **Código civil brasileiro interpretado pelos tribunais**. Rio de

- Janeiro: Liber Juris, 1994. 420 p. v. 5. t. I e II.
14. CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. 168 p.
 15. CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação da tutela**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 240 p.
 16. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Comentários ao código de processo civil: inventário e partilha**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 374 p. v. IX. t. I.
 17. CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000. 374 p. v. III.
 18. CARREIRA ALVIM, J. E. **Tutela antecipada**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2004. 226 p.
 19. CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 710 p.
 20. CATEB, Salomão de Araújo. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 441 p.
 21. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002. 472 p. v. I.
 22. CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pelegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 320 p.
 23. COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O Judiciário hoje e os objetivos da reforma processual civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 126, pp. 119 a 123, ago. 2005.
 24. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Il giusto processo civile in Itália e in Europa**. Palestra proferida na Jornada Brasileira de Direito Processual Civil. Fortaleza: 6 a 10 de agosto de 2001.
 25. COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3.ed. Buenos Aires: Depalma, 1997. 524 p.
 26. _____. **Introdução ao estudo do processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 76 p.

27. CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. 581 p. v. I.
28. CRUZ e TUCCI, José Rogério. Garantia de Prestação Jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 66, pp. 73-77, abr.1992.
29. CRUZ e TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. 254 p.
30. CUNHA, Alexandre Sanches. **A normatividade da pessoa humana: o estatuto jurídico da personalidade e o código civil de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 115 p.
31. CUNHA, Fernando Whitaker da e al. **Comentários à Constituição**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. 506 p. v. I.
32. DANTAS, Ivo. **Constituição federal anotada**. 2. ed. revista e aumentada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 634 p.
33. DENTI, Vitorio. **La Giustizia civile: lezione introduttoria**. Bologna: Il Merlino, 1989.
34. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 901. v.II.
35. _____. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 708p. v.I.
36. _____. **Instituições de direito processual civil**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. 682 p. v.II.
37. ESPÍNOLA, Eduardo. **Posse, propriedade, compropriedade ou condomínio, direitos autorais**. Atualizado por Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Bookseller, 2002. 566 p.
38. FADEL, Sérgio Sahione. **Antecipação da tutela no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2002. 159 p.
39. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. 364 p.
40. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 2127 p.

41. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 28. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2002. 367 p.
42. FERREIRA, Pinto. **Comentários à constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. 579 p.
43. _____. **Inventário, partilha e ações de herança**. São Paulo: Saraiva, 1988. 360 p.
44. FIUZA, César. **Novo direito civil**: curso completo de acordo com o código civil de 2002. 6. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 920 p.
45. FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **Direito constitucional comparado**. 3. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 368 p.
46. FRIEDE, Reis. **Curso analítico de direito constitucional e teoria geral do Estado**. 3. ed. revista, ampliada de acordo com a EC 34. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 515 p.
47. _____. **Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar à luz da denominada reforma do código de processo civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 255 p.
48. GOLDSCHMIDT, James. **Direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2003. 499 p. t. I.
49. GOMES, Orlando. **Sucessões**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 326 p.
50. GONÇALVES, Willian Couto. **Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004. 248 p.
51. GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**: procesos especiales y jurisdicción voluntaria. 4. ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragonese. Madrid: Civitas, 1988. 798 p. t. II.
52. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das sucessões e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 470 p.
53. JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 388 p.

54. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 397 p.
55. LEVENHAGEN, Antonio José de Souza. **Código civil à luz da nova lei processual**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1989. 467 p.
56. LIMA, Patrícia Carla de Deus. O abuso do direito de defesa no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 122, p. 93-129, abr. 2005.
57. LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 319 p.
58. LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 189 p.
59. LOPES, Miguel Serpa. **Curso de direito civil**: direito das coisas: princípios gerais, posse, domínio e propriedade imóvel. 5. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. 755 p. v. VI.
60. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 4. ed. Barueri: Manole, 2004. 1893 p.
61. MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2005. 452 p.
62. MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 8. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. 401 p.
63. _____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Rio Grande do Sul: Sérgio Antônio Fabris, 1994. 94 p.
64. _____. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2000. 284 p.
65. MARQUES, José Frederico. **Ensaio sobre a jurisdição voluntária**. São Paulo: Millenium, 2000. 359 p.
66. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 342 p.
67. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998. 478 p.
68. MIRANDA JÚNIOR, Darcy Arruda. **CPC nos tribunais: artigos 888 a 1.220**. São

- Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1992. 3910 p
69. MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**: artigos 465-599. 2. ed. São Paulo: Forense, 1959 p. t. VII.
70. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. 330 p. v. VI.
71. MORAIS E BARROS, Hamilton de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 562 p. v. IX.
72. MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 368 p. v. II.
73. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Antecipação de tutela**: algumas questões controvertidas. Temas de direito processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. 294 p.
74. MORELLO, Augusto Mario. **Antecipación de la tutela**. La Plata: Editora Platense, 1996. 101 p.
75. NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 2103 p.
76. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 7 ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 1855 p.
77. NEVES, Maria Cristina Ananias. **Vademecum das sucessões**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999. 990 p.
78. OLIVEIRA, Arthur Vasco Itabaiana de. **Tratado do direito das sucessões**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. 579 p.
79. OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança**: a nova ordem da sucessão. São Paulo: Saraiva, 2005. 229 p.
80. _____. **Direito das sucessões e o novo código civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 229 p.
81. **Ordenações Afonsinas**. Apresentador Mário Júlio de Almeida Costa. Portugal: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. Livro I. p. 530 p.

82. PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão da legítima e testamentária**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 748 p.
83. PASSOS, J. J. Calmon de. **Inovações do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 146 p.
84. PELAYO, Manuel Garcia. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza Editorial SA, 1993. 636 p.
85. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direitos reais**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 303 p. v. IV.
86. _____. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 454 p. v. VI.
87. PISANI, Andréa Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Terza Edizione. Napoli: Jovene Editore, 1999. 923 p.
88. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos do direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 375 p.
89. _____. **Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 255 p.
90. RODRIGUES, Sílvio. **Direito das coisas**. São Paulo: Saraiva, 1980. 407 p. v. V.
91. _____. **Direito das sucessões**. Atualizada de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. 342 p.
92. RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Tradução da 6ª edição italiana por Paolo Capitanio; atualização por Paulo Roberto Binassi. Campinas: Bookseller, 1999. 860 p. v. III.
93. SANTOS, Ernani Fidelis dos. **Novos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. 240 p.
94. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 453 p.
95. SHIMURA, Sérgio. **Arresto cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 750 p.

96. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. I. 1265 p.
97. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. 756p.
98. _____. _____. 23. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. 900 p.
99. SLAIB FILHO, Nagib. **Anotações à constituição de 1988**: aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 451 p.
100. _____. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 964 p.
101. SOARES, Orlando. **Comentários à constituição da república federativa do Brasil**. 11. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 920 p.
102. SOARES, Mário Lúcio Quintão; BARROSO, Lucas Abreu. Os princípios informadores do novo código civil e os princípios constitucionais fundamentais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 14. p. 49-54, abr. 2003.
103. TABOSA, Argeson. **Direito romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999. 381 p.
104. TARUFFO, Michele. **Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, 05 de mar. 2001, publicada em edição do IBEJ de 2001. p. 7-48.
105. TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Cedam, gennaio-marzo, 2001. p. 1-29.
106. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Forense, 1999. 548 p.
107. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 416p.
108. _____. **Direito civil**: direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 620 p. v. V.
109. WALD, Arnold. **Direito das sucessões**. 11. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 426 p. v. V.

110. WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.) **Aspectos polêmicos da antecipação de tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 570 p.
111. YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993. 163 p.
112. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 1999. 256 p.