

rindo à hipótese dos autos, mas tratando da responsabilidade dos menores de 16 anos, lembra que o Código de Processo Civil “traz a convincente demonstração de que os menores de 16 anos, como os incapazes em geral, respondem pelas conseqüências das lides temerárias e pelo dolo processual praticado pelos seus representantes legais”. As *sanções legais, com efeito* — afirma o eminente Desembargador — “são impostas às partes no processo; e, no caso de se tratar de incapazes, são *êstes as partes no processo, e não seus representantes legais em caráter pessoal*” (BULHÕES DE CARVALHO, *Incapacidade e Restrições de Direito*, vol. 2, pág. 211, § 642).

São estas as razões em virtude das quais, *data venia*, não acompanho a corrente dos que defendem a tese da possibilidade da nomeação do menor para exercer a inventariança e, somos levados, não obstante a bem elaborada petição de agravo do ilustre Defensor Público, a opinar pelo não provimento do recurso.

5. Nestas condições, invocando os Doutos Suplementos da Egrêgia Câmara, opinamos que se negue provimento ao agravo.

Rio, 7 de dezembro de 1970 — CLÓVIS PAULO DA ROCHA — 11.º Procurador da Justiça.

DESERDAÇÃO — DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 64.942/69

3.ª Câmara Cível

Apelante: Christiano Rodrigues Fernandes.

Apelada: Lúcia de Fátima Fernandes Pinheiro, representada por seu pai

PARECER

Do despacho de fls. 45 que mandou incluir a menor Lúcia, neta da inventariada, na pauta de herdeiros, foi interposto Agravo de Petição, recurso incabível na hipótese, daí ter sido o mesmo recebido e processado como Apelação, pois trata-se de decisão definitiva cujo recurso específico é o de Apelação, nos termos do art. 820 do Código de Processo Civil.

A nosso ver, a decisão apelada foi prematura, devendo por isso ser casada, não pelos motivos expostos nas razões do Recurso de fls. 46/49, mas porque ainda não há sentença judicial declaratória da deserdação, proferida em ação regular.

Com efeito, a inventariada Maria das Neves Pinheiro deserdou por testamento trasladado a fls. 7/9, sua filha Alda Rodrigues Fernandes, por ter praticado atos indignos contra a testadora, sua mãe, tornando-se amante de Francisco Pinheiro da Rocha, de quem houvera uma filha, e com quem era a testadora casada em segundas núpcias, conforme prova a certidão trasladada a fls. 6.

A prova dessa indignidade foi feita nos autos do inventário de fls. 23 e 24 através da certidão de nascimento da menor Lucia de Fátima Fernandes Pinheiro e da certidão do casamento posterior do padrasto Francisco Pinheiro da Rocha com sua filha afim Alda Rodrigues Fernandes.

Dúvida, portanto, não pode haver quanto aos motivos da deserdação. Contudo, ela não pode operar sem a audiência da deserdata, que até o momento não foi ouvida a respeito.

Pondera CARLOS MAXIMILIANO em seu *Direito das Sucessões*, vol II, pág. 460 — ed. Freitas Bastos de 1937: “para se tornar efetiva a penalidade é indispensável o concurso de quatro requisitos: primeiro, ocorrer, pelo menos, uma das causas previstas em lei; segundo, constituir motivo da privação da legítima um fato já ocorrido quando foi lavrado o testamento; terceiro, acharem-se declaradas em ato de última vontade a deserdação e a causa da mesma; quarta, ser provada a existência da causa por aquêle a quem aproveita a deserdação ou pelo individuo que pretende tornar efetivo êste castigo ao desamoroso”.

À página 461, *in fine*, acrescenta: “para demonstrar a existência ou a inexistência da falta atribuída ao sucessor, forçado é de admitir todo gênero de prova; não se exige nenhuma prova especial. Segue-se o direito comum; apenas não se tolera a simples justificação, tornando-se indispensáveis a audiência do deserdatao, sentença, e os recursos legais; em resumo, ação, com todos os seus trâmites regulares”.

Idem CARVALHO SANTOS, *Comentários* ao art. 1.743., em seu *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. 24, pág. 227 — ed. 1937: “não se provando a causa invocada para a deserdação, ao herdeiro necessário, por essa forma excluído, se defere a legítima, como se deserdação não houvesse. Igual conseqüência, se não é intentada, pelos interessados na deserdação, a ação respectiva dentro do prazo de quatro anos (art. 178, § 9.º, n.º IV)”.

O conspícuo CLÓVIS BEVILÁQUA, assim já postulava em 1899 em seu *Direito das Sucessões*, pág. 303, § 84: “deserdação é o ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua porção legítima.

Para sua validade é necessário: primeiro, que se funde em justa causa das que a lei enumera; segundo, que essa causa seja expressamente declarada no ato da deserdação; terceiro, que seja provada e julgada por sentença com a audiência do deserdatao, que pode opor contestação e demonstrar a improcedência da imputação que lhe é feita”.

Outro não tem sido o pronunciamento da jurisprudência em casos análogos. O Tribunal de Apelação do Distrito Federal, em 1927, por Acórdão publicado na *Revista Forense*, vol. 49, pág. 39, decidiu: “Uma vez declarado excluído da herança um dos herdeiros, cabe ao herdeiro instituído ou aos interessados pleitear a sua exclusão por ação ordinária”.

Já anteriormente o Tribunal de São Paulo, em 1920, por Acórdão publicado na mesma *Revista*, vol. 34, pág. 354, decidira: “A deserdação deve ser decretada em ação ordinária, não bastando a alegação de causa pelo testador”.

Igualmente, decidiu a Côrte de Apelação do Rio Grande do Sul, em Acórdão publicado, em 1936, na *Revista Forense*, vol. 70, pág. 120: "Ao herdeiro instituído ou àquele a quem aproveita a deserdação, incumbe provar por ação ordinária a causa alegada pelo testador".

É certo que no caso dos autos o motivo invocado pela testadora foi provado através da juntada das certidões de nascimento da filha incestuosa da deserdada, e de seu posterior casamento com o seu padastro, mas, mesmo assim, mister se torna ouvir a deserdada, a quem, de qualquer forma, a lei faculta a mais ampla defesa.

Não se pode, *a priori*, considerar judicialmente provado o ato indigno imputado à deserdada, tão sòmente através da certidão de nascimento de sua filha, pois não foi ela a declarante do nascimento, figurando na certidão de fls. 23, como sendo declarante, o pai.

Não participou, portanto, a deserdada, dêsse ato jurídico, não sendo por isso lícito aplicar-lhe a penalidade de deserdação pelos atos referidos pela testadora, sem que os mesmos sejam judicialmente provados.

Quanto à prova decorrente do casamento com o padastro da deserdada, após o falecimento de sua mãe, feita pela certidão de fls. 24, a despeito de sua veemência, pois trata-se de ato do qual participou a mesma, não se pode considerá-la válida para a aplicação da penalidade, sem prévio pronunciamento judicial.

Mister se torna apurar, através de ação própria, se o ato não está eivado de nulidade por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude de que cogita o art. 147, inciso II, do Código Civil.

Daí, à nosso ver, a necessidade de facultar à deserdada a mais ampla defesa na ação a ser proposta para provar a veracidade da causa alegada pela testadora (art. 1.743, do Código Civil).

Se, entretanto, a Egrégia Câmara, considerar devidamente provada a causa da deserdação declarada pela testadora, com a juntada da certidão de fls. 23 e 24, como fez o MM. Dr. Juiz da 1.^a instância, no mérito, nenhum reparo merece a decisão recorrida de fls. 45, que mandou incluir a menor Lúcia na pauta de herdeiros.

Isto porque, a despeito de tratar-se de deserdação e não de exclusão de herdeiros, a penalidade imposta não deve passar da pessoa do deserdado.

No direito antigo a deserdação, que era a incapacidade de herdar, tinha reflexos sòbre os herdeiros do deserdado.

A deserdação importava na incapacidade de suceder, daí não se deferir a herança aos herdeiros do deserdado, recolhendo o Estado os ereptícios.

Posteriormente, passaram os herdeiros do deserdado a recolher os ereptícios, herdando por representação, como se morto fôsse aquêle que incorrera em indignidade.

O Código Civil, em seu art. 1.741, incluiu nos casos de deserdação tôdas as hipóteses de exclusão da sucessão, não distinguindo o legislador entre incapacidade e indignidade para suceder.

Apenas faz uma distinção de ordem técnica, ao declarar no art. 1.742 que a deserdação só pode ser ordenada em testamento, com expressa decla-

ração de causa, ao passo que a exclusão só se verifica *post mortem*, independentemente da vontade do *de cuius*.

O art. 1.744 menciona, como causa de deserdação, as referidas no art. 1.595, que trata da exclusão daí não pretender o legislador a diferenciação entre exclusão e deserdação no tocante aos efeitos sucessórios dos herdeiros do excluído ou do deserdado.

O art. 1.599 que declara serem pessoais os efeitos da exclusão, devendo os descendentes do excluído sucederem como se êle morto fôsse, applica-se necessariamente aos casos de deserdação.

O silêncio do Código no tocante aos descendentes do deserdado, não importa na exclusão dos direitos dos mesmos em substituí-lo na herança herdando por representação.

Se o legislador assim o quisesse, tê-lo-ia feito expressamente: "A disposição do art. 1.602, do Código, deve suprir o silêncio do mesmo a respeito de sua disposição que, como a do art. 1.599, deve ser applicada à deserdação, embora esta tenha a diferença da exclusão (indignidade), em face do art. 1.596, pelas razões já expostas no Código, cumular as causas da deserdação com as da exclusão da sucessão" (CARLOS SANTOS, vol. 23, pág. 234).

Não se concebe hoje o rigor do direito antigo para com os descendentes do deserdado, reminiscência do Direito Romano, que não pode prevalecer nos dias atuais, em que vige o princípio de que a pena é personalíssima, não podendo passar da pessoa do condenado, não se estendendo aos seus herdeiros e sucessores.

Neste sentido, CARLOS MAXIMILIANO, em sua obra *Direito das Sucessões*, pág. 471, assim se expressa: "Não se castigam inocentes; a deserdação é uma pena, logo atinge só a pessoa do culpado, não fere os descendentes. Se o deserdado pré-morre, os seus filhos sucedem ao avô deserdador. O mesmo se dá quando é ascendente o deserdado; cabe a respectiva cota à sua prole, se o deserdador não tem sucessores testamentários ou legítimos mais próximos. Quanto aos descendentes, o direito é mais amplo: ainda que o desamoroso esteja vivo quando falece o testador, êles representam aquêles no inventário dêste, sucedem como se o ingrato morto fôsse. Vige em favor da prole do deserdado a regra formulada para a do indigno; em um e outro caso a razão de se não estender a pena é a mesma — só o culpado merece castigo".

Conclui-se do exposto prevalecer na hipótese vertente o direito de representação, applicável como se o deserdado morto fôsse, quando se abriu a sucessão.

No mesmo sentido, FERREIRA ALVES — *Manual do Código Civil, Direito das Sucessões*, vol. 19, pág. 389: "A deserdação, diz POTHIER, não deve estender-se aos filhos do deserdado; a razão vem do seguinte princípio do direito: *nullum patris delictum innocente filio poena est*".

Consequentemente, a deserdação, que é uma pena civil da falta cometida pelos deserdados, não deve ser ampliada aos filhos dêles, os quais não são culpados da falta paterna e por isso não devem sofrer a pena: "O Código Civil, tratando da deserdação, não contém disposição ao Capítulo XV a respeito da questão: mas, incluindo os casos de exclusão de sucessão mencio-

nados do art. 1.595 entre as causas de deserdação e declaradas no art. 1.749, imitando o Código Civil Espanhol, que mandou acrescentar às justas causas da deserdação e seus respectivos casos as de incapacidade por indignidade ou de exclusão, no dizer do nosso Código, julgamos que, fundados no art. 1.599, são pessoais os efeitos da deserdação e os descendentes do herdeiro excluído sucedem como se êle morto fôsse” (Idem, PONTES DE MIRANDA).

Do mesmo modo, o direito comparado, assim se manifesta: “Código Civil Português, art. 1.877; Código Espanhol, art. 857; Código Civil Argentino, art. 3.783; Código Civil do Uruguai, art. 864 — os descendentes dos deserdados que sobreviverem ao testador herdarão a legítima de que seus ascendentes foram privados”.

A jurisprudência pátria também assim tem entendido, v.j. Acórdão do Supremo Tribunal Federal em 10 de julho de 1950, no Recurso Extraordinário n.º 16.845, de São Paulo, Relator Ministro LUIZ GALLOTI, in *Arquivo Judiciário*, vol. 97, pág. 45.

Nem se objete, como na hipótese dos autos, que em se tratando de filho espúrio (incestuoso) não tem êle direito à herança.

CARLOS MAXIMILIANO, enumerando os casos de incapacidade para suceder, outrora existentes, menciona os filhos espúrios e os naturais não reconhecidos, esclarecendo serem os casos de incapacidade inexistentes hoje em nosso direito (*Direito das Sucessões*, vol. II, pág. 338, n.º 1.152).

CLÓVIS BEVILÁQUA dilucida a questão em sua obra *Direito das Sucessões*, págs. 131 a 132, edição de 1899: “Os filhos espúrios (incestuosos ou adulterinos), embora não sucedam a suas mães, sucedem aos ascendentes maternos e aos colaterais da mesma linha.

Por identidade de razão, os netos legítimos ou mesmo simplesmente naturais, oriundos de uma filha espúria, são chamados à sucessão dos avós maternos, por direito de representação”.

Cumprе notar que essa foi a vontade da testadora, pois, sabendo da existência da neta que nascera a 19 de abril de 1961, ao fazer o seu testamento em 22 de setembro do mesmo ano, não a excluiu da herança, não a deserdou, não estendeu a ela a penalidade, que se limitou à pessoa de sua filha ingrata e indigna.

A nobreza de seu espírito sobrepujou a avareza de seu filho, o apelante, que pretende estender a penalidade a uma inocente por falta que não cometeu.

Deve, pois, a neta da inventariada receber, por representação, a herança que ficaria à sua mãe, ficando os seus pais privados do usufruto e da administração dos bens havidos, como preceitua o art. 1.602, do Código Civil.

Do exame dos autos verifica-se que o casamento de que nos dá notícia a certidão de fls. 24, constante do livro BR-22 a fls. 246, da 5.ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais, de Francisco Pinheiro da Rocha e Alda Rodrigues Fernandes, é nulo e de nenhum efeito, consoante expressa disposição do art. 207, do Código Civil, por ter sido celebrado com infração do inciso I, do art. 183, do mesmo Código, de vez que a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução do casamento que a originou (art. 335, do Código Civil).

Assim, requer esta Procuradoria, seja oficiado ao Dr. Procurador-Geral da Justiça para que S. Exa. se digne tomar as providências de direito cabíveis na espécie, no tocante ao casamento, como também em relação ao registro de nascimento da menor Lúcia de Fátima Fernandes Pinheiro, lavrado a fls. 23, do Livro 321, da 4.^a Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais, do qual não pode constar o nome do pai, pois os filhos incestuosos não podem ser reconhecidos em virtude de proibição expressa contida no art. 358, do Código Civil.

Por outro lado, o fato constitui crime de ação pública previsto no art. 237, do Código Penal, devendo também ser processadas por falsas declarações as testemunhas que declararam não haver impedimento para a celebração do casamento, bem como a autoridade celebrante, por co-autoria (art. 25, do Código Penal), pelo que devem ser enviadas ao Dr. Procurador-Geral da Justiça, para as providências cabíveis, cópias das seguintes peças dos autos:

- a) certidões de fls. 27 e 28;
- b) certidão do testamento;
- c) parecer do Procurador da Justiça;
- d) acórdão que fôr proferido.

É o nosos parecer.

Rio de Janeiro, 30 de junho de 1969.

EMERSON LUIZ DE LIMA
17.^o Procurador da Justiça

LATROCÍNIO — CO-AUTORIA EM CHEQUE FALSIFICADO APELAÇÃO CRIMINAL N.^o 56.043/70

1.^a Câmara Criminal

Apelantes: 1.^o — Antônio Cortinois, vulgo “Italiano”; 2.^o — Luiz Carlos Louzada Teixeira, vulgo “Barone”.

Apelada: a Justiça.

Latrocínio: Sua existência. Não-verificação de co-autoria em cheque falsificado.

PARECER

Egrégia 1.^a Câmara Criminal:

1. Trata-se de horripilante latrocínio em que foi vítima Décio Escobar, conhecido intelectual e artista, de passado discutido (*remember* “o crime do parque”, onde fôra acusado de ter assassinado a espôsa em Belo Horizonte, sendo absolvido, mas a autoria não se desvendou). A par disso, era pederasta ativo e passivo. Dependia do momento (fls. 10-verso, 11, 25-verso, 91, etc.).