

5. — Ora, se não transita em julgado, segundo nosso entendimento, a afirmação do juiz relativa à primariedade ou à reincidência, nada impede que se faça a devida correção para ajustá-la à realidade, quando se cuida de apreciar a situação do apenado para fins de análise dos diversos institutos ligados à execução da pena.

É até de inteira justiça que assim se faça, pois, muitas vezes, o penitente, por evidente erro do juiz, estará cumprindo pena em quantidade acima daquela que deveria ter sido imposta. Além disso, pelo mesmo erro, ainda ficará prejudicado quanto à concessão de indulto ou comutação de coletivos, quando exigida pelo decreto presidencial a condição de primário ou de reincidente.

Não há dúvida que o próprio condenado pode requerer ao Poder Judiciário Revisão Criminal para sanar o equívoco e suas conseqüências.

Não há dúvida, igualmente, que o Conselho Penitenciário pode, por seu lado, provocar, de ofício, a correção necessária através de ato do Presidente da República, via permitida também ao próprio penitente.

6. — O penitente cumpre penas totalizando dez anos e oito meses de reclusão. Está preso desde 16.03.1969. Possui bom comportamento carcerário. Inexiste medida de segurança. É primário. Faz jus à comutação da pena, na proporção de 1/5 (um quinto), por força do Decreto 76.550/75. Por satisfazer aos requisitos legais exigidos pelo C. P. Penal deve ser concedido ao mesmo o livramento condicional.

Rio, 30 de dezembro de 1976.

Relator: JACYR VILLAR DE OLIVEIRA.

HERANÇA E LEGADO

Proc. 33.371
2ª VOS, 3º Of.

Esta Curadoria de Órfãos toma ciência, no dia de hoje, do despacho de fls. 54.

Cuida-se da sucessão de Olina Dias Couto, falecida em 4 de março de 1974, no estado civil de viúva, deixando três filhas legítimas. Existe testamento, lavrado em Notas do 10º Ofício desta cidade, Lº 891, fls. 9, consubstanciando manifestação de vontade da testadora, aos 13 de junho de 1952 (fls. 30/32). Dentre as disposições testamentárias, avulta, por relevante, a que instituiu Zilda Leite Borges, sobrinha de Olina, "sua legatária, a fim de que sejam os bens partilhados em partes iguais entre seus filhos e sua referida sobrinha, tomando por base todos os bens a partilhar, quer da parte disponível, quer da parte legítima, os quais, bens, serão vendidos e a quantia apurada dividida igualmente entre os herdeiros e a legatária" (fls. 30-vº).

Ocorre que Zilda Leite Borges faleceu em 31 de outubro de 1969 (antes, portanto, da testadora), deixando, consoante a certidão de óbito de fls. 15, dois filhos, sendo um deles, de nome Luiz Antônio, menor. Daí, a intervenção da Curadoria de Órfãos no presente feito.

Face à primeira manifestação da Curadoria de Resíduos (fls. 46 e verso), pleiteou nossa antecessora nesta Curadoria de Órfãos a intimação dos filhos de Zilda Leite Borges, observadas as formalidades de lei, para que se fizessem representar no inventário (fls. 47 e verso). Contra o despacho que determinou o atendimento a esta manifestação, insurgiu-se a inventariante, sustentando

(fls. 48/49) a caducidade do legado, face à morte da legatária anteriormente à testadora, o que tornaria "inóqua" (sic) a cláusula testamentária. Reiteração da de fls. 48/49, a petição de fls. 52 voltou a ser submetida à apreciação da Curadoria de Resíduos, exercida, ao ensejo, por outro colega, e que exarou a cota de fls. 53 e verso, encampando o ponto de vista da inventariante, no sentido da caducidade do legado, ex vi do estatuído no art. 1708, nº V, do Código Civil, não havendo como falar em representação, que só ocorreria em casos expressos (arts. 1260 a 1624 do mesmo diploma legal). Acolhendo tal manifestação, preferiu o Juízo o despacho de fls. 54, ora submetido à ciência desta Curadoria.

Consideramos, **data venia**, equivocada a segunda manifestação da Curadoria de Resíduos, aceita pelo Juízo, eis que, desenganadamente, **não se trata de legado**. Como bem ressaltou o signatário da cota, de fls. 46 e verso, a testadora instituiu Zilda Leite Borges **herdeira** da disponível, em partes iguais com as filhas legítimas. Pouco importa tenha sido utilizada — e por duas vezes — a palavra **legatária**, e que deve ser atribuída a mera impropriedade técnica. A circunstância de não ter sido deixada a Zilda coisa determinada e precisa ou porção concreta do acervo hereditário, e sim fração em todos os direitos, sem discriminação de valor ou objeto (fls. 46-vº), e, mais, a disposição de que todos os bens fossem vendidos e o produto partilhado, igualmente, entre as filhas da testadora e Zilda, tudo isto evidencia tratar-se de **herdeira** instituída por testamento, e não simples **legatária**. Inadmissível, portanto, a invocação do art. 1708 da lei substantiva civil, eis que **de legado não se trata**.

Equivocado, no particular, o despacho de exclusão dos filhos de Zilda da sucessão, acabou por acertar, apenas **pela conclusão**. Trata-se de herança, mas inexistente o direito de representação, só cogitável em herança **legítima**, não em **testamentária**. O acerto, **permissa venia**, deste ponto de vista pode, desde logo, ser constatado pela inserção, como capítulo (o de nº II), do direito de representação, no título II do Livro IV do Código Civil, isto é, aquele que disciplina a **sucessão legítima**. Pode ser constatado, também, pelos entendimentos doutrinários pertinentes, ressaltando **CUNHA GONÇALVES (Tratado de Direito Civil, vol. 9, pág. 623)**, **CLÓVIS BEVILAQUA (Código Civil, vol. VI, ed. 1955, pág. 65)** e **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (Curso de Direito Civil, 4ª edição Direito das Sucessões, pág. 87)**.

Salienta o último que "se trata de direito peculiar à sucessão legítima, não sendo possível cuidar de representação em sucessão testamentária". Pondera Cunha Gonçalves que, morto o herdeiro instituído, fica sem sujeito a liberalidade, "eis que tais liberalidades são feitas **intuitu personae**, por afeto, gratidão, ou qualquer motivo que ligue o testador ao herdeiro nomeado, e que, talvez, não subsista a respeito dos herdeiros deste, se porventura os tiver". De sua parte, manifesta-se Clóvis, no sentido de que "representação sucessória é um benefício de lei, em virtude do qual os descendentes de uma pessoa falecida são chamados a substituí-la, na sua qualidade de herdeira **legítima**".

Deve ressaltar, ainda, esta Curadoria a absoluta precariedade de elementos quanto à identidade dos filhos de Zilda Leite Borges, sendo perfeitamente possível que, passados 7 anos da morte, tenha o filho menor alcançado plena capacidade civil, tanto mais que a outra descendente já seria maior (fls. 15).

De qualquer modo, porém, **pela conclusão, não pelos fundamentos**, deixa esta Curadoria de insurgir-se contra o despacho de fls. 54, e, inexistindo interessados incapazes concorrendo à sucessão, demite-se de continuar funcionando no feito, cujo prosseguimento é de rigor.

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 1976

DAVID MILECH — Curador em exercício.