

## AÇÃO ANULATÓRIA DE ADOÇÃO

Ação anulatória de adoção. **Legitímatio ad causam.** Carência de ação decretada por falta de interesse econômico e moral. Inteligência do art. 10, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Distinção entre "capacidade para suceder" e "vocação hereditária". A "capacidade para suceder" segundo o direito pátrio. Provimento do recurso. Voto vencido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo de petição nº 25.059, em que são agravantes: 1º) Victório Glórgio José Capellaro e outros; 2º) Testamenteiro e Tutor Judicial; sendo agravada Jadwiga Lewandowska Swirski:

ACORDAM os Juizes da 5ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara, por maioria de votos, vencido o eminente Des. Soares de Pinho, em dar provimento, em parte, aos recursos para considerar parte legítima tão-somente a agravante Maria Henryka Siwek, mantida a carência de ação quanto aos demais recorrentes.

Custas ex lege.

I — A decisão agravada.

Após excluir do feito o Dr. Tutor Judicial (fls. 550, *fine*), por falta de interesse no desfecho da demanda, entendeu o despacho agravado não terem legitimidade para a ação também os litisconsortes. A esta última conclusão chegou aplicando à espécie o art. 10, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, posta em confronto com o art. 935 do Código Civil Polonês, segundo o qual os primos não são herdeiros, a sucessão só amparando até os sobrinhos (fls. 552, *in fine*, e 552v., *princípio*).

II — O fato.

O documento de fls. 386 demonstra que a adotante, Stefania, era filha de Antoni Plaskowiecki e Leokadia Kaminska. O de fls. 391, demonstra que Leokadia era filha de Jan Kaminski e Mariana Jankowska. O de fls. 401, que Leon Piotr Kaminski, também era filho de Jan Kaminski e Marianna Jankowska.

Por conseguinte, Leon Piotr Kaminski era irmão de Leokadia, mãe da adotante.

Ora, o documento de fls. 395 demonstra que a litisconsorte Maria Henryka é filha de Leon Piotr Kaminski e Maria Teresa Sobol.

A litisconsorte Maria Henryka é filha de um irmão da mãe da adotante, isto é, prima irmã dela, colateral em 4º grau e, nos termos do art. 1612 do Código Civil, sucessível.

Pela lei brasileira tem ela interesse de agir; resta saber se essa é a lei que se aplica, no caso, para determinar a vocação hereditária.

III — O direito.

Pelo art. 10 da Lei de Introdução a sucessão obedece à lei do país em que era domiciliado o **de cujus**, no caso a lei brasileira. Entretanto, o § 2º do referido artigo dispõe: "A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder". Pergunta-se: essa disposição envolve a vocação hereditária? A resposta correta é negativa, pois "capacidade para suceder" e "vocação hereditária" são institutos diversos. A doutrina, nacional e estrangeira, jamais os confunde.

A vocação hereditária ou ordem da sucessão é "a distribuição dos sucessíveis em classes das quais umas preferem às outras na adição da herança" (CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito das Sucessões*, 1938, pág. 71).

A capacidade para suceder é o conjunto de requisitos para poder herdar, que se leva em consideração depois de situar alguém dentro de uma ordem de vocação hereditária, em matéria de sucessão legítima, ou, se ela foi considerada em testamento, em matéria de sucessão testamentária.

Em matéria de sucessão legítima — que é a do caso dos autos, em que se está confrontando vocação hereditária com capacidade para suceder — enquanto que no direito antigo havia várias causas de incapacidade (religiosos, estrangeiros, egressos, proscritos, hereges, etc.) atualmente há uma só: a inexistência da pessoa de direito, por ocasião da abertura da sucessão. "A pessoa ainda não concebida ao tempo da vocação hereditária, por não existir, física nem juridicamente, não é chamada à sucessão, que se abre na época em que falece o **de cujus**."

## PARECER

E. Câmara:

Trata-se de agravo de instrumento interposto da respeitável decisão de fls. 31/32 (fls. 206/206v. dos autos em apenso), que não recebeu a apelação, trasladada a fls. 25/30, interposta pelo Agravante (v. fls. 197/202 dos autos em apenso).

Sustenta-se no presente Recurso, em síntese, que o despacho proferido, pelo ilustre Juiz a quo, que concedeu busca e apreensão de menor, decidiu o mérito da controvérsia ensejando, assim, a interposição de apelação.

Eis, na íntegra, a decisão contra a qual o Agravante recorreu por via de apelação:

"Fls. 100/191 — Defiro. E. mandado" (v. fls. 27, item 7º do presente processo e fls. 193 dos autos em apenso).

Dúvida não pode haver de que foi o mencionado despacho que ensejou a interposição da apelação (v. fls. 32 e fls. 206v. do apenso).

A sua simples leitura revela não se tratar de sentença, ou de decisão que tenha posto fim ao processo.

Como afirmou o seu digno prolator, trata-se de mero despacho,

"logo, não comporta que dele se recorra por meio de apelação" (fls. 32 do presente processo e fls. 206v. dos autos em apenso).

A leitura dos autos em apenso deixa bem claro que a Agravada, sempre que desejava exercer o direito de visita ao seu filho, era obrigada a recorrer ao Juiz. Pois bem.

O supracitado despacho nada mais foi que a intervenção do Juízo para fazer valer aquele direito.

Como afirma a ilustrada Defensora Pública nas suas razões de fls. 39, às quais nos reportamos:

"O que se pleiteou e o que se deferiu foi simplesmente o cumprimento, como já se disse acima, do disposto no desquite amigável. Não houve discussão sobre o direito da agravada, que é claramente assegurado pela cláusula homologada.

Por outro lado, não se pode falar em decisão terminativa, já que, sempre que houver necessidade de impor ao agravante o cumprimento da obrigação assumida, será necessário renovar o pedido, já que não se vislumbra a possibilidade de, com um só ato, conseguir sujeitar o agravante ao cumprimento de obrigações cronologicamente espaçadas". (fls. 39).

O respeitável despacho de fls. 43/43v., que foi proferido por Juiz que sucedeu ao prolator da decisão recorrida, esclareceu, **data venia**, de maneira correta, que o Juízo

"concedeu a busca e apreensão e voltará a concedê-la sempre que o pai negar o direito de visita à mãe". (fls. 43v.).

E, mais adiante:

"O que houve foi despacho determinando providência em processo de execução, insuscetível, assim, de apelação, mas sujeito a agravo". (fls. 43v.).

Face ao exposto, a Procuradoria da Justiça, reportando-se às peças de fls. 31/32, 38/39 e 43/44v., opina no sentido de ser negado provimento ao recurso.

Rio de Janeiro, 30 de julho de 1976.

**Antônio Cláudio Bocayuva Cunha,**  
Procurador da Justiça.

O nascituro, porém, já concebido no momento da abertura da sucessão, é tido por capaz de suceder, sob a condição única de nascer vivo". (CLÓVIS BEVILAQUA, ob. cit., pág. 77).

Como se vê, em matéria de sucessão legítima a isto se reduz a incapacidade para suceder, o que não constitui exceção no direito moderno. Assim, o Código Civil Italiano, em seu art. 462 diz: "Capacità delle persone fisiche. Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione". E, por reduzir-se a tão pouco é que nosso Código nem sequer reproduziu a regra do art. 1769 do Projeto CLÓVIS BEVILAQUA: "Não pode ser herdeiro legítimo aquele que ainda não estava concebido ao tempo da abertura da sucessão". O Código Civil, em suas disposições gerais em matéria sucessória contém, a respeito, apenas uma norma que se aplica tanto à sucessão legítima, quanto à testamentária, que é a do art. 1577, visando o conflito de leis no tempo: "A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor".

Quanto à sucessão testamentária, o Código é mais explícito.

Em seu art. 1717 diz: "Podem adquirir por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, que não forem, por este Código, declaradas incapazes"; o art. 1718, aplica o princípio *nasciturus pro jam nato habetur si de ejus comodo agitur*, consagrado no art. 4º e que, como vimos, constitui a regra básica na matéria; e o art. 1719 enumera as causas de incapacidade específicas da sucessão testamentária.

Por conseguinte, a indagação sobre a capacidade para suceder no que diz respeito a seu confronto com a vocação hereditária e, pois, no âmbito da sucessão legítima, se apresenta desse modo: em primeiro lugar cabe verificar se alguém se acha na ordem chamada a suceder (vocação) e, em seguida verifica-se se esta pessoa tinha personalidade jurídica por ocasião da abertura da sucessão.

São, pois, duas indagações distintas, e por serem distintas receberam, em matéria de conflito de leis no espaço, duas soluções diferentes, adotando a doutrina seguida, por exemplo, por ANDRÉ WEISS, que a expõe e justifica assim: "Qualités requises pour succéder. S'agit-

il d'apprécier la capacité des personnes appelées à succéder, ce n'est plus la loi personnelle du **de cujus**, mais celle de l'héritier qu'il faut considérer. Si, en principe, on applique à la **dévolution héréditaire** la loi dont relevait le défunt, c'est avant tout, nous l'avons dit, "parce qu'on suppose que la succession **ab intestat** est son testament, c'est à dire l'expression de sa volonté; or, la volonté de celui qui dispose facilement ne peut porter que sur la disposition de ses biens. Il n'a rien à vouloir dans tout ce qui dépend exclusivement de la loi, et telles sont les **conditions de capacité**, et, par suite, les incapacités: celles-ci concernent les successibles, et son législateur les établit, les modifie, dans des vues d'intérêt général, et non d'après la volonté présumée de celui qui dispose de ses biens". Dès lors, la capacité du successible dépend de sa propre loi personnelle" (**Droit International Privé**, 1901, pág. 551, 4º vol.). (os grifos são nossos).

WEISS explica a diversidade de tratamento com o seguinte raciocínio: a sucessão legítima, no que diz respeito à **vocação hereditária**, se funda na vontade presumida do **de cujus** (explicação tradicional da ordem de vocação) e, portanto, deve ser disciplinada pela lei dele, **de cujus** (nacional ou do domicílio). A **capacidade para suceder** não se funda em nenhuma vontade presumida do **de cujus**, mas a razões de ordem pública atinentes à lei do herdeiro. Por isto, a vocação hereditária aplica-se a lei do **de cujus**; à capacidade, a do herdeiro.

Essa doutrina pode não ser a melhor, como entende, por exemplo, AMILCAR DE CASTRO, mas como ele próprio reconhece, é a de nossa lei (**Direito Internacional Privado**, 2ª ed., pág. 149).

Sobre o assunto, ensinam EDUARDO ESPÍNOLA e EDUARDO ESPÍNOLA FILHO: "Quando se trata de sucessão legítima, tem-se em vista a determinação das pessoas sucessíveis, **da ordem da vocação hereditária**. . . Tudo isto, de acordo com a Introdução do Código Civil, se submetia à lei nacional do **de cujus**, segundo a doutrina dominante em vários Estados e o princípio geral de nossa antiga lei. . . Atualmente, porém, os conflitos de leis sobre sucessão hereditária são resolvidos de modo inteiramente diferente. É a lei do domicílio do defunto que

recebe aplicação" (os grifos são nossos). (Lei de Introdução ao Código Civil Comentada, vol. III, págs. 23-24, 1944).

Como se vê, os autores aplicam, em matéria de vocação hereditária, o princípio geral da lei do domicílio do *de cuius*. Tratam adiante da capacidade para suceder, dando ao art. 10, § 2º, uma interpretação mais restritiva do que se costuma dar, pois sustentam que se trata apenas da capacidade de exercer o direito e não a de tê-lo, adotando um ponto de vista preconizado perante o direito argentino e inspirado na distinção de TEIXEIRA DE FREITAS entre capacidade de fato e de direito. (Ver EDUARDO PRAYONES, *Derecho de Sucesión*, Buenos Aires, 1957, págs. 47 e seguintes).

AGOSTINHO ALVIM ministra o mesmo ensinamento em seus recentes *Comentários ao Código Civil*: "A capacidade para suceder, seja de herdeiro, seja de legatário, regula-se pela lei do seu domicílio". E, logo adiante: "Em regra, todas as pessoas físicas ou jurídicas, têm capacidade para herdar. Todavia, há muitas questões, que os vários sistemas resolvem diversamente. Tem capacidade para herdar o nascituro? O que nasce vivo, mas inviável? Tem capacidade a prole eventual? A concubina? O indigno? O deserdado? Aquele que escreveu o testamento? Seus parentes? As testemunhas instrumentárias? E mais ainda: os casos que tocam com o direito de representação, com as substituições, vulgares e fideicomissárias, etc. etc. Para saber se herdeiro ou legatário pode candidatar-se à herança, ou ao legado, é mister consultar a lei do seu domicílio, que pode ser no Brasil ou não" (1º vol., ed. 1968, pág. 62).

OSCAR TENÓRIO, a seu turno, observa: "Somente não se rege pela lei do domicílio do *de cuius* a capacidade para suceder. Não se modificou, neste particular, o direito brasileiro, nos termos do art. 14 da lei introdutória anterior" (Lei de Introdução ao Código Civil, pág. 346).

Parece, assim, inegável que, no caso dos autos, à litisconsorte Maria Henryka se aplica, quanto à sua vocação hereditária, a lei brasileira e, por esta lei, tem ela interesse de agir.

Não pode, *data venia*, subsistir a douta sentença agravada na parte em que, por uma interpretação errônea do art. 10, § 2º, da Lei de Introdução, apli-

cou à vocação hereditária, no caso, a

Rio, 03 de julho de 1973.

(a) Darcy Roquette Vaz, Pres. e Relator;

(a) Luís Antônio de Andrade;

(a) Antônio Paulo Soares de Pinho, Vencido.

#### VOTO VENCIDO

*Data Venia* do brilhante julgado da douta maioria, os argumentos não têm aplicação à espécie.

Em jogo não está direito hereditário, embora tal matéria tenha sido aflorada pela respeitável decisão recorrida.

A espécie é de uma adoção feita por mulher viúva, sem ascendentes nem descendentes, no pleno gozo de sua capacidade jurídica e psíquica, pretendida anular por um grupo de aventureiros que lhe foi descobrir uma longínqua parente que, residente no exterior, talvez jamais tivesse tido conhecimento de sua existência, para, a eles se associar, visando, como disse a sentença, à herança de pessoa viva.

A adotante poderia, ao tempo, dispor como entendesse de sua vontade — desde que não contrariasse a lei — e de seus bens.

Assim como adotou alguém que se diz merecedora de sua gratidão, poderia ter-lhe, ou a outrem, feito doação de tudo o que possuísse sem que ofendesse a qualquer direito da agravante salva pelo venerando acórdão que, sem sombra de dúvida, enquanto viva sua possível parente, não tinha nenhum interesse em lhe desfazer o ato. Nem ninguém porá em dúvida, também, que a adotante ao invés do ato que praticou, fizesse a doação aventada, poderia, também, testar, deixando sua fortuna para quem quisesse e, ainda uma vez, pela lei brasileira, nenhum interesse se poderia reconhecer à vitoriosa agravante, interesse legítimo e defensável, que não se pode confundir com o de se apoderar dos bens que assim fossem deixados, em testamento, para anular o ato que sua desconhecida possível colateral tivesse feito.

Por essas razões, além do que consta da decisão agravada, ousou divergir dos eminentes Mestres que compuseram a douta maioria, para confirmar a sentença agravada.

Antônio Paulo Soares de Pinho