

Nadia de Araujo

*Professora de Direito Internacional Privado – PUC-Rio.*

*Doutora em Direito Internacional, USP.*

*Mestre em Direito Comparado, GWU.*

*Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

## DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

*Teoria e prática brasileira*

4ª edição

Atualizada e ampliada

RENOVAR

Rio de Janeiro • São Paulo • Recife  
2008



tório nacional, garante o direito à permanência aqui do estrangeiro casado com brasileiro (art. 75) sempre que comprovado o efetivo vínculo matrimonial no casamento de mais de cinco anos. Considera o divórcio, ou separação de fato ou de direito, como motivador da perda da garantia de não expulsão em razão da qualidade de cônjuge de brasileiro, uma vez que a razão de ser da norma é para proteger a família e garantir a sua união. Cessado este vínculo, cessa também a garantia, podendo o estrangeiro ser expulso. Mas não se aplica aos casos de deportação ou de extradição.<sup>869</sup>

### 15.1.7 Efeitos patrimoniais do casamento

#### A lei aplicável ao regime de bens do casamento

O regime matrimonial de bens é a regulamentação das relações pecuniárias derivadas da associação conjugal,<sup>870</sup> pois os consortes muitas vezes já possuem bens e durante a vida conjugal poderão vir a adquirir outros, quer por aquisição própria, doação ou sucessão.<sup>871</sup> Faz-se necessário determinar como serão administrados esses bens, se constituem um patrimônio comum ou reservado, se podem ser alienados e dentro de que limites e ainda seu destino em caso de dissolução da sociedade conjugal, por divórcio ou por falecimento de um dos cônjuges.

No Brasil, o regime de bens decorre da lei ou de convenção dos nubentes, por pacto antenupcial. No Código Civil tinha por característica ser imutável. O regime legal era o da comunhão total de

bens, modificado com a Lei do Divórcio, de 1977, para o da comunhão parcial. Com o Novo Código Civil, mantém-se como regime legal o da comunhão parcial, mas admite-se sua modificação, mediante autorização judicial (art. 1639, § 2º).

A separação das leis de regência para o casamento e para o regime de bens foi uma inovação da LICC, pois a Introdução de 1917 estabelecia apenas a aplicação da lei nacional da pessoa ao regime dos bens no casamento, o que gerava inúmeros conflitos, quando os cônjuges tinham nacionalidade diversa. Justificada a preocupação do legislador que acrescentou a menção ao primeiro domicílio conjugal, (art. 7º, § 4º)<sup>872</sup>:

O regime de bens será sempre regido pela lei do domicílio comum, na seguinte ordem: o domicílio que já existia antes do casamento, havendo aqui uma presunção de permanência deste mesmo domicílio para a sociedade conjugal; ou o primeiro domicílio da recém-criada sociedade conjugal, no caso dos nubentes terem domicílios diversos, pois este será o primeiro domicílio comum.

A tendência de submeter o regime de bens à lei do domicílio conjugal sempre prevaleceu na doutrina clássica brasileira, como salientam Serpa Lopes,<sup>873</sup> Haroldo Valladão,<sup>874</sup> e Jacob Dolinger.<sup>875</sup> Na vigência da Introdução de 1917, quando a regra de conexão era da nacionalidade, Clóvis Beviláqua incluiu o domicílio conjugal como critério supletivo para os casos de ausência de nacionalidade comum ou de dupla nacionalidade de um dos cônjuges, resultando em nacionalidades diversas.

A regra de conexão adotada para o regime de bens, no caso de já haver um domicílio comum dos nubentes, não admitia a autonomia da vontade, com a utilização de um domicílio diverso do domicílio comum. Apenas os casos de nubentes com domicílios diversos, podiam determinar um novo domicílio comum e afetar a lei aplicável ao regime de bens. Agora, com o Novo Código Civil a escolha do domicílio comum será permitida e deve ser consensual.

872 Art. 7º. p. 4º. "O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal."

873 SERPA LOPES, *Comentários...*, p. 115.

874 VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional...*, vol. II, p. 93.

875 DOLINGER, Jacob, *Direito Civil...*, p. 170 e seguintes.

869 Diferentemente da expulsão e da deportação, a extradição é um instituto de cooperação penal, no sentido da luta contra a impunidade, portanto, não faria sentido deixar-se de cumprir um pedido da justiça estrangeira quando houvesse qualquer tipo de laço familiar. Já no que pertine à expulsão, por ser ato unilateral do Brasil, podem influir na decisão elementos relativos à proteção da família, nos moldes elencados no Estatuto dos Estrangeiros. A deportação, por não ser definitiva e permitir ao estrangeiro o reingresso no país, uma vez regularizada sua documentação, não importa em ameaça à união familiar.

870 Roguin, *apud* ESPÍNOLA, Eduardo, *op. cit.*, p. 376.

871 ESPÍNOLA, Eduardo, *op. cit.*, p. 377. Por exemplo, quando o patrimônio é utilizado para dar determinadas garantias, como a fiança.

O STF decidiu desta forma quando permitiu que a escolha do domicílio comum fosse interpretada como a verdadeira escolha do casal sobre o regime aplicável ao patrimônio do casal, conforme já mencionado.<sup>876</sup> Tratava-se de casal que foi ao Uruguai para a realização de seu casamento, declarando, naquela ocasião, que estavam domiciliados no Uruguai. Depois, na separação, quando era preciso determinar a lei aplicável ao regime de bens (que segundo o DIPr brasileiro seria a do domicílio comum) já domiciliados no Rio Grande do Sul, quis o cônjuge varão convencer o tribunal que este era seu verdadeiro domicílio (para aplicar a lei brasileira, e não a declarada anteriormente, com a aplicação da lei uruguaia). Alguns aspectos devem ser apontados: a mulher era viúva, de família abastada, enquanto o noivo tinha vinte anos menos, sem qualquer patrimônio, e na época o consórcio era considerado escandaloso para os padrões da sociedade local. Por esse motivo, o casal pensou, inclusive, em radicar-se no Uruguai, onde tinha fazendas. Além disso, o casal não tinha qualquer impedimento para casar segundo a lei brasileira, e podia adotar o regime de bens que bem entendesse. Mas, depois de 30 dias, voltaram ao Rio Grande do Sul e ficaram casados por vários anos.

A determinação do domicílio do casal foi crucial para estabelecer o regime de bens, pois no Brasil seria o da comunhão universal, e, no Uruguai, o da comunhão parcial. A mulher era proprietária de expressivo patrimônio imobiliário, cuja propriedade era anterior ao seu casamento, visto que viúva. O STF não tinha por que desconsiderar a vontade declarada de ambos, no sentido de que o domicílio era o uruguaio. O caso foi objeto de manifestação de Haroldo Valadão, que entendeu não ser possível que o cônjuge varão alegasse a nulidade de uma declaração validamente proferida.

Com relação à segunda hipótese de determinação de domicílio comum — a dos nubentes que tem domicílio diverso —, os tribunais brasileiros sempre aplicaram a lei do primeiro domicílio conjugal. Em um agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que tendo sido celebrado o casamento em país es-

<sup>876</sup> Recurso extraordinário n. 86787, julgado em 20/10/1978. RTJ vol-00090-03 pg-00968 relator: Leitão de Abreu. Ementa já citada na nota 761.

trangeiro (local de domicílio dos nubentes e do primeiro domicílio conjugal) aplicava-se a lei desse país ao regime matrimonial de bens.<sup>877</sup> Este acórdão reforça a idéia de que o objetivo da LICC é o de que a lei aplicável ao regime de bens seja aquela referente ao domicílio comum da recém-instaurada sociedade conjugal, ou seja, se antes tinham domicílios diversos, o regime seguirá aquele domicílio que se inicia com o casamento. Essa orientação também encontrou eco no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>878</sup>

Com o Novo Código Civil,<sup>879</sup> e a determinação de que o domicílio conjugal seja estabelecido de comum acordo pelos cônjuges, a autonomia da vontade para estabelecimento deste domicílio qualificado não se harmoniza com a regra do domicílio do chefe de família que se estende ao outro cônjuge (art. 7º, § 7º). O NCC manda aplicar a lei do domicílio comum existente antes do casa-

<sup>877</sup> CASAMENTO — Celebração no exterior — Regime de bens — Lei do domicílio — Artigo 7º, § 4º, do Decreto-lei 4.657, de 1942. Tendo sido celebrado o casamento em país estrangeiro, onde eram domiciliados os nubentes e onde se fixou o primeiro domicílio conjugal, aplica-se a lei do mesmo país quanto ao regime matrimonial de bens. (Agravo de Instrumento n. 87.722-4 — São Paulo — 6ª Câmara de Direito Privado — Relator: Ernani de Paiva — 03.09.98 — V. U.)

<sup>878</sup> Inventário. Regime de bens do casamento do inventariado. O regime de bens obedece à lei brasileira, no caso de espanhol aqui domiciliado que, indo à terra natal, ali contraiu casamento, com mulher espanhola ali domiciliada, silente o contrato quanto ao regime de bens, e voltou logo em seguida ao Brasil, onde o casal estabeleceu o primeiro domicílio conjugal. Aplicação da regra do art. 7º, par. 4º, da LICC. Agravo de instrumento 1987.002.1157, 24/03/1988, 2a. Câmara Cível, Relator Pecegueiro do Amaral. Julgado em 23/02/1988. No mesmo sentido, veja-se também Ap. Cível 10906/99, Relator Nagib Slaibi Filho, julgado. 2/12/99.

O Projeto de Lei 4.905/95, elaborado para substituir a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, e que acabou por não ser convertido em lei, optou por reger sempre o regime de bens pela lei do primeiro domicílio conjugal.

<sup>879</sup> Artigo 9º. O regime de bens obedece à lei do primeiro domicílio conjugal, ressalvada a aplicação da lei brasileira para os bens situados no Brasil que tenham sido adquiridos após a transferência do primeiro domicílio conjugal. Para íntegra do texto, consultar DOLINGER, Jacob, e TIBÚRCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado, Vade-mécum*, Edição Universitária, 2a. ed. revista e atualizada, Ed. Renovar, 2002.

mento. O dispositivo da LICC já havia sido derogado pelo Estatuto da Mulher Casada, que lhe permitia ter domicílio diverso do marido, e depois pela regra de igualdade da Constituição de 1988, tornando-se inadequado ao sistema brasileiro. Deve-se respeitar a autonomia da vontade para estabelecimento de um domicílio conjugal por mútuo consenso, não só para os casais que tinham domicílios diversos antes do casamento, mas também para os casais que tinham um domicílio comum mas que transferiram seu domicílio por ocasião do casamento. Sente-se a ausência de modificação da LICC com o Novo Código Civil, que causará inúmeras polêmicas em temas agora modificados.

### A imutabilidade do regime de bens

Uma das características do sistema brasileiro sempre foi o da imutabilidade do regime de bens a partir da celebração do casamento. O reflexo desse princípio para o DIPr significava que a lei aplicável ao regime de bens, uma vez determinada, também era imutável. Quando houve a substituição do critério da nacionalidade pelo do domicílio (LICC), o STF decidiu em favor da imutabilidade do regime e da lei aplicável ao mesmo.<sup>880</sup>

A dúvida sobre as conseqüências de uma mudança posterior de domicílio para o o regime de bens do casamento, foi esclarecida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso no qual o casal, agora domiciliado no Brasil, tinha seus bens regidos pela lei do primeiro domicílio conjugal. O tribunal não acolheu a pretensão do casal, de ver reconhecido a alteração do regime de bens para o regime da comunhão parcial sob a alegação de ser este o regime legal em vigor no Brasil, onde o casal passou a residir.<sup>881</sup>

880 Casamento. Regime legal de separação de bens. Lei italiana aplicada, em obediência ao princípio da lei nacional, ao tempo entre nos consagrado. Embora hoje vigore o princípio da lei do domicílio, não há como aplicar ao regime de bens de um casamento realizado antes da atual lei LIVV (de 1942) o que esta dispõe. STF, Recurso extraordinário n. 19686, julgamento: 31/08/1953. DJ data-23-04-54 Ement vol-00165-01 pg-00087. Relator: Luiz Gallotti.

881 Relator: Munhoz Soares — Apelação Cível n. 180.372-1 — Campinas — 17.12.92. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ementa: Casamento — Regime de

A única exceção à imutabilidade era a que permitia ao estrangeiro, no momento de sua naturalização e com expressa anuência de seu cônjuge proceder à mudança do regime, para o regime legal brasileiro (de comunhão parcial, art. 7º, § 5º da LICC). A mudança do regime de bens acarretava também a mudança da lei aplicável, que passava a ser a brasileira, por força do domicílio conjugal. Essa regra, de caráter unilateral, fazia mais sentido na época da Introdução ao Código Civil, de 1917, quando o estatuto pessoal era regido pela lei da nacionalidade.<sup>882</sup>

O Novo Código Civil inova ao permitir<sup>883</sup> a alteração do regime, por via judicial, a pedido justificado de ambos os cônjuges, ressalvados os direitos de terceiros.<sup>884</sup> As conseqüências desse artigo para o DIPr não podem ser menosprezadas, pois possibilitam a substituição da lei aplicável ao regime de bens da época do casa-

---

bens — Celebração no exterior — Casal estrangeiro com domicílio atual no Brasil — Ausência de pacto antenupcial no domicílio do casamento que determina a comunhão total — Imutabilidade, inclusive para fins patrimoniais, inobstante o regime brasileiro em vigor seja o da comunhão parcial — Recurso não provido. O fato de cônjuges estrangeiros, após o casamento, mudarem-se para o Brasil, não importa, só por isso, em possibilidade de alterar-se o regime de bens por que optaram. (Relator: Munhoz Soares — Apelação Cível n. 180.372-1 — Campinas — 17.12.92)

882 Supremo Tribunal Federal. RE n. 74934. Julgamento: 14/09/1976. Ementa: Regime de bens. — casamento, celebrado no Brasil, de brasileiro naturalizado, com alemã. Ambos domiciliados no país, sob regime de separação de bens, consoante pacto antenupcial. — adoção, de comum acordo, pelos cônjuges, do regime da comunhão universal, após concedida naturalização brasileira a mulher, — nulidade, de pleno direito, do ato, não caracterizada a hipótese prevista no par. 5, do art. 7º, da LICC. Questões suscitadas, pelo recorrente e pela recorrida, insuscetíveis de apreciação no recurso. Recurso extraordinário conhecido e provido. Publicação: DJ data-12-09-77 Ement vol-01069-01 pg-00451.

883 Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver, §2º. É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

884 Roguin, *apud* ESPÍNOLA, Eduardo, op. cit., p. 377, já havia levantado a questão da necessidade de ressaltar, no regime de bens, o interesse dos filhos, e de terceiros.

mento pela lei brasileira, mesmo quando a lei estrangeira inicialmente aplicável estabelecer a sua imutabilidade, se o requerimento for feito no Brasil.<sup>885</sup>

Outra questão importante diz respeito à necessidade ou não da comprovação do regime aplicável. Há precedentes judiciais pela desnecessidade da prova do regime de bens em casos de transcrição de assento de casamento realizado no estrangeiro. O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que em matéria de dúvida suscitada no momento da transcrição do casamento, realizado no estrangeiro, a declaração pessoal poderia suprir a omissão sobre o regime de bens adotado (art. 7º, § 5º, da LICC). Observou-se lei do país em que os nubentes tiveram domicílio, nada impedindo a adoção do regime por eles declarado.<sup>886</sup> A decisão respeitou as peculiaridades da lei estrangeira sem pretender adaptá-la ao sistema brasileiro. Considerando que entre as formalidades locais, onde o ato foi praticado, não era necessária a informação sobre o regime de bens na certidão, não poderia o direito brasileiro exigí-la, criando requisito que a *lex fori* não previa.

### Regime convencional de bens — pactos antenupciais

Quando os nubentes decidem estabelecer, através de um pacto antenupcial, o regime de bens de seu matrimônio, diverso do legal, surgem alguns problemas relacionados ao direito internacional privado, se este ato for praticado no exterior. Não há distinção na lei (art. 7º, § 4º da LICC) entre o regime de bens legal e o regime de bens convencional. Aplicam-se ao regime de bens convencional as mesmas disposições do regime legal quanto à lei aplicável, em função do domicílio comum, e quanto à sua imutabilidade. Se o domicílio comum ou o primeiro domicílio conjugal for no Brasil, a lei aplicável ao pacto será a brasileira.

885 Como no Brasil não se utiliza o reenvio, a imutabilidade do regime pela lei aplicável ao mesmo não surtirá efeitos aqui, para fins de impedir os cônjuges de usar a faculdade prevista no art. 1.639, parágrafo 2º do novo Código Civil.

886 Recurso AC 162367, Relator Weiss de Andrade, julgamento em 22/10/93.

O pacto é um acordo de vontades de caráter obrigacional, sujeito ao art. 9º da LICC, para os requisitos de sua validade, que não podem ignorar o disposto na lei local. Contudo, no momento de dar efeito a esse pacto no Brasil — por ser o domicílio comum dos nubentes ou o primeiro domicílio conjugal —, a interpretação de suas cláusulas será feita também à luz das normas imperativas do direito brasileiro sobre o regime de bens. Para Caio Mário,<sup>887</sup> embora o pacto seja um contrato, não se subordina ao direito das obrigações, mas sim ao direito de família, adquirindo um caráter institucional diverso do que é permitido pactuar no campo obrigacional.

No tocante à forma, surge a dúvida quanto à necessidade de atender aos requisitos formais da lei brasileira<sup>888</sup> (art. 9º, § 1º da LICC) v.g., no caso de um pacto feito no exterior por instrumento particular, quando a lei brasileira exige escritura pública e registro em livro especial do Registro de Imóveis, para produzir efeitos perante terceiros. A solução está na aplicação da regra *locus regit actum*, tendo em vista que seguiu-se a lei local no momento de sua elaboração, sendo um ato jurídico perfeito e não havendo óbice para a sua aceitação no Brasil.<sup>889</sup> Serpa Lopes entendia não haver dúvida de que prevalece, quanto à forma, a regra *locus*.<sup>890</sup> Quando

887 SILVA PEREIRA, Caio Mário, *Instituições de Direito Civil...*, vol. v, p. 122.

888 No Código Civil atual: “Art. 256. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular quanto aos seus bens o que lhes aprouver (artigos 261, 273, 283, 287 e 312). Parágrafo único. Serão nulas tais convenções: I — Não se fazendo por escritura pública; II — Não se lhes seguindo o casamento. Art. 261 — As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de transcritas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 256).” No novo Código Civil: “Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento. Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.”

889 Nesse sentido, ver Oscar Tenório, ao esclarecer que os elementos extrínsecos dos pactos antenupciais dependiam da lei do lugar da celebração, e os elementos intrínsecos, da lei do domicílio comum dos nubentes ou do primeiro domicílio conjugal. TENÓRIO, Oscar, *Lei de Introdução...*, p. 276.

890 SERPA LOPES, M.M. *Lei de Introdução...*, p. 119.

o pacto é celebrado no exterior, é dispensada a observância da forma essencial da lei brasileira, qual seja, a forma pública.<sup>891</sup>

Mas quanto à exigência do registro do pacto no Registro de Imóveis, para produzir efeitos perante terceiros, precisará ser atendida. Se o pacto versar sobre direitos reais sobre imóveis no Brasil, será aplicável a *lex rei sitae* (a lei brasileira), e necessária a indicação expressa da existência do pacto antenupcial nos registros dos imóveis ou outros direitos reais pertencentes aos cônjuges, por ser requisito essencial de publicidade.<sup>892</sup> A ausência do registro, e o conseqüente desconhecimento da existência do pacto antenupcial, não o invalida mas gera a presunção de que o regime patrimonial dos cônjuges é o regime legal, em benefício de terceiros.

Quanto à substância das disposições do pacto, há países em que esta liberdade é ampla, permitindo estipulações desconhecidas da lei brasileira. No momento do divórcio ou da sucessão, considerar-se-ão não escritas as cláusulas violadoras da ordem pública brasileira, mesmo se aplicável a lei estrangeira. Pode ocorrer que um pacto, válido pela lei local de sua celebração, em caso de cumprimento no Brasil, tenha algumas de suas cláusulas tidas como nulas, com relação aos bens aqui situados.<sup>893</sup>

### A questão da comunicação dos aquestos

Embora no direito internacional privado a questão da lei aplicável ao regime de bens resulte de uma escolha fria e matemática,

---

891 O pacto não se diferencia dos demais documentos estrangeiros, e portanto é necessário proceder-se à sua legalização com a sua tradução pública juramentada e o seu registro em títulos e documentos, que desta forma lhe darão fé pública, atendendo-se ao requisito da publicidade do ato.

892 Veja-se o que diz a Lei de Registros Públicos: "Art. 167 — No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: ... II — a averbação: 1) das convenções antenupciais e do regime de bens diverso do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento."

893 O Código Civil Brasileiro possui três modalidades de regime de bens: a comunhão parcial, que é o regime legal, e a comunhão universal, antigo regime legal até 1977, e a separação de bens. O Novo Código Civil inovou ao incluir um quarto regime: o de participação final de aquestos (art. 1.672 e seguintes).

este espelha as características de culturas diversas. Há grandes diferenças no que diz respeito à proteção da família, entre os países que adotam a comunhão total, parcial ou a separação de bens. Remonta às existentes entre os sistemas jurídicos de origem romana ou germânica — no primeiro, o sistema era de separação total e absoluta; e no segundo, o da comunhão universal de bens. Haroldo Valladão relata que o regime da comunhão universal aparece e domina em Portugal, *como costume do reino longamente usado*, desde as ordenações afonsinas, perdurando nas ordenações filipinas, quanto aos bens presentes e futuros. Posteriormente, mantido no Código Civil Português, seguido até 1977 no Brasil. Entre esses extremos temos ainda numerosos sistemas mistos de comunhão e separação parciais, entre os quais podemos citar o tradicional costume espanhol da *sociedad de los gananciales*, que compreende a comunhão apenas dos bens adquiridos durante o casamento, a título oneroso, e que foi adotado nos códigos civis dos países hispano-americanos.<sup>894</sup>

Na época em que o tema era regido no Brasil pelo critério da nacionalidade, tivemos inúmeros casos de imigrantes, cuja lei aplicável era agora de um país distante de sua realidade pessoal (vieram já casados e obtiveram seu patrimônio aqui, embora o regime de bens continuasse sendo regido pela lei do país de origem, em face de sua imutabilidade. Houve inúmeras situações injustas, em relação ao que determinava o sistema brasileiro, em especial com relação aos italianos (país cujo regime legal era o da separação). Em alguns casos, a viúva, após anos de convivência, ficava em situação de penúria no momento da morte do marido. Por isso os tribunais brasileiros desenvolveram interessante teoria acerca da comunhão dos aquestos, para os regimes de bens regidos por lei estrangeira, e para os casos da lei brasileira que previa a obrigatoriedade da separação de bens em algumas hipóteses, como a dos maiores de 60 anos. Os tribunais brasileiros deram uma interpretação mais elástica a esse conceito de separação de patrimônio, de forma a privilegiar o esforço comum, mesmo quando a lei aplicável fosse a estran-

---

894 VALLADÃO, Haroldo, op. cit., vol. II, p. 82.

geira e dispusesse de forma diferente. Essas decisões atingiram somente àqueles bens situados no Brasil, em razão da competência exclusiva da justiça brasileira. O tema foi consolidado pelo STF, através da súmula 377, que dispôs serem comunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento, apesar do regime legal ser o da separação.

Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu que se aplicavam aos bens adquiridos no Brasil o regime da comunhão de aquestos mesmo quando o casamento foi realizado no exterior e o regime de bens era o da separação segundo a lei estrangeira, por presumir-se uma conjugação de esforços na formação do patrimônio do casal.<sup>895</sup> Amparou-se em decisão do STF em que se aplicou o art. 259 do Código Civil ao casamento de alemães cujo regime era da separação o da bens, de acordo com a lei alemã.<sup>896</sup>

A regra consolidou-se pela comunhão dos aquestos quando a lei estrangeira for pela separação de bens, para os bens adquiridos pelo esforço comum e situados no Brasil, tanto no divórcio, quanto na sucessão. A exceção a esta interpretação deu-se no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Tratava-se de uma execução pela qual responderia o imóvel em nome da mulher, caso fosse consagrada a comunhão de aquestos, apesar do regime ser de separação de bens.

895 Agravo de Instrumento n. 414/88, in RTJE, vol. 61, p. 105.

896 RE-78811. Relator(a):Min. Antonio Neder. Publicação: DJ DATA-06-06-75 PG-03949. RTJ VOL-00074-01 PG-00194. Julgamento: 29/04/1975. Ementa: 1. Alemães casados pelo regime da separação de bens de acordo com a lei nacional de ambos, que se radicaram no Brasil após o casamento. Se o marido e a mulher se mantiveram sempre unidos e conjugaram esforços para levar a cabo a formação do patrimônio comum, ainda que a cooperação da esposa tenha sido limitada ao trabalho doméstico, tem ela indiscutivelmente o direito, até mesmo natural, de compartilhar daquele complexo de bens, como dispõe o art. 259 do Código Civil. Não importa que o marido e a mulher sejam estrangeiros e hajam celebrado o casamento pelo regime da separação de bens, nos termos da lei nacional de ambos, porque, no pormenor da comunhão dos aquestos, o importante e decisivo é o esforço comum e construtivo desenvolvido pelo casal no domicílio em que ele construiu ou formou o patrimônio pelo trabalho constante e conjugado do marido e da mulher. Trata-se de uma realidade que o direito positivo se limita a homologar, tão difícil e sua negação. 2. Recurso extraordinário provido, nos termos do verbete 377 da súmula do STF.

A peculiaridade do caso é que o casamento se dera no Zimbábue, antiga Rodésia, também o primeiro domicílio conjugal. O regime de bens obedeceria a lei estrangeira, por força da regra de conexão (art. 7º. p. 4º). A sentença aplicou o direito brasileiro por entender que não fora convenientemente comprovado o direito estrangeiro. Segundo este, o regime de bens era da separação de bens, não havendo no Zimbábue qualquer regra sobre comunicação de aquestos. Todavia, o Tribunal reformou a sentença, decidindo que as certidões do notário público de Harare faziam prova do direito estrangeiro e, conseqüentemente, excluía-se a possibilidade de aplicação da regra brasileira. Com isso, o imóvel não foi incluído na execução contra o marido e o adquirente cessionário do referido imóvel. Protegeu-se o direito desse terceiro, adquirente de boa-fé.

### Restrição à aquisição de bens imóveis por estrangeiro

Outro efeito que pode advir do casamento entre brasileiro e estrangeiro diz respeito à aplicação das restrições à aquisição de imóvel por estrangeiro no Brasil, por força da comunicação do patrimônio comum do estrangeiro com o cônjuge brasileiro.

A Constituição Federal (art. 190), remete à legislação infra-constitucional a regulamentação sobre a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira. Anteriormente, a matéria já havia sido regulada pela Lei 5.709, 1971 e pelo Decreto n. 74.965, de 1974.

Havia dúvida sobre a aplicação dessa matéria ao patrimônio comum, já que a regulamentação exigia prévia autorização para aquisição de imóveis rurais e impunha limites máximos por município, nesta aquisição. O STJ se pronunciou, em um mandado de segurança<sup>897</sup> apresentado por um brasileiro casado com estrangeira, que se insurgia contra a exigência de uma prévia autorização do Incra para a aquisição de um imóvel rural. Decidiu o STJ que a exigência de caráter administrativo imposta ao estrangeiro se estende ao cônjuge brasileiro quando se tratar de uma propriedade

897 No ROMS 5831/ SP de 27.02. 1997.

que passará a integrar o patrimônio comum dos cônjuges.<sup>898</sup> Esclareceu que a Lei 5.709, de 1971, foi recepcionada pela Constituição (artigo 23 § 1º, da Lei 8.629, de 1993). A interpretação do artigo 190, em consonância com a regulamentação infraconstitucional, é de que “o estrangeiro casado com brasileiro, ou vice-versa, em regime de comunhão universal de bens, só pode adquirir imóvel rural, com área especificada na lei, com autorização do Incra”.<sup>899</sup> Esclarece o STJ que não se trata de uma proibição à aquisição da propriedade, mas sim um requisito de ordem administrativa que deve ser cumprido, pois previsto em lei.

A necessidade de obter a prévia autorização do Incra se aplica não só aos casos de casamentos sob o regime de bens da comunhão universal, mas a todos os casos em que, pelo regime de bens do casamento, o imóvel adquirido for propriedade comum de um casal em que um dos cônjuges for estrangeiro.

### A qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente

A tradição brasileira sempre foi no sentido de não considerar o

---

898 Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: ROMS 5831/SP (199500267942) 153434 DATA DA DECISÃO: 27/02/1997. PRIMEIRA TURMA. Ementa: aquisição de imóvel rural por cônjuge brasileiro casado com estrangeira. 1. o brasileiro, ao convolar núpcias com estrangeiro, sujeita-se a restrição da lei 5.709/1971, se o regime de bens determinar a comunicação da propriedade. 2. Sendo assim, o cônjuge brasileiro, para adquirir propriedade rural terá que solicitar autorização do incra. Esta exigência não proíbe de se tornar proprietário, apenas o sujeita a um procedimento administrativo. 3. Recurso improvido.

899 Superior Tribunal de Justiça. EDROMS 5831/SP (199500267942) 168844. DATA DA DECISÃO: 23/05/1997. PRIMEIRA TURMA. Ementa: Processual civil. Embargos declaratórios. Omissão. Existência. 1. Sendo evidente a omissão do acordão por ter deixado de discutir temas jurídicos apresentados pela parte recorrente, cumpre complementá-lo com a apreciação de tais questões. 2. A carta de 1988 recepcionou a lei 5.709/1991. Em assim sendo, o estrangeiro casado com brasileiro, ou vice-versa, em regime de comunhão universal de bens, só pode adquirir imóvel rural com área especificada na lei, com autorização do incra. 3. Interpretação do art. 190 da cf/1988. 4. Embargos recebidos. dj data: 18/08/1997 pg: 37781.

cônjuge como herdeiro necessário, sendo chamado à sucessão apenas no caso de ausência de descendentes ou ascendentes. Quando o regime de bens legal era o da comunhão universal, o cônjuge já fazia jus à meação do patrimônio conjugal. Com a mudança do regime legal para o da comunhão parcial, em 1977, na maioria dos casos, a comunhão de aquestos já era expressiva — embora não houvesse garantia da existência de patrimônio a dividir com o cônjuge sobrevivente, especialmente quando este decorria de bens havidos por herança do *de cuius*. Agora, com o Novo Código Civil, opera-se significativa mudança: o cônjuge supérstite concorre com os descendentes na sucessão legítima, em alguns casos.<sup>900</sup>

Para o DIPr, embora a lei brasileira não qualificasse o cônjuge sobrevivente como herdeiro — como se faz agora com o Novo Código Civil —, havia casos em que isso poderia ocorrer por força da regra de conexão, ao determinar a aplicação da norma estrangeira à sucessão (art. 10 da LICC).<sup>901</sup> Num caso recente, em que no curso

---

900 Art. 1.829. 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 (art. 1.640, 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. Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar. Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer. Art. 1.837. Concorrendo com ascendentes em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

901 Sobre a determinação da qualidade de herdeiro, segundo o art. 10 p. 2º da LICC, veja-se decisão do STJ no caso Blanca Escudero, RESP 0061434 / SP de 1995, RIP:00008701 cuja ementa é a seguinte: Direito Internacional Privado. Art. 10, par. 2º, do Código Civil. Condição de herdeiro. Capacidade de suceder. Lei aplicável. Capacidade para suceder não se confunde com qualidade de herdeiro. Esta tem a ver com a ordem da vocação hereditária que consiste no fato de pertencer a pessoa que se apresenta como herdeiro a uma das categorias que, de

do cumprimento de um testamento particular no Brasil, sendo o *de cuius* estrangeiro e tendo falecido no exterior, havia a dúvida acerca da identificação de possíveis herdeiros em uma sucessão legítima, já que o artigo 1.131 do CPC dispõe que serão intimados para a inquirição não somente os beneficiados pelo testamento, mas também “aqueles a quem caberia a sucessão legítima”. O pedido foi feito pelo cônjuge sobrevivente, herdeiro por força do testamento e da lei aplicável à sucessão. A qualidade de herdeiro é dada pela lei da sucessão (art. 1º da LICC),<sup>902</sup> que seria a do Panamá, último domicílio do *de cuius*. E pelo direito panamenho (comprovado nos autos pelas regras do Código Bustamante) o cônjuge supérstite é sempre herdeiro na sucessão intestada, concorrendo em igualdade de condições com os descendentes, e, na sua ausência, com os ascendentes. Por causa da disposição da lei estrangeira, foi considerado essencial intimar a mãe da falecida, (art. 1.131 do CPC) que era domiciliada na Espanha, para se manifestar sobre o testamento particular. Somente a confirmação do testamento, após a inquirição das testemunhas é que excluiria o ascendente da sucessão, pois na eventualidade do testamento não ser confirmado, o ascendente herdaria juntamente com o cônjuge sobrevivente, segundo o direito panamenho.

## 15.2 A dissolução do casamento

O casamento pode dissolver-se por três motivos: anulação, separação e posterior divórcio e morte de um dos cônjuges. Cada um desses motivos tem uma repercussão diferente para o DIPr.

---

um modo geral, são chamadas pela lei a sucessão, por isso haverá de ser aferida pela mesma lei competente para reger a sucessão do morto que, no Brasil, “obedece a lei do país em que era domiciliado o defunto.” (art. 10, caput, da LICC). Resolvida a questão prejudicial de que determinada pessoa, segundo o domicílio que tinha o *de cuius*, e herdeira, cabe examinar se a pessoa indicada é capaz ou incapaz para receber a herança, solução que é fornecida pela lei do domicílio do herdeiro (art. 10, par. 2º, da LICC). Recurso conhecido e provido.

<sup>902</sup> Ver mais adiante sobre sucessão internacional e da qualidade de herdeiro.

No que diz respeito à anulação proposta no Brasil, a LICC contém dispositivo especial a respeito (art. 7º, § 3º). Repetindo o sistema da regra que dispõe sobre regime de bens, manda aplicar a lei do domicílio dos nubentes ou, sendo diverso este domicílio, a lei do primeiro domicílio conjugal. O STF cuidou do tema em priscas eras, e não teve manifestações mais recentes. Ao negar homologação a uma sentença estrangeira anulatória de casamento, o ministro Luis Gallotti declarou que o dispositivo da LICC resultou em um equívoco evidente na transição do princípio da nacionalidade para o domiciliar em direito de família, pois “a validade de um ato só pode ser aferida em face da lei a que ele obedeceu”.<sup>903</sup>

Haroldo Valladão<sup>904</sup> classifica o artigo como absurdo, entendendo que a validade de um ato da importância do casamento não pode se submeter a uma lei diferente daquela que o presidiu, e cuja incidência decorre de evento alheio à própria celebração. Não se pode aplicar à anulação do casamento baseada em defeitos da celebração, tais como infração aos impedimentos, uma lei diferente daquela que regeu a habilitação dos nubentes. Admite-se a regra em questão, a do domicílio conjugal, somente para os casos de erro essencial ou coação, observando-se, neste caso, os prazos prescricionais da lei domiciliar.

A dissolução do casamento pelo divórcio apresenta duas hipóteses com repercussões no DIPr: divórcio realizado no Brasil, de casamento realizado no exterior,<sup>905</sup> e os efeitos de divórcios reali-

---

<sup>903</sup> SE-2085 Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI Publicação: DJ DATA-10-11-72 PG-07727 RTJ VOL-00063-03 PG-00609 Julgamento: 13/09/1972 — TRIBUNAL PLENO. Ementa. Erro material, cuja correção se impõe. Sentença estrangeira, a que se nega homologação. A nulidade de um casamento há de reger-se pela lei a que ele obedeceu, ao ser celebrado. O parágrafo 3º do art. 7º da LICC resultou de equívoco evidente e não ha como aplicá-lo. Jacob Dolinger comenta o acórdão e esclarece que há várias informações que não constam do acórdão que ajudariam a elucidá-lo, como, por exemplo, a nacionalidade dos cônjuges, seu domicílio etc. Para mais comentários sobre este acórdão, veja-se DOLINGER, Jacob, *Direito Civil...*, p. 80 e seguintes.

<sup>904</sup> VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional...*, vol. II, p. 133.

<sup>905</sup> Não vamos cuidar do divórcio anterior a 1977 ou mesmo antes, quando vigia a antiga Introdução ao Código Civil, com o critério da nacionalidade. Para um

zados no exterior — tenha sido o casamento celebrado no exterior ou no Brasil.

Estando o casal, cujo casamento foi celebrado no exterior, domiciliado no Brasil, e querendo aqui divorciar-se, será competente a justiça brasileira para processar o feito, seguindo-se a lei processual brasileira. As questões de DIPr que se apresentam ao juiz dizem respeito à verificação da validade do ato estrangeiro, por força da regra *locus regit actum*, e a regra aplicável relativa ao regime de bens (art. 7º, § 5º da LICC).

Se o divórcio ocorreu no exterior, a produção de efeitos no Brasil dependerá de sua homologação no STJ. A LICC (artigo 15 parágrafo único) dispensava de homologação as sentenças que qualificava como “meramente declaratórias do estado das pessoas”. As sentenças de divórcio que não dispusessem sobre partilha de bens, alimentos ou qualquer outro efeito diferente do estado civil dos ex-cônjuges não precisavam ser homologadas, sendo levadas diretamente ao registro no Registro Civil de Pessoas Naturais. Todavia, essa orientação foi modificada pelo STF, num caso em que o juiz da comarca de Bicas, MG, confirmou exigência de homologação da sentença pelo oficial do Registro Civil e solicitou pronunciamento do STF. O ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, declarou que o artigo fora revogado pelo art. 483 do CPC, e *todas* as sentenças estrangeiras necessitavam de homologação.<sup>906</sup>

O STJ está decidindo na mesma direção.

---

estudo aprofundado desse tema, veja DOLINGER, Jacob, *O Direito Civil...*, capítulos 5º e seguintes.

906 Esse entendimento resulta de decisão do STF, que cuidou do assunto e assim decidiu: Petição Avulsa nº 11 \*Relator: Min. CELSO DE MELLO (Presidente) Ementa: Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação desse ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único da LICC. Norma legal derrogada pelo CPC (art. 483). Magistério da doutrina. Impossibilidade processual da instauração de delibação incidente. Ação de homologação de sentença estrangeira. Sistema de contenciosidade limitada. Evolução do instituto no direito brasileiro. Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada. Precedente do STF. Veja in [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br).

O artigo 7º, da LICC contém no seu § 6º redação introduzida pela Lei do Divórcio, que estabelece a necessidade de observância do prazo previsto na lei brasileira para a conversão da separação judicial em divórcio, mesmo nos casos de divórcio realizado no exterior, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros. Devido à exigüidade do prazo da lei brasileira, essa questão se tornou irrelevante. Quando o prazo era de três anos, homologavam-se as sentenças de divórcio estrangeiras com efeito de separação judicial até que se cumprisse o lapso temporal.

A possibilidade de o divórcio realizado no exterior dispor sobre a partilha de bens situados no Brasil (art. 89, II, do CPC) mostrou-se controvertida. O STF indeferiu o pedido de homologação sob a alegação de que a justiça paraguaia não poderia decidir sobre a partilha de bens situados no Brasil. A partir de 1982, essa orientação foi modificada, passando-se a aceitar as partilhas realizadas no exterior, em caso de divórcio, pois não havia incompatibilidade com a lei processual brasileira, que cuida de partilha *mortis causae* (art. 89, II). O STF consolidou esse entendimento, conforme se verifica de sentença estrangeira<sup>907</sup> proveniente da Suíça. O casamento havia sido celebrado no Brasil, e o divórcio foi decretado pelo Poder Judiciário da Suíça. A partilha de bens da sociedade conjugal foi feita pelo Judiciário suíço com aplicação das leis brasileiras, e foi considerada válida no Brasil, sendo homologada a decisão estrangeira. Em 2002, o Ministro Marco Aurélio decidiu na

---

907 SEC-4512 / SIRElator(a):Min. PAULO BROSSARD Publicação: DJ DATA-02-12-94 PP-33198 EMENT VOL-01769-01 PP-00144 Julgamento: 21/10/1994 — TRIBUNAL PLENO. Ementa: Homologação de sentença estrangeira que dispõe sobre a partilha de bens da sociedade conjugal. contestação. 1. Casamento celebrado no Brasil e divórcio decretado pelo Poder Judiciário Helvécio, já homologado pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da SEC N. 3.862, RTJ 131/1.071. 2. Partilha de bens da sociedade conjugal processada posteriormente perante o Judiciário suíço, com aplicação das leis brasileiras. 3. Não fere o art. 89, II, do Código de Processo Civil, que prevê a competência absoluta da justiça brasileira para proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, a decisão de Tribunal estrangeiro que dispõe sobre a partilha de bens móveis e imóveis em decorrência da dissolução da sociedade conjugal, aplicando a lei brasileira. 4. Sentença estrangeira homologada.

mesma linha, de ausência de ofensa ao direito brasileiro (art. 89, II) a partilha de bens realizada no divórcio no exterior.<sup>908</sup> O STJ está seguindo essa orientação, conforme já abordado no item de homologação de sentenças estrangeiras.

---

908 SE-7401. Relator Ministro MARCO AURÉLIO DJ DATA-20/06/2002 P — 00058 Julgamento 11/06/2002 Despacho. Decisão sentença de divórcio — acordo sobre bem imóvel existente no Brasil — homologação. 1. José Manuel Fuentes Martinez e Diana Maria Fuentes solicitam, na peça de folhas 2 e 3, a homologação de sentença de divórcio — proferida pela Corte de Primeira Instância do Décimo Primeiro Circuito situado e para o Condado de Dade, Flórida, nos Estados Unidos da América — a qual incorporou acordo de separação e convenção de bens celebrado pelas partes. O documento original foi anexado à folha 18 a 21, dele constando, além da notícia do trânsito em julgado da decisão, a chancela do consulado brasileiro. A tradução, feita por tradutor juramentado, está à folha 11 a 15. O parecer do Procurador-Geral da República, de folha 90, é pelo deferimento do pedido com ressalva. 2. É de frisar que a regra concernente à competência exclusiva do Judiciário brasileiro para conhecer de ações relativas a imóveis localizados no Brasil — artigos 12 da Lei de Introdução ao Código Civil e 89 do Código de Processo Civil — deve ser aplicada com a cabível cautela, já que a existência de conflito de interesses sobre o bem leva a uma conduta completamente diferente quando, no divórcio, as próprias partes chegam a um acordo, ultrapassando qualquer impasse. Assim, à luz da jurisprudência desta Corte, tratando-se de composição, não há falar-se em atuação única e exclusiva da autoridade judicante brasileira. Confira-se com os seguintes precedentes: SEs n.ºs 3.633, 3.888, 4.844 e 3.408 e Sentença Estrangeira Contestada n.º 4.512. Na Sentença Estrangeira n.º 3.408, restou consignado: Homologação de sentença estrangeira. Separação de cônjuges. Partilha de bens. É homologável a sentença estrangeira que homologa acordo de separação e de partilha de bens do casal, ainda que situados no Brasil, posto que não ofendido o art. 89 do CPC, na conformidade dos precedentes do STF (RTJ. 90/11; 109/38; 112/1006). Homologação deferida. A par do requerimento em conjunto de homologação de sentença de divórcio, tem-se o atendimento dos requisitos próprios. Homologação, com a restrição de que o ato sentencial somente produzirá efeitos plenos a partir de 15 de outubro de 2002 (artigo 226, § 6º, da Constituição Federal), observando-se, até essa data, o instituto da separação judicial. 3. Expeça-se a carta de sentença. 4. Publique-se. Brasília, 11 de junho de 2002. Ministro MARCO AURÉLIO, Presidente.

## 16. Sucessão Internacional

As questões relativas à sucessão internacional fazem parte do estudo das repercussões das relações familiares transnacionais no DIPr. Essas relações deixaram de ser regidas pelo critério da nacionalidade desde a adoção da LICC, em 1942, substituído pelo critério domiciliar como regra de conexão. A exceção à regra, ainda privilegiando a nacionalidade cuida da proteção de filhos e cônjuges brasileiros quando houver bens no Brasil (§ 1º do artigo 10 da LICC e inciso XXXI, do art. 5º da CF). O princípio da proteção da família brasileira tem foro constitucional desde 1934,<sup>909</sup> o que demonstra a vontade do legislador na sucessão internacional no Brasil.<sup>910</sup>

O princípio não abrange toda a unidade familiar, pois não reconhece a união estável como entidade familiar, na forma do artigo 226 da Constituição, ao aludir somente ao *cônjuge* brasileiro. Mas

---

909 Para o texto das Constituições anteriores, ver CAMPANHOLE, *Constituições do Brasil*, 7a. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1984. Aliás, é importante notar que a família, como entidade constitucionalmente protegida e em capítulo próprio, integrou a Constituição pela primeira vez na de 1934, na qual também o princípio aludido aparece no art. 134, e, a partir de então, está em todas as constituições seguintes. Na Constituição de 1937, veja-se o art. 152; na Constituição de 1946, veja-se artigo 165; na de 1967/69, veja-se art. 150, § 33.

910 “Art. 5º. Inciso XXXI — A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.”

com relação a proteção dos filhos, todos, de qualquer natureza, estão englobados no texto constitucional. A doutrina constrói a equiparação da união estável ao casamento através da interpretação da vontade do constituinte. Segundo Gustavo Tepedino<sup>911</sup>, não há dúvida quanto à admissão, pelo constituinte, ao lado da entidade familiar constituída pelo casamento, das entidades familiares formadas pela união estável. Tais entidades demonstram a mudança da ótica valorativa constitucional e impedem que se pretenda dar tratamento desigual a qualquer das ali previstas. Resta saber se, diante da ocorrência de um direito de um convivente brasileiro sobre bem imóvel aqui situado, interpretará o juiz a norma brasileira como sendo-lhe mais favorável, ampliando o caráter do art. 5º XXXI em razão da interpretação teleológica que a situação merece.

A regra constitucional enfocada é de caráter unilateral, pois na sua primeira parte privilegia, de forma expressa, a norma brasileira. Sua interpretação mais açodada poderia indicar não ser cabível a análise da norma estrangeira. No entanto, uma leitura mais atenta da segunda parte do artigo demonstra que, *antes* de ser aplicada a lei brasileira, é necessário efetuar uma análise detida da lei estrangeira para que se possa avaliar se é ou não mais benéfica do que a nossa lei. O dispositivo é precursor da tendência constitucionalizante de inúmeras categorias do direito privado, que se inserem no conjunto de normas e princípios constitucionais. Esses novos direitos supralegais, em razão do papel integrador da ordem jurídica desempenhada pela Constituição, passaram a exercer uma espécie de liderança axiológica em face dos microsistemas normativos associados a comandos constitucionais.<sup>912</sup> Mas é preciso cuidado na interpretação do alcance do princípio de proteção da família, na sucessão internacional, para promover a exegese correta da aplicação da lei mais benéfica, pois utiliza-se, no mais das vezes, exclusivamente a lei brasileira sem o prévio estudo do direito

911 Op. cit., p. 356.

912 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, "O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana nas Constituições Abertas e Democráticas", in 1988/1998 — *Uma década de Constituição*, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p.105.

comparado, para averiguar se a regra estrangeira é mais benéfica do que a brasileira.<sup>913</sup>

### 16.1 A sucessão e o DIPr

O regime da sucessão *causa mortis* no Brasil continuou regulado pelo Novo Código Civil, da forma anterior, com duas formas de determinação da vocação hereditária: a testamentária e a legal.<sup>914</sup>

O testamento é ato solene de última vontade, pelo qual um indivíduo dispõe dos seus bens. Mas a vontade do indivíduo possui um limite imposto pela lei — a sucessão legítima. Nesse caso, os herdeiros são designados por sua estreiteza de parentesco, limitando-se a liberdade de testar.<sup>915</sup> Desta forma, permite-se a disposição, por testamento, de apenas metade dos bens, em face da proteção à legítima, ou seja, parcela dos bens reservados àqueles tidos

913 De toda forma, a cada caso, dependendo da lei estrangeira envolvida, a verificação da lei mais benéfica deverá ser realizada para saber se há ou não lugar para a aplicação da norma constitucional.

914 O tema da sucessão, no novo Código, foi modificado em vários pontos. O art. 1.787 regula o direito intertemporal e dispõe que a sucessão será regulada pela lei vigente ao tempo de sua abertura. O art. 1.790 é novo e regula a participação da companheira na sucessão. O art. 1.793 acrescenta a possibilidade da cessão dos direitos sucessórios e suas condições, e o art. 1.797 cuida da administração da herança. O art. 1.799 acrescenta novos atores à sucessão testamentária, incluindo neste rol as pessoas jurídicas. Além de outras mudanças relativas ao novo papel da esposa e da companheira, que perpassam todo o capítulo, temos a novidade do art. 1.799, III, que permite ser chamado à sucessão uma pessoa jurídica, trazendo ao direito brasileiro a instituição do *trust*, que antes era desconhecida de nossa legislação.

915 No Brasil, segundo o Código Civil, pode-se testar sobre a metade do patrimônio (art. 1.576 e art. 1.721), já que a parte restante deverá compor a da sucessão necessária, quando houver herdeiros com essa qualidade, na forma estabelecida pelo Código Civil. Não havendo, em determinada situação, herdeiros necessários, a liberdade de testar abrange a totalidade do patrimônio do indivíduo. A regra permanece a mesma no Novo Código Civil, conforme previsto no art. 1.789. A única diferença é a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário (art. 1.845).

pela lei como herdeiros necessários.<sup>916</sup> Tais regras aplicam-se à sucessão realizada no Brasil, de pessoas aqui domiciliadas (art. 10 da LICC). No entanto, há situações em que o inventariado encontrava-se domiciliado fora do território nacional, embora haja bens no Brasil e mesmo no exterior. Nesses casos, é preciso utilizar conceitos próprios à disciplina do DIPr para determinar a jurisdição competente e a lei aplicável à sucessão.

A regra brasileira de conexão é a do último domicílio do *de cuius* (art. 10 da LICC), seja qual for a natureza e a situação dos bens (princípio da universalidade sucessória). Esse sistema vige também em outros países. Se uma determinada sucessão tiver bens em mais de um país, não será possível aplicar o princípio da universalidade sucessória, pois haverá pluralidade de foros sucessórios. Isso se dá em decorrência da norma processual da competência absoluta, já que a maioria dos países não aceita qualquer decisão proveniente do exterior sobre bens situados em seu território. Portanto, é possível ter uma dupla regência legal da sucessão, cada país aplicando sua regra de DIPr para determinar o processamento em relação aos bens ali situados.

Embora a regra geral brasileira para a sucessão siga o princípio da universalidade, quando se trata de uma sucessão com repercussão em outros países, haverá uma fórmula plural. Há a possibilidade de ser aplicável, nos outros países, outra norma, dependendo da regra de conexão local aplicável à sucessão. Enquanto o Brasil adota o critério do domicílio, outros países adotam o critério da nacionalidade para a sucessão internacional. Não há como evitar essa fragmentação da sucessão, pois cada país envolvido aplicará suas normas de DIPr, uma vez que não permitirá a nenhum outro proceder a qualquer determinação sobre bens ali situados.<sup>917</sup> Dar-se-á, assim,

916 Se o indivíduo não expressar sua vontade por testamento, a sucessão seguirá as regras determinadas pela lei.

917 Nesse sentido, o STJ tem uma decisão que bem ilustra a questão. Veja-se decisão monocrática que negou provimento ao AG 678749, Ministro Carlos Alberto Direito, DJ 03.06.2005. A agravante estava inconformada com a decisão do Tribunal, cuja ementa se transcreve e que afinal prosperou: "**DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO — AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA — HEREDITANDO ITALIANO QUE FALECEU NO BRASIL, DEIXANDO**

a aplicação de diversas leis.<sup>918</sup>

Há situações em que, escolhida uma lei estrangeira, em razão de sua conexão com o caso concreto, não será esta aplicável em face do impedimento determinado pela ordem pública<sup>919</sup> do foro.

AQUI SEUS BENS E HERDEIROS NO TERRITÓRIO NACIONAL E NA ITÁLIA — APLICAÇÃO DA LEI BRASILEIRA PARA DESLINDE DA QUESTÃO — ARTIGOS 89 DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL E 10, § 2º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 1. O artigo 89 do Código de Processo Civil estabeleceu a competência exclusiva — e, portanto, absoluta — do juiz brasileiro para proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro, ou tenha residido fora do território nacional. Nesse diapasão, pouco interessa à Justiça Brasileira se herdeiro italiano abriu ou deixou de abrir inventário em sua pátria para aceitar herança de bens localizados aqui no Brasil. 2. Havendo o de cuius deixado filhos brasileiros, embora tenha sido casado pelo regime de bens estabelecido na Itália, regula-se pela lei brasileira a sua sucessão. 3. O artigo 10, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, disciplina a aptidão para exercer o direito de suceder, reconhecido pela lei domiciliar do autor da herança e regido pela lei pessoal do herdeiro, e não a capacidade para ter direito de sucessor, que se rege pela *lex domicilli* do falecido. 4. Recurso improvido. Unânime" (fl. 57).

918 Com a redação da Lei 9.047 de 18 de maio de 1995, que modificou o parágrafo 1º "Art. 10 — A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens. § 1º — A sucessão de bens de estrangeiro situados no país, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge, ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*. § 2º — A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder."

919 No direito interno, ordem pública é o conjunto de princípios, tidos como fundamentais e integrantes do sistema jurídico, que não podem ser derogados. A doutrina estrangeira faz uma distinção entre regras imperativas e ordem pública. As primeiras são normas que impõem ao particular um comportamento determinado, não obstante qualquer manifestação contrária de sua vontade, e cujo desrespeito será objeto de sanção, e são consideradas como de ordem pública, enquanto o contrário não se aplica necessariamente. Definição do *Glossaire de Droit International Privé*, op. cit., p. 236. Segundo DOLINGER, Jacob, op. cit., p. 329 "A Ordem Pública no DIPr impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina." Não é passível de definição, pois reflete a filosofia sócio-política-jurídica de toda a legislação, aferindo-se pela mentalidade e pela

Mas essa exclusão da lei estrangeira deverá ser tão estrita quanto possível, aproveitando-se a parte remanescente que possa ser aceita no foro.<sup>920</sup> Com relação ao conflito entre uma lei estrangeira e a Constituição, a supremacia da norma constitucional está assegurada de forma categórica no direito brasileiro, e ainda a teor da disposição do Código Bustamante<sup>921</sup>, que em seu artigo 4º estatui serem os preceitos constitucionais de ordem pública internacional.

A determinação das regras da sucessão se dá em duas etapas: primeiro, determina-se a competência jurisdicional (art. 89, II do CPC) e depois, verifica-se a lei aplicável.

A regra da competência exclusiva para bens imóveis no inventário e partilha de bens, encontra similar na maior parte das legislações processuais estrangeiras, independentemente da nacionalidade do autor da herança.

Fixada a competência do juiz nacional, determina-se a lei aplicável à sucessão legítima e à testamentária (lei do último domicílio do *de cuius*, independentemente de sua nacionalidade, art. 10 da LICC) abrangendo bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos. A exceção à regra cuida de proteger os interesses de filhos e cônjuges brasileiros (art. 5º, XXXI da CF). Em caso de falecimento de pessoa domiciliada no estrangeiro com bens situados no Brasil, o inventário desses bens será no Brasil, podendo o juiz estar diante de duas hipóteses quanto à lei aplicável: na primeira, em não havendo filhos ou cônjuge brasileiro, o bem imóvel aqui localizado será regido pelas regras da lei estrangeira do último domicílio do *de*

---

sensibilidade média de determinada sociedade em determinada época (p. 330). Apurada quando necessário para aplicação ao caso concreto, tem por característica ser relativa, instável e contemporânea, cabendo sempre ao juiz decidir o que seja contrário ou não a esse conjunto de princípios. Ver, ainda, do mesmo autor, *A Evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, tese para a cátedra da disciplina na UERJ, 1979.

920 BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996, p. 45.

921 Promulgado pelo Decreto-Lei n. 18.871, de 13/8/29. Para texto integral, ver DOLINGER e TIBÚRCIO, *Vade-mécum de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 2ª ed., 2002, pp. 166-214.

*cujus*; na segunda, em havendo filho ou cônjuge brasileiro, a sucessão seguirá as normas brasileiras, a menos que a lei estrangeira seja mais benéfica.

Há também o reverso da situação que deverá ser aceito pela justiça brasileira. Quando a sucessão iniciar-se no Brasil, e ainda integrarem o patrimônio do *de cuius* bens imóveis situados em outro país, não podem estes fazer parte do monte, conforme tem decidido o STF.<sup>922</sup> Aberta a sucessão, não serão trazidos à colação os imóveis localizados no estrangeiro. Não poderá um dos herdeiros, ainda que demonstre a existência do bem no exterior e que teria sido alocado ao arripio da lei brasileira, promover a compensação na partilha. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu nesse sentido quando, em um inventário aqui ajuizado, discutia-se a situação de bens imóveis situados em Portugal. Foi considerada indeclinável a jurisdição brasileira para inventariar os bens aqui situados, assim como só em Portugal poder-se-ia partilhar os bens que lá estivessem.<sup>923</sup>

A utilização da norma da lei mais benéfica não é incomum. Outras leis determinam vantagens maiores para filhos do que a lei brasileira, como é o caso da francesa, italiana e portuguesa, que possuem alocações flexíveis para a legítima, dependendo do núme-

---

922 Veja-se RE 99.230-8: Ementa: "De cuius" estrangeiro — Imóveis situados no Uruguai e no Brasil — Inventário no Uruguai — Computação na cota hereditária a ser partilhada no Brasil — Inadmissibilidade — Aplicação do art. 89, II do CPC." Esse posicionamento foi referendado recentemente pelo STJ, no julgamento do RESP. 397.769, já citado neste trabalho, e que pode ser obtido em [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br). Na hipótese pedia-se a expedição de carta rogatória para obter informações sobre eventuais depósitos existentes na Suíça, e que deveriam integrar o patrimônio do *de cuius*. O STJ decidiu que o pedido era inviável, pois o ordenamento pátrio posicionou-se na questão em prol do princípio da pluralidade de juízos sucessórios. Por isso, o juízo sucessório brasileiro não poderia cuidar de bens sítos no exterior.

923 Veja-se a ementa: "Inventário. Herança de estrangeiro. Bens imóveis situados no Brasil e em Portugal. É indeclinável a jurisdição brasileira para inventariar os primeiros, mas devem ser inventariados no foro da situação os bens de Portugal." Apelação Cível 23.317, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, julgamento em 28 de abril de 1983.

ro de filhos existentes, aumentando o quinhão de metade até três quartos.<sup>924</sup> Quando houver herdeiros necessários, o *de cuius* só pode expressar sua vontade relativa à parcela não reservada dos bens, na forma das regras do código.

Na Itália, que modificou sua Lei de DIPr, mas continuou a adotar o critério da nacionalidade, a sucessão é regulada pela lei nacional do *de cuius* no momento de sua morte (art. 46 da Lei de DIPr, 1995). A sucessão será regulada pela lei designada, desde que não prejudique os residentes na Itália. A competência é da justiça italiana se houver bens ali situados, pelo que, com relação a

---

924 O direito francês possui uma fórmula que leva em consideração o número de filhos. Art. 913 — *Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testaments, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant; le tiers, s'il laisse deux enfants; le quart, s'il en laisse trois ou plus grand nombre; sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les enfants légitimes et les enfants naturels, hormis le cas de l'article 915.* A parcela reservada monta a 50% se o *de cuius* possui um filho; a 2/3, se houver dois filhos; e a, se forem 3 ou mais. Se não houver filhos, a parte reservada é de 50% aos ascendentes. No entanto, se os ascendentes foram apenas de uma das linhas de parentesco direto (materna ou paterna) a parte reservada cai a 25%. Art. 914 — *Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.* No direito italiano, a sucessão *causa mortis* possui inúmeras regras para os direitos reservados aos titulares da legítima, segundo estabelece o Código Civil (arts. 536 a 549). Os herdeiros titulares da legítima são os filhos legítimos, os ascendentes legítimos, os filhos naturais e o cônjuge. Segue um resumo das regras principais: filhos legítimos (ou a seus descendentes, segundo o princípio da representação): se um filho, metade do patrimônio e se dois ou mais, dois terços do patrimônio, divididos em partes iguais; ao cônjuge e aos filhos: um cônjuge, este tem usufruto sobre um terço, e o filho, um terço do patrimônio e a nua propriedade da parcela atribuída ao cônjuge; quando se tratar de um cônjuge e mais de um filho, estes ficaram com a metade, e o cônjuge sobrevivente com o usufruto de um quarto; aos ascendentes: reservado um terço do patrimônio; ao cônjuge e ascendentes; fica reservado ao cônjuge o usufruto de metade do patrimônio e aos ascendentes, um quarto. Ver o texto da lei italiana in BLASE, Antonietta di, e Andrea GIARDINA, *Diritto Internazionale Privato e Processuale — Materiali Didattici*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, e apêndice de 1995, com a lei n. 218/95.

estes, a sucessão terá que ser na Itália, sendo então aplicada sua norma de DIPr para definir a norma aplicável à sucessão.<sup>925</sup>

A utilização de uma lei estrangeira considerada mais benéfica do que a lei brasileira foi utilizada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.<sup>926</sup> Na hipótese, em uma sucessão cuja lei aplicável era a portuguesa, (último domicílio do *de cuius*) aplicouse aquela lei. Suas disposições eram mais benéficas para os filhos brasileiros (dois terços do patrimônio compunham a legítima) do que a regra da lei brasileira (só a metade).

Na decisão, esclarece o Relator que o dispositivo constitucional oferece os critérios para solucionar os conflitos surgidos da possibilidade de aplicação da lei de países distintos, devendo prevalecer aquela que for mais benéfica aos filhos e cônjuge brasileiros, utilizando-se a regra de DIPr acertadamente. Oscar Tenório<sup>927</sup> já apon-

---

925 A lei italiana de DIPr reflete as modificações mais recentes do direito de família e sucessões, em que a autonomia da vontade está invadindo novos campos, ampliando sua atuação do campo contratual para o campo dos direitos de família. Veja-se a respeito JAYME, Erik, "Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne", *Recueil de Cours*, tomo 251, 1995, p. 162, no qual o autor explica que essa é a nova tendência do DIPr, na qual o *de cuius* teria a opção de determinar a lei aplicável à sua sucessão, com a evidente limitação dos interesses de terceiros protegidos, como os dos filhos. Assim, essa autonomia seria restrita por certos direitos indisponíveis, mas já estaria presente em diversos diplomas legais recentes, como a lei canadense e a lei italiana.

926 "Inventário. Esboço de partilha. Falecido e ascendentes portugueses. Cônjuge meeira. Critério na divisão dos bens. Constituição Federal, art. 5º XXXI. Segundo o cânone constitucional que rege a *quaestio* (cf. Art. 5º XXXI) a presença de estrangeiros em sucessão *causa mortis*, exige melhor estudo para o juiz solucionar os conflitos surgidos sobre a possibilidade de aplicação da lei de países distintos. O texto em comento oferece duas soluções a prevalecer aquela que for mais favorável ao cônjuge ou aos seus filhos brasileiros (RIBEIRO BAS-TOS, Celso in *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol, p. 152). *In casu*, sendo o falecido e seus pais portugueses e a cônjuge sobrevivente brasileira aplica-se o art. 2.142 do Código Civil Português, por ser este mais favorável ao cônjuge, a qual será beneficiada com 2/3 dos bens, e os pais do falecido com 1/3." Ap. Cível 14.153/98, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Hudson Lourenço. Ementário n.17, de 20/09/99. Íntegra do acórdão com a autora.

927 TENÓRIO, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2a. ed. aumentada, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1955, p. 354.

tava para esse fato, pois entendia ser preciso fazer o confronto entre a lei pessoal do falecido e a lei brasileira toda vez que ocorressem as condições enunciadas no texto legal. Quando a lei estrangeira encontrada fosse menos favorável ao cônjuge sobrevivente e aos filhos do que a brasileira, não seria aplicável. A sucessão dos bens aqui situados é no Brasil por causa da regra de competência absoluta (art. 89, II), afastando-se a lei estrangeira pela regra brasileira, de caráter imperativo e inculpada na Constituição.<sup>928</sup>

A regra que dispõe sobre a capacidade do herdeiro para suceder (§2º, do art. 10, da LICC) pode, aparentemente, entrar em conflito com o *caput*, ou mesmo com o §1º, pois regula a qualidade de herdeiro, ou seja, a possibilidade do indivíduo ser herdeiro, ou não, dependerá da lei do seu domicílio. Esta interpretação, entretanto, está equivocada. Isso porque está dentro do âmbito de aplicação da lei da sucessão (lei do domicílio do *de cuius*) a determinação dos herdeiros, assim como a ordem de vocação hereditária. Neste sentido, o art. 10 § 2º teria aplicação unicamente nas hipóteses em que, já determinado o herdeiro — ou herdeiros, a lei do seu domicílio é que seria competente para regular sua capacidade, à semelhança do que já dispõe o art. 7º, da LICC. Em relação à sucessão, a lei do domicílio do herdeiro rege, v.g., os casos de indignidade.

O STJ decidiu um caso sobre a condição de herdeiro.<sup>929</sup> Trata-

va-se de sucessão de bens de estrangeiro, domiciliado no Brasil. Sua filha fora adotada na Espanha, e lá domiciliada, habilitou-se como herdeira necessária. A adoção, realizada na forma da lei espanhola, não concedia à filha direitos sucessórios. Afirmou o STJ que a lei aplicável à sucessão (que determinaria quem teria qualidade de herdeiro) era a lei do último domicílio do *de cuius*, no caso a lei brasileira (art. 10 da LICC). Como a lei brasileira não faz qualquer distinção entre filhos naturais e adotados, a filha adotada no Estado estrangeiro foi considerada herdeira na sucessão dos bens situados no Brasil. A lei do domicílio da herdeira só seria considerada para a questão da capacidade para receber a herança (§ 2º, do art. 10, da LICC), sendo que a capacidade para receber a herança, não se confunde com a qualidade de herdeiro.

### 16.2 O testamento com efeitos em outro país

O tema de testamentos realizado em país estrangeiro, por causa das conseqüências desse ato de vontade na esfera jurídica, deve ser visto por dois ângulos: o primeiro diz respeito à *forma do ato*, que segue as regras do local de sua elaboração (regra *locus regit actum*); o segundo diz respeito a sua *substância*, dividido-se em questões sobre a capacidade de testar no momento do ato, e às regras da sucessão. Há no DIPr uma grande discussão sobre a qualificação: se um Estado considera *forma* para outro é questão de *substância*, e abaixo segue a análise da situação no Brasil, conforme decidida pela jurisprudência.

A regra *locus regit actum*, apesar de ter sido retirada na LICC é bastante utilizada pelos tribunais, sendo de caráter consuetudinário. A polêmica com relação aos testamentos ológrafos (particulares de próprio punho) foi resolvida no caso da cantora lírica Gabriela B. Lage, em que se discutia-se a validade do testamento particular realizado na Itália e suas disposições acerca de bens imóveis situados no Brasil.<sup>930</sup>

930 Ver sobre o assunto, Ag. Inst. 18.882/66, in *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do RJ*, Ap. Cível 49.839/67, na mesma revista e R.E. 68.157, in RTJ 61, pp. 99104.

928 Ib. id. p. 354. Informa, ainda, ser o sistema brasileiro uma variante do "droit de prélevement", criado pela lei francesa de 1819.

929 STJ, Recurso Especial n. 61.434/SP, Quarta Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, por maioria, j. 17/06/1997. Direito Internacional Privado. Art. 10, §2º, da LICC. Condição de herdeiro. Capacidade de suceder. Lei aplicável. I — Capacidade para suceder não se confunde com capacidade de herdeiro. II — Esta tem a ver com a ordem da vocação hereditária que consiste no fato de pertencer a pessoa que se apresenta como herdeiro a uma das categorias quem, de um modo geral, são chamadas pela lei à sucessão, por isso haverá de ser aferida pela mesma lei competente para reger a sucessão do morto que, no Brasil, "obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto" (art. 10, *caput*, da LICC). III — Resolvida a questão prejudicial de que determinada pessoa, segundo o domicílio que tinha o *de cuius*, é herdeira, cabe examinar se a pessoa indicada é capaz ou incapaz para receber a herança, solução que é fornecida pela lei do domicílio do herdeiro (art. 10, §2º, da LICC). IV — Recurso conhecido e provido.

Gabriela Lage faleceu em Roma, onde era domiciliada, e dispôs em testamento particular sobre seus bens, entre eles imóveis, aqui situados. A competência da justiça brasileira foi determinada em face da situação dos bens. Na sucessão discutiu-se a validade do testamento, feito sem testemunhas. Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que o testamento realizado na Itália, de acordo com as normas preconizadas pelo Código Civil Italiano, era válido e deveria ser cumprido no Brasil. O testamento foi considerado válido, pois não era contrário à ordem pública brasileira testamentos particulares. As diferenças estavam nos requisitos de forma, pois o testamento particular no Brasil exigia cinco testemunhas,<sup>931</sup> enquanto na Itália podia ser escrito de próprio punho. Sendo aplicável às formalidades do ato a lei do lugar de sua realização, que não feriram a ordem pública brasileira, não poderia ser argüida a nulidade do documento em questão. Esclareceu ainda o tribunal que, em matéria de testamento, o princípio dominante é sempre de preservar-se a declaração de vontade do testador, desde respeitada a ordem pública, e não seja uma fraude à lei.

No julgamento do caso pelo STF, no recurso extraordinário, a decisão do TJRJ foi mantida. Esclareceu-se que a lei aplicável à forma do testamento deveria seguir as disposições da lei do local do ato (e não o artigo 10 da LICC, da sucessão). Não havia proibição no Brasil a testamento particular, apenas diferença nas formalidades requeridas segundo a lei italiana.<sup>932</sup> Na Itália, o testamento é

---

931 Esta é a regra do art. 1.645, II, do Código Civil de 1916. O Novo Código Civil, no art. 1.879, permite a hipótese de, em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o juiz, a seu critério, confirmar testamento particular do próprio punho, assinado pelo testador, sem testemunhas, introduzindo-se, assim, de forma limitada, o testamento ológrafo no direito brasileiro.

932 Por seu turno, o Código Civil francês dispõe que podem ser feitos três tipos de testamento: os ológrafos ou particulares, os feitos por ato público ou os cerrados (Código Civil, artigo 969). O testamento ológrafo necessita, para sua validade, ser redigido, datado e assinado, em sua totalidade, pelo próprio punho do testador, sendo estes somente os requisitos de forma exigidos. O testamento público, como no Brasil, é feito perante um tabelião. O testamento cerrado, por sua vez, é uma variação que combina elementos do testamento particular e do testamento público. O envelope cerrado é entregue ao tabelião, na presença de

regulado por lei, que também cuida da capacidade de testar, utilizando-se o critério da nacionalidade do indivíduo, no momento da feitura do ato. Mas a forma do ato respeita a lei do Estado no qual o testamento foi realizado. A jurisprudência italiana considerou válido um testamento realizado em Nova York, segundo as formalidades locais, sendo ainda a lei americana reguladora da sucessão por ser o testador nacional daquele Estado.<sup>933</sup>

---

testemunhas. Respeita-se a lei do lugar em que foi feito o testamento, para as condições de sua validade, mas a capacidade do testador é determinada pela lei de sua nacionalidade (que em caso de dupla nacionalidade será decidida em favor daquela que a França considerar como efetiva). Para a execução dos testamentos ológrafos ou particulares é necessário o seu depósito em um tabelião, que procederá às formalidades da lei para o seu cumprimento. Em caso recente, a jurisprudência francesa se manifestou a respeito de testamento realizado em Nova York, e entendeu que suas condições de validade eram determinadas pela lei do local de sua realização. *Code Civile*, op. cit., p. 21.

933 O Código Civil italiano permite o testamento ológrafo, nos mesmos moldes da lei francesa já citada, ou seja, desde que escrito de próprio punho, datado e assinado. Também são conhecidos e permitidos os testamentos públicos e os cerrados. Di BLASE, Antonietta e Andrea GIARDINA, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Milano, Dott. Giuffrè Ed., 1994, pp. 211/212.

