

No entanto, mais recentemente, o mesmo tribunal não permitiu a inclusão do nome do marido, sob o argumento de que o ato era regulamentado pela lei estrangeira (*locus regit actum*) e o registro deveria reproduzir fielmente os dados existentes no documento emitido pela autoridade competente no país estrangeiro.<sup>65</sup> Foram encontrados vários precedentes nesse sentido.

O STJ se manifesta sobre a questão relativa ao nome, em sede de homologação de sentença estrangeira, pois muitas vezes o decreto de divórcio nada menciona a respeito. Na SE 13.736,<sup>66</sup> em que a requerente pleiteava a volta ao nome de solteira, o Presidente decidiu pelo deferimento do pedido, uma vez que embora a sentença nada tenha dito a respeito, como a requerente é domiciliada no Brasil e aqui isso seria permitido, não via óbice ao deferimento do pedido. Assim a maioria dos pleitos de mudança de nome tem sido deferidos. Já na SE 10.333,<sup>67</sup> a inversão dos sobrenomes foi indeferida. Entendeu o STJ que a homologação deveria se restringir aos exatos termos da sentença, o que não impede que em sede própria a questão fosse discutida.

#### *Não expulsão de estrangeiro*

A Lei de Migração,<sup>68</sup> que substituiu o Estatuto dos Estrangeiros,<sup>69</sup> define a situação jurídica do estrangeiro no território nacional, garantindo o direito à permanência

65. Apelação Cível 1116446-75.2014.8.26.0100 (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado)

66. I. Casamento celebrado no exterior com posterior transcrição do assento no registro nacional. Pretensão de acréscimo do patronímico do cônjuge varão. Inadmissibilidade. II. Efeitos do ato regulamentado pela lei estrangeira. Incidência do princípio do *locus regit actum*. Alteração no traslado que viola o princípio da verdade registral. Inteligência do artigo 32, *caput*, e § 1º, da Lei de Registros Públicos. Precedentes desta Corte.

67. SE 13.736 (STJ, decisão monocrática, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 16.06.2015).  
 “Trecho: Logo, a qualificação dada às partes no corpo da sentença não gera efeitos de coisa julgada, pois não se trata de apreciação de pedido da parte autora. Em seqüência ressalto que é a lei do país em que domiciliada a pessoa que determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família, conforme estabelece o art. 7º da LINDB. Assim, nas hipóteses em que a sentença não tenha expressamente determinado o retorno do nome de solteiro do ex-cônjuge, mas a legislação do país onde foi proferida a sentença de divórcio o permita por meio de ato extrajudicial, cabe a requerente alterar seu nome no país onde é domiciliada, na forma da legislação local, e, apenas após tal alteração, pedir a homologação desse provimento não judicial no Brasil, nos termos do art. 216-A, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, seja em cumulação de pedidos (sentença de divórcio e alteração de nome), seja em ação específica para tal desiderato. Destaco que a parte requerente retornou a usar, de forma regular, o seu nome de solteira na Alemanha, conforme comprovam os documentos de fls. 35/38.”

68. STJ, AGF na SE 10.033 (STJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJe 14.08.2017).

69. Lei 13.445/2017, que entrou em vigor em novembro de 2017.

daquele casado com brasileiro ou que seja seu companheiro (art. 4º, III), sempre que comprovado o efetivo vínculo matrimonial no casamento ou de união estável. A nova lei nada aduz ao prazo, que antes era de mais de cinco anos. Restou manifesta a vedação a qualquer tipo de discriminação ao casal, seja este reconhecido judicial ou legalmente, o que se entende aplicar-se a casais do mesmo sexo. A Lei cuida ainda de proteger aquele que tiver filho brasileiro sob sua guarda ou dependência econômica ou socioafetiva ou que tiver pessoa brasileira sob sua tutela. Esta última situação também é uma novidade e só com o tempo poder-se-á esclarecer a sua extensão. O regulamento a que a Lei se refere, ainda não elaborado, certamente aclarará essa temática. Verifica-se que a Lei de Migração mantém forte a ideia de proteger a família e assegurar a sua união. Cessado esse vínculo, cessa também a garantia, podendo o estrangeiro ser expulso. Mas não se aplica aos casos de deportação ou de extradição.<sup>70</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>71</sup> 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>72</sup> Faz-se necessário, assim, determinar como serão admitidos esses bens, se constituem um patrimônio comum ou reservado, se e em que limites poderão ser alienados 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 de 1916 tinha por característica ser imutável. O regime legal era o da comunhão total de bens. Com a promulgação da Lei do Divórcio em 1977, passou a ser o da comunhão parcial. O Código Civil de 2002 mantém como regime legal o da comunhão parcial, mas admite sua modificação, mediante autorização judicial (art. 1.639, § 2º).

A separação das leis de regência para o casamento e para o regime de bens foi uma inovação da LINDB, pois a Introdução de 1916 estabelecia apenas a aplicação

70. Diferentemente da expulsão e da deportação, a extradição é um instituto de cooperação penal 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 na Lei de Migração. 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.

71. ROGUINI, apud ESPÍNOLA, Eduardo. Op. cit., p. 376.

72. ESPÍNOLA, Eduardo. Op. cit., p. 377. Por exemplo, quando o patrimônio é utilizado

da lei nacional da pessoa ao regime dos bens no casamento, o que gerava inúmeros conflitos quando os cônjuges tinham nacionalidade diversa. Justificada, portanto, a preocupação do legislador que acrescentou a menção ao primeiro domicílio conjugal como forma de evitar os conflitos (art. 7º, § 4º).<sup>73</sup>

O regime de bens será sempre determinado pela lei do domicílio comum, na seguinte ordem: o domicílio que já exista 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 de os nubentes terem domicílios diversos, pois esse 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>74</sup> Haroldo Valladão,<sup>75</sup> e Jacob Dolinger.<sup>76</sup> Na vigência da Introdução de 1916, 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.

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 nubentes com domicílios diversos podiam determinar um novo domicílio comum e afetar a lei aplicável ao regime de bens. No Código Civil de 2002, a escolha do domicílio comum é permitida e deve ser consensual.

O STF decidiu dessa forma quando permitiu que a declaração a respeito do domicílio comum fosse interpretada como a verdadeira escolha do casal sobre o regime aplicável ao seu patrimônio, conforme já mencionado.<sup>77</sup> Tratava-se de casal cujo casamento havia sido celebrado no Uruguai. Na ocasião do casamento, declararam ambos estarem domiciliados no Uruguai. Anos depois, quando da separação, sendo necessário determinar a lei aplicável ao regime de bens (que segundo o DIPr brasileiro seria a do domicílio comum), quis o cônjuge varão convencer o tribunal de que o Rio Grande do Sul, onde ambos então eram domiciliados, era o verdadeiro domicílio conjugal, de modo que a lei brasileira, e não a uruguaia, deveria ser aplicada à partilha de bens. 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 radicarse 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 onde permaneceram 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 Valladão, 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 têm domicílio diverso, os tribunais brasileiros sempre aplicaram a lei do primeiro domicílio conjugal. Em um agravo de instrumento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que tendo sido celebrado o casamento em país estrangeiro (local de domicílio dos nubentes e do primeiro domicílio conjugal) aplicava-se a lei desse país ao regime matrimonial de bens.<sup>78</sup> Esse acórdão reforça a ideia de que o objetivo da LINDB é o de que a lei aplicável ao regime de bens seja aquela referente ao domicílio comum da recém-inaugurada sociedade conjugal, ou seja, se antes tinham domicílios diversos, o regime seguirá aquele domicílio com que se inicia o casamento. Essa orientação também encontrou eco no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.<sup>79</sup>

Com o Código Civil de 2002, e a determinação de que o domicílio conjugal deve ser estabelecido de comum acordo, a autonomia da vontade conferida aos cônjuges não se harmoniza com a regra do domicílio do chefe de família que se estende ao outro cônjuge, prevista no art. 7º, § 7º, da LINDB. O dispositivo da LINDB 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.

A ausência de modificação da LINDB e seu convívio com o Código Civil de 2002 é prejudicial. Deve-se respeitar a autonomia da vontade para estabelecimento

73. Art. 7º, § 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".

74. SERPA LOPES, *Comentários*, cit., p. 115.

75. VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional*, cit., p. 93.

76. DOLINGER, Jacob. *Direito civil*, cit., p. 170 e ss.

77. RE 86.787 (STF rel. Min. Leição de Abreu, j. 20.10.1978).

78. Agravo de Instrumento 87.722-4 (TJSP rel. Des. Ernani de Paiva, j. 03.09.1998).

79. Agravo de instrumento 1987.002.1157 (TJRJ, rel. Des. Peçegueiro do Amaral, j. 23.02.1988). No mesmo sentido, veja-se também Apelação Cível 10906/99 (TJRJ, rel. Des. Nagib Slaibi Filho, j. 02.12.1999). O Projeto de Lei 4.905/1995, elaborado para substituir a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, e que acabou por não ser convertido em lei, optava por reger sempre o regime de bens pela lei do primeiro domicílio conjugal.

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 o transferiram por ocasião do casamento.

*A (i) mutabilidade do regime de bens*

No direito brasileiro, sempre vigiu o princípio da imutabilidade do regime de bens. Salvo pela hipótese do § 5º do art. 7º da LINDB, <sup>80</sup> não era permitido aos cônjuges alterar o regime de bens escolhido ou modificar o pacto antenupcial celebrado após o 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 (LINDB), a STF decidiu em favor da imutabilidade do regime e da a ele lei aplicável. <sup>81</sup>

A única exceção à imutabilidade era a que permitia ao estrangeiro, no momento de sua naturalização e mediante expressa anuência de seu cônjuge, proceder à mudança do regime, para o regime legal brasileiro (de comunhão parcial, art. 7º, § 5º da LINDB). 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 1916, quando o estatuto pessoal era regido pela lei da nacionalidade. <sup>82</sup>

O Código Civil de 2002 inovou consideravelmente ao estabelecer de maneira expressa a possibilidade de se alterar o regime matrimonial, mediante procedimento de jurisdição voluntária, com a participação obrigatória do Ministério Público. <sup>83</sup> Exige-se, para tanto, manifestação de vontade de ambos os cônjuges e a exposição dos fundamentos pelos quais assim desejam proceder. A guarida judicial tem por finalidade apurar se a alteração pretendida prejudicará direitos de terceiros.

Autorizada a alteração do regime de bens, será necessário dar-lhe publicidade mediante averbação (i) à margem da certidão de casamento, lavrada no cartório de registro civil de pessoas naturais competente e (ii) em livro especial no Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

As consequências da inovação trazida pelo Código Civil de 2002 para o DIPr não podem ser menosprezadas, pois possibilitam a substituição da lei aplicável

no regime de bens da época do casamento pela lei brasileira, mesmo quando a lei estrangeira inicialmente aplicável estabelecer a sua imutabilidade. <sup>84</sup>

Com efeito, há que se ter em mente tratar a LINDB de normativo editado no ano de 1942, quando ainda vigorava no Brasil o Código Civil de 1916 e, com ele, o princípio da imutabilidade do regime de bens. Assim, a redação do § 4º do art. 7º não contempla a influência de mudanças posteriores de domicílio na determinação da lei aplicável pelo simples fato de não se conceber qualquer alteração no regime de bens. <sup>85</sup> O único domicílio relevante só poderia ser, então, aquele mantido pelos nubentes à época do casamento ou, se diverso, o primeiro do casal. <sup>86</sup>

A inovação trazida pelo Código Civil de 2002 põe por terra a interpretação calcada na imutabilidade do regime matrimonial e aproxima o instituto do regime de bens das demais questões de direito de família, para quais a LINDB determina no caput do art. 7º ser aplicável a lei do domicílio. Seria incoerente admitir-se que as questões de direito de família sejam reguladas pela lei do atual domicílio dos cônjuges, excetuado o regime de bens, ao qual restaria permanecer para sempre vinculado a um domicílio sem qualquer relação com as partes ou com seus bens.

Outra questão importante diz respeito à necessidade ou não da comprovação do regime aplicável aos bens do casal. Há precedentes judiciais pela desnecessidade da prova do regime de bens em casos de transcrição de assento de casamento

84. 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 facultade prevista no art. 1.639, § 2º, do Código Civil.

85. "A lei do país em que tiverem os nubentes domicílio conjugal determina o regime de bens. Não precisava o § 4º do artigo 7º o domicílio conjugal. Seria o domicílio conjugal originário? Seria o atual domicílio dos cônjuges? Tudo parecia indicar que o legislador queria referir-se ao primeiro domicílio conjugal, ao que os cônjuges escolheram de comum acordo. A prevalecer o critério do domicílio conjugal, seria ferido de morte o preceito da imutabilidade do regime de bens no casamento. (...) O domicílio dos nubentes é aquele do momento da celebração, não produzindo efeitos, em relação ao regime matrimonial de bens, domicílio anterior nem domicílio posterior. A interpretação se apoia principalmente no direito interno brasileiro, que proclama a imutabilidade do regime matrimonial e, ainda, nos princípios de direito internacional privado" (TENORIO, Oscar. *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 275-276; 279).

86. "A questão do regime de bens, no domínio do conflito interestadual, sempre foi ferida em dificuldades. (...) Como primeiro postulado, estabelece o domicílio dos nubentes e não o domicílio conjugal. O domicílio dos nubentes é o que os cônjuges houverem tido até o momento do casamento, podendo coincidir, mas não podendo ser o domicílio conjugal. Somente no caso de divergirem os domicílios é então que se deverá recorrer ao domicílio conjugal" (SERPA LOPES, Miguel Maria. *Comentário teórico e prático da Lei de Introdução ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Jurídica Editora, 1944, v. II

80. Art. 7º, § 5º: "O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitadas os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro".

81. RE 19.686 (STF, 1ª Turma, rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 23.04.1954).

82. RE 74.934 (STF, 1ª Turma, rel. Min. Eloy da Rocha, DJ 12.09.1977).

83. Assim é a redação do art. 1.639, § 2º: "É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência

realizado no estrangeiro.<sup>87</sup> 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 antenuptiais*

Quando os nubentes decidem estabelecer, através de um pacto antenuptial, o regime de bens de seu matrimônio, diverso do legal, surgem alguns problemas relacionados ao direito internacional privado, se esse ato for praticado no exterior. Não há distinção na lei (art. 7º, § 4º, da LINDB) 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. Se o domicílio comum ou o primeiro domicílio conjugal for no Brasil, a lei aplicável ao pacto será a brasileira.

O pacto é um acordo de vontades de caráter obrigacional, cuja validade fica sujeita ao art. 9º da LINDB, sem prejuízo do 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. Para Caio Mário,<sup>88</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 a necessidade de atender aos requisitos formais da lei brasileira<sup>89</sup> 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>90</sup> Serpa Lopes entendia não haver dúvida de que prevalece, quanto à forma, a regra *locus*.<sup>91</sup> Quando o pacto é celebrado no exterior, é dispensada a observância da forma essencial da lei brasileira, qual seja, a forma pública.<sup>92</sup>

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 antenuptial nos registros dos imóveis ou outros direitos reais pertencentes aos cônjuges, por ser requisito essencial de publicidade.<sup>93</sup> A ausência do registro e o consequente desconhecimento da existência do pacto antenuptial 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 essa 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>94</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, esta espelha as características de culturas diversas. Há grandes variações no que diz respeito à proteção da família entre os países que adotam a comunhão total, parcial ou a separação de bens como regime legal. Tais variações remontam às diferenças entre os sistemas jurídicos de origem romana ou germânica – no primeiro, o sistema era de separação total e

90. Nesse sentido, ver Oscar Tenório, ao esclarecer que os elementos extrínsecos dos pactos antenuptiais 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...* cit., p. 276).

91. SERPA LOPES, M. M. *Lei de Introdução...* cit., p. 119.

92. O pacto não se diferencia dos demais documentos estrangeiros, e, portanto, é necessário proceder-se à sua legalização e tradução pública juramentada, e posterior registro em Registro de Títulos e Documentos, em atendimento ao requisito da publicidade do ato.

93. 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 antenuptiais e do regime de bens diversos do legal, nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento”.

94. O Código Civil possui quatro modalidades de regime de bens: a comunhão parcial, que é o regime legal, a comunhão universal, antigo regime legal até 1977, a separação de

87. O Tribunal de Justiça do Estado 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, em alusão ao art. 7º § 5º, da LINDB. A decisão respeitou as peculiaridades da lei estrangeira sem pretender adaptá-la ao sistema brasileiro (AC 162367, rel. Weiss de Andrade, j. 22.10.1993).

88. SILVA PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil...* cit., p. 122.

89. No Código Civil: Art. 261. “As convenções antenuptiais não terão efeito para com terceiros senão depois de inscritas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges (art. 256)” (Código Civil de 1916). E ainda: Art. 1.653. “É nulo o pacto antenuptial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”. E Art. 1.657. “As convenções antenuptiais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do

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 rimo longamente usado*, desde as ordenações alfonsinas, 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, dentre os quais podemos citar o tradicional costume espanhol da *sociedad de los gananciales*, que compreende a comunhão apenas dos bens adquiridos durante o casamento, título oneroso, e que foi adotado nos códigos civis dos países hispano-americanos.<sup>95</sup>

Na época em que o tema era regido no Brasil pelo critério da nacionalidade, tivemos inúmeros casos de imigrantes, cuja lei aplicável era 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 da então vigente 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 estrangeira 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, por meio da Súmula 377, que dispôs serem comunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento, apesar de o regime legal ser o da separação.

A regra consolidou-se pela comunhão dos aquestos para os bens adquiridos pelo esforço comum e situados no Brasil, tanto no divórcio, quanto na sucessão, quando a lei estrangeira designar a separação de bens. O STJ no REsp 123.633<sup>96</sup> profereu decisão em que retomou a discussão do regime de bens em um caso internacional. Tratava-se de um inventário de bens do cônjuge varão onde se discutia se os bens que estavam em nome da esposa do falecido deveriam ou não integrar o monte.

Segundo consta do relatório do caso, o segundo casamento do *de cuius* foi realizado na Áustria em 1951, onde residia na época. O casamento foi realizado sem pacto antenupcial, sendo o regime legal de bens naquele país o da separação

Após três anos de casamento, o *de cuius* e a mulher fixaram domicílio no Brasil, onde conviveram por quatro décadas, adquirindo diversos bens, sempre no nome próprio de cada um.

Por ocasião do falecimento do marido, a filha deste, do primeiro casamento, quis trazer à colação os bens da viúva, segunda esposa, ao argumento de que houve comunicação dos aquestos, apesar de o regime de bens do casamento ser o da separação total. O juiz de primeiro grau indeferiu o pedido, mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao agravo para incluir no inventário todos os bens da viúva.

O recurso especial interposto pela segunda esposa foi aceito para discutir a contrariedade da sentença de primeiro grau ao art. 7º, § 4º, da LINDB e ao art. 259 do Código Civil de 1916, em cotejo com a Súmula 377 do STF, que assim dispõe: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

O Ministro Luis Felipe Salomão, em voto cuidadosamente elaborado, discutiu questões pertinentes do Direito Internacional Privado, até então pouco aprofundadas. A primeira questão dizia respeito à aplicação da regra de conexão do art. 7º, § 4º, da LINDB para estabelecer a regência do regime de bens pela lei austríaca, por ser a lei do domicílio comum dos nubentes no momento do casamento. No caso da Áustria, a regra geral exige que qualquer previsão de comunicação dos bens do casal decorra de contrato especial, vale dizer, por pacto formal. Não havendo pacto, o regime de bens era o regime legal austríaco da separação.

A segunda questão dizia respeito à existência de algum impedimento à aplicação do direito estrangeiro. Na exegese do DIPr, a lei austríaca não poderia ser aplicada se fosse contrária à ordem pública brasileira, por força do art. 17 da LINDB.

Com relação a esse ponto, o Min. Salomão empregou a fórmula de adequação da norma de DIPr com o atual direito constitucional brasileiro, que possui normas de proteção à unidade familiar que não podem ser desprezadas. Dessa forma, aplicou ao caso concreto a Súmula 377 do STF, sob uma nova ótica, a de que embora seja necessário amenizar o rigor da norma da separação e reconhecer a comunhão dos aquestos provenientes do esforço comum dos cônjuges, esse esforço não pode mais ser presumido, visto que outras variantes podem ter um peso significativo na construção do patrimonial conjugal. Por isso, esclarece que é necessário comprovar o esforço comum, caso a caso, antes de se afastar a aplicação do direito estrangeiro em prol da comunicação dos aquestos.

Temos, assim, que o método conflitual não deixou de ser aplicado, mas o foi a partir de uma ótica contemporânea de respeito aos valores adotados pela Constituição de 1988. O voto, com muita precisão, aponta para a necessidade de se fazer a ponderação entre o esforço comum e o enriquecimento sem causa que

<sup>95</sup> Haroldo Valladão, *Las Sociedades de Gananciales*, De los orígenes de las sociedades de gananciales, final 1900.

A decisão do STJ tomou o cuidado de remeter a questão às vias ordinárias, pois há que ser feita a prova minuciosa do alegado esforço comum. Os embargos de declaração ainda esclareceram que a prova caberia à filha do *de cuius*, em face da regra do ônus da prova.

Numa concepção moderna do DIPr, o respeito à ordem pública na aplicação do direito estrangeiro implica na verificação dos valores em jogo no caso concreto, como forma de adequar a norma estrangeira ao nosso ordenamento. No REsp 123.633, o STJ entendeu que o esforço comum precisaria ser comprovado no caso concreto, sob pena de vir a gerar uma situação de enriquecimento sem causa em benefício de um único herdeiro. Cumpre observar que as duas decisões – a do STJ de 1975 e a do STJ de 2009 – dizem respeito a casos em que o regime da separação total de bens decorria do regime legal da lei estrangeira e não da vontade das partes. Em nenhum dos dois casos havia pacto antenupcial.

Pela decisão do STJ, fica claro que a noção de ordem pública no direito brasileiro privilegia o esforço comum em detrimento da regra rígida da separação de bens, quando esta não resulta de uma manifestação expressa da vontade das partes, como é o caso de um regime legal. O respeito à ordem pública exige do julgador a utilização da técnica de ponderação de valores, no caso a proteção dos bens da família, de um lado, e a proibição de enriquecimento sem causa, de outro, para determinar como se aplicaria o princípio da ordem pública nesse caso concreto. Sain-se da lógica matemática que sempre regeu o DIPr, para uma noção de ordem pública que não descarta do resultado obtido e das situações individuais que devem ser protegidas.

No campo do Direito Internacional Privado, um dos debates contemporâneos que assume um papel inovador é o da extensão da autonomia da vontade da área das obrigações para a área de direito de família. Para Erik Jayme,<sup>97</sup> a liberdade do indivíduo, o seu direito à plena expressão de sua personalidade, também compreendem a esfera econômica. Nesse sentido, a Convenção da Haia sobre a lei aplicável aos regimes matrimoniais, de 1978, permite a autonomia da vontade, e uma vez exercida, essa autonomia deve ser respeitada. No entanto, para que haja um verdadeiro exercício da autonomia pelas partes, é preciso que isso ocorra de forma expressa. Daí porque é necessário distinguir, na seara de regime de bens, o regime legal do convencional. É que no primeiro caso não é possível ter ciência do grau de consciência dos nubentes, enquanto que no segundo ele é evidente.

#### *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 patrimônio do cônjuge brasileiro.

A Constituição Federal, em seu art. 190,<sup>98</sup> remete à legislação infraconstitucional 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 74.965/1974.

Havia dúvida sobre a aplicação dessa legislação ao patrimônio comum do casal, já que a regulamentação exigia prévia autorização para aquisição de imóveis rurais e impunha limites máximos por município. O STJ se pronunciou a respeito, em um mandado de segurança<sup>99</sup> impetrado 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 que passará a integrar o patrimônio comum dos cônjuges. Esclareceu que a Lei 5.709/1971 foi recepcionada pela Constituição e regulamentada no art. 23, § 1º, da Lei 8.629/1993. A interpretação do art. 190 da Constituição Federal, 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>100</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 aqueles em que, pelo regime de bens do casamento, o imóvel adquirido for considerado propriedade comum de um casal em que um dos cônjuges seja estrangeiro.

#### *A qualidade de herdeiro do cônjuge sobrevivente*

A tradição brasileira sempre foi no sentido de não considerar o 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, a comunhão de aquestos já era expressiva – embora não houvesse garantia da existência de patrimônio a dividir com o cônjuge sobrevivente, especialmente quando o patrimônio era formado por

97. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne. Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague: Martinus

98. Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

99. RMS 5.831 (STJ, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, DJ 22.04.1997).

bens havidos por herança do *de cuius*. O Código Civil de 2002 operou significativa mudança: o cônjuge supérstite concorre com os descendentes na sucessão legítima, em alguns casos.<sup>101</sup>

Para o DIPr, embora a LINDB não qualifique o cônjuge sobrevivente como herdeiro – como faz o Código Civil –, havia casos em que isso poderia decorrer da regra de conexão, ao determinar a aplicação da norma estrangeira à sucessão (art. 10 da LINDB).<sup>102</sup> No curso 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 art. 1.131, I, do então vigente CPC de 1973 dispunha que seriam 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. 10 da LINDB), 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, 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.

101. 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 II) 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 ascendente em primeiro grau, o cônjuge tocará 1/3 (um terço) da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau.

## 15.2. A dissolução do casamento

De acordo com o disposto no Código Civil, o casamento pode dissolver-se por quatro motivos: nulidade ou anulação, separação judicial, divórcio ou morte de um dos cônjuges. Cada um desses motivos tem uma repercussão diferente para o DIPr.

No que diz respeito à anulação proposta no Brasil, a LINDB contém dispositivo especial a respeito, o art. 7º, § 3º. Repetindo o sistema do regime de bens, manda aplicar a lei do domicílio dos nubentes ou, sendo diverso esse domicílio, a lei do primeiro domicílio conjugal. O STF cuidou do tema em várias eras, e não há notícia de casos mais recentes no STJ. Ao negar homologação a uma sentença estrangeira anulatória de casamento, o STF declarou que o dispositivo da LINDB 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>103</sup>

Haroldo Valladão<sup>104</sup> classifica esse mesmo artigo como sendo 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 delitos da celebração, tais como infração aos impedimentos, uma lei diferente daquela que regu 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, nesse caso, os prazos prescricionais da lei domiciliar.

A dissolução do casamento apresenta duas hipóteses com repercussões no DIPr: divórcio realizado no Brasil de casamento realizado no exterior,<sup>105</sup> e os efeitos de divórcios realizados 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 à incidência do art. 7º, § 5º, da LINDB para determinação do regime de bens.

Se o divórcio ocorreu no exterior, a produção de efeitos no Brasil dependerá de sua homologação no STJ. A LINDB, no parágrafo único do art. 15, dispensava

101) SE 2.085 (STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Luiz Gallotti, DJ 10.11.1972). Para mais comentários sobre este acórdão, veja-se DOLLINGER, Jacob, *Direito civil...*, cit., p. 80 e ss.

104) VALLADÃO, Haroldo, *Direito internacional...*, cit., p. 133.

105) Não confundamos do divórcio anterior a 1977, quando vigia a antiga introdução ao Código Civil, com o efeito da nacionalidade. Para um estudo aprofundado desse tema,