

Um privilégio de nacionalidade: O Direito Internacional Privado na Constituição brasileira

ANNA MARIA VILLELA
Professora na Universidade de Brasília e
no Instituto Rio Branco.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I — A ORIGEM DO PRINCÍPIO DO ART. 153, § 33

1 — O Direito Estrangeiro

1.1 — O Direito francês

1.1.1 — Os direitos de albinágio e de detração

1.1.2 — A lei de 14 de julho de 1819

1.2 — Outros sistemas jurídicos

1.2.1 — Países latino-americanos

1.2.1.1 — O Código Civil chileno

1.2.1.2 — O Código Civil argentino

1.2.1.3 — Outros códigos latino-americanos

1.2.2 — Países europeus

2 — O Direito brasileiro

2.1 — O princípio na lei ordinária

2.1.1 — A antiga Introdução ao Código Civil

2.1.2 — A Lei de Introdução de 1942

2.2 — O princípio nas Constituições

2.2.1 — A Constituição de 1934

2.2.2 — A Constituição de 1946

2.2.3 — A Constituição de 1967

2.2.4 — Texto constitucional vigente

II — A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTIDO NO ARTIGO 153, § 33

1 — A extensão por força da compreensão do princípio constitucional

1.1 — A jurisprudência

1.1.1 — Um caso recentemente decidido

2 — O anteprojeto de Haroldo Valladão

2.1 — O princípio constitucional

2.2 — A extensão do princípio

2.3 — Justificação do princípio na doutrina

2.4 — Os opositores do princípio

CONCLUSÕES

INTRODUÇÃO

Seguindo os ensinamentos de AMÍLCAR DE CASTRO, nosso primeiro e inesquecível Professor de Direito Internacional Privado, delimitaremos, voluntariamente, o objeto de nossa análise, neste trabalho. Aqui não cogitaremos de problemas ligados aos conflitos de jurisdição, à nacionalidade, à condição dos estrangeiros ou a qualquer outra subdivisão do que se convencionou chamar “Direito Internacional Privado *lato sensu*”, constantemente objeto de estudo em obras de internacionalistas latino-americanos. Nosso escopo exclusivo é a pesquisa, em nossa Lei Magna, de tudo o que diz respeito à solução dos denominados “conflitos de leis”, ou, na expressão mais feliz, utilizada pelo Mestre citado, “fatos anormais” (1).

Será por nós focalizado, portanto, apenas um parágrafo de um dos artigos de nossa Constituição atual, a saber, o § 33 do art. 153, assim enunciado:

“Art. 153 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 33 — A sucessão de bens de estrangeiros situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos

(1) AMÍLCAR DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 2ª ed., Forense, Rio, 1968, vol. 1, p. 60: “Repondo as coisas em seus devidos lugares, o que se deve dizer é que objeto do Direito Internacional Privado é única e exclusivamente organizar direito adequado à apreciação de fatos anormais ou fatos em relação com duas ou mais jurisdições, sejam pertinentes ao forum, ou ocorridos no estrangeiro.”

brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.”

Uma leitura superficial deste parágrafo constitucional evidencia a sua vinculação aos “conflitos de leis”, o que faz dele, na concepção restritiva que adotamos, a única regra de Direito Internacional Privado constante de nossas Constituições, e de maneira ininterrupta, desde 1934.

A delimitação do âmbito de nossa pesquisa não a tornará, pensamos, desprovida de valor ou interesse. Ao contrário, usando do método histórico-comparativo, desejamos aprofundá-la de maneira a mostrar que o preceito de nossa Constituição atual (Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969) não representa nenhuma novidade jurídica e faz parte de nossos costumes diplomáticos, desde as primeiras convenções consulares realizadas entre o Brasil e os países amigos, ao comércio dos quais nossos portos tinham sido abertos desde 1808.

Eis por que a primeira parte deste estudo será dedicada à origem do princípio expresso em nossa Constituição atual. Examinaremos sua existência no estrangeiro, assim como sua evolução em nossa legislação.

Em uma segunda parte, tentaremos mostrar como o princípio vem sendo entendido, tanto na prática dos tribunais, quanto em movimentos legislativos, que projetam a reformulação de nossa ordem jurídica.

E, assim fazendo, procuramos viver as palavras de IHERING:

“O homem que pensa, que medita, encontrará sempre, no domínio do Direito, o fim de cada uma de suas instituições. A procura deste fim constitui o objetivo mais elevado da Ciência do Direito, tanto do ponto de vista de sua Dogmática, quanto de sua História” (2).

I — A ORIGEM DO PRINCÍPIO DO ART. 153, § 33

A regra brasileira, embora possua conotações próprias, não representa criação indígena. Outros países traçam privilégios e vantagens sucessórias para os seus nacionais. Contudo, é costume de nossos autores, e isto a partir do primeiro *Tratado de Direito Internacional Privado*, editado no Brasil (3), a referência a uma lei francesa, de 1819, como fonte de nossa regra similar.

1 — O Direito estrangeiro

Faremos observações sobre alguns sistemas jurídicos estrangeiros, iniciando nossa enumeração pelo sistema francês, em razão de ter sido este o descobridor do preceito, que estudamos, instituindo o *droit de prélèvement*.

(2) RUDOLF VON IHERING, *L'Evolution du Droit (Zweck in Recht)*, traduzido em francês, da 3.ª ed. alemã, por O. Meulenaere, Paris, Marescq Ainé, 1901, p. 291.

(3) JOSÉ e ANTÔNIO PIMENTA BUENO, *Direito Internacional Privado e Aplicação de seus Princípios com Referência às Leis Particulares do Brasil*, Rio, Typ. Villeneuve, 1863, p. 77.

1.1 – O Direito francês

Como veremos, o direito de *prélèvement* é o sucedâneo de duas instituições iníquas que existiram na França feudal, mas que a Península Ibérica não conheceu (4), isto é, o direito de albinágio (*ius albinagii*) e o direito de detração (*ius detractiois*).

1.1.1 – Os direitos de albinágio e de detração

Embora as explicações sejam inúmeras entre os internacionalistas franceses, basta abrir a *Encyclopédia Larousse* para se ter uma idéia do que eram essas duas instituições:

“Albinágio (*aubaine*), (rad. *aubain*) (5) – Direito em virtude do qual a sucessão de um estrangeiro não naturalizado era atribuída ou ao senhor do lugar ou ao rei. O direito de albinágio pertenceu primeiro aos senhores, tornou-se, a partir do século XVI, salvo em alguns costumes, um direito real. Ao rei foi devolvida a sucessão dos *aubains* mortos sem posteridade. Igualmente aconteceu quanto aos franceses, que deixavam sua Pátria. Desde o século XV, começou-se a fazer com os governos estrangeiros convenções para abolir reciprocamente o direito de albinágio entre os franceses e os nacionais desses países.

O direito de albinágio foi substituído por um *prélèvement* sobre os bens do “*aubain*” morto (direito de detração). Em seguida, isentos ficaram do direito de albinágio os estrangeiros naturalizados. O rei concedeu títulos de naturalização. O direito de albinágio foi abolido pela Assembléia Constituinte, e esta abolição estendida por ela a todas as colônias francesas.”

É interessante notar que, ao mesmo tempo em que a França abolia esses resquícios de feudalismo, outros países mantinham privilégios análogos, que desfavoreciam franceses domiciliados no estrangeiro.

Não surpreende, portanto, o fato de, em 1804, quando do Código Civil, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade se encontrarem amortecidos, e os artigos do Código Napoleão voltarem a considerar o estrangeiro como um “homem de mão morta”, isto é, incapaz de receber ou transmitir por sucessão legítima ou testamentária. Para usar uma expressão eloqüente dos irmãos Mazcaud, a França havia compreendido, então, que, ao abolir antigos preconceitos, nada mais fizera senão um *marché de dupe* (6) e restabeleceu princípios menos liberais, relativamente ao estrangeiro, exigindo reciprocidade para melhorar-lhe a sorte.

(4) LUIZ VIANA FILHO, *A Lei Reguladora da Sucessão “Ab-Intestato” no Direito Internacional Privado*, Bahia, Liv. e Tip. do Comércio, 1930, p. 58.

(5) *AUBAIN*. n.m. (do baixo latim: *albanus*, de *alibi*, alhures).

(6) HENRI, LÉON ET JEAN MAZEAUD, *Leçons de Droit Civil*, t. IV, vol. II, Ed. Montchrestien, Paris, mise à jour 1969, n° 713, p. 50.

Em 1819, porém, uma lei de 14 de julho aboliu, definitivamente, o direito de albinágio, mas não sem lançar as bases de uma nova discriminação entre nacionais e estrangeiros, a saber, o direito de *prélèvement*, que perdura até hoje, embora unanimemente criticado pela Doutrina e paradoxalmente recebendo aplicação extensiva pela Jurisprudência e a aquiescência da Comissão de Reforma do Código Civil, que o mantém, embora com alterações (7).

1.1.2 – A lei de 14 de julho de 1819

A lei que banuiu do Código Civil francês seus arts. 726 e 912, que negavam capacidade sucessória ativa e passiva ao estrangeiro, trouxe em contrapartida uma regra discutível em seu art. 2º Eí-lo;

“Art. 2º – Nos casos de partilha de uma mesma sucessão entre co-herdeiros estrangeiros e franceses, estes *prélèveront* sobre os bens situados em França uma porção igual ao valor dos bens situados em país estrangeiro dos quais seriam excluídos, por algum título, em virtude de leis e costumes locais.”

Arcaico e exorbitante, manco e injusto, são adjetivos que a Doutrina atribui ao princípio do art. 2º (8), que estudamos, porque este, através de um “processo de *repêchage*, bastante torto e ilógico” (9), inverte o centro de gravidade da sucessão, que deve ser representado pelo *de cuius*, “fonte do fato sucessoral e titular dos bens transmitidos” para levar à aplicação, por motivos políticos e unilaterais, da lei pessoal do herdeiro, pelo simples fato de ser este francês.

A Jurisprudência, entretanto, bascada no “espírito” desta lei, editada pela Restauração num momento em que queria atrair para a França capitais estrangeiros, vai além de sua “letra”, liberal apenas por motivos de conveniência. E faz obra pretoriana, rica em exemplos surpreendentes.

O Professor BATIFFOL mostra como uma interpretação extensiva da Jurisprudência transformou o direito de *prélèvement* em verdadeira regra de conflito de leis, pela qual todo francês chamado a uma sucessão pode reclamar, sobre os bens situados em França, a parte que lhe daria a lei francesa, qualquer

(7) V. PAUL LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Droit International Privé*, Précis Dalloz, 8ª ed. Por Yvon Loussouarn, Paris, Dalloz, 1962, p. 614: “Estamos em presença de uma instituição exorbitante, arcaica, que foi, contudo, mantida (com algumas modificações, é verdade), pelo art. 87 do Anteprojeto de Código Civil: “Quando uma sucessão comporta bens situados em França e em país estrangeiro, mas que, sobre estes últimos, um dos co-herdeiros franceses tenha sido prejudicado, em razão apenas de sua qualidade de herdeiro, pode ele *prélèver*, antecipando-se a qualquer repartição dos móveis e imóveis situados em França, uma parte equivalente àquela de que se viu privado”.

(8) V. nota precedente.

Ainda: HENRI PETITJEAN, *Fondements et Mécanisme de la Transmission Successorale en Droit Français et en Droit Anglais. Etude de Droit Comparé et de Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 1969, p. 363.

Também: HENRI BATIFFOL, *Droit International Privé*, 5ª ed., com o concurso de PAUL LAGARDE, t. II, Paris, LGDJ., 1971, p. 322.

(9) HENRI PETITJEAN, *op. cit.*, pp. 383, 384 e 386.

que seja a lei competente ⁽¹⁰⁾. Mostra-nos também que, se pelo lado ativo, só os franceses podem *prélever*, pelo lado passivo sofrem este *prélèvement* não apenas os estrangeiros, visto que o fenômeno pode existir mesmo em se tratando apenas de co-herdeiros franceses. Segundo o Professor BATIFFOL, “esta solução surpreende visto que o texto devia originariamente proteger os franceses contra os estrangeiros, e que sua letra diz respeito ao “caso de partilha de uma mesma sucessão entre co-herdeiros estrangeiros e franceses”, contudo, ela resulta de um *a fortiori* inelutável: se se admite que a lei de 1819 confere a todo francês o benefício da vocação sucessoral francesa, porque lha recusar nas suas relações com um outro francês?” ⁽¹¹⁾.

Sabe-se que a França aplica, em matéria de sucessões “anormais”, a *lex rei sitae* apenas aos imóveis, deixando os móveis regidos pela lei domiciliar. E, contudo, os juízes decidem, também, que “o *prélèvement* pode se exercer sobre os móveis que se encontram em França, tanto quanto sobre os imóveis, ainda que o defunto, sendo estrangeiro, domiciliado fora da França, sua sucessão mobiliária devesse ser regida pela lei de seu domicílio” ⁽¹²⁾.

O exposto basta para demonstrar a atitude característica da França, em matéria de Direito Internacional Privado, que é sempre no sentido de, mesmo adotando o personalismo, atrair para o domínio da lei francesa a solução de todos os fatos anormais.

É, contudo, interessante observar que países outros, e sobretudo da América Latina, que sempre se pautaram por idéias generosas e liberais neste domínio, também se deixaram influenciar pelo precedente europeu.

1.2 — Outros sistemas jurídicos

Para mostrar que alguns países da América Latina se basearam no Direito francês, adotando a regra do *prélèvement*, que traduziram por “adjucação”, basta citar alguns artigos de seus Códigos Civis.

1.2.1 — Países latino-americanos

Não nos tendo sido possível compulsar diretamente todas as leis a que nos referiremos, informamos que nos valcemos, para ter uma noção do problema, do excelente *Material de Classe* ⁽¹³⁾ do Professor HAROLDO VALLADÃO.

1.2.1.1 — O Código Civil chileno

O Código de ANDRÉS BELLO, em 1855, adotou como princípio regulador das sucessões “anormais” a lei do domicílio do *de cuius* (art. 955), mas

(10) HENRI BATIFFOL, *op. cit.*, p. 319.

(11) Idem a propósito de uma decisão da Corte de Cassação, Seção civil, de 27 de março de 1868, publicada em D.P. 68.1.302. Idem Req. 10 de maio de 1937. D.H. 1937, 329.

(12) Civ. 29-12-1856. D.P. 56.1.471. — Paris. 14-7-1871. conclusão do Advogado Geral Aubépin, D.P. 1872.2.65.

(13) HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado — Material de classe*, Rio, Freitas Bastos, 4ª ed. 1969.

em seu art. 998 ressalva para os chilenos alguns privilégios de adjudicatários (14):

“Art. 998 – Na sucessão *ab-intestato* de um estrangeiro que faleça dentro ou fora do território da República, terao os chilenos, a título de herança, de porção conjugal ou de alimentos, os mesmos direitos que, segundo as leis chilenas, lhes corresponderiam sobre a sucessão intestada de um chileno. Os chilenos interessados poderão pedir que se lhes adjudique nos bens do estrangeiro existentes no Chile tudo o que lhes corresponda na sucessão do estrangeiro. O mesmo se aplicará, caso necessário, à sucessão de um chileno que deixa bens em país estrangeiro.”

1.2.1.2 – O Código Civil argentino

Se ANDRÉS BELLO foi além do modelo inspirador, VELEZ SANSFIELD se manterá fiel à letra da lei francesa de 1819. O art. 3.470 do Código Civil argentino, que não seguia FREITAS, nem STORY, diz o seguinte (15):

“Art. 3.470 – No caso de divisão de uma mesma sucessão entre herdeiros estrangeiros e argentinos, ou estrangeiros domiciliados no Estado, estes últimos tomarão, dos bens situados na República, uma porção igual ao valor dos bens situados em país estrangeiro de que eles fossem excluídos por algum título, em virtude de leis ou costumes locais.”

1.2.1.3 – Outros códigos latino-americanos

O Professor HAROLDO VALLADÃO afirma que regra semelhante (16) existe em outros países da América Latina, a saber: Honduras, El Salvador, Colômbia, Nicarágua, Peru, Equador, além de constar também de um recente projeto venezuelano de 1963.

1.2.2 – Países europeus

Segundo o testemunho do Prof. VALLADÃO, o preceito existe igualmente na Europa, e não apenas em França. Existiria na Holanda, na Bélgica, na Áustria, no Lichtenstein e na Alemanha.

Não tivemos presentes, para este estudo, as leis a que se refere o eminente internacionalista, a não ser a *Einführungsgesetz* alemã, por ele inserida em seu *Material de Classe* (17).

Gostaríamos de fazer referência a esta Lei de Introdução ao B.G.B. porque ela pareceu-nos bem menos categórica ao beneficiar os súditos alemães e, a

(14) Idem, pp. 172 e 173.

(15) Idem, p. 180.

(16) HAROLDO VALLADÃO, *Justificação dos Textos do Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas*, Rio, 1964, Imprensa Nacional, p. 104.

(17) HAROLDO VALLADÃO, *Material de Classe*, pp. 199/200.

Idem, “Unidade ou pluralidade da sucessão e do inventário e partilha no Direito Internacional Privado”, *Revista dos Tribunais*, nº 204, out. 1952, p. 5.

tal ponto que, se HAROLDO VALLADÃO e ADROALDO COSTA ⁽¹⁸⁾ a citam para justificar o preceito constitucional brasileiro, CLÓVIS BEVILAQUA ⁽¹⁹⁾ a traz também à colação para advogar idéia contrária.

O art. 24 da referida lei assim se exprime:

“A sucessão do estrangeiro, que tinha seu domicílio na Alemanha ao tempo de sua morte, é regida pelas leis do Estado a que então pertencia. Um alemão pode, contudo, fazer valer pretensões à referida sucessão, ainda mesmo que se fundem só na lei alemã, salvo se, pelas leis do Estado do *de cujus*, a lei alemã não for exclusivamente aplicável à sucessão de um alemão domiciliado nesse Estado.”

2 – O Direito brasileiro

No Brasil, segundo opinião unânime, a regra surgiu através de convenções consulares, passadas pelo Brasil com nações amigas, de 1876 a 1884, e que o Barão do Rio Branco posteriormente denunciou.

No livro de PIMENTA BUENO, anteriormente citado, o princípio aparece como constante, e assim é que foi consignado no Projeto FELÍCIO DOS SANTOS, em 1881, com uma certa margem deixada à autonomia da vontade.

O art. 20 do referido Projeto dizia:

“As sucessões legítimas e testamentárias, tanto pelo que respeita à ordem da sucessão, como à quota do direito sucessoral, e a validade intrínseca das disposições, são reguladas pela lei do país a que pertence o autor da herança.

Parágrafo único – Quando, porém, a herança de estrangeiro domiciliado no Império, com herdeiro estrangeiro concorrer herdeiro brasileiro, pode este requerer que a seu respeito regule a lei brasileira.”

Em 1899, CARLOS DE CARVALHO, compilando o Direito brasileiro então vigente, também anotou a regra em termos semelhantes ⁽²⁰⁾:

“Art. 31 – Parágrafo único – Ao herdeiro brasileiro é garantido o direito de preferir que o seu quinhão seja regulado nos termos da lei brasileira.”

Para tal expor, baseou-se ele em alguns argumentos, isto é, o art. 72 da Constituição Republicana, o Dec. nº 6.982, de 1878, art. 2º, § 10, em AZEVEDO CASTRO, *O Livro das Convenções Consulares*, nota 44, p. 85.

(18) ADROALDO COSTA, discursando na Constituinte de 1946 a respeito de emenda por ele proposta e que se transformou no art. 165 da Constituição de 1946. *Anais da Assembléia Constituinte*, vol. 12, 1946, Rio, Imprensa Nacional, 1948, p. 156.

(19) CLÓVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 113.

(20) CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO, *Direito Civil Brasileiro Recopilado ou Nova Consolidação das Leis Vigentes em 11 de agosto de 1899*, Rio, Francisco Alves, pp. 12 e 13.

Mas, o art. 72 da Constituição Republicana assegurava aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade com a mesma extensão e condições asseguradas aos nacionais. E as convenções consulares seriam denunciadas por RIO BRANCO, na República. Talvez seja por isso que BEVILAQUA ⁽²¹⁾ comente que CARLOS DE CARVALHO, em Direito Civil, art. 31, parágrafo único, "parece não ter consolidado, adequadamente, o direito em vigor ao tempo em que se refere"...

E cita em seu favor o Decreto nº 855, de 8 de novembro de 1851, o regulamento de 15 de junho de 1859 e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Compreende-se que BEVILAQUA não tenha inserido o preceito, que estudamos, em seu Projeto de Código Civil, mas as emendas por que este passou no Senado encarregaram-se de fazer renascer o princípio consolidado por CARLOS DE CARVALHO.

2.1 – O princípio na lei ordinária

Antes de reinar sob a égide constitucional, o privilégio para os herdeiros nacionais figurou em lei ordinária. E mesmo depois que as nossas Constituições o abrigaram, a legislação ordinária houve por bem repeti-lo.

2.1.1 – A antiga Introdução ao Código Civil

Uma emenda do Senador MONIZ FREIRE fez com que se anexasse, contrariamente à opinião de muitos doutrinadores, uma exceção ao art. 14 da antiga Introdução ao Código Civil Brasileiro ⁽²²⁾, que ficou assim redigido:

"Art. 14 – A sucessão legítima ou testamentária, a ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o país onde se achem, guardada a disposta neste Código acerca de heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão à lei nacional do falecido; se este, porém, era casado com brasileira, ou tiver deixado filhos brasileiros, ficarão sujeitos à lei brasileira."

Através deste final de artigo, a legislação ordinária introduzia no Brasil, ao mesmo tempo, uma dupla discriminação: uma relativa ao sexo, beneficiando, paradoxalmente, apenas à viúva brasileira; outra fazia distinção entre nacionais e estrangeiros, o que era, evidentemente, inconstitucional.

Apesar disso, compreende-se a necessidade do acréscimo legislativo à época em que foi feito. Naquele momento, o Brasil adotava para reger a sucessão

(21) CLÓVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 113.

(22) HAROLDO VALLADAO, Parecer sobre: "Direito Internacional Privado na sucessão de estrangeiro que deixa cônjuge ou filho brasileiro", *Revista dos Tribunais*, nº 190, 1951, p. 584.

de estrangeiros a *lex patriae* e, então, poder-se-ia conceber que nacionais brasileiros, sobretudo a viúva de estrangeiro, se vissem prejudicados pela abstenção do Direito brasileiro. É fácil lembrar que a maioria dos países que nos mandavam seus súditos adotavam ainda, em matéria sucessoral, a regra contida na Novella 118 de JUSTINIANO, graças à qual os colaterais privilegiados, isto é, os irmãos, primavam o cônjuge sobrevivente em matéria de vocação hereditária. Além disso, era o regime de comunhão universal de bens uma conquista nitidamente luso-brasileira, desconhecida com igual amplitude em outros países. Estes fatos forçavam maior proteção das viúvas brasileiras, enquanto nos mantivéssemos vinculados ao princípio da lei nacional em matéria sucessoral.

Mas, mudado o princípio que nos rege, ainda assim a regra se manteve.

2.1.2 – A Lei de Introdução de 1942

Alterações de importância se introduziram no nosso Direito Internacional Privado, em 1942, quando editamos nova Lei de Introdução e passamos a aplicar a lei domiciliar para a solução de problemas relacionados ao estatuto pessoal. Desejávamos, então, harmonizar-nos com os povos outros da América Latina, que aderiram mais cedo ao “domicílio” e também, por razões políticas, queríamos uma maior assimilação aos nacionais das grandes correntes imigratórias do País.

Ora, aceitar o domicílio como circunstância de conexão para reger o estatuto pessoal seria aplicar, na maioria dos casos, a lei brasileira às sucessões abertas no Brasil. Difícil, portanto, ver nacionais nossos prejudicados, relativamente a seus patrícios, pelo fato de pertencerem a famílias mistas. Entretanto, as Constituições de 34 e 37, como veremos mais tarde, haviam alargado a regra da antiga Introdução, pedindo que se aplicasse em casos de sucessões anormais a lei que mais favorecesse aos brasileiros, e esta, como se compreende, poderia ser uma lei estrangeira.

A Lei de Introdução de 1942 acatou o princípio hierarquicamente superior, mas “adaptou-o” aos seus novos postulados, dizendo:

“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 vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que lhes não for mais favorável a lei do domicílio.”

Houve quem dissesse que assim enunciada, a regra do § 1º era inconstitucional, pois que “alterava” o que a Constituição afirmava.

E isso leva-nos a mostrar a evolução constitucional deste verdadeiro privilégio de nacionalidade, que existe em nosso Direito.

2.2 – O princípio nas Constituições

A regra expressa na antiga Introdução feria o princípio da isonomia entre nacionais e estrangeiros, que nossas primeiras Constituições enunciaram e que o Brasil Monárquico já vinha esboçando (23).

Não podendo a lei ordinária, no caso a antiga Introdução, de 1917, estabelecer privilégios que a Constituição não permitia, era preciso que a Lei Magna dispusesse a respeito para amparo e proteção da família brasileira.

2.2.1 – A Constituição de 1934

A Constituição de 34 aderiu, pois, ao princípio, que a Constituição de 37 repetiu, em seu art. 152.

O art. 134 da Constituição de 34 era assim enunciado:

“A vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge e dos seus filhos, sempre que lhes não seja mais favorável o estatuto do *de cujus*.”

Neste texto, o privilégio que era, pela antiga Introdução, apenas da viúva se estendeu a ambos os cônjuges e aos filhos, sem referência expressa ao fato de que estes deviam ser brasileiros.

2.2.2 – A Constituição de 1946

A Constituição de 1946, usando linguagem mais elaborada, fez as devidas limitações, em seu art. 165, realçando o privilégio de nacionalidade:

“A vocação para suceder em bens de estrangeiro existentes no Brasil será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei nacional do *de cujus*.”

2.2.3 – A Constituição de 1967

A Constituição de 1967 substituiu apenas a expressão “vocação para suceder” por “sucessão de bens” e se manteve, em seu art. 150, § 33, na mesma linha da Constituição de 1946.

2.2.4 – Texto constitucional vigente

A Emenda Constitucional nº 1, que nos rege atualmente, manteve intato o texto de 1967, mas, deslocando-o, trouxe-lhe uma alteração de importância substituindo “lei nacional do *de cujus*” por “lei pessoal”, que é expressão evidentemente mais abrangente, podendo ser ou lei nacional ou lei domiciliar.

(23) RODRIGO OCTAVIO, *Le Droit International Privé dans la Législation Brésilienne*, Soufflot, Paris, 1915, p. 215. Nesta passagem cita o autor um ato oficial de 3 de janeiro de 1821, pelo qual foi ordenada a execução do testamento de um sueco morto no Brasil, e escrito em conformidade com a lei sueca, e, conseqüentemente não respeitando as formas exigidas pela lei local. Em atitude ultraliberal e magnânima o próprio Rei assinou tal ato, para executar a vontade de um simples minerador sueco...

É apenas sobre este último texto que faremos comentários na segunda parte deste artigo, eis por que repetimos aqui o seu enunciado:

“A sucessão de bens de estrangeira situados no Brasil será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.”

(Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1960, artigo 153, § 33.)

II – A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO CONTIDO NO ART. 153, § 33

O princípio do art. 153, § 33, embora antigo em nosso Direito Positivo ⁽²⁴⁾, ainda merece dúvidas e indecisões por parte da Jurisprudência e da Doutrina.

Mas, tal como aconteceu relativamente ao *prélèvement* francês, a regra constitucional costuma receber aplicação extensiva no Direito Jurisprudencial e nas tentativas de reforma do nosso Direito Internacional Privado.

A Doutrina, porém, muitas vezes, critica as suas conseqüências.

1 – A extensão por força de compreensão do princípio constitucional

Esta maneira de aplicação do texto legal surgiu na Doutrina, mas influenciou a Jurisprudência.

1.1 – A Jurisprudência

Embora não tenhamos feito uma pesquisa exaustiva da Jurisprudência, neste particular, acreditamos que o Prof. VALLADÃO tem razão ao dizer que “a Jurisprudência de nossos tribunais, quer do Supremo Tribunal Federal, quer do Tribunal de Apelação do Distrito Federal, quer do Tribunal de Apelação de São Paulo, tem adotado diretriz ampla no interpretar o preceito constitucional, em particular o art. 152, a favor dos herdeiros brasileiros” ⁽²⁵⁾.

Para mostrar que tal atitude parece permanecer sob a égide da Constituição atual, citaremos um caso recentemente debatido do Supremo Tribunal Federal, onde se tratava ainda da Constituição de 1946, mas cuja solução não diferiria se se tratasse da atualmente em vigor.

1.1.1 – Um caso recentemente decidido

Em fins de maio de 1971 o Supremo Tribunal Federal decidiu uma espécie interessante e, embora a decisão ainda não tenha sido publicada nos Repertórios, julgamos poder citá-la em razão do fato de termos assistido aos debates a que deu lugar.

(24) HAROLDO VALLADÃO, *Direito Internacional Privado, Enciclopédia Delta Larousse*, vol. 5, p. 2.719... adotado no Brasil, com ligeiras variantes, desde o tempo do Império, nas Convenções Consulares do Brasil, na jurisprudência, no célebre caso da sucessão do Comendador Mirapalheta, e através de pareceres de NABUCO, TEIXEIRA DE FREITAS e SALDANHA MARINHO”...

(25) HAROLDO VALLADÃO, Parecer citado, *Rev. Trib.*, 190, 1961, p. 588.

Tratava-se da sucessão de um brasileiro, domiciliado e morto no Uruguai, deixando bens no Brasil e herdeiros brasileiros, domiciliados também no Uruguai, respectivamente, sua viúva e uma filha adotiva.

Como a abertura da sucessão se dera quando da vigência da Constituição de 1946, estava em pauta o seu art. 165, anteriormente citado.

A situação era a seguinte:

O cônjuge sobrevivente, que também era beneficiado por um testamento *de de cujus*, que lhe deixava todos os bens em prejuízo da filha adotiva, postulava aplicação das regras comuns de Direito Internacional Privado e, portanto, aplicação ao caso da lei domiciliar do defunto, logo, do Código Civil uruguaio, que não considera os filhos adotivos como herdeiros necessários, dando assim pleno vigor ao testamento.

A filha adotiva, por sua vez, por ter nacionalidade brasileira, embora casada com uruguaio, reclamava o privilégio da lei mais favorável, logo da lei brasileira, que, não distinguindo entre filhos legítimos e adotivos, considera estes últimos como herdeiros providos de legítima.

Depois de vitoriosa nas três instâncias, inclusive no STF, a tese advogada pela viúva, logo a aplicação da lei uruguaia, o assunto foi re debatido graças à interposição de embargos.

E em 26 de maio de 1971, o Tribunal Pleno, decidindo sobre o Embargo nº 59.871, do Rio Grande do Sul, tendo como Relator o Ministro ELOY DA ROCHA, adotou opinião diferente, que deu ganho de causa à filha adotiva, reconhecendo que, se com isso o cônjuge brasileiro não se favorecia, o mesmo não se dava relativamente à filha, igualmente digna da proteção do art. 165.

Evidentemente, pela letra da lei, tal decisão não se justifica, visto que a Constituição se referia apenas à sucessão de bens de estrangeiro existentes no Brasil, e, na espécie em discussão, todos eram de nacionalidade brasileira.

Argumentou-se, porém, que o preceito constitucional deveria ser aplicado no sentido benéfico ao brasileiro, de modo que jamais pudesse este ser desfavorecido, quando se tratar de bens situados no Brasil, seja a sucessão de estrangeiro ou de brasileiro.

O argumento decisivo, então, parece ter sido aquele "*a fortiori* inelutável" de que fala o Prof. BATIFFOL: se a lei favorece herdeiro brasileiro, sendo estrangeiro o autor da herança, *a fortiori* protegerá o herdeiro brasileiro, sendo também nacional o hereditando.

Objetou-se, durante os debates, que, para que fosse possível a aplicação do art. 165 da Constituição de 46, necessário se tornava que houvesse sucessão de estrangeiro e concurso entre herdeiros brasileiros e estrangeiros.

A procedência da primeira objeção resulta claramente dos termos da própria Constituição, que se refere a herança de estrangeiro, mas quanto ao concurso entre brasileiros e estrangeiros, necessário segundo as leis francesa e argentina, o Direito pátrio silencia.

Veremos agora como esta decisão judiciária espelha uma atitude doutrinária brasileira, representada num anteprojeto que visa reformular nosso Di-

reito Internacional Privado e que mereceu, nesta atitude jurisprudencial, uma consagração, por assim dizer, antecipada.

2. O Anteprojeto de Haroldo Valladão

Foi elaborado pelo Prof. HAROLDO VALLADÃO um Anteprojeto de Reforma de nossa Lei de Introdução, publicado no *DO* de 15-5-1964 (suplemento) e em livro avulso.

Sob muitos aspectos, trata-se de uma obra lapidar do internacionalista que, há mais de 40 anos, representa o nosso País em conclave internacionais de maneira democrática e meritória.

Não nos parece, contudo, que, na matéria em questão, essa tendência liberal de nosso Mestre se tenha manifestado.

2.1 O princípio constitucional

Qual não podia deixar de ser, o Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas respeita, integralmente, o princípio expresso na Constituição de 1946, visto que foi elaborado em 1964.

Usa, pois, a fórmula do art. 165 e fala de concurso entre lei brasileira e lei nacional do *de cuius*.

2.2 A extensão do princípio

Achamos, entretanto, que o Anteprojeto incorre na pecha de inconstitucionalidade, tal como a antiga Introdução, ao alargar o preceito constitucional, por força de compreensão, tal qual propunham os Espínola, de maneira inusitada. Eis o que lemos no seu art. 64, parágrafo único:

“A vocação para succeder em bens móveis, existentes no Brasil, de brasileiro domiciliado no estrangeiro, será regulada pela lei brasileira e em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros, sempre que lhes não seja mais favorável a lei estrangeira.”

Este texto, segundo seu autor ⁽²⁶⁾, estende o benefício “por força de compreensão com justiça” à sucessão do brasileiro domiciliado no estrangeiro.

Seria esta uma opinião incontestável?

2.3 Justificação do princípio na doutrina

Em um de seus inumeráveis artigos, o Prof. HAROLDO VALLADÃO afirma “que a Constituição deverá conter, e só deverá conter, os princípios de Direito que o Brasil considera fundamentais para a sua existência e desenvolvimento, atendendo às suas tradições, às suas necessidades e aos seus ideais de justiça, de liberdade e de paz” ⁽²⁷⁾.

(26) Anteprojeto citado, p. 104.

(27) HAROLDO VALLADÃO, *O Direito Internacional Privado no Projeto da Constituição de 1946*, nº 3, Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, pp. 7 a 21.

E se surpreende com a Constituinte de 1946 por não ter consignado no Projeto de Constituição este princípio fundamental de Direito Internacional Privado de amparo ao cônjuge e aos filhos brasileiros nas heranças de estrangeiro, quanto aos bens sitos no Brasil.

Em verdade, a referida Constituinte havia recusado, por supérflua, a proposta de AGAMEMNON MAGALHÃES no sentido de inseri-lo na Carta Magna.

Em discussão posterior, ADROALDO MESQUITA, inspirado pelas idéias de HAROLDO VALLADÃO, conseguiu tornar vitoriosa a necessidade de proteger a família brasileira, embora nesta ocasião tenha sido aparteadado, a nosso ver inteligentemente, por LUIZ VIANA FILHO, que era contrário ao célebre privilégio ⁽²⁸⁾.

Mas seria este benefício um princípio fundamental para o nosso Direito?

Seriam os interesses brasileiros os únicos dignos de proteção nesta matéria?

2.4 Os opositores do princípio

Se muitos juristas ilustres, que vimos citando, são favoráveis aos privilégios, que beneficiam os herdeiros brasileiros de estrangeiros, não teríamos dificuldade em enumerar opositores não menos ilustres a essa regra do Direito pátrio.

ITABAIANA DE OLIVEIRA ⁽²⁹⁾ afirma, em sua obra clássica, que "o nosso Código Civil adotou o sistema da personalidade das leis, baseado, em regra, na lei nacional e, por uma infeliz exceção, recuou sobre os seus passos, retrogradando até à adoção do sistema de territorialidade quando o estrangeiro falecido era casado com brasileira ou tiver deixado filhos brasileiros".

CLOVIS BEVILAQUA, criticando também o artigo fabricado pela *Introdução ao Código Civil* ⁽³⁰⁾, diz que ela parece esquecer que estabelecia regras de Direito Internacional Privado suscitando graves questões práticas, sem falar nos aspectos doutrinários da matéria.

LUIZ VIANA FILHO, em sua tese para a cátedra, na Bahia, também repeliu o princípio da antiga Introdução ⁽³¹⁾.

Diz que a exceção do art. 14 aberra das normas usuais dos outros Códigos e, sob o pretexto de salvaguardar interesses brasileiros, é perigosa e dissonante da boa doutrina. Para este autor "a barreira colocada para anteparo dos interesses de herdeiros nacionais não poderá ter um valor extraterritorial desde quando não se firma num princípio jurídico internacionalmente reconhecido, mas apenas em motivos de ordem político-social, que absolutamente não refletem a nossa tradição".

(28) V. *Anais da Assembléia Constituinte*, vol. 12, 1946, pp. 153 a 159.

(29) ARTHUR VASCO ITABAIANA DE OLIVEIRA, *Elementos de Direito das Sucessões*, Rio, Oficinas Gráficas do Jornal do Brasil, 1910, p. 69.

(30) CLOVIS BEVILAQUA, *op. cit.*, p. 113.

(31) LUIZ VIANA FILHO, *op. cit.*, p. 89.

HERMENEGILDO DE BARROS, citado por LUIZ VIANA FILHO, também se expressa contrariamente ao princípio:

“A imprevista e injustificável restrição da parte final do art. 14 abandonou as conquistas já obtidas e, recuando sobre os seus próprios passos, fez que o Código retrogradasse até à adoção do sistema da territorialidade, mais perigoso sem dúvida que o sistema domiciliar.”

Estas críticas procedentes levam-nos a algumas conclusões.

CONCLUSÕES

Não nos parece aconselhável, no século em que vivemos de confraternização entre os homens, a manutenção desta regra discriminatória, que rompe com a unidade sucessória tradicional em nosso Direito para acolher princípios alienígenas, que não representam nossa evolução jurídica.

E, embora se afirme que o benefício de nacionalidade é regra de amparo da família, como tantas outras constantes de nossa legislação constitucional e ordinária, nada tendo a ver com a circunstância de adotarmos, em matéria de sucessões anormais, esta ou aquela circunstância de conexão, achamos que ele é supérfluo na legislação brasileira, desde que se acolheu a lei domiciliar para reger o domínio outrora reservado à *lex patriae*.

Atualmente, se a aplicação da lei domiciliar pode levar à aplicação de uma lei estrangeira, menos liberal que a nossa, na grande maioria dos casos de sucessão, que realmente nos concernem, teremos a possibilidade de aplicação do Direito pátrio, harmonizando e protegendo igualmente a nacionais e estrangeiros.

Ir além da lei brasileira, postulando para proteção de brasileiros sempre a lei mais favorável, não nos parece uma atitude coerente nem com o Direito, nem com a Moral.

Juridicamente é injusto discriminar entre os próprios nacionais beneficiando herdeiros brasileiros de estrangeiros frente aos herdeiros brasileiros de brasileiros, que têm como única proteção as vantagens de nosso sistema jurídico.

Moralmente é também pouco recomendável que o casamento misto, ao tempo que mostra um passo à frente nas relações amistosas e na compreensão entre os povos, se transforme para o brasileiro numa empresa rentável, que lhe outorgue sempre uma herança mais polpuda em caso de viuvez.

Além disso, para os casos em que a lei domiciliar, por não ser a brasileira, se mostrasse menos benéfica para o cônjuge e os filhos brasileiros, haveria sempre a possibilidade para o Juiz de, recorrendo ao conceito de ordem pública, paralisar a aplicação da lei alienígena.

O que não deve existir é, na própria Constituição, este primado de razões sócio-econômicas sobre o princípio fundamental, que muitos séculos de cultura sedimentaram, segundo o qual, em matéria de direitos civis, nenhuma razão jurídica justifica a desigualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros.