

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Fernando Pedro Meinero

O PRÉLÈVEMENT E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE
NAS SUCESSÕES BRASILEIRAS COM CONEXÃO INTERNACIONAL

PORTO ALEGRE
2016

FERNANDO PEDRO MEINERO

O PRÉLÈVEMENT E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE
NAS SUCESSÕES BRASILEIRAS COM CONEXÃO INTERNACIONAL

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

PORTO ALEGRE
2016

FERNANDO PEDRO MEINERO

A LEI MAIS FAVORÁVEL E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE
NAS SUCESSÕES BRASILEIRAS COM CONEXÃO INTERNACIONAL

Tese de Doutorado apresentada como requisito parcial para a obtenção do Título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior (Orientador)

Prof. Dr. Marcelo De Nardi

Prof. Dr. Guilherme Pederneiras Jaeger

Prof. Dra. Simone Tassinari Cardoso

Prof. Dr. Gustavo Vieira da Costa Cerqueira

PORTO ALEGRE
2016

*Para Fernanda,
com profundo amor,
admiração e gratidão.*

AGRADECIMENTOS

Assim como um trabalho acadêmico de grande porte não é fruto de um único dia de inspiração, senão de uma tarefa executada com constância e em pequenos passos, tampouco é possível uma obra ver a luz sem a colaboração de grandes pessoas. Por isso é necessário, justo e prazeroso reconhecer àqueles que conspiraram para que isso ocorresse.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus pelos dias de vida, de saúde e tranquilidade espiritual necessária para enfrentar esta tarefa.

Um duplo agradecimento a quem dedico este trabalho. À Fernanda esposa, pelas palavras de alento, confiança, compreensão nas ausências e por ser meu exemplo de superação. À Fernanda pesquisadora, por ser uma excelente *sparring* na hora de testar as minhas hipóteses. A todo o amor se soma um sentimento de profunda admiração.

À minha família argentina, meu pai Héctor, minha mãe Susana e meus irmãos Guillermo, Julieta e Florencia, pela companhia na distância. Também à minha família brasileira, representados por Marta e Inácio, que fazem com que a saudade da primeira aperte menos.

Ao meu orientador de tese, o Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior, pela oportunidade que me brindou para levar adiante esse projeto, pelas posteriores discussões e, sobretudo, por acreditar no meu potencial de pesquisador e docente.

Aos professores Dres. Marcelo De Nardi, Guilherme Pederneiras Jaeger, Simone Tassinari Cardoso, e Gustavo Vieira da Costa Cerqueira, integrantes da banca de tese, pelas valiosas contribuições e pelo impulso para seguir enfrente.

De forma muito especial agradeço ao companheiro de caminhada nos trilhos do Direito Internacional, o Professor Doutor Leonardo Camargo Subtil, pelas valiosas conversas que mantivemos durante a elaboração das nossas teses, que não se reduziram ao apoio e incentivo, mas ao olhar crítico deste trabalho. Obrigado pelo respeito científico que me propinou. Da mesma forma, agradeço à colega Professora Doutora Andressa Schneider, pela valiosa troca de experiência na véspera do depósito do presente trabalho. Também,

agradeço as amizades dos colegas Juliano Madalena e Ardyllis Alves de Soares.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Rio Grande do Sul – UFRGS, pela oportunidade de estudar em uma instituição que é berço de grandes nomes da cultura jurídica brasileira. Um agradecimento especial à Rose e à Denise, extensivo aos demais funcionários, pela eficiência e profissionalismo com que conduzem a Secretaria do PPGDir.

Aos Professores Doutores Cláudia Lima Marques, Tupinambá Pinto de Azevedo e Fábio Morosini, pelas enriquecedoras discussões propiciadas nas aulas.

À Faculdade da Serra Gaúcha, pelo apoio, materializado ao ser incluído no Programa de Qualificação Docente, contribuindo financeiramente com o custeio das viagens a Porto Alegre no primeiro ano de cursado do Doutorado. Especialmente, aos Professores Otaviano Kury, Rosemari de Avila, Bárbara Bedin, Adriano Tacca, Fábio Beltrami, Fábio Fayet e Viridiana Sgorla, pela amizade e apoio constante.

Aos colegas professores: Dr. Gustavo Cerqueira, grande representante do Direito Internacional Privado brasileiro em terras francesas, pelos valiosos minutos que dedicou a discutir comigo, à distância, o meu plano de trabalho; Dr. Wilson Steinmetz, pela clareza com que soube interpretar os dilemas constitucionais que lhe propus e a clareza de suas respostas; Dr. Germano Schwartz, pelo incentivo em continuar na estrada acadêmica e me lembrar da grande diferença entre “carreira” e “trabalho”.

À Universidade de Caxias do Sul e a seus professores Maria Fernanda Francischini Schmitz, Alexandre Fernandes, Edson Dinon Marques, Jefferson Panarotto e Fábio Verruck, colegas dos Cursos de Direito e de Comércio Internacional.

Aos meus alunos da Faculdade da Serra Gaúcha e da Universidade de Caxias do Sul, por confirmar, a cada dia que atravesso a porta de uma sala de aula, que sou afortunado por fazer o que eu realmente gosto.

À Academia de Direito Internacional de Haia, pela oportunidade de realizar o *Summer Course on Private International Law*, no ano de 2015. Foi uma das minhas maiores e melhores experiências acadêmicas. Estendo minha gratidão aos colegas Samarth Sagar, Tran Quang Cuong, Habibou Hadi

Malam Mahaman, Marios Papandreou, Tarek Teras, Pablo Debuchy, Florencia Wegher Osci, Beatriz Recalde, Magdalena Auge e Felipe Hasson, que fizeram ainda mais amena a estada na cidade.

Enfim, a todos aqueles que de alguma forma auxiliaram na elaboração deste trabalho.

Muito obrigado!

Sê minha deusa agora, natureza! Às tuas leis empenho meus serviços. Porque terei de me curvar à peste do costume e deixar que a impertinência das nações me despoje da minha herança, tão-somente porque nasci algumas doze ou catorze luas mais tarde? Por que bastardo? Por que mal nascido, se minhas proporções são tão bem feitas, a alma tão franca e a compostura toda tão certa como a de qualquer rebento de uma senhora honesta?

O Rei Lear (William Shakespeare, 1564 - 1616).

Cuando pones la proa visionaria hacia una estrella y tiendes el ala hacia tal excelsitud inasible, afanoso de perfección y rebelde a la mediocridad, llevas en ti el resorte misterioso de un Ideal.

El Hombre Mediocre (José Ingenieros, 1877 - 1925).

RESUMO

O presente trabalho constitui um estudo crítico acerca do *prélèvement*, um instituto aplicado no âmbito das sucessões internacionais, previsto no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no art. 10 § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Trata-se de uma regra que aponta a aplicação da lei mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros em sucessões de bens de estrangeiros situados no Brasil, como resultado de uma comparação entre a lei brasileira e a lei do estatuto pessoal do *de cuius*. Observa-se um conflito dessa regra com o princípio da igualdade e suas manifestações no texto constitucional. Nesta tese questiona-se acerca dos motivos para a eliminação do instituto do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, analisa-se o quadro conflitual brasileiro para uma adequada definição do campo de aplicação do instituto. Depois, verifica-se a origem do mesmo e os motivos sua incorporação no ordenamento brasileiro. Ainda, analisa-se a dificuldade que apresenta a sua concretização no cenário sucessório brasileiro. Fica provado que o motivo é a violação do princípio da igualdade, em virtude de promover uma discriminação não razoável entre herdeiros. A falta de razoabilidade se observa na utilização do critério nacionalidade como meio para obter o favorecimento na hora de atribuir direitos sucessórios. Por fim, constata-se a ineficácia dos mecanismos de correção *a priori* e *a posteriori* do Direito Internacional Privado para resolver os efeitos nocivos do *prélèvement*. Com isso, conclui-se que o instituto deve ser eliminado do ordenamento jurídico brasileiro. O estudo segue um método indutivo, apoiando-se em um caso hipotético usado para melhor expor as consequências da aplicação do instituto. Utiliza-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: lei mais favorável; herdeiros brasileiros; *prélèvement*; sucessões internacionais; violação do princípio da igualdade.

RÉSUMÉ

Ce travail est une étude critique du prélèvement, un institut appliqué dans les successions internationales, prévue par l'art. 5 de la Constitution de la République fédérative du Brésil de 1988 et par l'art. 10 § 1 de la Loi d'Introduction aux règles de droit brésilien. Il s'agit d'une règle qui détermine l'application de la loi la plus favorable au conjoint ou aux enfants brésiliens dans les successions des citoyennes étrangères par rapport à biens situés au Brésil, comme résultat d'une comparaison entre la loi brésilienne et la loi du statut personnel du défunt. Il y a un conflit de cette règle avec le principe de l'égalité et ses manifestations dans la Constitution. L'objectif de cette thèse est déterminer les raisons pour l'élimination de l'institut du système juridique brésilien. Pour cela, Il est analysé le cadre conflictuel brésilien pour une adéquate définition du champ d'application de l'institut. Ensuite, il est étudié l'origine et les raisons de son intégration dans le système juridique brésilien. Après, ils sont examinées les difficultés que sa mise en œuvre avant le scénario de la succession au Brésil. C'est prouvé que la raison pour son élimination, est la violation du principe d'égalité, parce qu'il pratique une discrimination déraisonnable quand il utilise la nationalité comme un moyen de favoriser certains héritières au moment d'attribuer des droits de succession. Enfin, se peut observer une inefficacité des mécanismes de correction *a priori* et *a posteriori* du droit international privé pour faire face aux effets néfastes du prélèvement. Ainsi, il est conclu que l'institut doit être éliminé du système juridique brésilien. L'étude suit une méthode inductive, en se fondant sur un cas hypothétique pour mieux exposer des conséquences de l'application de l'institut. Ils sont utilisés les techniques de recherche documentaire et bibliographique.

Mots-clés: loi la plus favorable; héritiers brésiliennes; prélèvement; successions internationales; violation du principe d'égalité.

ABSTRACT

This is a critical study of the *prélèvement*, an institution applied on international successions, provided under art. 5 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988, and art. 10 § 1 of the Introduction to the Brazilian Law Rules Act. Said institution regulates the application of the most favorable law to the Brazilian spouse or sons in the succession of goods located in Brazil owned by a foreign citizen, as a result of a comparison between Brazilian law and the law of personal status of the deceased. There is a conflict between this rule and the principle of equality and its manifestations in the Constitution. This thesis examines the reasons for the eradication of the *prélèvement* from the Brazilian legal system. It analyzes the Brazilian conflictual framework for a proper definition of the institution's scope. Then it examines the origins and the reasons for its incorporation into the Brazilian legal system. In addition, it analyzes the difficulties for the application of *prélèvement* in the Brazilian succession scenario. The reason for its eradication is the violation of the principle of equality, consisting in an unreasonable discrimination between heirs. The lack of reasonableness consists in using the nationality criteria as a mean for preference in the distribution of the inheritance. Finally, the ineffectiveness of *a priori* and *a posteriori* Private International Law correction mechanisms to avoid the harmful effects of *prélèvement* is proven. Thus, the conclusion is that the *prélèvement* must be eliminated from the Brazilian legal system. The study follows an inductive method, relying on a hypothetical case to better expose the consequences of the application of the institution. Both the documentary and the bibliographical research techniques are used.

Keywords: Brazilian successors; international successions; most favorable law; *prélèvement*; violation of the principle of equality.

RESÚMEN

El presente trabajo es un estudio crítico acerca del *prélèvement*, un instituto aplicado en el ámbito de las sucesiones internacionales, previsto en el art. 5° de la Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988 y en el art. 10 §1° de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño. Es una regla que ordena la aplicación de la ley más favorable al cónyuge o hijos brasileños en sucesiones de bienes de extranjeros situados en Brasil, como resultado de una comparación entre la ley brasileña y la ley del estatuto personal del *de cuius*. Se observa un conflicto de esa regla con el principio de igualdad y sus manifestaciones en el texto constitucional. En esta tesis se cuestiona acerca de los motivos para la eliminación del instituto del ordenamiento jurídico brasileño. Para tanto, analiza el cuadro conflitual brasileño para una adecuada definición del campo de aplicación del instituto. Después, se verifica el origen del mismo y los motivos su incorporación en el ordenamiento brasileño. También, se analizan las dificultades que presenta su concretización en el escenario sucesorio brasileño. Se prueba que el motivo para la eliminación del instituto es en virtud de este violar el principio de igualdad, en virtud de promover una discriminación no razonable entre herederos. La falta de razonabilidad se observa en la utilización del criterio nacionalidad como medio para lograr un tratamiento más favorable al momento atribuirse derechos sucesorios. Finalmente, se constata la ineficacia de mecanismos de corrección *a priori* y *a posteriori* del Derecho Internacional Privado para resolver los efectos nocivos del *prélèvement*. Así, se llega a la conclusión de que el instituto debe ser eliminado del ordenamiento jurídico brasileño. El estudio sigue un método inductivo, apoyándose en un caso hipotético para mejor exponer las consecuencias de la aplicación del instituto. Se utilizan las técnicas de pesquisa bibliográfica y documental.

Palabras clave: herederos brasileños; *prélèvement*; sucesiones internacionales; principio de igualdad; violación; ley más favorable.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Simulação de partilha conforme o direito brasileiro, com concorrência do cônjuge sobre os bens particulares.	194
Quadro 2: Simulação de partilha conforme o direito brasileiro, com concorrência do cônjuge sobre os bens comuns.	194
Quadro 3: Simulação de partilha conforme o direito uruguaio.	197
Quadro 4: Quadro comparativo de resultados das simulações de partilha segundo os direitos sucessórios brasileiro e uruguaio.	197
Quadro 5: Simulação de partilha conforme o direito argentino.....	199
Quadro 6: Quadro comparativo de resultados das simulações de partilha segundo os direitos sucessórios brasileiro e argentino.	200
Quadro 7: Comparativo das somas dos quinhões dos herdeiros brasileiros de acordo com o direito brasileiro e uruguaio.	204

LISTA DE SIGLAS

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

CBust – Código de Bustamante

CC/2002 – Código Civil Brasileiro de 2002

CCArg. – Código Civil Argentino

CCUrug. – Código Civil Uruguaio

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CR – Carta Rogatória

DIPr – Direito Internacional Privado

EEst. – Estatuto do Estrangeiro

HC – *Habeas Corpus*

ICC/1916 – Introdução ao Código Civil de 1916

ITCMD – Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

MI – Mandado de Injunção

OPI – Ordem Pública Internacional

RE - Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

R650/2012 - Regulamento n. 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012

SE – Sentença Estrangeira

SEC – Sentença Estrangeira Contestada

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
PRIMEIRA PARTE - QUADRO CONFLITUAL PARA AS SUCESSÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL.....	30
CAPÍTULO 1 - CAMPO DE APLICAÇÃO ESPACIAL DA <i>LEX SUCCESSIONIS</i> NO BRASIL.....	32
1.1 Lei aplicável à sucessão internacional	33
1.1.1 Critérios sucessórios internacionais existentes no DIPr	36
1.1.2 Escolhas brasileiras para determinação da lei aplicável.....	43
1.2 Jurisdição competente na sucessão internacional	51
1.2.1 Fundamento das regras de competência internacional	51
1.2.2 Escolhas brasileiras na determinação do juiz competente	59
CAPÍTULO 2 – CAMPO DE APLICAÇÃO MATERIAL DA <i>LEX SUCCESSIONIS</i> NO BRASIL.....	71
2.1 Âmbito de aplicação material da lex successiois	72
2.2 Matérias abrangidas pelo âmbito de aplicação material da lex successiois brasileira	80
2.3 Delimitação de aspectos específicos: indignidade e formas testamentárias.....	83
2.3.1 Inclusão da indignidade no âmbito da lex successiois.....	83
2.3.2 Exclusão da forma dos testamentos do âmbito da lex successiois	96
CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE	107

SEGUNDA PARTE - PRÉLÈVEMENT E SUA LÓGICA DISCRIMINATÓRIA	109
CAPÍTULO 3 – PRÉLÈVEMENT FRANCÊS E BRASILEIRO: DOIS MODELOS DA MESMA DISCRIMINAÇÃO EM SUCESSÕES INTERNACIONAIS	111
3.1 Prélèvement francês: o mecanismo de discriminação (e o seu abandono)	112
3.1.1 Positivização do prélèvement francês	113
3.1.2 Interpretação do prélèvement francês na doutrina e nos tribunais	123
3.1.3 Inconstitucionalidade do prélèvement francês	128
3.1.4 Prélèvement francês fora da França.....	132
3.2 Prélèvement brasileiro: o caráter nacionalista da proteção aos herdeiros.....	134
3.2.1 Divergência de estatuto entre brasileiros e estrangeiros como preocupação inicial	135
3.2.2 Prélèvement no direito positivo brasileiro	138
3.2.3 Prélèvement nacionalista na doutrina e na jurisprudência brasileira	156
CAPÍTULO 4 – CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGE E FILHOS BRASILEIROS E EFEITOS DO PRÉLÈVEMENT	166
4.1 Dificuldades na comparação em abstrato para a busca da lei mais favorável.....	167
4.2 Base de comparação para aplicação do prélèvement no caso concreto: o direito material sucessório brasileiro aplicável à Sucessão de Alfredo Saraiva.....	171
4.2.1 Ordem de vocação hereditária no direito sucessório brasileiro ..	173
4.2.2 Distribuição da herança e a questão da reserva conjugal	191
4.2.3 Sucessão de Alfredo Saraiva governada pelo direito brasileiro ..	193
4.3 Direito material estrangeiro aplicável na sucessão de Alfredo Saraiva	195
4.3.1 Aplicação da lex domicilii (direito uruguaio)	195
4.3.2 Aplicação da lex patriae (direito argentino).....	198

4.4 Dificuldades do prélèvement além da concorrência entre herdeiros nacionais e estrangeiros	200
4.5 Duas possíveis respostas exclusivamente apontadas à dificuldade de aplicação do prélèvement pela indeterminação dos brasileiros favorecidos ..	202

CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE

205

TERCEIRA PARTE – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E INEFICÁCIA DOS MECANISMOS DE SUA CORREÇÃO PELA TÉCNICA CONFLITUAL

207

CAPÍTULO 5 – CONFLITO ENTRE O PRÉLÈVEMENT E MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

211

5.1 Hermenêutica constitucional para dimensionamento do conflito entre o prélèvement e o princípio da igualdade.....	213
---	-----

5.1.1 Métodos clássicos de interpretação.....	215
---	-----

5.1.2 Princípio da unidade da Constituição e inaplicabilidade do critério da especialidade	218
---	-----

5.2 Prélèvement na Constituição: garantia institucional de caráter fundamental	222
---	-----

5.2.1 Prélèvement como garantia institucional de âmbito estritamente normativo.....	223
--	-----

5.2.2 Fundamentalidade da norma de prélèvement	231
--	-----

5.3 Igualdade na Constituição: positivação, estrutura e conteúdo jurídico do princípio	237
---	-----

5.3.1 Cláusula geral de igualdade	238
---	-----

5.3.2 Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.....	242
--	-----

5.3.3 Direito de igualdade entre herdeiros nacionais e estrangeiros ...	248
---	-----

CAPÍTULO 6 – INEFICÁCIA DOS MECANISMOS A PRIORI E A POSTERIORI DE CORREÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DECORRENTES DO PRÉLÈVEMENT.....

265

6.1 Ineficácia dos mecanismos de correção apriorísticos para resolver o problema da discriminação.....	266
---	-----

6.1.1 Neutralidade na concepção original de normas	
--	--

de conflito de leis	268
6.1.2 Neutralidade como igualdade no aporte savigniano ao DIPr	269
6.1.3 Preocupação pela justiça material nos conflitos de leis: a revolução americana.....	274
6.1.4 Princípio de proximidade da relação como contraposta e possibilidades no âmbito sucessório.....	279
6.2 Ineficácia da ordem pública internacional como instrumento ao problema da discriminação do <i>prélèvement</i>	286
6.2.1 Ordem pública internacional como mecanismo de evicção à aplicação do direito estrangeiro	287
6.2.2 Indeterminação apriorística da ordem pública internacional e as leis de aplicação imediata	292
6.2.3 Negação da condição ordem pública internacional ao <i>prélèvement</i>	297
6.2.4 Impossibilidade de resolver o caso por meio da cláusula de reserva de ordem pública internacional	300
CONCLUSÃO DA TERCEIRA PARTE.....	307
CONCLUSÃO GERAL.....	309
BIBLIOGRAFIA	319

INTRODUÇÃO

A primeira impressão que causa o interesse pelas sucessões internacionais é de que se trata de um problema pouco comum e reservado a pessoas donas de grandes fortunas. No entanto, essa impressão dista muito da realidade.¹ Não apenas se trata de algo cada vez mais frequente,² decorrente do aumento da mobilidade humana, como também o caráter internacional de uma sucessão não depende da importância econômica a ser distribuída. Assim, por exemplo, poderá ser internacional tanto a sucessão de um rico empresário da indústria da moda, quanto a de um modesto imigrante.³

Sucessão, no sentido lato da palavra, indica a passagem, a transferência de um direito de uma pessoa (física ou jurídica) para outra.⁴ Genericamente, sugere a “transmissão de bens, pois implica a existência de um adquirente de valores que substitui o antigo titular”.⁵ Dessa forma o donatário é o sucessor do doador na propriedade da coisa doada, assim como o comprador é o do vendedor.⁶

Em sentido mais estrito, com a palavra sucessão refere-se ao fenômeno da herança, à sucessão hereditária ou à sucessão *mortis causae*, ou seja, a

¹ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 91.

² Na Europa isso se observa com maior frequência, com o motivo da liberdade de circulação. Segundo um documento de trabalho que acompanhou a Proposta de Regulamento para as sucessões na Europa apresentada em 2009, anualmente morrem cerca de 4,5 milhões de pessoas na UE. Com um valor de massa sucessória de aproximadamente 137.000 euros em média, o valor total anual das sucessões ascenderia a 646.000 milhões de euros. Estima o documento que cerca de 9-10 % (cerca de 450.000) tem uma dimensão “internacional”. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Documento de trabalho dos serviços da comissão que acompanha a Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu. Bruxelas: Comissão Europeia, 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0411:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 14/02/2016.

³ DROZ, Georges A. Regards sur le droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 229, 1991. p. 226.

⁴ CAHALI, Francisco J. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 21-36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

⁵ RODRIGUES, Silvio. Direito civil: *Direito das sucessões*. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002) v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 3.

⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.

que se opera com o falecimento da pessoa, cujo patrimônio será destinado a outra.⁷

Para imaginar uma determinada sucessão *mortis causae* como um problema que interesse ao Direito Internacional Privado (DIPr), é necessário pensar que um (ou mais) desses elementos da relação sucessória (*de cuius*, herdeiro e patrimônio) possa apresentar-se conectado com outro ordenamento jurídico. Por exemplo, pode se pensar no caso da sucessão de um cidadão italiano que emigrou para o Brasil, havendo deixado patrimônio aqui e descendentes em ambos os países. Assim surgirão perguntas de caráter conflitual: a quem caberá distribuir essa herança? Será competente juiz brasileiro ou o italiano para dispor dos bens? De que forma será feita a divisão do acervo? A lei de qual país deverá governar a divisão dos bens?

O caso hipotético apresentado a seguir pode bem representar também uma situação de sucessão internacional, ainda que com um maior grau de complexidade.

SUCESSÃO DE ALFREDO SARAIVA

1. Dos acontecimentos:

- 01.10.1950 Alfredo Saraiva, nasce na cidade de Rosário, Província de Santa Fe, Argentina. Na sua fase adulta, forma-se em Contabilidade, trabalha praticando auditorias em uma rede de hotéis.
- 21.03.1975 Casa-se com Maria, argentina, em regime análogo ao regime brasileiro de comunhão parcial de bens.
- 03.04.1977 Nasce o primeiro filho do casal, Martín, na cidade de Buenos Aires.
- 04.09.1980 Por motivos laborais, Alfredo Saraiva e sua a família, incluindo Martín, mudam-se ao Brasil, fixando residência em Porto Alegre, RS.

⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2.

- 05.10.1981 Em Porto Alegre, nasce José, segundo filho do casal.
- 18.05.1983 Em Porto Alegre, nasce Marcelo, terceiro filho do casal.
- 14.05.2003 Alfredo Saraiva, sua esposa Maria e seu filho Marcelo fixam residência na cidade de Montevidéu, República Oriental do Uruguai.
- 19.12.2005 Transita em julgado sentença proferida por juiz brasileiro, decretando que Clara é filha de Alfredo Saraiva, fruto de uma relação extraconjugal com a sua secretária. Clara é brasileira e reside no Brasil.
- 02.01.2016 Ao enfrentar um câncer terminal, Alfredo Saraiva escreveu um testamento de próprio punho, assinado por três testemunhas.
- 15.01.2016 Alfredo Saraiva falece na cidade de Montevidéu, República Oriental do Uruguai, onde estava domiciliado.
- 20.02.2016 Abriu-se processo de inventário e partilha, perante o Juiz da Comarca de Porto Alegre.

2. Do testamento:

No processo de inventário, a mãe de Clara, em representação da sua filha, apresentou o testamento escrito pelo *de cujus* e assinado por três testemunhas, em 02.01.2016, na cidade de Montevidéu, República Oriental do Uruguai. No testamento, se lê:

“Como forma de compensar Clara e sua mãe pelo desgaste sofrido no processo judicial, e levando em conta que meus filhos e minha mulher têm e terão um bom passar econômico e nada lhes faltará, deixo a metade do meu patrimônio a Clara. Peço desculpas pelo sofrimento que possa ter provocado com a minha decisão, mas é minha última vontade e assim desejo que se cumpra.”

3. Da indignidade:

Ainda, ficou provado no processo que Martín, estando encarregado de alguns negócios do seu pai, praticou estelionato com bens de propriedade deste, o que motivou a vontade do resto dos herdeiros de excluí-lo da sucessão, o que teria por consequência aumentar os seus quinhões hereditários.

4. Do inventário:

O inventário reuniu os bens que o de cujus possuía no Brasil, que são:

I - Da sua propriedade exclusiva, adquiridos antes do seu casamento.

- a) um automóvel no valor de R\$ 60.000,00;
- b) um iate, no valor de R\$ 50.000,00;

II - Adquiridos em comunhão com a sua esposa, comprados durante o matrimônio:

- a) um imóvel na cidade de Porto Alegre, no valor de R\$ 300.000,00;
- b) uma chácara em Bagé, Rio Grande do Sul, no valor de R\$ 140.000,00;

- - -

Em virtude dos elementos que se apresentam na relação, o juiz deverá perceber se tais elementos são tomados como relevantes para determinar a incidência das normas locais ou estrangeiras. Concretamente, terá que dar atenção à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁸ que no seu art. 10, dispõe que a sucessão se governe pela lei do último domicílio do *de cujus*.

No entanto, logo após, uma regra diferente se observa no mesmo artigo e que excetua o *caput* do mesmo artigo: “§ 1º A sucessão de bens de estrangeiros, 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 cujus*”.

Esta última regra é a expressão do denominado *prélèvement*. O presente trabalho visa desenvolver um estudo crítico acerca do *prélèvement*, um instituto próprio das sucessões internacionais.

Na língua francesa, a palavra *prélèvement* possui vários significados. Aproximando-se ao conceito utilizado nesse trabalho, refere em geral a um «*bien qu'une personne, copropriétaire de certaines possessions prend avant le*

⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

partage».⁹ Ou seja, alguém que, sendo dono de uma fração ideal de determinado patrimônio, retira para si um bem antes desse patrimônio ser partilhado. No direito sucessório, a expressão refere em primeiro lugar ao instituto surgido na França pós-revolucionária, por meio da Lei de 14 de julho de 1819,¹⁰ que teve como objetivo garantir aos herdeiros franceses tomar, de uma sucessão aberta no território francês, uma porção igual à que tivessem sido privados em uma sucessão aberta em país estrangeiro, em virtude de leis locais.

O Brasil recepcionou este instituto de uma forma bastante particular. Havendo aderido ao sistema da unidade sucessória, determinou que a sucessão se governasse pela lei da nacionalidade do *de cuius*. No entanto, incluiu o instituto do *prélèvement* como uma exceção ao funcionamento de uma norma de conflito abstrata.

Assim, o *prélèvement* não foi importado da França na sua literalidade, tal como fizeram outros países latino-americanos que seguiram o Código de Napoleão. Na verdade, o legislador brasileiro criou uma modalidade diversa de *prélèvement*, talvez um “*prélèvement à brasileira*”. Este último reflete mais a interpretação jurisprudencial e doutrinária realizada na França do que a letra da lei francesa.

O *prélèvement* foi incluído na Introdução ao Código Civil de 1916 (ICC/1916)¹¹ e na Constituição de 1934.¹² Desde então, foi sendo reproduzido nas constituições brasileiras e aplicado em diversos casos. Hoje, o instituto se encontra previsto no 5º, inc. XXXI, da Constituição Federal de 1988¹³ (CF/88), dispondo que “a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será

⁹ Utilizada em Medicina, a expressão «*prélèvement sanguin*» refere à extração de sangue para a realização de exames clínicos. PRÉLÈVEMENT. In: *Le petit robert*. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 2012. p. 2002. No âmbito do direito tributário, a expressão «*prélèvement à la source de l'impôt*» refere a um imposto retido na fonte, como pode ser, no Brasil, o Imposto de Renda.

¹⁰ FRANÇA. Loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de déduction. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069447&dateTexte=20110805>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹¹ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

¹² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

¹³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do 'de cujus'." Com similar redação esta regra pode ser encontrada no art. 10, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Por outro lado, se observa que, da mesma forma que as constituições republicanas que lhe antecederam, a CF/88 consagrou o direito de igualdade como um direito fundamental, garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, conforme reza o *caput* do seu art. 5º, disposição que inaugura o catálogo de direitos e garantias fundamentais. Este direito funda-se no princípio da igualdade, que ordena tratar de forma igual os iguais, e de forma desigual os desiguais.¹⁴

Na França, a confrontação entre o instituto de *prélèvement* e o princípio da igualdade foi motivo de uma recente decisão do Conselho Constitucional francês. Com efeito, em meados de 2011, esse Tribunal considerou que o *prélèvement* era contrário ao princípio da igualdade emanado da Constituição daquele país.¹⁵

No Brasil, a leitura do dispositivo de *prélèvement* revela que o benefício de aplicação da lei mais favorável é oferecido aos herdeiros brasileiros, não aos estrangeiros. O legislador não previu – pelo menos do que resulta dos documentos analisados – os problemas que decorreriam da possibilidade da família do *de cujus* estar conformada por cônjuge e/ou filhos não brasileiros. Assim, ao observar-se, por um lado, a regra de *prélèvement*, e por outro, o princípio da igualdade, surgem questionamentos. São comandos compatíveis? Constituirá o *prélèvement* uma expressão do tratamento desigual entre herdeiros nacionais e estrangeiros que se corresponde com a ideia de que deve se tratar os desiguais de forma desigual? Ou, pelo contrário, ele é um instituto discriminatório, da mesma forma que foi considerado pelo Conselho Constitucional francês no ano de 2011? Trata-se de um instituto valioso no ordenamento brasileiro ou sua permanência deve ser reavaliada? Existe algum

¹⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 234-235.

¹⁵ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC. Julgamento: 05/08/2011. Publicação: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13.478. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

motivo que justifique uma eliminação do instituto de *prélèvement* no ordenamento jurídico brasileiro?

Este trabalho objetiva demonstrar que este motivo existe. Ou seja, visa responder à questão por meio de um estudo crítico sobre o instituto, que prove a necessidade da sua eliminação. A hipótese a ser confirmada é que o *prélèvement* deve ser extirpado, tanto do texto da CF/88 quanto da LINDB, pois a sua configuração se apoia em uma distinção contrária ao princípio da igualdade, conduzindo a sua aplicação a resultados discriminatórios na relação sucessória envolvendo herdeiros nacionais e estrangeiros. Trabalhar-se-á, então, para demonstrar que é imperiosa a eliminação do instituto de *prélèvement* vigente no Brasil.

Assim como a mera implantação de soluções importadas de um país a outro acarreta grandes riscos de adaptação, seria imprudente sustentar que, havendo-se constatado a abolição do *prélèvement* na França, possa reproduzir-se aqui a mesma solução sem um estudo pormenorizado.

Primeiramente, isso não é possível porque se trata de versões que apresentam sensíveis diferenças na sua configuração. Ainda, porque o quadro conflitual sucessório brasileiro difere do francês. Por fim – sendo talvez o principal motivo –, pelo fato do instituto do *prélèvement* ter sido elevado ao patamar de norma constitucional, e integrar o catálogo de direitos e garantias fundamentais. No Brasil, não se pode decretar a inconstitucionalidade do instituto na CF/88, pois, como se verá *infra*, não se aceita a tese das “normas constitucionais inconstitucionais”.¹⁶ Assim, corresponde desde já deixar claro que não é possível reproduzir integralmente a solução francesa. Resta apenas aprender com ela.

A tanto, o presente estudo se divide em três partes, contendo cada uma dois capítulos.

Na primeira parte, busca-se traçar o panorama do cenário conflitual brasileiro em matéria sucessória internacional, no que refere à determinação do âmbito tanto espacial quanto material da lei da sucessão. Essa abordagem serve como primeira aproximação à temática das sucessões internacionais. No entanto, o principal motivo para tratar desse cenário é compreender em que

¹⁶ Vide nota n. 570.

medida ele pode interferir na solução que o *prélèvement* oferece. Acredita-se que os resultados negativos concretos que o instituto de *prélèvement* apresenta são predispostos pelas escolhas que o Brasil realizou na hora de definir a forma de resolver as sucessões internacionais.

No primeiro capítulo se estuda o campo de aplicação espacial da *lex successionis*, apresentando-se os dois grandes sistemas sucessórios internacionais e as escolhas que o Brasil fez tanto no que refere à determinação da lei aplicável quanto à definição do juiz competente.

Já o segundo capítulo preocupa-se com a definição do âmbito de aplicação material da *lex successionis*, isto é, o conjunto de questões da relação sucessória que podem estar submetidas à aplicação de uma lei estrangeira e, por força do disposto no *prélèvement*, fazendo parte da comparação entre a lei brasileira e a lei estrangeira.

A segunda parte do trabalho foca-se na lógica discriminatória do *prélèvement*, buscando-se compreender os motivos do nascimento, tanto na França quanto no Brasil, de uma regra que dispõe um tratamento diferenciado entre nacionais e estrangeiros em matéria sucessória. Pensa-se que, em que pese terem surgido de contextos totalmente diferentes, ambos os modelos de *prélèvement* levam consigo a marca de um verdadeiro privilégio em favor dos nacionais. Esse privilégio não se revela apenas de forma abstrata, mas apresenta consequências negativas concretas na hora de distribuir uma herança no Brasil, na medida em que a sucessão deve resolver-se em um quadro de concorrência sucessória entre cônjuge e filhos.

O terceiro capítulo inicia com um estudo dos antecedentes do instituto na França e como ele foi interpretado pela doutrina e pela jurisprudência desse país, até ser considerado inconstitucional. Analisam-se, por óbvio, os motivos dessa última determinação. Em um segundo momento estuda-se a versão brasileira do instituto, para compreender em qual contexto histórico-jurídico o legislador primeiro, e o constituinte depois, viram a necessidade de adotá-lo e incorporá-lo ao texto constitucional. Depois se apresentam as formulações da regra nas diversas constituições até a redação atual. Ao final, expõem-se as apreciações da doutrina brasileira sobre o instituto – que vão desde uma tímida crítica a um total apoio –, bem como alguns casos de sua aplicação pela justiça brasileira.

O quarto capítulo está destinado a provar os efeitos concretos da aplicação do *prélèvement* no caso prático apresentado. Ao se exigir a aplicação da lei brasileira, salvo se a lei pessoal do *de cuius* for mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros, o que se está pedindo ao juiz é um exercício de comparação. Este exercício não se realiza em nível abstrato. Ao contrário, a possibilidade de uma lei ser mais ou menos favorável não é isenta das circunstâncias fáticas do caso, dependendo de uma série de variáveis que fazem parte dessa comparação - tais como o número de herdeiros envolvidos, o regime matrimonial entre os esposos, a existência de testamento ou o comportamento dos herdeiros. Uma vez isoladas algumas variáveis comparativas em virtude do caso apresentado, estuda-se a solução do mesmo com a aplicação da lei brasileira, que não é isenta de dificuldades em virtude das divergências jurisprudenciais que o tema apresenta. Depois, busca-se a solução no direito material estrangeiro com base nas mesmas variáveis, dando lugar à comparação. No final, deixa-se em evidência a impossibilidade de resolver o caso apresentado com a aplicação da regra de *prélèvement* sem promover um tratamento discriminatório entre herdeiros.

Havendo-se constatado o caráter de privilégio com consequências negativas concretas, a terceira parte deste estudo constitui a comprovação do conflito entre o *prélèvement* e o princípio da igualdade consagrado na Constituição, por um lado, e o caráter imprescindível da sua eliminação do ordenamento brasileiro, por outro.

Para tanto, no quinto capítulo foca-se o estudo do instituto na sua condição de garantia institucional. Buscam-se respostas à indagação de se realmente possui peso suficiente para integrar o catálogo de direito e garantias fundamentais. Depois, a modo de confronto, estuda-se o princípio da igualdade presente na CF/88, sua estrutura, suas manifestações e, especialmente, seu conteúdo jurídico. Busca-se provar que a distinção entre herdeiros nacionais e estrangeiros não se trata de uma diferenciação razoável.

Finalmente, no sexto capítulo volta-se à perspectiva conflitual, e se trabalha para demonstrar a ineficácia dos mecanismos próprios da técnica do conflito de leis que poderiam servir de corretivos à discriminação provocada pelo *prélèvement*. Em primeiro lugar cuida-se do princípio de proximidade, como mecanismo de correção *a priori*, surgido como resposta às críticas

recebidas pelo método do DIPr baseado na norma de conflito abstrata. Embora o Brasil ainda não o tenha consagrado no seu quadro conflitual, considera-se oportuno avaliar desde já as suas possibilidades para fazer frente ao problema aqui exposto. Depois, cuida-se do instituto da ordem pública internacional, esse sim presente no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de correção *a posteriori*. Busca-se provar, com isso, que estes mecanismos *a priori* e *a posteriori* se mostram ineficazes para afastar as consequências discriminatórias do instituto em estudo, confirmando-se a necessidade de uma eliminação do ordenamento.

Como em todo trabalho científico, a pesquisa foi conduzida a partir de um método. Utilizou-se o método indutivo.¹⁷

No que respeita às técnicas de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica e a documental.¹⁸ Há uma preponderância da pesquisa bibliográfica na primeira e na terceira parte da obra, com obras do Brasil e do exterior. No que refere à literatura brasileira, se conta com escassíssima bibliografia voltada especificamente à matéria sucessória internacional – em diferença de outras subáreas do DIPr, principalmente os contratos. Por isso, utilizaram-se referências à temática sucessória internacional tanto em obras gerais de DIPr, quanto as veiculadas na forma de artigos de doutrina em periódicos ou em capítulos de obras coletivas.

A pesquisa documental se mostra com maior expressão na segunda parte, com destaque para a pesquisa de atas das discussões parlamentares das assembleias constituintes, no terceiro capítulo, e a análise de decisões do judiciário brasileiro, no quarto capítulo.

No que diz respeito ao caso da Sucessão de Alfredo Saraiva cumpre esclarecer que o mesmo é fictício. Foi construído pelo autor desse trabalho com a incorporação de elementos fáticos (por exemplo, o número de herdeiros, nacionalidade dos mesmos, a existência de um testamento, bens a serem partilhados) que servem para demonstrar, de forma didática, as implicações da regra de *prélèvement*. Para reforçar a ideia de um uso didático,

¹⁷ GIL, Antonio C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 10; MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. *Metodologia científica*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006. p. 53-54.

¹⁸ GIL, Antonio C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 50-51.

haverá um destaque no texto, em cada transição de uma explicação teórica às demonstrações concretas observadas no caso.

Por outra parte, não se acredita que o mesmo se trate de um caso fantástico, que somente venha existir na sua imaginação. Trata-se, isso sim, de um caso complexo. Por visar à realização de um estudo crítico sobre um instituto vigente, este trabalho não tem como objetivo apontar uma solução para o caso da Sucessão de Alfredo Saraiva tal como o faria um juiz, em virtude da sua obrigação de julgar. O caso apresentado constitui apenas uma ferramenta de experimentação, um mecanismo de demonstração dos resultados contraditórios que o *prélèvement* oferece diante de uma sucessão internacional. Então, em que pese muitas vezes invocar-se a figura do juiz do caso da Sucessão de Alfredo Saraiva, busca-se com isso apenas demonstrar as dificuldades que ele enfrentará ao ter que lidar, por um lado, com a regra de *prélèvement*, e por outro, com o princípio da igualdade, ambos presentes na CF/88. No entanto, obviamente se espera que este trabalho possa trazer luz a quem competir a resolução de casos similares ao trabalhado.

PRIMEIRA PARTE - QUADRO CONFLITUAL PARA AS SUCESSÕES INTERNACIONAIS NO BRASIL

A leitura da regra de *prélèvement* indica a presença de certos elementos fáticos necessários à sua aplicação. Ela exige como pressuposto tratar-se de uma sucessão de um estrangeiro, a presença de bens situados no Brasil e de cônjuge ou filhos brasileiros. Assim, diante do *caput* do art. 10 da LINDB, o *prélèvement* constitui uma regra especial, uma exceção.¹⁹ Entretanto, isto não é motivo para que seja estudada de forma isolada. Ela se insere dentro de um contexto conflitual, e com ele se relaciona, fazendo parte de um sistema de normas cuja compreensão se torna necessária para entender a regra especificamente,²⁰ e os seus efeitos. O direito não é apenas um conglomerado aleatório de disposições legais, mas um sistema de preceitos coordenados ou subordinados que convivem, pressupondo ordem e unidade.²¹ Por tal motivo não é possível compreender uma parte sem compreender o todo,²² e assim, não se poderá compreender o funcionamento do *prélèvement* – enquanto benefício para a aplicação da lei mais favorável a determinados herdeiros em sucessões internacionais –, sem compreender o contexto conflitual internacional em que se insere.

Nesta primeira parte, é necessário conhecer as características desse quadro conflitual sucessório que podem contribuir com a compreensão do funcionamento do instituto. Se este consiste em uma exceção à regra geral em

¹⁹ VALLADÃO, Haroldo. Unidade e pluralidade da sucessão e do inventário e da partilha no Direito Internacional. In: CAHALI, Yussef S.; CAHALI, Francisco J. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. v. VI. p. 57-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63; Também SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 310.

²⁰ Eros Grau aponta que: “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto do direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto –, até a Constituição. Por isso insisto em que um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum. (...) No contexto linguístico é discernida a semântica dos enunciados normativos. Mas o enunciado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se no contexto funcional”. GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 132.

²¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 12-13.

²² BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 140.

matéria de sucessões internacionais, é necessário conhecer o que está sendo excetuado.

Nesta oportunidade, será possível demonstrar que a configuração do quadro conflitual sucessório brasileiro, tanto no plano espacial quanto material, predispõe o cenário para que a eventual discriminação provocada pelo *prélèvement* opere com grande impacto.

Esta última asserção merece um esclarecimento. Não se está querendo afirmar que o quadro conflitual para resolver as sucessões internacionais no Brasil fomente a discriminação de uma forma geral. O que ocorre é mais uma combinação de escolhas – do legislador, principalmente, mas também dos juízes –, na organização do quadro conflitual brasileiro, no qual o *prélèvement* encontra um cenário que de certa forma “potencializa” seus efeitos negativos.

Daí a utilidade de tratar primeiro todo o sistema conflitual sucessório brasileiro. Ele servirá de base para, em um segundo momento, demonstrar como a discriminação se realiza.

Essa incidência do quadro conflitual se dá em dois âmbitos. O primeiro resulta de uma opção do legislador brasileiro acerca de como resolver conflitos de leis e de jurisdição em matéria de sucessão, delimitando espacialmente a questão com a aplicação de uma única lei à sucessão dos bens que estão no território nacional (Capítulo 1). O segundo âmbito, se observa no conjunto de questões que constituem o domínio material da lei aplicável às sucessões, pela definição de quais aspectos serão submetidos ou não à *lex successionis*, quer seja a lei brasileira, quer seja a lei estrangeira (Capítulo 2). O tratamento do tema terá, como base, o caso hipotético da Sucessão de Alfredo Saraiva.

CAPÍTULO 1 - CAMPO DE APLICAÇÃO ESPACIAL DA *LEX SUCCESSIONIS* NO BRASIL

A herança é um instituto com fortes implicações sociais, econômicas e políticas. Afeta tanto em nível individual, nas relações de foro íntimo, quanto no nível social, por se tratar de situações de interesse público.²³ Por isso, o direito sucessório é um dos ramos da ciência jurídica em que a idiossincrasia própria de cada grupo social está intensamente refletida.²⁴ Se, por um lado, pode interessar ao Estado a distribuição da riqueza, por outro lado deve levar-se em conta o fato de que as regras que governam a sucessão têm por base a família, e os traços culturais que determinam sua estrutura terão incidência no regulamento sucessório. Ainda, trata-se de uma matéria fortemente carregada de institutos que prescindem da vontade individual, oferecendo caminhos mais estreitos aos particulares do que em outros âmbitos.²⁵

Referindo-se à maior dificuldade de harmonização se comparado com regras de outras áreas, como a dos contratos internacionais, entendem Jaeger Junior e Nordmeier que os âmbitos do direito de família e sucessões afetam valores fundamentais, e por isso “despertam emoções de forma mais rápida do que acontecimentos puramente econômicos que se passam no âmbito do direito das obrigações”.²⁶

Nesta área, o ímpeto regulador do Estado se revelará em uma maior ou menor intervenção nas relações privadas e nas regras que regulam a circulação de riquezas. Nisso o direito comparado oferece uma ampla gama de nuances, observando-se grandes diferenças entre as famílias jurídicas no

²³ KREICZER-LEVY, Shelly, Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Probate and Trust Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2060184>>. Acesso em: 14/02/2016. p. 1.

²⁴ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de sucesiones internacionales. *Urbi Et Ius*, Buenos Aires, v. 1, n. 13, p. 63-74, jun. 2014, p. 64.

²⁵ ALBORNOZ, Jorge. Sucesión hereditaria. In: FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur*. p. 841-871. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 841.

²⁶ JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Friedrich C. Comunitarização do direito internacional privado: paulatina harmonização de um âmbito jurídico. In: DEL'OLMO, Florisbal de S.; COLET, Charlise P.; CERVI, Taciana M. *Direitos fundamentais e cidadania*. p. 131-156. Campinas: Millennium Editora, 2013. p. 144-145.

mundo,²⁷ mas inclusive entre ordenamentos jurídicos da mesma família.²⁸ Tais interesses não apenas moldarão as regras de direito material, mas também a maneira como cada Estado responde ao fenômeno sucessório internacional.

1.1 LEI APLICÁVEL À SUCESSÃO INTERNACIONAL

Quando se apresentem elementos de estraneidade²⁹, tal como domicílio do *de cuius* em país alheio, ou um patrimônio localizado ou herdeiros

²⁷ No começo do S. XX criou-se em Europa o conceito de família jurídica (que não deve confundir-se com família no sentido literal nem com o Direito de Família) com a finalidade de organizar em grupos o direito existente no mundo, de acordo como as seus traços comuns, e assim facilitar os estudos de direito comparado. Contudo, não existe uma classificação precisa de famílias jurídicas, nem de caráter geral. Ainda, os próprios autores comparatistas não chegam a um acordo acerca de sob quais critérios esse agrupamento deve ocorrer. GAVIRIA GIL, María V. El derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 39, p. 30-57, ene.-jun., 2013. p. 32. Assim, um ordenamento pode pertencer em matéria de direito civil a uma família jurídica, enquanto em questões de direito administrativo a outra. Para fins didáticos em matéria de direito de família e sucessões, Hertel propõe a seguinte classificação: família jurídica da *common law*; a família do direito romano-germânico do Código de Napoleão; a família jurídica germânica; os Estados com regimes comunistas (antigos e atuais); outros ordenamentos do grupo do direito romano germânico, especialmente no sudeste asiático; a família jurídica nórdica; e a família jurídica islâmica. Esta classificação tem por base a elaborada por Zweigert e Kötz, dividida em: direito de raiz romana; direito germânico; anglo-americano; nórdico; oriental (chinês e japonês); religioso (hindu e islâmico). HERTEL, Christian. Sistemas jurídicos del mundo. *Notarius International*, n. 1-2, 2009. p. 186.

²⁸ Como se verá nas páginas a seguir, o exercício de comparação, proposto pela aplicação do *prélèvement* no caso da sucessão de Alfredo Saraiva, envolve três ordenamentos jurídicos pertencentes à mesma família, a saber: o ordenamento brasileiro, o ordenamento argentino e o ordenamento uruguaio. Todos estes pertencem a um sistema de direito civil puro, com base na classificação proposta pelo Grupo de Pesquisa da Universidade de Ottawa sobre os sistemas jurídicos do mundo. UOTTAWA. *Juriglobe*. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/fra/sys-juri/class-poli/droit-civil.php>>. Acesso em: 14/02/2016.

²⁹ Pela doutrina clássica, o elemento de estraneidade na relação se situa naquela interseção das normas de fontes internas, aplicáveis às relações internas, e de normas de fontes estrangeiras, eventualmente chamadas pelo juiz para reger relações internacionais. Elhoueiss explica que essa dualidade constitui a transposição sobre o plano do direito da distinção existencialista entre o “eu” e o “outro”, adotado no DIPr como a dualidade entre o “eu” representado pelo direito do foro, e o “outro” representado pelo ordenamento jurídico estrangeiro. Contudo, o autor critica o fato de que o caráter de estraneidade, segundo essa concepção, seja determinado de forma externa ao DIPr, através de uma dissociação artificial entre a internacionalidade da relação, prévia ao conflito de leis, e a estraneidade eventual da relação, como solução do conflito de leis. Contrariamente, a determinação da estraneidade deve fazer parte da caracterização por meio das próprias normas de DIPr. ELHOUEISS, Jean-Luc. O elemento de estraneidade prévia no direito internacional privado. In: VIEIRA, Iacyr A. (Org.). *Estudos de direito comparado e direito internacional privado*. t. I e II. p. 173-219. Curitiba: Juruá, 2011. p. 174. Contudo, hoje se verifica uma dificuldade cada vez maior para distinguir situações internas de internacionais a partir do elemento de estraneidade. Gaudemet-Tallon aponta, entre outras, a grande evolução tecnológica no intercâmbio de dados, incluídos os dados jurídicos, que permite ignorar as fronteiras nacionais entre países.

domiciliados em diferentes países, a relação sucessória exibirá uma complexidade maior, pois poderá haver contato com ordenamentos sucessórios baseados em valores e princípios opostos.³⁰ Uma das principais diferenças se revela logo para o comparatista, quando observa as concepções do que em essência é uma sucessão *mortis causae*.³¹ Sob este ponto de vista, no mundo convivem dois grandes sistemas. Certos ordenamentos adotam um sistema de “sucessão na pessoa”, derivado da ideia romana de uma continuação na pessoa do *de cuius*, ocupando seu lugar automaticamente. Outros adotam o sistema da “sucessão nos bens”, segundo o qual as regras que governam a herança constituem a maneira de distribuir um conjunto de bens que não se transfere aos herdeiros automaticamente, mas somente após a liquidação das dívidas, contando com a participação de um administrador para isso.³²

Essa diversidade de soluções internas condiciona a possibilidade de alcançar respostas amplamente aceitas no âmbito do DIPr.³³ Mas essa dificuldade é histórica. Desde o tempo dos pós-glosadores busca-se determinar a legislação que deve governar a sucessão. Após a contribuição ao

Outro fator importante advém nos blocos de integração regional, sendo o caso mais evidente o conceito de “cidadania europeia” e a subsistência de nacionalidade com referência a determinado Estado como critério para a determinação do estatuto pessoal. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 182. Sobre o conceito de cidadania europeia e suas implicações no DIPr, sobretudo no que respeita à não discriminação em virtude da nacionalidade no contexto comunitário *vide* BORRAS, Alegria. Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir. *Recueil des cours*, La Haye, v. 317, p. 313-536, 2005. p. 352.

³⁰ MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Orbe, 1955. p. 291.

³¹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 2, p. 211-260, dez. 2003. p. 212. Disponível em: <<http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=82400206>>. Acesso em: 14/02/2016.

³² RABEL, Ernst. *The Conflict of Laws*. A comparative study. Michigan: University of Michigan Law School, 1958. p. 375-377. Albornoz destaca que, nas suas origens, a sucessão nos bens consistia na entrega dos bens ao filho homem de maior idade, que pagava todas as dívidas e ficava com o remanescente, porquanto não havia confusão de patrimônios. ALBORNOZ, Jorge. Sucesión hereditaria. In: FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur*. p. 841-871. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 842.

³³ ALBORNOZ, Jorge. Sucesión hereditaria. In: FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur*. p. 841-871. Buenos Aires: Zavalia, 2003. p. 841; CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 2, p. 211-260, dez. 2003. p. 212. Disponível em: <<http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=82400206>>. Acesso em: 14/02/2016.

DIPr feita por Savigny, a discussão passaria por saber, como em toda matéria de direito privado com conexão internacional, qual é o elemento característico da relação sucessória, aquele que possa servir de âncora ou ponto de referência para a determinação da lei aplicável, caso uma pessoa faleça deixando bens ou herdeiros em mais de um país.

A diversidade de sistemas se observa no tímido acolhimento que tiveram as iniciativas internacionais de uniformização de conflitos de leis em matéria sucessória. Enquanto não se observam iniciativas de uniformização de regras materiais, a exemplo do conseguido em matéria de contratos internacionais, de compra e venda de mercadorias,³⁴ há dificuldade também na técnica de uniformização de regras de conflito.³⁵

³⁴ Um dos modelos mais exitosos de uniformização do direito material está constituído pela Convenção de Nações Unidas sobre compra e venda internacional de mercadorias (CISG), de 1980. O Brasil ratificou a CISG em 01/04/2013, entrando em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja sido depositado o instrumento de ratificação, conforme o estipula o art. 99 (2). BRASIL. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 14/02/2016. ROSSANI GARCEZ, José M. *Introdução à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e venda de Mercadorias – Viena 1980*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 1-19. Outros estudos publicados no Brasil sobre o significado da CISG são: WITZ, Claude. Os vinte e cinco anos da Convenção de Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional e mercadorias: balanços e perspectivas. In: VIEIRA, Iacyr A. (Org.). *Estudos de direito comparado e direito internacional privado*. t. I e II. p. 413-435. Curitiba: Juruá, 2011; FRADERA, Véra J.; MEIRA MOSER, Luiz G. (Orgs.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011; VIEIRA, Iacyr A. Plaidoyer por uma aplicação da Convenção de Viena de 1980 relativa à Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Brasil. In: VIEIRA, Iacyr A. (Org.). *Estudos de direito comparado e direito internacional privado*. t. I e II. p. 437-462. Curitiba: Juruá, 2011.

³⁵ Para melhor ilustrar, vale referir que as convenções de Haia de 1989 sobre lei aplicável às sucessões *mortis causae* e sobre a administração de heranças de 1973 tiveram um baixíssimo acolhimento. A primeira, que nunca chegou a entrar em vigor, teve apenas quatro adesões: da Argentina, Luxemburgo, Suíça e Holanda, sendo que apenas esta última a ratificou e a incorporou em 1996 ao seu ordenamento interno. No entanto, deixou de ser parte em 01/04/2015. HAGUE CONFERENCE. Status table of the Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=62>. Acesso em: 14/02/2016. Por sua parte, a Convenção de 1973 entrou em vigor apenas em Portugal, República Tcheca e Eslováquia. HAGUE CONFERENCE. Status table Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=83>. Acesso em: 14/02/2016. Há que dizer, contudo, que estas convenções, embora inaplicáveis, foram importantes nos estudos prévios à elaboração do Regulamento n. 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012 (R650/2012), hoje vigente no âmbito europeu. UNIÃO EUROPEIA. Regulamento n. 650, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <

Para a determinação da lei aplicável, é necessário indagar-se acerca do elemento relevante para defini-la. Assim, colocando a questão em termos *savignianos*, qual é a natureza da relação para a determinação da sua esfera jurídica?³⁶ A sua natureza está mais vinculada à pessoa do defunto ou ao seu patrimônio? Qual dos dois componentes deve ser levado em conta para estabelecer a sede da relação? Essa dicotomia se revela na existência de dois grandes sistemas sucessórios para determinação da lei aplicável.

1.1.1 Critérios sucessórios internacionais existentes no DIPr

A questão da concepção da sucessão, diante de uma plurilocalização de elementos, aponta a determinar se deve uma lei única governar a sucessão por inteiro, ou se, pelo contrário, deve ser a lei vigente no local de situação dos bens que compõem o acervo a que defina a sua sucessão.³⁷ Houve no direito comparado lugar para as duas respostas, dando origem aos sistemas da unidade e do fracionamento da lei aplicável.

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:PT:PDF>. Acesso em: 14/02/2016. No âmbito interamericano, tem sido ativo o papel da Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, havendo dado origem a convenções sobre diversas matérias. Contudo, a matéria sucessória não tem sido objeto de tratamento, permanecendo praticamente restrita às previsões da Convenção sobre Direito Internacional Privado (Havana) de 1928, à qual o Brasil aderiu em 1929, e dos Tratados de Direito Civil de Montevideu de 1889 e 1940, que congregam a vários Estados americanos, mas não o Brasil. BRASIL. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27764&norma=43270>>. Acesso em: 14/02/2016; CONGRESSO SUDAMERICANO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Tratado de Derecho Civil Internacional del 12 de febrero de 1889. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/666/33.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016; ARGENTINA. Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo del 19 de marzo de 1940. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/200295/norma.htm>>. Acesso em: 14/02/2016. No âmbito do MERCOSUL, não se encontra qualquer instrumento específico em matéria de sucessões internacionais.

³⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 50.

³⁷ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 12.

1.1.1.1 Critério do fracionamento da sucessão

A primeira resposta ao questionamento da determinação da lei aplicável prevaleceu até o S. XIX e resultou no sistema do fracionamento, que foi praticado pelos juristas das escolas estatutárias. Arraigado no aparelho jurídico feudal, este sistema concebia a sucessão como um “estatuto real”, pois dizia respeito à transmissão e à distribuição de bens.³⁸ Por isso, seriam os costumes vigentes no local em que se encontrassem os bens imóveis os que deveriam governar a sua transmissão, inclusive a hereditária. Tal escolha era natural para o sistema econômico da época, pois a ligação com a terra – o mais importante fator de produção –, determinava os direitos e deveres da pessoa.³⁹ Assim, a sucessão dos imóveis, de maior expressão patrimonial, seria regulada pela lei do local da situação de cada um destes.

Mercadé, Merlin, Foelix, Demangeat, dentre outros, foram os primeiros autores franceses a apoiarem esse critério, seguindo um padrão germânico de tratamento da herança, e com a finalidade de evitar a transmissão do patrimônio hereditário a estrangeiros.⁴⁰ Savigny, na sua crítica a esse sistema, aponta:

“Em sua forma primitiva e mais rigorosa, nenhum dos bens de uma sucessão (móveis e imóveis) situados no país passava aos herdeiros estrangeiros, mas eram devolvidos ao soberano ou a seu representante. Numa forma mais branda, todos os bens da sucessão são regulamentados de acordo com a lei do país, qualquer que seja o domicílio do falecido, e não há distinção entre herdeiros nacionais e estrangeiros. Se esse princípio fosse reconhecido e aplicado em toda parte, todo pai de família providente procuraria uma garantia contra uma ordem de sucessão contrária a sua vontade, e contra a perturbação que ameaçaria suas dívidas e seus créditos. Seu único recurso seria então vender em tempo os imóveis que possuísse em países estrangeiros e transferir as coisas móveis ao país do seu domicílio. Um desejo tão natural e a necessidade de semelhante

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito internacional privado*. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935. p. 260.

³⁹ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 13-14.

⁴⁰ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 2, p. 211-260, dez. 2003. p. 213. Disponível em: <<http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=82400206>>. Acesso em: 14/02/2016.

expediente deixam transparecer claramente a dureza gratuita desse princípio”.⁴¹

Este sistema respondia à concepção germânica, pois se desestimava a ideia de sub-rogação na pessoa do *de cuius* por parte dos herdeiros, considerando-se apenas uma transferência de titularidade sobre determinado patrimônio, este último constituindo o fundamento jurídico da sucessão.⁴² Como consequência, para o DIPr, a designação de “sistema do fracionamento” se refere ao fato de um mesmo patrimônio hereditário resultar submetido a diversas leis conforme o local de situação dos bens, ou seja, a *lex rei sitae*. Se o acervo estiver composto por imóveis situados em diversos territórios, serão as regras de cada um desses as que regerão a sua sucessão, de forma independente. O resultado será um fracionamento da sucessão, pela aplicação de mais de uma lei para governá-la.

Já no que dizia respeito a bens móveis, o princípio não foi aplicado de forma absoluta, devido à facilidade com que eles poderiam ser deslocados e, sobretudo, pelo seu relativo menor valor em comparação com os imóveis. Para aqueles, adotava-se o princípio *mobilia sequuntur personam*,⁴³ ou seja, uma presunção de que o *de cuius* os leva consigo quando muda de domicílio. A utilização da ficção constituiu uma saída prática para a dificuldade de aplicar a *lex rei sitae* a bens que tivessem relativamente menor valor. Desse modo, para resolver a partilha de móveis, cuja situação podia ser múltipla, foi-lhes atribuída uma situação fictícia única, de presumir que todos eles se encontrassem no domicílio do defunto. A sucessão continuava a ser regida

⁴¹ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 243-244. A forma mais rigorosa a que Savigny se refere corresponde à aplicação do denominado direito de albinágio. Assim, o sistema do fracionamento da sucessão através da aplicação da *lex rei sitae*, dava lugar à negativa de acesso dos estrangeiros à herança. O direito de albinágio será estudado no capítulo 3 desse trabalho.

⁴² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 2, p. 211-260, dez. 2003. p. 212. Disponível em: <<http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=82400206>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴³ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 13.

pela *lex rei sitae*, mas enquanto se contemplava a situação real dos imóveis, aos móveis cabia essa presunção.⁴⁴

O sistema do fracionamento – também chamado de dualista pelo fato de distinguir entre móveis e imóveis para a determinação da lei aplicável –, foi seguido principalmente pelos países da *common law*⁴⁵ e pela França⁴⁶. Dentre os países que adotam esse sistema, as divergências vão dizer respeito ao critério utilizado para governar a sucessão sobre os bens móveis. Assim, o critério será de caráter pessoal, quer seja o último domicílio (como nos países da *common law*,⁴⁷ França⁴⁸, Rússia⁴⁹, Índia⁵⁰), quer seja a última residência habitual (a exemplo da Bélgica⁵¹ ou da China⁵²), ou a nacionalidade do *de cuius* (como na República Dominicana,⁵³ no Principado de Mônaco,⁵⁴ e na Turquia⁵⁵).

Por estar vinculado ao caso apresentado, nota-se que o direito conflitual argentino em matéria sucessória adota este sistema. O art. 2644 do

⁴⁴ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 381.

⁴⁵ Assim, na Inglaterra a solução da *lex rei sitae* para os imóveis foi admitida no caso *Balfour vs. Scott* de 1973. NORTH, Peter; FAWCETT, James. *Cheshire and North's Private International Law*. 20. ed. London: Butterworths, 1992. p. 851. Nos Estados Unidos é trazida por STORY, Joseph. *Commentaries on the conflicts of laws*. Boston: Little Brown And Company, 1957. p. 767-801. BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 101.

⁴⁶ Na França a regra manteve-se por força da tradição, pois não existe nenhuma regra que assim o disponha expressamente. BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 101. Após a codificação napoleônica, a Corte de Cassação, reafirmou, no caso Stewart (1837), a aplicação ao caso do disposto no artigo 3 do código civil francês: «*Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française*». FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt Stewart. Chambre civile. Julgamento: 14/03/1837. Publicação: Sirey, 1837, 1. p. 95; LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 20. BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 101.

⁴⁷ Na jurisprudência inglesa, ficou estabelecido desde o caso *Pipon vs. Pipon* (1744). NORTH, Peter; FAWCETT, James. *Cheshire and North's Private International Law*. 20. ed. London: Butterworths, 1992. p. 837.

⁴⁸ Em que pese não ter uma disposição expressa, tal entendimento foi fixado pela Corte de Cassação no caso *Labedan*. FRANÇA. Cour de Cassation. Arrêt *Labedan*. Chambre civile. Julgamento: 19/06/1939. Publicação: Sirey, 1940 1 p. 49.

⁴⁹ Art. 1.224 do Código Civil da Federação Russa.

⁵⁰ Art. 5° (2) do *Indian Succession Act*, 1925.

⁵¹ Art. 78. §1er. Loi portant le Code de droit international privé, 16 juillet 2004.

⁵² Art. 31 do Law of the People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-Related Civil Relations.

⁵³ Art. 3° do Código Civil da República Dominicana.

⁵⁴ Art. 3° do Código Civil de Mônaco.

⁵⁵ Art. 20 do Turkish International Private and Procedural Law (Act No. 5718/2007).

recentemente aprovado Código Civil Argentino (CCArg.) dispõe: “*Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.*”⁵⁶

Por outro lado, outro ordenamento vinculado é o uruguaio. Este país adota um sistema de fracionamento extremo, isto é, sistemas que aplicam a *lex rei sitae* aos bens de qualquer natureza, incluindo-se os bens móveis, tal como o dispõe o art. 2.400 do seu Código Civil Uruguaio (CCUrug.): “*La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria*”.⁵⁷ Este sistema está em sintonia com o disposto nos Tratados de Direito Civil Internacional de Montevideu de 1889 e 1940 (arts. 44 e 45 de ambos os Tratados).

1.1.1.2 Critério da unidade da sucessão

A segunda resposta ao questionamento sobre a lei aplicável é a da unidade da sucessão, que coloca o *de cuius* no centro da cena, como titular de um conjunto de relações pessoais, de caráter principalmente familiar, muito mais do que em relação a um conjunto de bens a serem distribuídos. Por este sistema, a transmissão do conjunto de bens deve ser governada por uma lei única, pois pela lei se transmite uma universalidade, um patrimônio, ou seja, o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos pertencentes a

⁵⁶ ARGENTINA. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Disponível em <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 14/02/2016. Em verdade o Código consagrou a jurisprudência dos tribunais argentinos que fizeram uma interpretação sistemática do Código Civil de 1871. Enquanto o art. 3.283 determinava a aplicação da lei do domicílio do defunto para a distribuição do patrimônio, os art. 10 e 11 determinam a aplicação da *lex rei sitae* para aqueles imóveis e móveis que se mantêm sem intenção de serem transportados. ARGENTINA. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. “Andersen, Pablo s. sucesión”. Julgamento: 10/09/1974. Publicação: El Derecho, t. 58, p. 541 ss. Tem havido, contudo, interpretações propugnando a unidade plena da sucessão. ARGENTINA. CCiv. y Com. Morón, sala 2, “Solimando, Francisco s. sucesión”. Relator: S. Calosso. Julgamento: 21/06/05. Publicação: 20/05/2005; Vide SCOTTI, Luciana. *Derecho internacional privado*. Incidencias del Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Hammurabi, 2015. p. 246-247.

⁵⁷ URUGUAI. Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Disponível em: <http://www.oas.org/DIL/ESP/Codigo_Civil_Uruguay.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

uma pessoa.⁵⁸ Entende essa concepção que, se na vida da pessoa o patrimônio foi considerado uma unidade, esta deve ser preservada, na medida do possível, no momento da abertura da sua sucessão. Portanto, os ordenamentos jurídicos que participavam da concepção de raiz romana da herança, veem nessa instituição um patrimônio sujeito a regras próprias: *hereditas* enquanto *universitas iuris* e sucessão *mortis causae* como a sub-rogação na pessoa do defunto, seguindo a ideia de que o falecido e os seus herdeiros seriam, de certo modo, a mesma pessoa.⁵⁹

No S. XVIII começa a abandonar-se a ideia de que a regulamentação das sucessões devia responder a interesses políticos e econômicos. Em compensação, percebe-se a estreita relação com o direito de família. Não seria lógico, desde essa perspectiva, separar os institutos.⁶⁰ A concepção de patrimônio universal do direito material que cuida da sucessão, sem distinções sobre a natureza dos bens de que se trate, acabaria tendo reflexos na sucessão internacional. Apenas uma lei deve governar suas relações. Em outras palavras, ao princípio da universalidade sucessória em direito interno lhe corresponde o princípio da unidade em matéria de DIPr.⁶¹

Embora inspirado no direito romano, o sistema da unidade sucessória somente ganhou expressividade a partir do S. XIX. Wächter, Laurent, Fiore, Castellani, Dubois, Weiss, Despagnet e a maior parte dos autores modernos se declarariam a favor desse sistema,⁶² dentre os quais se destaca Savigny,⁶³

⁵⁸ VENOSA, Silvio. *Direito civil*. Direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 7.

⁵⁹ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 2, p. 211-260, dez. 2003. p. 214-215 Disponível em: <<http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=82400206>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁰ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 16.

⁶¹ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 99. LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 16. CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 381.

⁶² CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 2, p. 211-260, dez. 2003. p. 214. Disponível em: <<http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=82400206>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶³ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 240-241.

em sintonia com a defesa da ideia de um estatuto pessoal governado pela lei do domicílio.⁶⁴

Hoje se pode observar uma grande diversidade nas legislações domésticas dos Estados. Alguns países optaram por seguir a lei da nacionalidade do defunto para governar a sucessão,⁶⁵ acompanhando o critério utilizado para definir a capacidade da pessoa. Nesse grupo encontram-se Alemanha, Arábia Saudita, Áustria, Espanha, Egito, Emirados Árabes Unidos, Grécia, Hungria, Itália, Japão, Coreia do Sul, Portugal. Já outros aderem à opção de Savigny para governar as sucessões pela lei do último domicílio do defunto. É o caso do Chile, Colômbia, Dinamarca, Equador, El Salvador, Estônia, Etiópia, Honduras, Islândia, Israel, Macau (China), Nicarágua, Noruega, Paraguai, Peru, Suíça, Venezuela, Finlândia e os Países Baixos.⁶⁶

No âmbito europeu, o Regulamento n. 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012 (R650/2012) adotou um sistema misto. Estabelece como regra geral que a sucessão se governará pela lei da residência habitual do *de cuius* ao momento do falecimento,⁶⁷ por considerar-se que este é o seu “centro de vida”,⁶⁸ salvo que este, pela denominada

⁶⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 128 e sgtes.

⁶⁵ UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT. World Map: Conflict of Laws in Successions. Mappemonde du rattachement en matière successorale. *Notarius International*, Würzburg, v. 10, n. 3, 2005. p. 3-4. Disponível em: <http://212.63.69.85/DataBase/2005/notarius_2005_03_last.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁶ UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT. World Map: Conflict of Laws in Successions. Mappemonde du rattachement en matière successorale. *Notarius International*, Würzburg, v. 10, n. 3, 2005. p. 3-4. Disponível em: <http://212.63.69.85/DataBase/2005/notarius_2005_03_last.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁷ Entre as diversas razões para seguir esse critério, destaca-se o fato de tratar-se do mais transversal, estando presente nos sistemas autônomos internos. Ainda, é nele que se encontram normalmente os bens a serem divididos, os herdeiros e eventuais credores. Enfim, levou-se em conta a proximidade na conexão sucessão-Estado. RODRIGUEZ BENOT, Andrés. Approach to the proposal for a Regulation of the European Union on Succession. In: CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz *et. al.* (Orgs.). *Latest developments in EU private international law*. p. 133-152. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 143. Como Jaeger Junior aponta, a União Europeia vem optando pelo critério da residência habitual como elemento de conexão em diversos instrumentos, abandonando-se o critério da nacionalidade. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 581.

⁶⁸ LAFUENTE SANCHEZ, Raúl. Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 350-370, 2013. p. 356.

professio juris,⁶⁹ na forma de uma disposição por causa de morte, tivesse escolhido a lei da sua nacionalidade para governar a sucessão (arts. 21, inc. 1º, e 22 do R650/2012). Na ausência de escolha, a regra geral da última residência habitual poderá ficar excetuada em caso de que no conjunto de circunstâncias o falecido tivesse uma relação mais estreita com a lei de um terceiro país que não o da residência habitual (art. 21, inc. 2º). Trata-se da incorporação do princípio de proximidade, na forma de uma cláusula de exceção, que será visto em detalhe no ponto 6.1.4.2.

Analisados os dois grandes sistemas do fracionamento e da unidade, cumpre agora saber qual deles o Brasil adotou para responder a uma sucessão com conexão internacional.

1.1.2 Escolhas brasileiras para determinação da lei aplicável

No Brasil, antes do Código Civil de 1916, as normas de Direito Internacional Privado eram, de um modo geral, bastante imprecisas. Recorria-se aos juriconsultos. Um deles, o português Borges Carneiro, comentava em 1826 que:

“(...) na mesma conformidade, os bens do estrangeiro por sua morte se devolvem aos que são seus herdeiros segundo as leis do seu país; salvo quanto aos bens de raiz, que seguirão as Leis do Reino onde forem situados (...)”.⁷⁰

Tal enunciado expressava que a tradição do direito reinícola no Brasil colonial se baseou na admissão do sistema do fracionamento.⁷¹ Paulatinamente este sistema foi sendo abandonado em favor do sistema da unidade da sucessão, variando de uma escolha primeira em favor da *lex*

⁶⁹ ALVAREZ GONZALEZ, Santiago. La “*professio iuris*” y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria. In: GARCÍA RUBIO, Maria P. *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*. p. 17-49. Madrid: Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009. p. 18.

⁷⁰ BORGES CARNEIRO *apud* VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 213.

⁷¹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 213.

patriae, para depois optar pela lei do último domicílio do *de cuius*, que se mantém até hoje.

1.1.2.1 Anterior escolha pela *lex patriae*

Os tratados de amizade, comércio e navegação que o Brasil celebrou com a França (1826),⁷² e com a Inglaterra (1827),⁷³ já revelavam uma atenção oficial ao critério da nacionalidade, ao garantir aos estrangeiros desses países o direito de dispor da sua propriedade livremente, incluindo-se a via testamentária. Fora os casos amparados por tais tratados, as primeiras previsões de regras gerais para o Império foram as concernentes à necessária participação dos agentes consulares em caso de sucessão de estrangeiros. Assim previam o art. 3 do Decreto 855 de 1851⁷⁴, e o art. 33 do Decreto 2.433 de 1859⁷⁵, ambos destinados a regulamentar a atividade dos cônsules estrangeiros no país. Dessa forma, o cônsul da nacionalidade do defunto poderia resolver a sucessão de acordo com as suas leis, encarregando-se da administração e disposição dos bens e de notificar os herdeiros estrangeiros. Ainda, se não houvesse cônsul da nacionalidade do defunto, permitia-se aos compatriotas do *de cuius* uma participação na administração e liquidação da herança.

⁷² BRASIL. Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio entre O Senhor D. Pedro I Imperador do Brasil, e Carlos X Rei de França. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1826/paz-amizade-comercio-e-navegacao>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷³ BRASIL. Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio entre O Senhor D. Pedro I, Imperador do Brasil, e Jorge IV de Inglaterra. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1827/paz-amizade-comercio-e-navegacao/>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁴ BRASIL. Decreto n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Regulando as isenções e atribuições dos Agentes Consulares Estrangeiros no Império, e o modo por que se hão de haver na arrecadação e administração das heranças de súditos de suas Nações, dado o caso de reciprocidade. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-855-8-novembro-1851-539534-publicacaooriginal-81883-pe.html>>. Acesso em: 14/02/2016. SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 310.

⁷⁵ BRASIL. Decreto n. 2.433 de 15 de Junho de 1859. Manda executar o novo Regulamento para a arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, vago e do evento. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80235&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 14/02/2016.

Seguindo a Savigny, de quem recebeu bastante influência,⁷⁶ Teixeira de Freitas apresentou, em 1864, o seu Esboço do Código Civil adotando o critério do domicílio para governar as sucessões nos arts. 26 e 27.⁷⁷ Contudo, a posição triunfante no Brasil iniciou-se com Pimenta Bueno. Influenciado pela escola italiana de Mancini⁷⁸ e acompanhando o Código Civil italiano de 1865 (art. 8),⁷⁹ defendeu o princípio da unidade sucessória em torno da lei da nacionalidade do *de cuius*,⁸⁰ sendo esta a lei aplicável ao estatuto geral da pessoa.⁸¹ Tal critério esteve presente nos sucessivos projetos de Código Civil: no art. 39 do Projeto de Nabuco de Araújo (1878) – contendo, todavia, exceções expressas em favor das disposições em caso de imóveis –, no art.

⁷⁶ REIS, Thiago. Teixeira de Freitas leitor de Savigny. *São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas Research Papers Series*, São Paulo, n. 21, mar. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2580501>>. Acesso em: 14/02/2016. Cabe mencionar que, por sua vez, Teixeira de Freitas foi determinante no processo de codificação latino-americano, a exemplo do Código Civil Argentino de 1869, de Dalmácio Velez Sarsfield. Nesse sentido *vide* WALD, Arnoldo. A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 173, p. 249-260, jan.-mar. 1985. p. 257. Já no que respeita à influência no DIPr *vide* SAMTLEBEM, Jürgen. Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, p. 257-276, jan.-mar. 1985. p. 264-265; e GOMES, Joséli F. *Direito internacional privado no Brasil e na América Latina: análise da importância da obra de Augusto Teixeira de Freitas para o desenvolvimento da disciplina*. Curitiba: CRV, 2014. 98 p.

⁷⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil - Esboço*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1864.

⁷⁸ NAZO, Georgette N. Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969). In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 147-173. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 153. Na sua famosa *Prelezioni* ao Curso de Direito Internacional e Marítimo da Universidade de Turim, o autor expressaria o “princípio das nacionalidades” na sua tese da “Nacionalidade como fundamento do Direito das Gentes”. Define a nacionalidade como “uma sociedade natural de homens com unidade de território, de origem, de costumes, de língua, configurados numa vida em comum e numa consciência social”. MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 62-63. Anos depois, apresentaria no *Journal Clunet*, a ideia do Direito Internacional Privado como um ramo do Direito das Gentes, manifestando-se a extraterritorialidade pelo direito da nacionalidade da pessoa, que o acompanha onde for, como o sangue que lhe circula nas veias. Em tal situação, os Estados deviam aplicar o direito estrangeiro não como um ato de cortesia, mas como cumprimento de um dever internacional. CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 141-142. *Vide* também GUTZWILLER, Max. Le développement historique du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 29, p. 287-400, 1929. p. 366 e sgtes.; e DEL’OLMO, Florisbal de S. *O MERCOSUL e a Nacionalidade. Estudo à Luz do Direito Internacional*. 1999. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1999. p. 24-27.

⁷⁹ ITALIA. Codice Civile del Regno D’italia. Torino: Stamparia Reale, 1865. Disponível em: <<https://archive.org/stream/codiceciviledel00italgoog#page/n8/mode/1up>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁸⁰ PIMENTA BUENO, José. *Direito Internacional Privado e aplicação dos seus princípios com referência às leis particulares no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1863. p. 76.

⁸¹ VALLADÃO, Haroldo. A lei reguladora do estatuto pessoal. *Revista de Direito*, Curitiba, v. 2, p. 19-43, 1954. p. 22-23.

20 do Projeto de Felício dos Santos (1881), e no art. 21 do Projeto de Coelho Rodrigues (1897).⁸²

Os textos citados não faziam referência expressa ao caráter de “internacionalidade quase agressiva”⁸³ do texto italiano, isto é, à menção à aplicação da lei da nacionalidade “qualquer que seja natureza e a situação dos bens”. Ela somente apareceu na discussão do Projeto de Clóvis Beviláqua, em virtude da proposta do Senador Andrade Figueira.⁸⁴ Assim, resultou na primeira parte do art. 14 da ICC/1916:

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, guardado o disposto neste Código acerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão á lei nacional do falecido; (...)

O critério escolhido, no que respeita às sucessões, estava em sintonia com a regulamentação do estatuto pessoal que para a época era definida pela nacionalidade da pessoa, expressada no art. 8 da ICC/1916.⁸⁵ A primeira parte do art. 14 apareceu, na sua essência, no artigo 144 da Convenção de Havana sobre Direito Internacional Privado de 1928, mais conhecida como Código de Bustamante (CBust). Este também adotou o princípio da unidade.⁸⁶ Contudo, deixou que a sucessão se governasse segundo a “lei pessoal” do defunto, mantendo um elemento de conexão variável, pois sob a fórmula “lei pessoal” ela deixou a critério dos Estados partes decidirem se seria o local do domicílio

⁸² VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 214.

⁸³ VALLADÃO, Haroldo. Unidade e pluralidade da sucessão e do inventário e da partilha no Direito Internacional. In: CAHALI, Yussef S.; CAHALI, Francisco J. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. v. VI. p. 57-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

⁸⁴ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 214. Clóvis Beviláqua, anos mais tarde, criticou o adendo, por considerá-lo inócuo, chamando a atenção em considerar mais importantes as normas relativas ao local da abertura da sucessão, em certa forma prevendo o que hoje se vislumbraria como uma pluralidade de juízos sucessórios. BEVILAQUA, Clóvis. *Em defeza do Projeto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 321.

⁸⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1906. p. 281.

⁸⁶ TENORIO, Oscar. *Direito internacional privado*. t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 200.

ou da nacionalidade, ou algum terceiro critério (art. 7º).⁸⁷ Essa mesma lei regularia o estatuto pessoal nas suas diversas manifestações (por exemplo, o começo e fim da existência das pessoas, capacidade para atos da vida civil, paternidade e filiação, entre outros).

1.1.2.2 Atual escolha pela *lex domicilii*

No Brasil, o critério de determinação do direito sucessório pela regra *ius patriae* vigorou até a LICC/1942. Naquele momento, operou-se uma mudança para o *ius domicilii* como critério geral para governar o estatuto da pessoa, regrado “o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família” (art. 7º da LINDB). Faria o mesmo com o critério para determinar a *lex successionis*.

A mudança não é de importância menor. O abandono do critério da nacionalidade para regular o estatuto da pessoa serviria para evitar os inúmeros conflitos que se apresentavam à realidade de um país de imigração, e que muita discussão provocou desde a metade do Sec. XIX.⁸⁸ Os direitos pessoais seriam governados pela lei do domicílio da pessoa, de mais fácil determinação, sendo por sua vez funcional ao interesse de sujeitar o estrangeiro aqui domiciliado à lei local, integrando-o à vida nacional. Por outro lado, o domicílio, diferentemente da nacionalidade, estaria, enquanto elemento de conexão, menos sujeito às turbulências políticas.⁸⁹ Essa reflexão se

⁸⁷ VALLADÃO, Haroldo. A lei reguladora do estatuto pessoal. *Revista de Direito*, Curitiba, v. 2, p. 19-43, 1954. p. 40.

⁸⁸ Como se verá mais detidamente no Capítulo 3.

⁸⁹ Por não ser uma noção puramente jurídica, como a nacionalidade, mas uma noção de fato em resposta a uma necessidade puramente elementar, que é a de determinar juridicamente o que une o indivíduo a um ponto na superfície terrestre. É por isso que o domicílio tem conservado ao longo dos anos, os mesmos traços essenciais. CASSIN, René. La nouvelle conception du domicile dans le Règlement des Conflits de Lois. *Recueil des cours*, La Haye, v. 34, p. 655-819, 1930. p. 664 e 772. Dolinger traz os ensinamentos de Werner Goldschmidt que admite que a nacionalidade – enquanto elemento referente à população política de um Estado –, é um conceito estranho à esfera do DIPr. Precisamente este seria um instrumento pelo qual a sociedade defende a sua unidade, contra o fracionamento, pela existência de uma multiplicidade de Estados. Esta multiplicidade é erguida sobre o princípio da nacionalidade. Assim, a nacionalidade é antifuncional no DIPr. Dolinger destaca cinco justificativas apresentadas pela doutrina para a adoção do critério domiciliar: o melhor interesse do imigrante, pois conhece melhor a legislação onde vive e trabalha do que a da sua pátria, e não deseja ser discriminado; interesses de terceiros, que se relacionam com o imigrante e não

coaduna com a filosofia *savigniana*⁹⁰ do DIPr, erigida sobre a teoria da comunidade jurídica entre as nações, segundo a qual nas relações internacionais de caráter privado “deve-se olhar acima do divisor das nacionalidades e descortinar o universalismo imanente nas relações jurídicas humanas que extravasam os limites do território de um país”.⁹¹

A Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, hoje denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁹² trouxe o critério *ius domicilii* para governar as sucessões internacionais, assim definindo no *caput* do art. 10 da LINDB: “A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que

desejam ver-se surpreendidos por uma lei estranha, desconhecida; interesse do Estado em integrar o imigrante à comunidade, à cultura do país; um motivo de ordem prática, que é a coincidência do princípio '*actor sequitur forum rei*' com o direito aplicável a ser determinado pelo domicílio. Uma delas diz respeito à complexidade que representa a existência dentro da família, de pessoas com nacionalidades diversas: “Como o estatuto pessoal abrange o direito de família e considerando o número cada vez maior de casamentos entre pessoas de nacionalidades diversas, a submissão ao direito da nacionalidade ocasiona conflitos de leis no seio da família, com cônjuges regidos por leis diversas, o mesmo ocorrendo entre pais e filhos, mormente nos países em que a nacionalidade originária e determinada pelo *ius soli*; já a regência do estatuto pessoal, e suas implicações nas relações familiares, pela lei do domicílio, simplifica sobremaneira as situações jurídicas que se formam no âmbito conjugal, paternal, filial e parental”. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 303-305. No âmbito comunitário europeu, houve um redimensionamento do critério nacionalidade como elemento de conexão por parte dos direitos internos dos membros da União Europeia, principalmente pelo fato da dificuldade de ser conciliado com o art. 18 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que proíbe a discriminação em razão da nacionalidade. Nos diferentes regulamentos comunitários que uniformizam o DIPr, a nacionalidade é irrelevante para aqueles que cuidam de relações de cunho patrimonial. Para as áreas de direito de família, conserva um valor residual, em caso de ausência de residência habitual. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 136-141. O critério da residência habitual se mostra mais apto para garantir uma maior uniformidade e certeza nas relações pessoais dos particulares no espaço europeu de liberdade segurança e justiça, onde a circulação de pessoas constitui um corolário fundamental processo de integração regional. Também *vide* MOURA, Aline B. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, v. 1, p. 13-30, 2015. p. 14-15. Disponível em: <<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2014/02/CUADERNOS-ASADIP-Final-version-lunes-3-de-agosto-Copy.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁹⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 128 e 136.

⁹¹ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 304-305.

⁹² A nomenclatura da lei foi alterada pela Lei n. 12.376, de 30 de dezembro de 2010. Em verdade a Lei de Introdução ao Código Civil sempre teve um alcance muito mais amplo, pois não apenas continha diretrizes fundamentais para o Direito Civil, como também para outras áreas da dogmática jurídica. Contudo, essa foi a única alteração feita, apenas uma mudança de nomenclatura. As menções à LICC/1942 são feitas a fim de respeitar o marco temporal.

era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens”.

Observando-se a escolha conflitual brasileira e o caso em estudo, a adoção do sistema da unidade sucessória revela que todo o patrimônio deveria ser governado por uma única lei, e o juiz deveria aplicar o direito sucessório uruguaio para resolver a distribuição de todos os bens do acervo. Não seria outra a solução em caso de que existissem bens no exterior, pois, como visto, o sistema da unidade da sucessão quanto à determinação da lei aplicável não leva em conta o local da situação dos bens.

Contudo, como será explicado a seguir, o caso deverá resolver-se de outra forma. Ele reúne elementos fáticos que o legislador apontou para que o *prélèvement* se aplique, que são a existência de bens situados no Brasil e a presença de cônjuge e filhos brasileiros.

O *prélèvement* guarda uma relação de regra excepcional⁹³ ou especial, a respeito de uma regra geral sucessória do *caput* do art. 10 da LINDB. A aplicação da primeira estaria justificada pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*) para a solução de antinomias jurídicas. A situação antinômica criada pelo relacionamento entre uma regra geral e uma regra especial, neste caso entre a regra geral do *caput* do art. 10 da LINDB e o *prélèvement*, é aquela que segundo Bobbio corresponde a uma antinomia *total-parcial*.⁹⁴ Assim, a lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). Isso porque uma regra tem um âmbito de validade mais restrito que o da outra.⁹⁵ Portanto, não ocorre a eliminação total

⁹³ VALLADÃO, Haroldo. Unidade e pluralidade da sucessão e do inventário e da partilha, no Direito Internacional In: CAHALI, Yussef S.; CAHALI, Francisco J. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. v. VI. p. 57-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

⁹⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 96.

⁹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 89.

de uma das duas regras incompatíveis, mas somente daquela parte da lei geral que é incompatível com a lei especial.⁹⁶

O Brasil completa a configuração do campo de aplicação espacial da *lex successionis* pelas regras que governam a competência dos juízes brasileiros. Vem se sustentando a hipótese de que a forma como se configura o quadro conflitual, tanto no plano espacial quanto material, contribui para a solução oferecida do *prélèvement* ao caso sucessório internacional.

Ou seja, não se pode avaliar a questão unicamente pelo viés da determinação da lei aplicável à sucessão. O âmbito de aplicação da *lex successionis* termina por apresentar seus verdadeiros contornos quando se coloca na moldura das regras de competência internacional.⁹⁷ A competência internacional dos juízes brasileiros em matéria sucessória está especialmente configurada para garantir os efeitos do instituto em estudo. Como se comprovará no próximo tópico, o universalismo proposto pela escolha de uma lei única para governar as sucessões, encontra uma limitação legal que transforma a resposta local na única possível de ser considerada. Isso se soma a uma postura ainda mais localista dos tribunais que, desatendendo a letra do *caput* do art. 10 da LINDB, se negam a tomar conhecimento da existência de um patrimônio internacionalmente disperso.

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 96.

⁹⁷ Como afirma Gonzalez Campos «On pourrait affirmer que les règles de conflit de lois sont incomplètes a moins qu'elles soient rattachées aux règles de la compétence judiciaire». GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 156, p. 227-376, 1977, p. 236.

1.2 JURISDIÇÃO COMPETENTE NA SUCESSÃO INTERNACIONAL⁹⁸

Enquanto a pluralidade de competências legislativas instala a necessidade de resolver um conflito de leis, a pluralidade de competências judiciárias para determinado caso põe de manifesto um eventual conflito de jurisdições.⁹⁹ Na verdade, existe entre a regra que dispõe sobre a lei aplicável e a regra que dispõe a competência internacional uma diferença básica: a primeira deve indicar a lei aplicável – em princípio única –, enquanto a segunda, convive melhor com a possibilidade de designação de tribunais de mais de um país para tratar a questão.¹⁰⁰

No caso estudado na presente tese, o conflito de jurisdições poderia apresentar-se. Recorde-se que além de conectado com o Brasil, por ser o local onde se encontram os bens a distribuir, o caso também guarda, por um lado, relações com o ordenamento argentino, em virtude da nacionalidade do *de cuius*, e por outro, com o ordenamento uruguaio, por ser este o local do seu último domicílio. É necessário, então, conhecer como o Brasil determina a sua jurisdição em matéria sucessória.

1.2.1 Fundamento das regras de competência internacional

A definição de quando um juiz é competente para julgar um caso não é uma tarefa simples. Embora existam critérios com grande aceitação, o certo é que, em princípio, cada Estado define em quais casos intervirá para resolver

⁹⁸ Sobre a ordem de tratamento entre a questão da lei aplicável e do juiz competente cabe um esclarecimento. Normalmente, recomenda-se tratar da questão da lei aplicável depois de ter sido definida a competência do juiz. Não se poderia pensar na determinação da lei aplicável ao problema se ainda não estiver definida a competência do julgador. O juiz somente procederá à aplicação das normas de conflito do foro apenas se ele for internacionalmente competente para fazê-lo. No entanto, aqui essa inversão tem um propósito específico, que é reforçar a ideia de um “recorte” da unidade sucessória por parte das normas de competência internacional.

⁹⁹ GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 156, p. 227-376, 1977, p. 234.

¹⁰⁰ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 129-130.

conflitos com conexão internacional. Com isso, é normal que um mesmo caso seja incluído nas previsões de competência internacional de mais de um Estado,¹⁰¹ criando-se um conflito positivo de competência internacional ou, como prefere Jatahy, um conflito positivo de jurisdições.¹⁰² Também é possível que nenhum Estado se arrogue tal poder de julgar, gerando um conflito negativo. Para evitar tais situações os Estados buscam harmonizar suas disposições, mediante a adoção de convenções internacionais.¹⁰³

Durante muito tempo a doutrina de DIPr concentrou-se mais em discutir questões concernentes aos conflitos de leis do que de jurisdições, sendo provavelmente uma consequência do caráter secundário que a tradição civilista imprimiu ao processo.¹⁰⁴ Foi no campo do processo civil que a discussão se instalou originariamente, pois os ordenamentos internos, ao distribuírem a sua jurisdição de acordo com critérios geográficos (*ratione loci*), assumiram que, se o caso tivesse conexão territorial com a jurisdição local, a competência poderia estabelecer-se independentemente das conexões que o caso tivesse com o estrangeiro, em particular com a nacionalidade das partes. Assim, aceitou-se de forma natural que as regras de competência interna se aplicassem, por analogia, a situações com conexão internacional.¹⁰⁵

¹⁰¹ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo? *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 34, p. 59-80, 2004. p. 60.

¹⁰² Assim, a autora utiliza a terminologia “conflito de jurisdições” para referir-se especificamente à questão da competência internacional, reservando a referência “competência” aos casos de reparto da jurisdição internamente. Mesmo assim, considera apropriada a referência a “competência internacional” no âmbito de convenções internacionais. JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9-10.

¹⁰³ FERACI, Ornella. La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 291-314, 2013. p. 293. Para uma ampla perspectiva das diferentes convenções vide JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 66-80.

¹⁰⁴ GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 156, p. 227-376, 1977, p. 238. De fato, no plano legislativo, a primeira referência à competência internacional recém se encontraria no Código Civil de Napoleão, sob um ângulo publicista, garantindo, nos art. 14 e 15, o acesso aos tribunais franceses aos nacionais em litígio contra estrangeiros. AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d'universalité. *Recueil des Cours*, La Haye, v. 305, p. 9-488, 2003. p. 361.

¹⁰⁵ AUDIT, Bernard. Le droit international privé en quête d'universalité. *Recueil des cours*, La Haye, v. 305, p. 9-488, 2003. p. 361-362. Assim foi decidido na França no caso «Pelassa». FRANÇA. Cour de Cassation. «Pelassa» n. 58-10.628, 1er. Chambre Civile. Julgamento: 19/10/1959. Publicação: RCDIP, 1960, p. 215. Tal ocorre, por exemplo, no direito alemão.

Deve, contudo, apontar-se a diferente natureza entre as normas de competência interna e as de competência internacional. Como adverte Morelli, enquanto estas estabelecem limitações aos órgãos judiciários do Estado como um todo, as normas sobre competência interna têm por finalidade distribuir entre os mesmos, individualmente considerados, as lides que ficaram sujeitas à jurisdição estatal por força da aplicação das primeiras.¹⁰⁶ Por isso, os princípios que envolvem a competência interna *ratione loci* não devem aplicar-se a questões relativas de competência internacional, eis que os interesses em jogo são muito maiores.¹⁰⁷

Um dos princípios gerais norteadores das normas de delimitação de jurisdição é o da *plenitudo jurisdictionis*, que decorre da própria soberania do Estado, segundo o qual o poder e o dever de conceder a prestação jurisdicional é pleno e ilimitado dentro dos limites territoriais.¹⁰⁸

Assim, a definição da competência internacional enxerga-se mais como uma autolimitação¹⁰⁹ desse poder, do que propriamente uma distribuição, ou repartição de competências, como acontece no âmbito interno.¹¹⁰ Reflexo

JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53.

¹⁰⁶ MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1953. p. 84.

¹⁰⁷ JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19. Para Fragistas, a questão de saber se o litígio será apreciado em Amsterdã ou em Roterdã é bem menos complexa do que saber se o mesmo litígio será julgado pela justiça holandesa ou pela justiça cubana. FRAGISTAS, Charalambos M. La compétence internationale en droit privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 104, p. 159-270, 1961. p. 251.

¹⁰⁸ Por sua vez, ele se desdobra no princípio da exclusividade e da unilateralidade. Em virtude da exclusividade – que, vale esclarecer, não se confunde com a competência exclusiva –, os tribunais de cada país aplicarão as regras delimitadoras da sua jurisdição que integram sua própria ordem jurídica. Mas, por serem normas unilaterais, elas não são capazes de atribuir competência internacional a outro Estado, pois ele se vale das suas próprias normas de competência. JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 24-25.

¹⁰⁹ Enrico Liebman (*apud* Jatahy) destaca que é precisamente essa autolimitação imposta pelo país à própria jurisdição que permite o reconhecimento do exercício de outras jurisdições, e assim, o reconhecimento das suas decisões pela via da homologação de sentenças. JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 4.

¹¹⁰ MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1953. p. 86. Para Hélio Tornaghi, a expressão “competência internacional” derivaria de uma convenção tácita entre os autores de Direito Internacional Privado e Direito Processual. TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 302.

disso observa-se na nomenclatura do CPC2015, que titula os artigos aqui estudados como “Limites da jurisdição nacional”.

Na hora de definir critérios de competência internacional, os Estados têm se valido de elementos que não são necessariamente correspondentes com os utilizados para a determinação da lei aplicável aos mesmos casos. Ainda, a abertura de foros concorrentes, alternativos¹¹¹ ou subsidiários,¹¹² aumentou mais essa discordância entre *forum* e *jus*, conduzindo a mais autoridades judiciais a resolverem conforme o direito estrangeiro.¹¹³

De certo modo, seria desejável que em todo conflito plurilocalizado existisse uma coincidência entre foro competente e direito aplicável. Com isso se eliminariam muitas dificuldades. Obviamente aplicar o direito estrangeiro constitui uma tarefa mais demorada, custosa e com maiores incertezas das que apresenta a aplicação do direito interno.¹¹⁴

Em matéria sucessória, a possível coincidência entre *forum* e *jus* constitui, de forma geral, uma grande vantagem no que refere aos seus resultados práticos, pois se trata de uma área na qual, dentro do processo, as

¹¹¹ Embora não vinculado à matéria sucessória, percebe-se isso no aumento da competência concorrente brasileira que trouxe o CPC/2015 com relação ao CPC/1973, incorporando novas possibilidades para os casos de ações de alimentos e de consumo, visando proteger o alimentando e o consumidor, evitando-lhes a necessidade de buscar justiça alhures. Assim dispõe: Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: I - de alimentos, quando: a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil; b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos; II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;”

¹¹² É o que se observa no art. 2602 do CCArg., denominado *forum necessitatis*. Em matéria especificamente sucessória, encontram-se as competências residuais e o *forum necessitatis* nos arts. 10 e 11 do R650/2012.

¹¹³ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 367.

¹¹⁴ BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes de droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 139, p. 75-148, 1973. p. 85. Dando um fundamento a tal paralelismo, Charles Brocher, na sua “*Théorie Générale do Droit International Privé*” (1871), foi o primeiro a destacar que se a “natureza das coisas” determina a competência legislativa em casos internacionais, essa mesma natureza deve determinar a competência judiciária. Tal paralelismo tem por base teórica um conceito comum a ambas as matérias, que é a de conflito de soberanias, e para resolvê-lo os Estados devem respeitar a natureza das coisas, tanto para definir o direito aplicável a elas, quanto para determinar a jurisdição dos seus tribunais. Dessa forma, se sustenta a necessidade de uma unidade entre competência legislativa e judiciária, na medida do possível, fazendo que o juiz naturalmente competente seja aquele pertencente ao Estado cuja lei é aplicável ao fundo do litígio. GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 156, p. 227-376, 1977.

regras de forma e de fundo se encontram bastante imbricadas.¹¹⁵ Tal constatação pode explicar que em muitos sistemas as soluções adotadas em matéria de lei aplicável tenham um impacto sobre a competência dos juízes. Nos países de tradição civilista, a tendência a um paralelismo entre *forum* e *jus* é própria do direito sucessório. Assim, a determinação da lei aplicável tende a influenciar – e inclusive em alguns casos a preceder – a atribuição de competência, enquanto em outros ramos do DIPr a determinação de ambas matérias se realiza de forma independente. Já nos países da *common law*, tal coincidência se dá em qualquer matéria do DIPr, por causa de uma aplicação generalizada da lei do foro.¹¹⁶

Mas se os Estados são, em princípio, livres para determinar a competência dos seus juízes e a total coincidência entre *forum* e *jus* é mais ideal do que real, cabe observar se pelo menos as escolhas estão orientadas ou não por algum princípio. Lagarde observa uma relação entre essa proximidade do foro com o caso, com a proximidade que justifica a elaboração de regras de conflito. Assim destaca essa conexão o autor:

*«Si la justice de droit international privé commande en général que la loi appliquée soit celle qui présente les liens les plus étroits avec la situation juridique, ou à tout le moins que soit réservée l'application de cette dernière loi au moyen d'une clause d'exception, cette même justice de droit international privé demande que la situation soit soumise à un tribunal ou à une autorité qui ne soit pas dépourvue de lien avec elle et que la décision rendue par le tribunal ou l'autorité du pays présentant avec cette situation un lien sérieux soit considérée dans les autres pays comme rendue par une autorité compétente».*¹¹⁷

O mesmo autor, com base na classificação de Von Mehren,¹¹⁸ apresenta três grandes fundamentos para o exercício da jurisdição. O primeiro

¹¹⁵ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 367.

¹¹⁶ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 367. Trata-se do “*jurisdictional approach*” amplamente utilizado nos países da *common law*. Segundo esse sistema, uma vez definida a jurisdição, a *lex fori* se aplicará de forma exclusiva à relação, não cabendo a aplicação de leis estrangeiras. PICONE, Paolo. Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 276, p. 9-296. p. 143.

¹¹⁷ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 127.

¹¹⁸ VON MEHREN, Arthur T. Adjudicatory jurisdiction: general theories compared and evaluated. *Boston University Law Review*, v. 63, p. 279-340, 1983. p. 288 e sgtes.

está relacionado com uma concepção de relação de fidelidade entre o sujeito e o soberano, observando-se este último como uma fonte de justiça. Isso pode explicar os art. 14 e 15 do Código de Napoleão, que fixa a competência dos tribunais franceses sempre que um francês atuar na causa, como autor ou como réu. O segundo põe o acento no poder de coação do Estado sobre uma pessoa que se encontra no território (*jurisdiction in personam*) ou sobre os bens (*jurisdiction in rem*). Por último, o terceiro fundamento estaria assentado em considerações de conveniência, equidade e justiça. Segundo esta última teoria, pode se considerar como justa uma competência fundada: nos laços mais estreitos entre as partes e o foro, independentemente do objeto do litígio (residência, domicílio habitual, centro de negócios, posse de bens); nos vínculos do litígio com o foro desde a perspectiva processual (proximidade e custo das provas); nos vínculos do litígio quanto ao fundo da questão a ser discutida, por exemplo, quando há um interesse do foro em aplicar seu próprio direito.¹¹⁹

A base de proximidade entre o caso concreto e o foro é, segundo Fernandez Arroyo, uma maneira de objetivar o caráter subjetivo da qualidade de “razoável” na hora de avaliar um determinado critério de competência internacional.¹²⁰ Em termos mais concretos, a adoção de determinadas regras de competência depende de que os elementos levados em conta tenham um caráter essencial na relação a ser apreciada, que guardem com ela proximidade. O foro é razoável quando o caso apresenta uma vinculação suficiente com o Estado a que pertencem os tribunais com jurisdição para julgar o caso.¹²¹ Caso contrário, quando o Estado tomar por base um elemento tangencial ou acidental, ou inclusive totalmente alheio, estar-se-á diante de um

¹¹⁹ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 127.

¹²⁰ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo? *Jurídica* - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n. 34, p. 59-80, 2004. p. 60.

¹²¹ ALL, Paula M. Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino. *DeCITA - Derecho del Comercio Internacional*, Buenos Aires, n. 4, Litigio judicial internacional, p. 422-444, 2006. p. 424.

foro exorbitante, não razoável.¹²² Não haveria conexão razoável, pois não se encontraria hipoteticamente ligado aos tribunais nacionais.¹²³

No direito comparado, os critérios de que se valem os países para fixar a competência dos seus tribunais não necessariamente coincidem com a determinação da lei aplicável, mas não por isso devem ser apontados como “não próximos”. O que observa é mais uma falta de paralelismo entre *forum* e *jus* por conta da pluralidade de foros abertos, do que de falta de razoabilidade. No âmbito europeu, por exemplo, o tratamento da competência sucessória internacional nos ordenamentos internos dos Estados membros é bastante difuso.¹²⁴ Alguns adotam o critério da nacionalidade do defunto, enquanto outros optam pelo último domicílio, ou o local de situação dos bens. Contudo, esses critérios não se mostram “puros”, mas combinados entre si, fixando-se de modo ora cumulativo, ora alternativo, o que aumenta sobremaneira a complexidade.¹²⁵

Há mais de um critério para definir essa competência, oportunizando a não coincidência mencionada *supra*. Um exemplo é oferecido pelo próprio R650/2012. Este instrumento adotou uma regra geral de competência sucessória que possibilita uma coincidência entre *forum* e *jus*. O artigo 4º do Regulamento determina serem competentes para cuidar da sucessão os juízes do local da última residência do defunto, sendo o mesmo critério utilizado para

¹²² FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo? *Jurídica* - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n. 34, p. 59-80, 2004. p. 61-62.

¹²³ VESCOVI, Eduardo. *Derecho procesal internacional*. Montevideo: Idea, 2000. p. 17 e sgtes.; POLIDO, Fabrício P. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 41.

¹²⁴ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 567.

¹²⁵ O critério da nacionalidade também se adota na Itália, na Áustria e na Finlândia. Na Grécia, o critério de competência é o do último domicílio pela totalidade da sucessão, enquanto existam bens no país. Na França, Bélgica e Luxemburgo, os tribunais serão competentes para a totalidade da sucessão, salvo os imóveis situados fora do país. Na Holanda, os bens imóveis situados no país fixam a competência dos seus tribunais mesmo que o defunto estivesse domiciliado no estrangeiro. Em outros países a competência é definida pelo local de situação dos bens, sem distinção de móveis e imóveis. É o caso da Alemanha, Reino Unido, Suécia. DEUTSCHES NOTARINSTITUT. *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*. Rapport final. Würzburg: Deutsches Notarinstitut, 2002. p. 15 e segts. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

determinar a lei aplicável. Por outro lado, se a residência habitual do falecido não for a de um Estado membro, o art. 10 ofereceu competências residuais, conforme outros critérios, tais como a condição de nacional do Estado membro, a residência no Estado membro nos cinco anos anteriores ao falecimento ou a existência de bens no país.¹²⁶

Em certos casos, o Estado fixa uma competência exclusiva, que faz com que não seja possível reconhecer efeito a decisões proferidas por autoridades estrangeiras na matéria. Para Fernandez Arroyo, as razões para tornar exclusiva uma competência decorrem, geralmente, de um forte interesse do Estado em determinada matéria, além de uma estreita vinculação do litígio com o ordenamento. A segunda característica parece estar contida na primeira, pois não haveria um forte interesse do Estado se a matéria não tivesse uma estreita vinculação com ele. O que ocorre é que essa matéria sobre a qual o Estado pretende tomar conhecimento de forma exclusiva é particularmente sensível. Tomando um exemplo de Fernandez Arroyo em matéria de responsabilidade civil. Suponha-se que autor e vítima sejam nacionais do mesmo Estado no qual o dano se produziu, onde, além disso, tem domicílio a vítima. Embora tais circunstâncias justifiquem a competência desse Estado, não justificam, apesar da quantidade e qualidade dos laços, uma competência exclusiva dos seus juízes. O certo é que a identificação desse forte interesse do Estado em cuidar com exclusividade essa matéria que ele considera sensível não é uma tarefa fácil.¹²⁷

Didier Operti entende que a competência exclusiva decorre de um interesse estatal qualificado, que corresponde claramente à presença de uma intenção por parte do Estado de que estas questões sejam discutidas apenas

¹²⁶ É evidente que, em que pese a diversidade de opções, o conflito de jurisdições se reduz pelo fato de tratar-se um instrumento de harmonização, com as mesmas regras para todos os Estados membros. As normas internas de competência são aplicáveis apenas quando todas as possibilidades de competência residual ficarem esgotadas. FERACI, Ornella. La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 291-314, 2013. p. 296. Também LEANDRO, Antonio. La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni mortis causa. In: FRANZINA Pietro; LEANDRO, Antonio (Orgs.). *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*. p. 59-86. Milano: Giuffrè, 2013. p. 73.

¹²⁷ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo? *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 34, p. 59-80, 2004. p. 63.

pelos tribunais pátrios. Nessa intenção, podem encontrar-se razões de preservação da soberania estatal e vinculadas ao caráter protetor que o Estado pretende manter em certas áreas.¹²⁸ No entanto, o autor desta tese entende que a jurisdição exclusiva deve interpretar-se restritivamente, estando sujeita ao critério de racionalidade que deve levar em conta a solução particular do assunto em exame. Ou seja, na dúvida deverá entender-se que o legislador não atribui essa exclusividade aos tribunais locais.¹²⁹ Como será possível de observar infra, essa interpretação restritiva não prevaleceu na jurisprudência brasileira.

1.2.2 Escolhas brasileiras na determinação do juiz competente

Cumprido analisar agora, com base em tais parâmetros, como o Brasil estruturou as suas regras de competência.

O Brasil fixa, através de regras gerais, em quais situações os seus tribunais deverão atender casos com conexão internacional. Tal intervenção ficou sistematizada através de duas categorias de competência: a competência concorrente e a competência exclusiva.

A competência concorrente dos tribunais brasileiros está contemplada nos arts. 21 e 22 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015),¹³⁰ e 12,

¹²⁸ OPERTTI, Didier. Competencia Internacional y jurisdicción exclusiva. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, n. 1, p. 71-78, 2003, p. 77.

¹²⁹ ALL, Paula M. Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino. *DeCITA - Derecho del Comercio Internacional*, Buenos Aires, n. 4, Litigio judicial internacional, p. 422-444, 2006. p. 430. FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo? *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 34, p. 59-80, 2004. p. 62.

¹³⁰ Assim prevê o *caput* do art. 12 da LINDB: É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. Botelho Mesquita e Barbosa Moreira coincidem em que o CPC/1973 derogou o art. 12 *caput* e § 1º da LINDB, que continha normas de competência, haja vista a previsão mais abrangente das hipóteses de competência concorrente e exclusiva do primeiro corpo legal. BOTELHO MESQUITA, José I. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 50, p. 51-70, abr. 1988. p. 51; BARBOSA MOREIRA, José C. Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, p. 51-70, jul. 1977. p. 51. O inc. III seria, segundo Jatahy, uma novidade importada do art. 65, I, b, do Código português, o que valeu críticas de Barbosa Moreira, por não incluir as hipóteses de jurisdição voluntária, onde não há réu nem ação. JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 96. Hoje o mesmo pode afirmar-se a

caput, da LINDB. Aquela terá lugar se o réu da ação estiver aqui domiciliado (art. 21, inc. I), se aqui tiver de ser cumprida a obrigação (art. 21, inc. II), ou se o fundamento da ação for um fato ocorrido ou ato praticado no Brasil (art. 21 inc. III). A tais causas, que já estavam previstas no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), somaram-se os supostos contemplados no artigo 22 inc. I e II, do CPC/2015, que dizem respeito às ações de alimentos contra réu domiciliado no exterior, e às ações decorrentes das relações de consumo.¹³¹ Em tais casos, o legislador não excluiu a possibilidade de juízes estrangeiros darem uma solução ao caso se eventualmente o interessado decidir impetrar a ação alhures. De qualquer forma, a decisão só terá efeitos no Brasil após o cumprimento do trâmite de homologação de sentença estrangeira,¹³² decisão que cabe ao Superior Tribunal de Justiça.¹³³

Situação muito diferente é a da competência exclusiva prevista no art. 23 do CPC/2015. É precisamente nesta categoria que se enquadra atividade jurisdicional em sucessões internacionais. Contudo, antes de analisar tal dispositivo, merecem comentários as disposições que lhe precederam.

1.2.2.1 A competência sucessória exclusiva antes do CPC/1973

O Código de Processo Civil de 1939, apesar de não conter regras gerais de competência internacional dos juízes brasileiros, continha uma regra específica de processo de partilha de espólio de estrangeiro, como o faziam os Decretos do Império n. 855 de 1851 e 2.433 de 1.859.¹³⁴ Dava-se a primeira intervenção ao agente consular da nacionalidade do defunto, desde que a

respeito do CPC/2015, que abrange todas as hipóteses de competência previstas na LINDB e inclui outras.

¹³¹ BRASIL. Código de Processo Civil Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 14/02/2016.

¹³² Conforme dispõe o art. 961 e sctes. do CPC/2015. Sobre a matéria *vide* Nadia de Araujo realizou um importante estudo sobre a Resolução n. 9/2005. ARAUJO, Nadia de (Org.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça*. Comentários à Resolução n.º 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. Essa resolução foi posteriormente substituída pela reforma promovida no Regimento Interno do STJ pela Emenda Regimental n. 18 de 17 dezembro de 2014. Finalmente, tais disposições seriam incorporadas ao CPC/2015.

¹³³ Conforme dispõe o art. 105, inc. I, alínea i, da CF/88.

¹³⁴ *Vide* notas 74 e 75.

herança fosse distribuída apenas entre estrangeiros, não envolvendo herdeiros brasileiros.¹³⁵

Contudo, a jurisprudência mostrava, neste ponto, maior preocupação com os tipos de bens a serem partilhados, mais do que com a nacionalidade dos herdeiros. Assim, em um primeiro momento permitiu a partilha no estrangeiro de bens sítios no Brasil, desde que se fizesse aqui, previamente, a avaliação dos bens e o pagamento de imposto de herança. Tratava-se de casos de partilhas em dinheiro, títulos e ações, sendo todos os interessados maiores.¹³⁶

A partir da LICC/1942 ficou afastada a possibilidade de reconhecer decisões de partilha estrangeiras sobre imóveis se estes estiverem situados no Brasil: “art. 12 (...) § 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil”. O próprio autor do dispositivo, Philadelpho de Azevedo, assim o interpretava: “certo é que o § 1º do art. 12 acentua a territorialidade das ações relativas a imóveis no Brasil, sem usar o qualificativo real, como faz o Código americano de Direito

135 O art. 578 assim dispunha: “Não havendo convenção ou tratado internacional, a arrecadação, o inventário e a partilha de espólio de estrangeiro far-se-ão na forma estabelecida neste Capítulo, observadas as seguintes regras: I - o juiz mandará notificar o agente consular da nação do falecido para assistir, quando possível, a arrecadação da herança; II - se o falecimento de estrangeiro ocorrer onde não exista agente consular de sua nação, o juiz procederá à arrecadação e ao inventário da herança em presença de duas testemunhas, de preferência da nacionalidade do finado; III - se o falecido tiver sido agente consular estrangeiro, far-se-á a arrecadação na forma estabelecida para a de herança dos membros do Corpo Diplomático, salvo se houver exercido atividade comercial ou industrial no Brasil, caso em que se procederá segundo a regra geral. Parágrafo único. Não se admitirá a interferência de agentes consulares, quando qualquer herdeiro, mesmo ausente, fôr cidadão brasileiro. BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹³⁶ VALLADÃO, Haroldo. Unidade e pluralidade da sucessão e do inventário e da partilha, no Direito Internacional In: CAHALI, Yussef S.; CAHALI, Francisco J. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. v. VI. p. 57-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 89. (artigo originalmente publicado em Revista dos Tribunais, v. 204, p. 3-37, out. 1952). Segundo Haroldo Valladão, a última decisão que se registra nos repertórios de jurisprudência do STF foi uma proferida em 1938, que permitiu a partilha de imóveis situados no Brasil, levando-se em conta a coincidência entre o direito brasileiro e o direito português. STF. SE n. 980/Portugal. Relator: Carlos Maximiliano. Julgamento: 21/09/1938. Publicação: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 1938, v. 39/725. Anos mais tarde, dias antes da entrada em vigor do CPC/1973, homologou-se uma sentença chilena de partilha sobre imóveis situados em São Paulo, apenas com a ressalva de serem recolhidos os tributos incidentes. STF. SE n. 2.211 Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 05/12/1973. Publicação: DJ 02/01/1974 p. 934-01. NAZO, Georgette N. Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969). In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 147-173. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 167.

Internacional Privado”. Incluíam-se na regra quaisquer litígios envolvendo imóveis, conseqüentemente os processos de inventário e partilha.¹³⁷ Por meio dessa regra, o legislador confirmou o caráter absoluto da competência brasileira e a adoção de uma necessária pluralidade de juízos sucessórios, apesar da adoção do sistema da unidade da lei aplicável declarada no *caput* do artigo 10 do mesmo instrumento.

1.2.2.2 Competência sucessória exclusiva após o CPC/1973

O CPC/1973 apresentou duas causas de competência exclusiva. Por um lado, mantinha nessa órbita os casos de ações relativas a imóveis situados no Brasil (art. 89, inc. I). Por outro, incluiu expressamente os inventários e partilhas de bens aqui situados (art. 89, inc. II). Dessa forma, se afastariam todas as dúvidas suscitadas em torno do art. 12, § 1º, acerca da inclusão da matéria sucessória no âmbito da exclusividade. Pareceu, contudo, redobrar a aposta, estendendo a competência exclusiva para inventários que digam respeito a bens móveis.¹³⁸

O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tiveram oportunidade de rejeitar a homologação de sentenças estrangeiras em diversas oportunidades por decidirem em matéria exclusiva da justiça brasileira,¹³⁹ definindo os contornos do art. 89 do CPC/1973.¹⁴⁰ Tais

¹³⁷ VALLADÃO, Haroldo. Unidade e pluralidade da sucessão e do inventário e da partilha, no Direito Internacional In: CAHALI, Yussef S.; CAHALI, Francisco J. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. v. VI. p. 57-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90. (artigo originalmente publicado em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 204, p. 3-37, out. 1952).

¹³⁸ JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 138-139.

¹³⁹ STF. SE n. 2289/Estados Unidos de América. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 18/09/75. Publicação: RTJ 76/41; STF. SE n. 3780/Rep. Federal da Alemanha. Tribunal Pleno. Relator: Francisco Rezek. Julgamento: 06/05/1987. Publicação: DJ 22/05/1987; STJ. SE n. 1.621/Paraguai. Relator: Barros Monteiro. Julgamento: 11/10/2007. Publicação: DJ 22/10/07; STJ. SE n. 6.707/Portugal. Relator: Ari Pargendler. Julgamento: 14/16/2011. Publicação: DJ 14/09/11; STJ. AgRg. na SE n. 8.502/Argentina. Relator: Felix Fischer. Julgamento: 16/10/2013. DJE 23/10/2013; STJ. SE n. 10.926/Grã Bretanha. Relator: Francisco Falcão. Julgamento: 12/11/2014. Publicação: DJ 14/11/2014.

¹⁴⁰ Foi definido, por exemplo, que a competência exclusiva não alcança sentenças sem efeitos executórios sobre bens localizados no Brasil. Portanto não seriam impedidas de homologação as sentenças de efeito meramente declaratório, como no caso das declaratórias de herdeiros. STF. SEC n. 4.944/Peru. Tribunal Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Julgamento: 28/11/1996.

interpretações são válidas para a previsão do art. 23 do CPC/2015, considerando que as hipóteses foram mantidas em sua essência. Este último assim dispôs:

Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

A respeito das alterações, merece destaque a feita no inciso II do art. 23, pois incluiu dentre as causas de competência exclusiva a confirmação de testamento particular.

Ainda a incorporação do inc. III do mesmo artigo serviu para despejar dúvidas acerca da possibilidade de homologação de sentenças estrangeiras de inventário e partilha, mas que não diziam respeito a sucessões *mortis causae*.¹⁴¹ Evidentemente agora não será possível a execução de sentenças

Publicação: DJ 28/02/1997. No mesmo sentido mais recentemente STJ. SE n. 6.322/Estados Unidos. Decisão Monocrática. Relator: Ari Pangendler. Julgamento: 25/11/2011. Publicação: DJE 05/12/2011.

¹⁴¹ Suscitou muitas oscilações jurisprudenciais a referência que fazia o art. 89 do CPC/1973 aos termos “inventário e partilha”, acerca da sua aplicabilidade aos casos de dissolução de sociedade conjugal, de tal modo que fosse impossível a homologação de sentença estrangeira de partilha quando o casal tivesse bens a dividir no Brasil. Em ocasião da entrada em vigor do CPC/1973, o STF logo entendeu que o art. 89, inc. II, não se aplicava a casos de dissolução de sociedade conjugal. STF. SE n. 2.396/Estados Unidos de América. Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 29/11/1978. Publicação: DJ 28/12/1978. No entanto, em decisões posteriores, outorgou-se ao artigo uma interpretação mais ampla, pois se fazia incidir o art. 44, inc. III, do CC/1916 que considerava imóvel, para efeitos legais, o direito à sucessão aberta, pois o legislador de 1973 visava à situação dos bens no território nacional, sem importar a causa que lhe deu origem. Assim, a sentença estrangeira de desquite ou divórcio passou a ser homologada parcialmente, não produzindo efeitos quanto aos bens situados no Brasil. JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 143-144. STF. SE n. 2.446/Paraguai. Relator: Antonio Neder. Julgamento: 19/11/1979. Publicação: DJ 17/12/1979 p. 9507. Essa posição durou até o ano de 1982, em que o STF voltou atrás e permitiu a homologação. STF. SE n. 2.883. Tribunal Pleno. Relator: Xavier de Albuquerque. Julgamento: 07/05/1982. Publicação:

de divórcio ou de dissolução de sociedade conjugal quando o casal possua bens a dividir aqui no Brasil.

De acordo com o parâmetro da proximidade antes apontado, é razoável que o foro brasileiro seja competente nas situações previstas. Nos três casos o elemento determinante é a localização dos bens no território nacional. Não cabem, assim, dúvidas quanto ao caráter razoável da conexão. Não pode afirmar-se que a competência do Brasil é extravagante, absurda. No entanto, se a conexão justifica a adoção como regra de competência, a elevação do mesmo foro a uma condição de exclusividade deverá necessariamente exigir algum outro elemento de peso, que fundamente a decisão de não aceitar, para determinada relação, outra resposta a não ser a que se origina nos tribunais próprios. Isso porque a regra geral é a da concorrência, e a competência exclusiva é excepcional.¹⁴² Ao invés de ocorrer uma “autolimitação” ocorreria, contrariamente, uma “heterolimitação”.

DJ 14/05/1982 p. 4572. Manteve-se tanto no STF quanto no STJ, o entendimento pela não aplicação da restrição aos casos de separação e divórcio, permitindo a homologação da sentença respectiva. No artigo somente se referia a inventários e partilhas decorrentes da sucessão *mortis causae*, eis que o legislador referiu-se ao “autor da herança” no dispositivo. STF. SEC n. 4.512/Suíça. Relator: Paulo Brossard, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/10/1994. Publicação: DJ 02/12/1994; STF. SEC n. 7.146/Estados Unidos de América. Relator: Ilmar Galvão. Julgamento: 12/06/2002. Publicação: RTJ 183:605-7; STF. SE 7.401/Estados Unidos. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 11/06/2002. Publicação: DJ 20/06/2002; STJ. SEC n. 878/Portugal. Relator: Menezes Direito. Julgamento: 18/05/2005. Publicação: DJ 27/06/2005; STJ. SEC n. 979/Estados Unidos de América. Relator: Fernando Gonçalves. Julgamento: 01/08/2005. DJ 29/08/05; STJ. SEC n. 1397/Estados Unidos de América. Relator: Peçanha Martins. Julgamento: 15/08/2007. Publicação: DJ 03/09/2007. Contudo, o STJ voltou atrás parcialmente, ao aceitar a homologação de sentenças que apenas ratificam uma partilha consensual dos bens situados no Brasil, mesmo tratando-se de imóveis. STJ. SEC n. 1.304/Estados Unidos de América. Corte Especial. Relator: Gilson Dipp. Julgamento: 19/12/2007. Publicação: DJE 03/03/2008; STJ. SEC n. 4.223/Suíça. Corte Especial. Relator: Laurita Vaz. Julgamento: 15/12/2010. Publicação: DJE 16/02/2011; STJ. SEC n. 3269/Estados Unidos da América. Corte Especial. Relator: João Otávio de Noronha. Julgamento: 07/05/2012. Publicação: DJE 22/05/2012; STJ. SEC n. 5.822/ Estados Unidos da América. Corte Especial. Relator: Eliana Calmon. Julgamento: 20/02/2013. Publicação: DJE 28/02/2013. STJ. SE n. 14.373/Argentina. Relator: Francisco Falcão. Julgamento: 10/11/2015. Publicação: DJE 18/11/2015. Com a alteração do CPC, a questão ficou esclarecida na redação do art. 23 referido *supra*, quando, além da especial alusão aos casos de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, dispõe no inc. II apenas ser aplicável a “matéria de sucessão hereditária”. Este último inciso surgiu do Projeto Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 166/2010. BRASIL. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Nº 166/10 na Casa de origem (Senador José Sarney – PMDB/MA). Disponível em:

<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=147664&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹⁴² FERNANDEZ ARROYO, Diego P. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo? *Jurídica* – Anuario del

Além disso, não se pode deixar de observar que o CPC/2015 mantém a diferença que apresentavam os incs. I e II do art. 89 do CPC/1973. No inc. I do art. 23 se faz referência à jurisdição exclusiva sobre “ações relativas a imóveis”, enquanto o inc. II do mesmo artigo menciona simplesmente a palavra “bens situados no Brasil”, sem distinguir quanto a sua natureza móvel ou imóvel. Assim, qual é o motivo que explicaria a adoção de uma exclusividade tão abrangente em matéria sucessória? E ainda, qual a relação existente entre esta e a exclusividade para inventários e partilhas decorrentes de separação judicial, dissolução de união estável e divórcio prevista no inc. III do art. 23 do CPC2015?

Em matéria sucessória, não são raros, no direito comparado, os países que se declaram competentes com exclusividade para cuidar do inventário e da partilha quando os imóveis do acervo estiverem localizados no país. A França e muitos países do sistema *common law* são exemplos. Tal previsão tem por motivo garantir a aplicação da *lex rei sitae* a tais bens.¹⁴³ Por outro lado, em países que adotam o sistema da unidade sucessória, tal competência em virtude da localização dos imóveis no país não é exclusiva, aceitando-se partilhas promovidas no estrangeiro. São os casos de Espanha, Alemanha ou Suíça.¹⁴⁴

No caso do Brasil, a adoção de tal exclusividade é, precisamente, uma forma de garantir a aplicação do *prélèvement* sempre que se tratar de uma sucessão de bens localizados no Brasil. Jatahy, embora observe que a inspiração da regra é de ordem nitidamente fiscal, entende essa mesma relação entre a regra de *prélèvement* e a competência exclusiva dos tribunais brasileiros em matéria de sucessões:

“se pode ainda sentir a *vis attractiva* da regra de conexão unilateral de direito internacional privado, contida no art. 10, § 1º, da LICC, elevada a categoria de norma constitucional (...)”.

Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n. 34, p. 59-80, 2004. p. 63.

¹⁴³ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 396.

¹⁴⁴ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 396.

“Só a competência exclusiva da justiça brasileira permite a aplicação absoluta da norma de favorecimento”.¹⁴⁵

Essa conexão entre a norma de competência e a regra de *prélèvement* também ficou evidenciada em decisão do STF. Ao fixar posição sobre o alcance do art. 89, inc. II, do CPC1973 – referindo-se ao alcance da competência exclusiva a casos envolvendo inventários e partilhas decorrentes de desquite e/ou divórcio¹⁴⁶ – o então Ministro Paulo Brossard entendeu:

“(…) Senhor Presidente, em resumo, a disposição do art. 5º, XXXI, da Constituição tem mais de meio século e prevê a aplicação da lei brasileira e da lei estrangeira, quando esta for mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros, no caso de sucessão causa mortis, não se referindo à partilha de bens por ato inter vivos. O inciso II do art. 89, que fixa a competência absoluta do juiz brasileiro não se refere expressamente à partilha de bens decorrente de dissolução da sociedade conjugal”.¹⁴⁷

Recorde-se que, embora o *prélèvement* não aponte a aplicação da *lex rei sitae*, apenas deixará de aplicar a lei brasileira se a lei do *de cuius* for mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros.¹⁴⁸

Desde uma perspectiva mais ampla, e independentemente de se a solução oferecida pelo Brasil em termos de lei aplicável for a correta, se constata que a unidade sucessória não se realiza, pois contrasta com uma pluralidade de juízos sucessórios. Como sustenta Valladão, a universalidade declarada na regra de conflito constitui uma verdadeira “faca que não corta”.¹⁴⁹ No entender do autor dessa tese, de nada serve defender uma unidade da lei aplicável, se a sucessão de um patrimônio internacionalmente disperso será resolvida conforme as diferentes normas de conflito de diferentes países. E é

¹⁴⁵ JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 138.

¹⁴⁶ Vide nota 141.

¹⁴⁷ STF. SEC n. 4.512/Suíça. Relator: Paulo Brossard, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/10/1994. Publicação: DJ 02/12/1994; JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 146.

¹⁴⁸ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 396.

¹⁴⁹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 215.

precisamente neste ponto onde se conectam a necessidade da adoção de uma competência internacional exclusiva em matéria sucessória para a aplicação de uma solução excepcional dada pelo *prélèvement*. Isso porque as soluções advindas do *prélèvement* não poderão ser facilmente evitadas. Pense-se, então no caso de algum herdeiro que, sentindo-se prejudicado na distribuição operada pela aplicação da regra de *prélèvement*, queira escapar dele, propiciando a abertura de um processo de inventário no estrangeiro para incluir, também, os bens aqui situados. O art. 23, inc. II, lhe nega essa possibilidade.

O que parece ficar sem a mesma resposta é a incorporação do art. 23, inc. III, do CPC, consagrando a mesma exclusividade para a divisão dos bens do casal que se encontrem no Brasil. Se no caso do inc. II do mesmo artigo a exclusividade se explicaria para garantir a aplicação do *prélèvement* sobre os bens aqui situados, não se encontra similar justificativa para a privação de efeitos de sentenças oriundas do exterior quando o assunto é a dissolução da sociedade conjugal. Sabe-se que o art. 5, inc. XXXI, da CF/88, sendo uma regra excepcional, aplica-se à “sucessão de bens de estrangeiros”. Por este motivo, conquanto o regime de bens possa ter impacto na distribuição da herança (como se verá no Capítulo 4), tentar justificar o novo inciso na perspectiva de aplicar o *prélèvement* na questão da divisão dos bens do casal dissolvido não guarda nenhum sustento jurídico. A regra de *prélèvement* fala em “*de cuius*” que revela claramente a hipótese de uma sucessão *mortis causae*. Portanto não deve encontrar-se no *prélèvement* a resposta.

O resultado provocado pelo art. 23, inc. III do CPC, não poderá ser mais do que o espelho de um nacionalismo exacerbado, pelo qual será possível promover apenas homologações parciais das sentenças de divórcio, separação ou dissolução de união estável, com efeito sobre o estado civil, negando-se efeitos patrimoniais sobre os bens localizados no Brasil. Obrigar-se-á às partes a promoverem ações de partilha locais, rediscutindo-se a divisão de bens e – o que é pior –, promovendo um cenário de litígio inclusive em dissoluções promovidas alhures pela via consensual, por não ter sido essa última possibilidade excepcionada pelo legislador.

Para passar de uma mera conexão razoável dos juízes brasileiros, pela localização do patrimônio a ser dividido, ao grau de exclusividade da sua

jurisdição, é necessário um elemento que justifique tal excepcionalidade, que o inc. II do art. 23 do CPC encontra no *prélèvement*.

1.2.2.3 Incompetência sobre os bens no exterior

Um último aspecto que merece ser analisado é a postura que os tribunais brasileiros têm assumido diante de um patrimônio localizado no exterior. O artigo que cuida da competência internacional exclusiva apenas se refere aos bens localizados no Brasil, mas o texto não esclarece acerca da competência dos juízes brasileiros sobre os bens localizados no estrangeiro. Supondo que existissem bens no exterior, caberia aos juízes brasileiros tomarem conhecimento desses bens para fins de inventário e partilha? Tem algum relevo a expressão “qualquer que seja a natureza e a *situação dos bens*” do art. 10 da LINDB?¹⁵⁰ A pergunta é importante para o caso, pois seria uma possibilidade de que os juízes brasileiros pudessem distribuir uma parte do acervo sem atender à regra do *prélèvement*, pois esta somente se aplica aos bens localizados no Brasil.

Mesmo que países estrangeiros aceitassem a ingerência, não cabe aos juízes brasileiros cuidar de bens no estrangeiro. Na vigência do CPC/1973, ao tratar de inventários localizados em mais de um país, os tribunais brasileiros acabaram interpretando a *contrario sensu* o dispositivo do art. 89 inc. II do CPC/1973. Isto é, se não deve o juiz estrangeiro dispor sobre bens localizados no Brasil, não poderia o juiz brasileiro inventariar bens localizados no estrangeiro. Esta postura se mostra coerente com o tratamento de exclusividade sobre o acervo sucessório no país, como um reverso da mesma moeda.¹⁵¹ Por um lado, revela em certa medida uma preocupação do Judiciário com a efetividade das decisões, considerando a posição de muitos países de não outorgar *exequatur* a sentenças alienígenas de partilha sobre bens imóveis localizados no país. Já no caso de móveis localizados no

¹⁵⁰ Sem destaque no original.

¹⁵¹ STF. RE n. 99.230/RS. Primeira Turma. Relator: Rafael Mayer. Julgamento: 22/05/1984. Publicação: RTJ 110/750. Também STJ. REsp. n. 37.356/SP. Quarta Turma Relator: Barros Monteiro. Julgamento: 22/09/1997. Publicação: DJ 10/11/1997.

estrangeiro, mesmo que situados em jurisdições que não se arrogam competência exclusiva para partilhar tais bens, o Brasil autolimita a sua jurisdição inclusive sobre estes bens. Se a competência exclusiva se refere também aos bens móveis, a incompetência tem a mesma medida.¹⁵²

Uma relativização das consequências prejudiciais da pluralidade de patrimônios foi dada em partilhas decorrentes de ações de divórcio, pois desde algum tempo se admite a inclusão de bens localizados fora do Brasil, sendo levados em conta para equilibrar as porções correspondentes a cada cônjuge.¹⁵³

Em matéria especificamente sucessória, por sua vez, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu valor a essa última posição. Tratava-se de uma sucessão na qual os herdeiros incluíram no somatório da partilha feita em arrolamento sumário, quotas de empresa do *de cuius* no exterior, as quais já haviam sido partilhadas pelas autoridades naquele país (as Ilhas Virgens Britânicas). Estas quotas foram incluídas nos cálculos do inventário brasileiro para efeito de equalização das legítimas, evitando-se desigualdades entre os herdeiros necessários e garantindo-se a preservação da parte disponível para o cumprimento das disposições testamentárias. Ou seja, não pretendiam os herdeiros qualquer medida do Judiciário brasileiro para dispor sobre bens no exterior, senão apenas o não desconhecimento.¹⁵⁴

¹⁵² Esse posicionamento tem se manifestado mais evidente inclusive, na negativa por parte da justiça brasileira em expedir carta rogatória para averiguação de bens no exterior no meio de um processo de inventário no Brasil. O STJ manifestou-se também nessa questão com motivo do pedido da filha e única herdeira do ex-presidente Jânio Quadros negando o pedido de carta rogatória com a finalidade de obter informações no estrangeiro sobre a existência de contas bancárias na Suíça. STJ. REsp. n. 397.769/SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento: 29/11/2002. Publicação: RSTJ 168:327-31; CONJUR. Filha de Jânio não terá informações sobre contas do pai na Suíça. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-dez-04/stj_nega_filha_janio_informacoes_bancarias>. Acesso em: 14/02/2016. No entanto, em alguns casos se admitiu a possibilidade de expedição de carta rogatória em ação de inventário quando um interesse público o justificar. STJ. REsp. n. 698.526/SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento: 18/05/2006. Publicação: DJ 20/11/2006.

¹⁵³ TJSP. AgIn. 249.984-4/0-00. Sétima Câmara. Relator: Oswaldo Breviglieri. Julgamento: 28/08/2002. Publicação: RT 809:203; TJSP. AgIn. 309.768-4/1. Segunda Câmara. Relator: Maia da Cunha. Julgamento: 07/10/2003. Publicação: RT 822:249. STJ. REsp. n. 275.985/SP. Quarta Turma. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 17/06/2003. Publicação: DJ 13/10/2003; Mais recentemente STJ. REsp. n. 1410958 RS 2011/0244043-3. Terceira turma. Relator: Tarso Sanseverino. Julgamento: 22/04/2014. Publicação: DJE: 27/05/2014.

¹⁵⁴ TJSP. AgIn 369.085-4/3-00. Quarta Câmara. Relator: Carlos Biasotti. Julgamento: 27/1/2005. Publicação: RT 836:170. Leia-se comentário a essa decisão por MADALENO, Rolf. Inventário de bens situados no exterior e sua compensação para efeito de equilíbrio dos

Como se advertiu, a respeito dos bens da sucessão, a redação do *caput* do art. 10 da LINDB expressa a vocação unitária e universal da *lex successionis*. Assim, aplica-se a lei do último domicílio do defunto à sucessão, sem atender nem à natureza dos bens – isto é, seu caráter de bens móveis ou imóveis –, nem à sua situação. Contudo, por força das regras que dispõem acerca da competência internacional dos juízes brasileiros, o sistema da unidade da lei sucessória a que o Brasil tradicionalmente tem aderido, é afastado por uma necessária pluralidade de juízos sucessórios.¹⁵⁵ A vocação universal para resolver toda a sucessão da pessoa com apenas uma lei, e no mesmo tribunal, sem importar onde os bens se encontrem, é impedida pela obrigação de ser aberto mais de um processo sucessório, no caso de o *de cuius* ter deixado bens fora do Brasil. Dessa forma, a última parte do art. 10 *caput* da LINDB não se realiza, perdendo a razão de existir.¹⁵⁶

Se se pudesse admitir a intervenção de juízos estrangeiros para a distribuição dos bens no Brasil, deveria indagar-se depois se estes não teriam dado uma solução diferente, sem os efeitos do *prélèvement*, eis que conduziriam a sucessão conforme o direito material indicado pelas suas regras de conflito de leis. O fato é que isso é impossível. Não haverá juiz, mesmo que mais próximo ao caso concreto, quer seja uruguaio, quer seja argentino, que possa fazer valer sobre os bens que se encontram no Brasil a sua solução.

Uma vez entendido o cenário conflitual espacial, cabe referir-se ao cenário conflitual material acerca da solução de conflitos de leis em matéria sucessória, desde a perspectiva do direito brasileiro.

quinhões. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 221-234, abr. 2005. p. 223.

¹⁵⁵ VALLADÃO, Haroldo. Unidade e pluralidade da sucessão e do inventário e da partilha, no Direito Internacional In: CAHALI, Yussef S.; CAHALI, Francisco J. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. v. VI. p. 57-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 63. (artigo originalmente publicado em *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 204, p. 3-37, out. 1952).

¹⁵⁶ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 215.

CAPÍTULO 2 – CAMPO DE APLICAÇÃO MATERIAL DA *LEX SUCCESSIONIS* NO BRASIL

Um segundo momento no estudo do quadro conflitual sucessório brasileiro será ocupado com a discussão do âmbito de aplicação material da regra.

Se a regra de *prélèvement* ordena comparar o direito brasileiro com o direito estrangeiro na busca do mais favorável, é necessário então saber quais elementos são os objetos da comparação. No caso que ocupa este estudo é importante saber qual o conteúdo da expressão “a sucessão por morte ou por ausência” na regra do *caput* do art. 10 da LINDB, bem como quando o § 1º do mesmo artigo e o art. 5º, inc. XXXI, da CF/88, mencionam “a sucessão de bens de estrangeiros”. Em ambos os comandos, aparece “a sucessão”. Mas o que está incluído dentro desse instituto? O quê deve ser comparado?

Uma ideia aproximada poderia advir do estudo do Livro V do Código Civil de 2002. Mesmo assim, seria tão somente uma ideia aproximada. Existe uma série de questões que podem ter relação, no caso concreto, com a sucessão, embora não sejam parte propriamente da matéria sucessória. Por exemplo, para celebrar testamento, que é uma maneira de transmitir bens por causa da morte, uma pessoa deverá ter capacidade para os atos da vida civil, cuja regulamentação não se encontra especificamente nas regras de direito das sucessões. O mesmo ocorre com aspectos tributários, quando para a transmissão *mortis causae* paga-se um imposto. Este último não decorre de dispositivos de direito sucessório, mas da legislação tributária.

A determinação do campo de aplicação material é uma tarefa necessária a qualquer área do DIPr. Suponha-se que no DIPr brasileiro existisse uma regra positivada que simplesmente dispusesse “os contratos se governam pela lei do local da sua celebração”, e que o juiz tivesse apenas essa única orientação para decidir um caso relacionado a um contrato internacional. Este juiz seria prudente se, antes de apreciar os fatos e decidir, fizesse algumas indagações: quais aspectos dos contratos? A forma? A validade substancial das suas cláusulas? O modo de executar as obrigações? A capacidade das partes para celebrá-lo? Ainda, o que se considera local de

celebração? Os dispositivos presentes na LINDB oferecem resposta a cada um desses aspectos, ainda que de forma bastante imprecisa, mas apoiados em uma série de princípios de longa tradição. Desse modo, o instituto “contrato” tem elementos que são governados por direitos diferentes.¹⁵⁷

Já no que respeita ao direito sucessório internacional, caberão similares questionamentos, para saber se todas as relações nascidas em torno da existência do patrimônio de uma pessoa falecida estarão sujeitas a uma única lei, àquela apontada pela regra de conflito.¹⁵⁸ O que se observa é que se a forma de determinar a lei sucessória for bastante variada em nível de direito comparado, o mesmo ocorre com a definição do seu campo de aplicação material. No direito brasileiro o legislador não deu maiores subsídios nessa tarefa: simplesmente se referiu à “sucessão”, cabendo ao aplicador a sua delimitação.

É possível que ao juiz do caso concreto se lhe apresentem dúvidas, pois mesmo sabendo da plurilocalização do caso, será necessário verificar quais aspectos se encontram dentro da esfera de aplicabilidade da *lex causae*. Tal exercício é necessário, independentemente do fato do juízo sucessório ter lugar em um país filiado ao sistema da unidade da sucessão ou em um filiado ao sistema do fracionamento, pois neste ponto o que estará em discussão não é a escolha que o legislador fez acerca do elemento de conexão. Ao invés disso, o que se deverá saber é se a regra conflitual comporta, total ou parcialmente, o conjunto dos fatos da realidade sucessória.

2.1 ÂMBITO DE APLICAÇÃO MATERIAL DA LEX SUCCESSIONIS

¹⁵⁷ Prova disso é o art. 9 da LINDB, quando dispõe que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Observe-se que não se fala genericamente dos contratos, mas das obrigações que dele resultam. RODAS, João Grandino. Elementos de conexão de direito internacional privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 20-65. Em matéria contratual, como no exemplo citado, a divisão dos diferentes aspectos do contrato deu lugar à ideia do *dépeçage*, ou *morcellement*, decorrentes da aplicação de vários direitos ao mesmo contrato. Nadia de Araújo reconhece a relação entre *dépeçage* e qualificação: “A matéria das qualificações procura definir os institutos jurídicos, enquanto o fracionamento ocorre todo no seio das questões relativas à atividade obrigacional”. ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 359.

¹⁵⁸ TENORIO, Oscar. *Direito internacional privado*. t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 200.

Parece existir um consenso entre os sistemas de direito da *common law* e da *civil law*¹⁵⁹ – incluídas aqui as convenções internacionais –, que o domínio da lei sucessória deve determinar a vocação hereditária para as sucessões *ab intestato* e os limites à liberdade de testar em matéria de sucessão testamentária.¹⁶⁰ Se admitida a possibilidade de governar uma sucessão com aplicação do direito estrangeiro, dando lugar ao sistema de regras de conflito, essas questões não são excluídas *a priori* desse âmbito de aplicação material.

Fora o caso da vocação hereditária, as principais divergências se apresentam entre os sistemas da sucessão na pessoa (países da *civil law*) e da sucessão nos bens (países da *common law*). Observa-se que nos primeiros existe a tendência de atribuir à lei sucessória um domínio bem mais amplo em comparação com os últimos, cobrindo outros aspectos regulados pelo direito sucessório material interno, incluindo os relacionados à administração da herança. Por sua parte, os países da *common law* reduzem o domínio da *lex successionis* à questão da vocação hereditária e à ordem para suceder.¹⁶¹

Esta divergência depende da disponibilidade dos países de aplicar uma lei estrangeira a aspectos voltados à administração do acervo.¹⁶² Nos países de sistema anglo-saxão são aspectos que estão fortemente atrelados ao procedimento sucessório, portanto, convém que sejam governados pela *lex fori*, reduzindo o domínio da *lex successionis* a uma questão de distribuição.¹⁶³

¹⁵⁹ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 325.

¹⁶⁰ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 76 e 106.

¹⁶¹ FERID, Murad. Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 142, p. 71-202, 1974. p. 106. Também *vide* RODRÍGUEZ-URIA SUÁREZ, Isabel. La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 1-58, 2013. p. 18; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 5-139, oct. 2013. p. 26.

¹⁶² BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 320

¹⁶³ Essas diferenças também se apresentam no plano dos instrumentos de fonte internacional. A título de exemplo, a Convenção de Haia de 1989 sobre Lei aplicável às Sucessões, menciona no seu art. 7 as matérias submetidas à lei da última residência habitual do defunto, referindo-se basicamente à ordem de vocação hereditária, deserdação e indignidade, colação e redução, legítimas e validade substancial de disposições testamentárias. Não estão incluídas no seu objeto as questões referentes à administração. HAGUE CONFERENCE. Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=62>. Acesso em:

Cabe lembrar que neste sistema, ao desconhecer a *saisine*, os bens não ingressam ao patrimônio do herdeiro no momento da morte, mas são transmitidos à Corte até a nomeação (*grant of probate*) de um administrador (*personal representative* ou *executor*, dependendo se a sucessão for *ab intestato* ou testada) que se encarregará de reunir os bens, pagar as dívidas e distribuir o remanescente.¹⁶⁴ Por isso, a figura do administrador será muito mais parecida com a de síndico de uma falência¹⁶⁵. Wolff, de forma precisa, assim resumiu a ideia: “*Administration is not governed by the law which governs succession but by the law of the country where the administration takes place.*”¹⁶⁶

Como sustentado com relação aos sistemas baseados no direito romano, os autores clássicos do DIPr que estudaram a partir dele têm dado um alcance amplo ao âmbito da lei sucessória. Savigny já entendia definir-se por ela tanto a sucessão legítima quanto à testamentária. Incluiu a capacidade do testador e o conteúdo das disposições testamentárias como matérias a serem governadas pela lei do último domicílio do defunto.¹⁶⁷ Cabe esclarecer, no entanto, que a amplitude de domínio não necessariamente se corresponde com o sistema da unidade da sucessão. São, em princípio, questões independentes, como demonstram os Tratados de Montevidéu de 1889 e 1940 (com idêntica redação) que, mesmo adotando uma postura de fracionamento

14/02/2016. WATERS, Donovan. *Rapport explicatif sur la Convention-Successions de 1989*. Tiré à part des Actes et documents de la Seizième session (1988). La Haye: HCCH, 1988. p. 58. Precisamente, este aspecto já era objeto da Convenção de 1973 sobre Administração Internacional de Heranças. Ao elaborar o Livro Verde de 2005 sobre as Sucessões levantou-se o questionamento acerca de se devia incluir-se a administração e a partilha além das normas que dispõem sobre a determinação dos herdeiros e seus direitos. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde*. Sucessões e testamentos. Bruxelas: Comissão Europeia, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_succes_pt.pdf>. Acesso em: 14/02/2016. Como resultado, o art. 19 do R650/2012 sobre sucessões já incluiu, além dos aspectos relativos à devolução, os relacionados à transmissão e administração dos bens da herança, especialmente referido nas alíneas “e” e “f”.

¹⁶⁴ NORTH, Peter; FAWCETT, James. *Cheshire and North's Private International Law*. 20. ed. London: Butterworths, 1992. p. 826-827.

¹⁶⁵ FERID, Murad. Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 142, p. 71-202, 1974. p. 106.

¹⁶⁶ WOLFF *apud* FERID, Murad. Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 142, p. 71-202, 1974. p. 109.

¹⁶⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 250-253 e 373-381.

sucessório extremo, baseado na *lex rei sitae* de moveis e imóveis, ainda consagraram um amplo domínio:

Art. 44. – La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público con cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás.

Art. 45. – La misma ley de la situación rige:

- a) La capacidad de la persona para testar;
- b) La del heredero o legatario para suceder;
- c) La validez y efectos del testamento;
- d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite;
- e) La existencia y proporción de las legítimas;
- f) La existencia y monto de los bienes reservables;
- g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.¹⁶⁸

Pillet, que também incluiu uma ampla análise de matérias, entendia que estão governados pela *lex successionis*: a vocação hereditária; os diferentes graus e a exclusão de uns pelos outros; o direito de representação; a capacidade para suceder; a aceitação com ou sem benefício de inventário e a renúncia; as indignidades; as legítimas; as colações; a contribuição pelas dívidas da herança; as limitações às disposições testamentárias e seus efeitos.¹⁶⁹

Um exemplo atual de amplitude quanto à lei aplicável em matéria sucessória, relacionado com a adoção de um sistema de unidade da sucessão, se encontra no R650/2012, no seu art. 23.¹⁷⁰ Dentro dele se

¹⁶⁸ CONGRESSO SUDAMERICANO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Tratado de Derecho Civil Internacional del 12 de febrero de 1889. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/666/33.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹⁶⁹ PILLET, Antoine. *Traité pratique de droit international privé*. t. II. Paris: Sirey, 1924. p. 378-470.

¹⁷⁰ O art. 23 dispõe um amplo âmbito de aplicação material: “Artigo 23. Âmbito da lei aplicável. 1. A lei designada nos termos do artigo 21 ou do artigo 22 regula toda a sucessão. 2. Essa lei rege, nomeadamente: a) As causas, o momento e o lugar da abertura da sucessão; b) A determinação dos beneficiários, das respectivas quotas-partes e das obrigações que lhes podem ser impostas pelo falecido, bem como a determinação dos outros direitos sucessórios, incluindo os direitos sucessórios do cônjuge ou parceiro sobrevivente; c) A capacidade sucessória; d) A deserção e a incapacidade por indignidade; e) A transmissão dos bens, direitos e obrigações que compõem a herança aos herdeiros e, consoante o caso, aos legatários, incluindo as condições e os efeitos da aceitação da sucessão ou do legado ou do seu repúdio; f) Os poderes dos herdeiros, dos executores testamentários e outros administradores da herança, nomeadamente no que respeita à venda dos bens e ao

incluíram todos os procedimentos necessários para a sucessão, desde a sua abertura até a transmissão definitiva aos herdeiros. Uma matéria que encontrou bastante resistência é a referente à inclusão das questões de administração da herança, sobretudo por parte de países cujas legislações internas aplicam a *lex fori* na administração do acervo, independentemente da *lex successionis*, a exemplo do direito inglês ou austríaco.¹⁷¹ Contudo, prevaleceu a inclusão dessa matéria também no âmbito geral.

Há por outra parte, questões nas quais existe concordância em não fazerem parte do domínio da lei sucessória. Isso também é importante definir, sobretudo no âmbito de acordos internacionais de harmonização de lei aplicável, a exemplo do R650/2012. Seguindo essas regras, normalmente ficam de fora do seu governo, em primeiro lugar, os tributos sobre heranças, bem como outras questões administrativas de natureza de direito público.¹⁷² Por se tratarem de assuntos de caráter fiscal, corresponderá ao país onde opere a transmissão do acervo a determinação das cargas, aplicando a *lex fori*.¹⁷³

pagamento dos credores, sem prejuízo dos poderes a que se refere o artigo 29, n. 2 e 3; g) responsabilidade pelas dívidas da sucessão; h) A quota disponível da herança, a legítima e outras restrições à disposição por morte, bem como as pretensões que pessoas próximas do falecido possam deduzir contra a herança ou os herdeiros; i) A colação e a redução das liberalidades, adiantamentos ou legados aquando da determinação das quotas dos diferentes beneficiários; j) A partilha da herança.”

¹⁷¹ Em tais países, a administração das heranças constitui uma importante fonte de receitas para os advogados, o que explica o afã por mantê-la no âmbito da legislação interna. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 608; também BALDUS, Christian. ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un reglamento de sucesiones. *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, n. 26. Disponível em: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-26?id=1542:hacia-un-nuevo-derecho-sucesorio-europeo-apuntes-sobre-la-propuesta-de-un-reglamento-de-sucesiones-0-11989826720198456>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹⁷² Assim dispõe o art. 1 inc. 2 a) e considerando 10 do R650/2012.

¹⁷³ No Brasil, a CF/88 prevê no art. 155 inc. I a competência dos Estados da União para cobrança do Imposto sobre a Transmissão “Causa Mortis” e Doação (ITCMD). No Rio Grande do Sul, esse imposto foi instituído pela Lei Estadual n. 8.821/1989. RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei n. 8821, de 27 de janeiro de 1989. Institui o imposto sobre a transmissão “Causa Mortis” e doação, de quaisquer bens ou direitos. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Leinº08.821.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016. Não se descarta, com isso, eventuais conflitos de leis tributárias no espaço, matéria que é resolvida por uma disciplina que constitui certa confluência entre o DIPr. e o Direito Tributário cujo estudo se torna cada vez mais imperioso, haja vista a expansão dos negócios internacionais: o Direito Internacional Tributário e os aspectos relacionados com o planejamento tributário internacional. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 7-9 e 233; TORRES, Heleno. *Direito tributário internacional*:

São excluídos também do estatuto sucessório os atos *inter vivos* destinados a transmitir os bens aos beneficiários antes da abertura da sucessão,¹⁷⁴ muito embora possam sofrer efeitos posteriormente, em caso de redução de doações inoficiosas ou de eventual colação desses bens.¹⁷⁵ Ainda, a validade desses atos é governada pela regra geral correspondente às obrigações (art. 9 LINDB), muito embora a *lex rei sitae* tenha alguma influência em caso de imóveis. Cumpre lembrar que alguns países, como França e Espanha, possibilitam a celebração de pactos sucessórios¹⁷⁶ como forma de planejamento hereditário. Nesse caso, tais acordos não se sujeitam às disposições de conflito de leis em matéria contratual, mas fazem parte do direito sucessório daqueles países.¹⁷⁷ No caso do Brasil, tais acordos estão expressamente proibidos pelo art. 426 do CC/2002, a exemplo de outros códigos latino-americanos.¹⁷⁸

Por sua vez, a determinação dos bens que fazem parte da sucessão, depende da composição do patrimônio do defunto no momento da morte. Para isso, cumpre verificar, conforme regras próprias, quais bens fazem parte desse patrimônio. Os direitos reais que recaiam sobre eles normalmente serão

Planejamento tributário e operações transnacionais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 35.

¹⁷⁴ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 271 e 322.

¹⁷⁵ Art. 2 g) do R650/2012. Explica o considerando 14: “Deverão igualmente ser excluídos do âmbito de aplicação do presente regulamento os direitos e os bens criados ou transferidos por outra via que não a via sucessória, por exemplo, por via de liberalidades. No entanto, deverá ser a lei designada pelo presente regulamento como lei aplicável à sucessão que determinará se tais liberalidades, ou outra forma de disposição *inter vivos* que criem um direito real anterior ao óbito, deverão ser reduzidas ou contabilizadas para efeitos de determinação das quotas-partes dos beneficiários segundo a lei aplicável à sucessão”.

¹⁷⁶ O art. 3 b) do R650/2012 define o pacto sucessório como “um acordo, incluindo um acordo resultante de testamentos mútuos, que crie, altere ou anule, com ou sem contrapartida, direitos na herança ou heranças futuras de uma ou mais pessoas que sejam partes no acordo”. Para fins de determinação da lei aplicável, o R650/2012 adota a lei que seria aplicável à sucessão dessa pessoa se esta tivesse falecido no dia em que o pacto foi celebrado.

¹⁷⁷ É um exemplo o art. 9.8 do Código Civil espanhol. FONT I SEGURA, Albert. La ley aplicable a los pactos sucesorios. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 1-28, maio 2009. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/635_es.pdf>. Acesso em: 14/02/2016. Também vide a tese de RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel. *La ley aplicable a los pactos sucesorios*. 410 p. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, USC, Santiago de Compostela, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10347/9811>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹⁷⁸ Assim, o art. 1825 do CCUrug., Art. 1010 do CCArg.; Art. 1463 do Código Civil Chileno; Art. 678 do CC Peruano.

governados pela *lex rei sitae*,¹⁷⁹ tal como no Brasil dispõe o art. 8 da LINDB. Quanto a esta questão, os países que adotam os sistemas de fracionamento sucessório contam com a vantagem de coincidirem a *lex causae* sucessória com a lei que qualifica o bem que compõe o patrimônio hereditário.¹⁸⁰ Já no Brasil, em virtude dos juízos sucessórios ocuparem-se de bens aqui localizados, a distinção revela importância para qualificar os bens conforme a lei local, e posteriormente decidir a sucessão de acordo com o direito estrangeiro, se for o caso.

No caso da sucessão legítima, ela tem como substrato as relações familiares do *de cuius*, para cuja resolução não dependem da *lex successionis*, mas de regras de conflito próprias das relações de família. Assim, constitui uma questão prévia determinar a existência do vínculo familiar para fins da sucessão.¹⁸¹ A filiação, a validade do matrimônio ou da adoção,¹⁸² deverão resolver-se antes da questão sucessória, não necessariamente conforme a mesma lei.¹⁸³

¹⁷⁹ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 321. No âmbito do R650/2012, resulta importante a previsão de regulamentações especiais em virtude de disposições locais, algo que tem se tornado um verdadeiro desafio na hora de definir os limites ao campo de aplicação da *lex successionis* uniformizada. BARREDA, Naiví C. Reflexiones sobre los regimenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 6, n. 1, p. 121-146, mar. 2014. Disponível em: <<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1913/907>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹⁸⁰ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 109. Para mitigar essa dificuldade, o art. 31 do R650/2012 dispõe uma necessária adaptação dos direitos reais que pesem sobre determinados bens e que não forem conhecidos pelo Estado Membro onde o direito é invocado.

¹⁸¹ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 77.

¹⁸² No caso "*Ponnoucannamalle c/Nadimoutoupolle*", resolvido em 1931 pela Corte de Cassação Francesa, relacionado precisamente à validade da adoção como condição para a outorga de direitos hereditários. SCHMIDT, Torben. The incidental question on Private International Law. *Recueil des cours*, La Haye, v. 233, p. 305-416, 1992. p. 336-337.

¹⁸³ BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado*. En la estructura jurídica del mundo actual. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 165. A Convenção sobre Regras Gerais de Direito Internacional Privado da Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado - CIDIP II prevê no seu art. 8: "As questões prévias, preliminares ou incidentes que surjam em decorrência de uma questão principal não devem necessariamente ser resolvidas de acordo com a lei que regula esta última". Para este particular, o R650/2012 instaura o Certificado Sucessório Europeu, que facilita a prova da qualidade de herdeiro em sucessões abertas no estrangeiro, não sendo necessário discutir a validade do matrimônio, a adoção, a filiação, etc. previamente a tratar da herança. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 620.

Tendo em conta que o *de cuius* fosse casado e que não houvesse contestação sobre a validade do matrimônio, uma correta determinação da composição do patrimônio sucessório geralmente dependerá – nos países em que, a exemplo do Brasil, o matrimônio tenha algum impacto na propriedade dos bens dos esposos, e ao mesmo tempo outorga-lhe direitos hereditários –, das regras que definem as condições da dissolução da sociedade conjugal. Não é de se esquecer que no Brasil a pretensão da viúva poderá estar governada por uma lei diversa da *lex sucessionis*, já que o art. 7º § 4º da LINDB dispõe: “O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal”.¹⁸⁴ Esta questão prévia não está voltada a discutir a natureza do vínculo com o *de cuius*, mas a determinar exatamente quais são os bens que integravam a sociedade conjugal, para depois determinar o acervo hereditário. Se não houver uma clara diferenciação de ambas as questões, permanecendo dúvidas sobre a natureza da reclamação do supérstite no processo,¹⁸⁵ poderá dar-se à *lex sucessionis* um campo de aplicação material mais amplo do que o esperado.¹⁸⁶ Além disso, uma vez determinado o regime matrimonial aplicável, e os bens sobre os que recai a dissolução da sociedade conjugal, se definirá se cabem ao cônjuge direitos hereditários. Isso é particularmente importante no Brasil, pois os direitos

¹⁸⁴ Sobre os efeitos no regime de bens pela mudança de domicílio do casal *vide* ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 429-436; também *vide* BASSO, Maristela. A determinação do regime de bens do casamento à luz do direito internacional privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, p. 43-51 jan.- mar. 2000. p. 43 e sgtes.

¹⁸⁵ Esta confusão se apresenta na Alemanha a respeito do art. 1371 (1) do BGB que garante à esposa um quarto dos bens do acervo. Para uma parte majoritária da doutrina, este direito seria decorrente do regime matrimonial, portanto dependente de que a lei material seja a lei alemã, não interessando se a sucessão é governada pelo direito estrangeiro. Outros entendem a questão como matéria sucessória. BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 322. Para evitar essas dificuldades, o Código Civil espanhol optou por excluir do âmbito da *lex sucessionis* a pretensão do supérstite: Art. 9.8 (...) “Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

¹⁸⁶ É o que se apresentou num dos casos clássicos citados pela doutrina para explicar a importância da qualificação, o caso “Bartholo ou sucessão do maltês”, em que se discutiu se a pretensão da viúva a determinados imóveis tinha natureza sucessória ou era decorrente da dissolução da sociedade conjugal decorrente da morte. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 370.

hereditários do cônjuge poderão mudar dependendo do regime de bens do seu matrimônio com o *de cuius*.

2.2 MATÉRIAS ABRANGIDAS PELO ÂMBITO DE APLICAÇÃO MATERIAL DA LEX SUCESSIONIS BRASILEIRA

À margem da mudança do elemento de conexão com relação da sua versão anterior, a redação do art. 10 da LINDB merece um comentário acerca da inexistência de qualquer referência ao domínio material da lei sucessória, ou seja, às matérias por ela alcançadas. Recorde-se que a redação anterior fazia referência à sucessão legítima ou testamentária, à ordem da vocação hereditária, aos direitos dos herdeiros e à validade intrínseca das disposições do testamento, enquanto o novo texto se refere apenas à “sucessão por morte ou por ausência”. Com isso, é importante o estudo do campo de aplicação material da lei sucessória para avançar no estudo do *prélèvement* e seus efeitos, a serem tratados no próximo capítulo.

Cabe agora conhecer especificamente o âmbito de aplicação da *lex successionis* brasileira. É necessário, pois, definir o conteúdo do art. 10 da LINDB e principalmente determinar se existem aspectos não governados por ela, além dos já previstos anteriormente. Isso é importante para melhor identificar quais aspectos também podem sofrer uma variação a partir da exceção que a regra de *prélèvement* provoca.

Como ponto de partida, o autor deste estudo defende que o princípio da unidade da sucessão adotado pelo direito brasileiro pode projetar-se sobre o âmbito de aplicação da lei sucessória para melhor defini-lo¹⁸⁷. Não se trata de dar uma solução única aos bens do acervo a que ele se destina, mas também

¹⁸⁷ Como se viu no caso do R650/2012, existe uma relação entre o princípio da unidade da sucessão e o propósito de um amplo âmbito de aplicação da *lex successionis*. Assim, uma única lei aplicável governa toda a sucessão sem consideração do local dos bens a inventariar, e ao mesmo tempo, essa lei governa a maior quantidade de aspectos que se suscitam em torno à sucessão (determinação do beneficiário, capacidade sucessória, deserdação e indignidade, quota disponível, etc.). RODRIGUEZ BENOT, Andrés. Approach to the proposal for a Regulation of the European Union on Succession. In: CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz *et. al.* (Orgs.). *Latest developments in EU private international law*. p. 133-152. Cambridge: Intersentia, 2011. Disponível em: <http://centro.us.es/cde/justicia_civil_2011/mod_008.html>. Acesso em: 14/03/2015.

a concentrar na *lex successionis* a resolução do maior número de questões vinculadas à sucessão. Se o sistema adotado determina que uma lei governe toda a sucessão, questões estreitamente conectadas não podem ficar governadas por outra lei, pelo menos sem uma justificativa plausível.¹⁸⁸ Essa postura é a que se considera fundamental, e servirá para resolver um dos dispositivos mais desconcertantes na matéria: o art. 10, § 2º, da LINDB e a relação com o instituto da indignidade sucessória.

Já em 1880 o Instituto de Direito Internacional recomendava que as sucessões a uma universidade patrimonial fossem, quanto à determinação dos sucessores, à extensão dos seus direitos, à porção disponível e à validade intrínseca das disposições de última vontade, governadas pela lei pessoal da nacionalidade ou do domicílio.¹⁸⁹

Não se quer afirmar que exista uma dependência da amplitude do campo material com o sistema de unidade, pois como visto nos Tratados de Montevideu de 1889 e 1940, o fracionamento também comporta um amplo domínio de matérias; importante é deixar claro que se trata de uma interpretação que acaba complementando-se com a unidade da sucessão, opção feita pelo legislador brasileiro.

Em 1906 Clóvis Beviláqua – autor do Projeto do CC/1916 –, já discorria sobre o tema do âmbito de aplicação material, esclarecendo serem governadas pela *lex successionis*: a ordem da vocação hereditária; a extensão do direito dos herdeiros; a capacidade hereditária ativa; as limitações dessa capacidade; a revogação dos testamentos; as causas de deserdação.¹⁹⁰

Na redação do art. 14 da ICC/1916, se incluíram nesse domínio a “ordem da vocação hereditária, os direitos dos herdeiros e a validade intrínseca das disposições do testamento”. Assim, tais elementos constituíam um conjunto de aspectos da sucessão suscetíveis de serem governados pela lei local ou estrangeira.

¹⁸⁸ É a correspondência que encontra TENORIO, Oscar. Parecer. Sucessão – Universalidade – Domicílio do Defunto – Aplicação da lei brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 171-176, 1976. p. 173.

¹⁸⁹ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public. Session D'Oxford, 07/09/1880. Disponível em: <http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1880_oxf_01_fr.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

¹⁹⁰ BEVILAQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1906. p. 291.

Cabe também aqui colacionar o CBust, que nos seus arts. 144 e 146 igualmente esclareceu o domínio da lei sucessória:

Artigo 144. As sucessões legítimas e as testamentárias, inclusive a ordem de sucessão, a quota dos direitos sucessórios e a validade intrínseca das disposições, rege-se, salvo as exceções adiante estabelecidas, pela lei pessoal do *de cuius*, qualquer que seja a natureza dos bens e o lugar em que se encontrem.

(...)

Art. 146. A capacidade para dispor por testamento regula-se pela lei pessoal do testador.¹⁹¹

Oscar Tenório aponta que este artigo 144 define o âmbito de forma meramente exemplificativa,¹⁹² o que se explica pelo uso da palavra “inclusive” e pela expressão “salvo as exceções adiante estabelecidas”, dando a entender que constitui uma regra geral.

Em LICC/1942 optou-se por uma referência genérica, fazendo referência à “sucessão por morte ou por ausência” – que é mais parecida com aquela que se imaginou no exemplo dado *supra* referente aos contratos –, algo que tem suscitado crítica por parte da doutrina.¹⁹³ Por isso, diante da falta de menção pelo art. 10 da LINDB do âmbito de aplicação material, é necessário recorrer à doutrina e à jurisprudência para tal exercício.

Já sob o império da LICC/1942, autores da talha de Haroldo Valladão e Amilcar de Castro consideraram um amplo campo de regulação da lei sucessória no seio do art. 10, determinando a ordem da sucessão, as quotas hereditárias, a legítima e a quota disponível, as colações, a revogação do testamento, a deserção, dentre outros.¹⁹⁴ Para Strenger, se incluem tanto as

¹⁹¹ BRASIL. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27764&norma=43270>>. Acesso em: 14/02/2016.

¹⁹² TENORIO, Oscar. *Direito internacional privado*. t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 200.

¹⁹³ SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 277.

¹⁹⁴ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 216. CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 384. Também JATAHY, Vera M. O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia. In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito*

sucessões legítimas quanto testamentárias.¹⁹⁵ De forma um pouco mais exemplificativa, para Itabaiana de Oliveira, são governados pela *lex successionis*: se há privilégios de sexo ou de idade; se os herdeiros são obrigados a colacionar; qual o direito sucessório do cônjuge sobrevivente; a quota disponível e qual a reserva de legítima; quando a herança é dividida por cabeça, por estirpe ou por linhas; se o filho ilegítimo recebe quinhão igual ou inferior ao legítimo; a capacidade hereditária.¹⁹⁶ Porém, sobre este último ponto, a doutrina tem discutido muito, e por tal motivo será tratado no tópico a seguir.

2.3 DELIMITAÇÃO DE ASPECTOS ESPECÍFICOS: INDIGNIDADE E FORMAS TESTAMENTÁRIAS

Admitido o amplo alcance da *lex successionis* quanto às matérias a governar, é fundamental verificar a relação da regra do art. 10 da LINDB, principalmente com relação a outras duas regras presentes no mesmo texto e que podem operar certa confusão. O § 2º do mesmo artigo menciona a capacidade para suceder a ser governada por outro critério, a lei do domicílio do herdeiro ou o legatário. Por outra parte, cabe verificar a relação entre a lei aplicável à sucessão testamentária e a clássica regra *locus regit actum* do art. 9º da LINDB, outra eventual mola propulsora do *prélèvement*.

2.3.1 Inclusão da indignidade no âmbito da *lex successionis*

internacional. p. 175-182. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 177-178. Diga-se de passagem, que não há, contudo, nem sequer pela doutrina, qualquer referência às leis aplicáveis à administração da herança. A necessária proximidade dos bens localizados no Brasil com o foro competente, que por sinal é a justiça brasileira de forma exclusiva (Art. 89 inc. II do CPC), poderia supor como plenamente justificável a aplicação da *lex fori* neste aspecto, embora como visto no exemplo do revigorado DIPr europeu, tenha prevalecido a tese de deixá-la nas mãos da *lex successionis*, conforme observado *supra*.

¹⁹⁵ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 733.

¹⁹⁶ OLIVEIRA, Arthur V. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

Tem se observado tanto na doutrina quanto na jurisprudência certa dificuldade acerca do campo de aplicação material do § 2º do art. 10 da LINDB. Ela determina a aplicação da lei do domicílio do herdeiro ou legatário na hora de governar a sua capacidade para suceder. Evidentemente, ela não está apontando ao mesmo objeto de regulamentação que o *caput* e o § 1º do mesmo artigo, sob pena de tornar-se este último um comando contraditório. O que quer dizer, pois, “capacidade para suceder”?

A finalidade imediata de traçar alguns limites no campo de aplicação material desse comando permite atender uma finalidade mediata. Resulta necessário saber qual será o direito que prevê as situações de indignidade sucessória, ou seja, se elas são governadas pela *lex successionis* (derivada do *caput* ou do § 1º do art. 10 da LINDB) ou se são governadas pelo § 2º do art. 10 da LINDB. O autor desta tese sustenta a posição de que as causas de indignidade se governam pela *lex successionis*, não se confundindo indignidade com incapacidade para suceder.

É necessário voltar ao caso para entender a relevância desse ponto no estudo. Deve recordar-se que, no processo de inventário, descobriu-se a prática de estelionato por parte de Martín, o que motivou os outros herdeiros a excluí-lo da sucessão e assim aumentarem os seus quinhões.

Existe, no plano do direito material em conexão com o caso, uma divergência quanto aos casos de indignidade. Segundo o art. 2.281 do CCArg. são indignos de suceder os autores, cúmplices e partícipes de delito doloso contra a propriedade do causante, dentre outros delitos mais graves. Equivalente ao delito de estelionato no Brasil, o delito de *estafa* está tipificado pelo art. 172 do Código Penal argentino¹⁹⁷ no rol de delitos contra a propriedade. Por seu lado, no Brasil, o artigo 1.814 do CC/2002 apenas prevê como excluídos por indignidade os autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, o autor de acusação caluniosa ou crime contra a honra, ou aquele que tiver inibido ou obstado que o *de cuius* disponha livremente dos seus bens por ato de última vontade. No CC/2002 os delitos contra a

¹⁹⁷ ARGENTINA. Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179/84. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>. Acesso em: 14/03/2015.

propriedade não fazem parte das causas de indignidade.¹⁹⁸ Da mesma forma para o CCUrug., cujo art. 842 contém similares previsões que a lei brasileira.¹⁹⁹

Qual será a lei que determine as causas de indignidade? Se a indignidade se identifica com a incapacidade para suceder, então as causas serão governadas pelo direito indicado na regra do § 2º do art. 10 da LINDB, e a Martín caberá parte da sucessão. Por mais moralmente reprovável que seja a atitude deste último herdeiro, não poderá dar lugar aos demais a excluí-lo, pois a causa não está prevista na legislação vigente no país do seu domicílio. Ao caso concreto aplica-se a lei brasileira, pois Martín, apesar de argentino, mudou-se ao Brasil. Em compensação, se a postura é de que a indignidade está governada pela *lex successionis*, abre-se uma possibilidade para que o *prélèvement* entre em cena.

Com efeito, se a sucessão for governada pela lei pessoal do *de cuius*, isto é, a *lex domicilii*, de acordo com a regra geral do *caput* do art. 10 da LINDB, Martín também não seria indigno, pois a lei uruguaia, embora apresente mais hipóteses de exclusão do que a lei brasileira, tampouco prevê os delitos contra a propriedade dentre elas.²⁰⁰

¹⁹⁸ O exemplo dado poderia estender-se a outras hipóteses de indignidade previstas no direito comparado. Existem no CCArg. outras hipóteses de indignidade não previstas pelo direito brasileiro. É o caso da simples denúncia do *de cuius*, não necessariamente caluniosa, à diferença do que exige o inc. II do art. 1814 do CC/2002. Ainda, existem casos previstos no direito pátrio e não contemplados no direito alienígena, a exemplo do art. 540 do Código Civil Suíço, que se limita a decretar como motivo de indignidade apenas o atentado contra a vida ou contra a liberdade de testar do *de cuius*.

¹⁹⁹ O art. 842 do CCUrug. traz duas hipóteses não contempladas pelo ordenamento brasileiro. São os casos de falta de denúncia de morte violenta do *de cuius* dentro dos sessenta dias às autoridades, quando estas não tenham já procedido de ofício (inc. 2), e o caso do herdeiro presuntivo que não recolhe ou faz recolher o *de cuius* que se encontrava demente e abandonado (inc. 4).

²⁰⁰ O art. 842 do CCUrug. prevê as seguintes causas de exclusão por indignidade: “1º. *El condenado en juicio por homicidio intencional o tentativa del mismo contra la persona de cuya herencia se trata, contra el cónyuge y contra los descendientes del mismo. Si alguno de los herederos forzosos incurre en esta causa de indignidad, pierde también su legítima.* 2º. *El heredero mayor de edad que, sabedor de la muerte violenta del difunto, no la denuncia dentro de sesenta días a la justicia cuando ésta no ha procedido ya de oficio sobre ella. Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes o hermanos del heredero o cónyuge, cesará en éste la obligación de denunciar.* 3º. *El que voluntariamente acusó o denunció al difunto de un delito capital.* 4º. *El pariente que, sabiendo ser heredero presuntivo del difunto y hallándose éste demente y abandonando, no cuida de recogerle o hacerle recoger en un establecimiento público.* 5º. *El que para heredar estorbó, por fuerza o fraude, que el difunto hiciera testamento o revocara el ya hecho o sustrajo éste o forzó al difunto para testar”.* URUGUAI. Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Disponível em: <http://www.oas.org/DIL/ESP/Codigo_Civil_Uruguay.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

Por outra parte, veja-se o que aconteceria se o Brasil propiciasse uma volta ao critério *lex patriae* – ou se, por acaso o *de cuius* tivesse tido último domicílio na Argentina. Isso daria chance ao herdeiro brasileiro solicitar a aplicação desta última – no caso, a lei argentina –, que prevê como causa de indignidade o delito contra a propriedade perpetrado por Martín, para possibilitar a exclusão deste, e dessa forma aumentar seus quinhão hereditários. Seria, naturalmente, a lei mais favorável aos herdeiros brasileiros no caso concreto. O *prélèvement* funcionaria, aos olhos dos herdeiros concorrentes, como um incentivo para encontrar a lei que permita justificar tal exclusão, e neste caso é a lei argentina.

2.3.1.1 Objeto de regulamentação do § 2º do art. 10 da LINDB

A terminologia utilizada no § 2º do art. 10 da LINDB, como dito, conjugasse com o art. 1.577 do CC/1916: “a capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor”. O CC/2002 alterou a referência para “legitimação para suceder”, assim dispondo no art. 1.787: “regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”.

Além da condição de herdeiro, cuja invocação pode decorrer da previsão legal ou da manifestação da vontade do *de cuius*, a transmissão *mortis causae* se subordina à existência de legitimação para suceder, sendo a condição da pessoa que lhe permite ser titular do direito invocado.²⁰¹ Trata-se de um pressuposto indispensável para o recolhimento da herança pelo interessado. A verificação da legitimação sucessória consiste na existência física ou jurídica de personalidade de quem reclama a vocação hereditária no momento da abertura da sucessão.²⁰² Portanto, é preciso estar vivo no

²⁰¹ CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 118.

²⁰² CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11.

momento do óbito do autor da herança, para ser titular de direitos hereditários. Um caso especial diz respeito ao nascituro, pois o art. 1.798 do CC/2002 deixa a resguardo seus direitos hereditários, em sintonia com o art. 2 do mesmo corpo legal.²⁰³ Ainda, uma segunda exceção se dá no caso de pessoa jurídica ainda não constituída, por meio de disposição de última vontade, prevista sob a forma de fundação (art. 1.799 inc. III e 62 do CC/2002).²⁰⁴

Entende Francisco Cahali que existe grande intimidade entre a capacidade civil em sentido amplo, enquanto titularidade de direitos, e a legitimação sucessória, pois ambas se referem à aptidão para ser titular de um direito.²⁰⁵ Contudo, essas imprecisões normativas podem constituir-se, como visto, em verdadeiras dores de cabeça para os estudiosos do DIPr.

Em primeiro lugar, a capacidade para suceder e a vocação hereditária não devem ser confundidas, e por este motivo foram objeto de regulamentação diferenciada. Esta diferenciação se encontra prevista no CBust, que no art. 152 dispõe: “A capacidade para suceder por testamento ou sem ele regula-se pela lei pessoal do herdeiro ou legatário”.

Valladão entendia que o § 2º do art. 10 da LICC/1942 era uma cópia do art. 152 supracitado, pois o dispositivo se referia, nas palavras do autor, a uma “capacidade de fato, de o herdeiro praticar atos jurídicos, de receber...”, enquanto a lei do último domicílio do *de cuius* definiria o quadro dos sucessíveis (sucessibilidade objetiva) e a capacidade de gozo, de direito, do herdeiro (sucessibilidade subjetiva). Sobre esta última, Valladão observou que

²⁰³ CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 119-120. O art. 2 do CPC/2002 é base da concepção natalista da personalidade que condiciona o início da personalidade ao nascimento com vida. Atualmente, uma nova corrente defende a posição concepcionista, que outorga condição de pessoa ao nascituro. Para os diferentes posicionamentos sobre esse dispositivo *vide* TARTUCE, Flavio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 155-177, 2007; p. 160 e sgtes. Em geral, *vide* a obra de ALMEIDA, Silmara J. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1999. 380 p.

²⁰⁴ CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 124.

²⁰⁵ CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 126.

as proibições que a lei impõe ao testador de instituir certas pessoas dependem da *lex sucessionis*,²⁰⁶ hoje previstas no art. 1.801 do CC/2002.

Valladão ainda apoiava-se no art. 3.286 do Código Civil argentino de 1871²⁰⁷. Este último, similar ao art. 10 § 2º da LINDB, contém na sua nota explicativa uma remissão ao art. 7º do mesmo texto legal, enquanto regra de conflito que cuida da capacidade de fato.²⁰⁸ Portanto, somente a capacidade para receber, de fato, é que fica sujeita à lei pessoal do herdeiro.²⁰⁹ Espínola e Espínola Filho adotavam o mesmo entendimento, no sentido de que o artigo “considera não a capacidade para ter o direito de sucessor, mas a aptidão para exercer o direito de sucessor reconhecido pela lei competente”.²¹⁰

Amilcar de Castro estendeu uma crítica a estes últimos, percebendo que, em nível de redação do artigo, não se trata de capacidade propriamente dita, de fato, mas da qualidade de herdeiro. Assim, a expressão empregada no § 2º do art. 10 da LINDB estaria orientada no mesmo sentido que era empregada no art. 1.577 do CC/1916 (hoje o art. 1.787 CC/2002). Não haveria de se presumir que o sentido utilizado fosse o mesmo do art. 7º da LINDB, referente à *lex domicilii* como regra de conflito geral para definir a capacidade das pessoas. Contudo, em outra passagem expõe sua completa interpretação:

²⁰⁶ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 216.

²⁰⁷ Assim dispõe o art. 3.286 do Código Civil de 1871: La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión”. ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina de 1871. Con notas del Codificador Vélez Sarsfield. Disponível em: <<http://www.consejosdederecho.com.ar/codigocivilanotado.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

²⁰⁸ Dispõe o art. 7 do Código Civil argentino de 1871: “Art. 7. La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República”. ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina de 1871. Con notas del Codificador Vélez Sarsfield. Disponível em: <<http://www.consejosdederecho.com.ar/codigocivilanotado.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

²⁰⁹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 216.

²¹⁰ E acrescentam “Essa capacidade que refere diretamente a uma determinada pessoa, indicada com caráter de herdeiro pela lei da sucessão, apresenta dois aspectos: uma refere-se aos requisitos necessários para que exista a situação prevista; o outro visa à capacidade para exercer pessoalmente – ou seja, diretamente – o direito de herdeiro. Quanto ao primeiro aspecto, suponhamos que a lei da sucessão, a lei do domicílio do de cujus atribua, aos filhos naturais reconhecidos, o mesmo direito à herança que compete aos filhos legítimos; um filho natural reconhecido, cuja lei pessoal seja diversa da do pai, terá o seu direito à sucessão reconhecida pela lei deste, pouco importando que sua lei pessoal não admita semelhante equiparação. Mas, para isso é necessário que se trate de um filho natural reconhecido de conformidade com a lei competente”. ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro* - Dec.-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942: comentada na ordem de seus artigos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p. 127.

“A melhor doutrina ensina que a faculdade de haver a herança, conjunto de qualidades requeridas para suceder, ou capacidade para suceder, deve ser regulada exclusivamente pelo direito que rege a sucessão (*ius causae*). Pelo mesmo direito que se aprecia a vocação hereditária é que se devem qualificar as pessoas chamadas a suceder”.

(...)

“Evidentemente, a qualidade do herdeiro não é inerente à pessoa, e sim qualidade que lhe é atribuída pelo direito regulador da sucessão; trata-se de condição requerida para suceder, questão preliminar, de condição jurídica, exigida para se exercer o direito de ser sucessor, ou suceder”.²¹¹

O máximo tribunal brasileiro teve oportunidade de diferenciar entre vocação sucessória e capacidade para suceder. Em 1976, o STF assim se pronunciou:

ACÇÃO ANULATORIA DE ADOÇÃO. LEGITIMIDADE AD CAUSAM. São institutos diversos a capacidade para suceder e a vocação hereditária, pelo que a disposição do parágrafo 2, do art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil, limitada que é a capacidade para suceder, não envolve a vocação hereditária. Recurso extraordinário não conhecido.²¹²

Oscar Tenório pronunciou um parecer sobre esse caso. Discutia-se a exclusão da herança de uma herdeira polonesa e domiciliada na Polônia, adotada por escritura pública realizada no Brasil. Dentre os questionamentos, foi solicitado ao mencionado doutrinador a manifestação acerca de: a) se a circunstância de estar domiciliado no exterior tirava do herdeiro a capacidade para suceder; b) se a legislação de onde é domiciliado o herdeiro poderá ilidir

²¹¹ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 387. Na verdade, como bem notou Oscar Tenório, o posicionamento de Amilcar de Castro não era contraditório com a opinião de Espínola e Espínola Filho, pois em ambos os casos o que se fixa é uma diferenciação entre a lei que determina os chamados a suceder e aquela que governa a sucessão. O vínculo entre o *de cuius* com o herdeiro, que serve de fundamento para a outorga de direitos sucessórios, será uma questão a ser constituída pela lei pessoal do herdeiro, mas que tem que ser resolvida previamente. TENORIO, Oscar. Parecer. Sucessão – Universalidade – Domicílio do Defunto – Aplicação da lei brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 171-176, 1976. p. 171.

²¹² STF. RE n. 79613. Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 25/02/1976. Publicação: DJ 08/07/1976.

a lei brasileira para efeitos de sucessão quando o *de cuius* era aqui domiciliado e aqui se encontram todos os bens inventariados. Assim opinou:

“Não há, realmente, maior dificuldade, pois que, enquanto o *caput* do artigo 10 versa sobre a questão sucessória, o parágrafo 2º trata da questão prévia. E esta questão prévia não se resume apenas à hipótese do herdeiro nascituro, como exemplificou a Eg. 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do então Estado da Guanabara, que, no mais, merece nossa inteira aprovação”.

“As falhas no casamento, na adoção, e no parentesco, estas sim são regidas pela lei do herdeiro, e não pela *lex causae* da sucessão. Aí sim pode haver uma bifurcação em que a questão principal é decidida por uma lei, enquanto que para a questão prévia é competente outra lei”.

“Esta é a interpretação adequada e verdadeira do art. 10 e seu § 2º da nossa atual Lei de Introdução ao Código Civil. Não é exatamente a questão prévia como colocada pela escola alemã de MELCHIOR e WANGLER que especularam sobre qual o Direito Internacional Privado aplicável à questão prévia, o Direito Internacional Privado do foro ou o direito internacional privado da lei declarada competente pelo Direito Internacional Privado do foro”.

“Aqui se trata da lei material (norma direta) que se deverá aplicar à questão prévia. E a orientação da Lei de Introdução é no sentido de que, para a questão prévia, terá aplicação o domicílio do herdeiro”.²¹³

Mais de vinte anos depois, o STJ teve oportunidade de manifestar-se também sobre este assunto, assim decidindo:

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. ART. 10, PARAG. 2., 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 à pessoa que se apresenta como herdeiro a uma das categorias que, de 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 à 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*, é herdeira, cabe examinar se a pessoa indicada é capaz ou incapaz para receber a herança, solução que é fornecida pela lei do domicílio

²¹³ TENORIO, Oscar. Parecer. Sucessão – Universalidade – Domicílio do Defunto – Aplicação da lei brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 171-176, 1976. p. 171. Refere-se os autores alemães Melchior e Wangler, por terem exposto o problema e defendido a necessidade de, em certas situações, aplicar a *lex causae* da questão principal à questão prévia ou incidental. Desse modo, por exemplo, o mesmo direito aplicável à sucessão resolveria a questão da validade do vínculo matrimonial, se a pretensão hereditária for do cônjuge. O direito material indicado como *lex successionis* também resolveria a questão prévia.

do herdeiro (art. 10, parag. 2, da LICC). Recurso conhecido e provido.²¹⁴

Nesta oportunidade, o que se discutia era a condição de herdeira de uma cidadã espanhola que fora adotada pelo *de cuius* na modalidade de adoção simples, modalidade esta que, segundo o direito espanhol, não conferia direitos sucessórios.²¹⁵ Entendeu-se que a condição de herdeira necessária não decorria dos efeitos sucessórios que a lei espanhola concedesse ou não à adoção, mas exclusivamente da vocação hereditária que tiver de acordo com a lei brasileira.

É curioso, como surge da última ementa, considerar “questão prejudicial” aquela consistente em determinar que, segundo a lei do domicílio do *de cuius* a cidadã espanhola é herdeira, para depois saber se é capaz ou não de receber a herança segundo sua própria lei. Fazendo uma comparação com o parecer de Oscar Tenório, observa-se que, neste último acórdão, considerou-se como questão prévia a observação que se fez do vínculo, e com base nisso atribuíram-se os direitos sucessórios conforme a *lex successionis*. A questão “posterior” – por oposição à questão prévia ou prejudicial –, seria discutir se o herdeiro poderia receber os bens segundo sua lei pessoal. De qualquer forma, diante dos fatos, o resultado a que se chegou foi o mesmo. Houve uma clara diferenciação entre capacidade para suceder e vocação hereditária.

²¹⁴ STJ. REsp. n. 61434/SP. Quarta Turma. Relator: Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 17/06/1997. Publicação: RSTJ 102:292.

²¹⁵ O CC/2002 dispôs no art. 1.618 que: “A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)”. O art. 41 do ECA estabelece que “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. (...) § 2º É recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária”. Ocorre que neste estatuto não estão compreendidos os adotado maiores de 18 anos. Francisco Cahali entende que subsiste a adoção simples do CC/1916, pela qual o parentesco é restrito ao adotante, com direitos sucessórios somente em face deste, não estendidos aos demais familiares (arts. 376 e 1.618 do CC/1916). Em caso de sucessão do adotivo, a herança deste devolve-se aos pais naturais, e na falta destes, aos adotantes (art. 1.609 do CC/1916). CAHALI, Francisco J. Sucessão na linha reta. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 165-184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 177 e 179-180.

2.3.1.2 *Lex successionis* como regulamentadora das causas de indignidade

Embora o acordão não tenha se referido à indignidade, a menção à capacidade para suceder como “capacidade para receber a herança” pode dar lugar à interpretação de que os indignos estivessem incluídos neste grupo.

Sobre a natureza da indignidade, Serpa Lopes analisa a questão:

“a) para uns, a indignidade, distinguindo-se da incapacidade, fica submetida à lei pessoal do “de cujus”, ao passo que, para outros, a indignidade não passa de uma forma de incapacidade e incide sob o domínio da lei pessoal do herdeiro por ela atingido: b) numa legislação, a indignidade se funda numa vontade presumida do “de cujus”, pois é de se supor, para justificação do direito sucessório, uma relação de afeto entre o sucessor e o sucedido, ao passo que em outras surge com um caráter público; c) finalmente, não se pode deixar de tomar em consideração a influência desses três grupos de elementos: o estatuto sucessório, a lei pessoal do herdeiro atingido e, em certas circunstâncias, a lei do lugar onde foi perpetuado o ato considerado indigno”.²¹⁶

Weiss, ao comentar o Código Civil francês, entendia a indignidade como uma forma de incapacidade, a ser governada em princípio pela lei pessoal do herdeiro, sem excluir-se a aplicabilidade da lei que governe a sucessão em certos casos não previstos pela lei estrangeira, mas previstos na lei francesa, pois «*elles reposent toutes en effet sur des considérations de décence et d'intérêt général. La conscience publique serait outragée, si l'assassin était admis à succéder à sa victime*». ²¹⁷ Demolombe, por sua vez, não se referindo a conflito de leis, mas observando uma clara diferenciação entre ambos os institutos aqui tratados comenta que no próprio Direito Romano os efeitos da indignidade eram muito diferentes dos efeitos da incapacidade. Enquanto o incapaz não tinha em absoluto a qualidade de herdeiro, o indigno, pelo contrário, era herdeiro. Este adquiria a propriedade e não apenas se tornava herdeiro, mas continuava sendo considerado como tal, mesmo depois de sua

²¹⁶ SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 283.

²¹⁷ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 580-581.

indignidade pronunciada. Essa lógica permaneceria no direito francês antigo. Assim explica a diferença:

«L'incapacité, c'est l'absence radicale de toute aptitude pour succéder à qui que ce soit; elle est absolue, in rem, generaliter, comme auraient dit les Romains (...). Bien différente est l'indignité, qui suppose, au contraire, dans la personne de l'indigne, les qualités requises pour succéder, et qui ne l'empêche pas, en effet, de succéder utilement à tout autre que a celui envers lequel la cause d'indignité existe; elle est relative, in personam, précisément parce qu'elle résulte d'un tort commis par l'héritier envers le de cuius».

*(...) «et c'était une maxime constante, en effet, dans notre ancien droit français, que l'indignité, à la différence de l'incapacité, n'empêchait pas la saisine; qu'elle n'avait pas lieu de plein droit; et qu'elle devait être demandée et prononcée en justice».*²¹⁸

Hoje, as diferenças que Francisco Cahali aponta entre ambos os institutos são as mesmas que Demolombe expôs.²¹⁹

No que respeita à indignidade ser governada pela *lex successionis*, encontra-se uma resposta categórica em Lewald.²²⁰ Trata-se de uma lei só, para regular as condutas que, relacionadas ao *de cuius*, podem ser consideradas reprováveis. Encontra-se apoio desta posição expressamente em Serpa Lopes,²²¹ Haroldo Valladão²²² e Pontes de Miranda.²²³

Maria Helena Diniz, ao estudar especificamente o art. 10 § 2º da LINDB, considera a indignidade como incapacidade de suceder, mas o faz com apoio no art. 756 do Código Civil espanhol, que dispõe: “*son incapaces de suceder*

²¹⁸ DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon: traité des successions*. v. 13, t.1. Paris: August Durand, 1857. p. 350 e 357.

²¹⁹ Contudo, não se entende por que o autor, em prol de um uma suposta didática, inclui no mesmo capítulo em que trata a legitimação sucessória, a exclusão dos herdeiros por indignidade, e trata estes últimos casos como situações em que “o Código Civil restringe a legitimação”...“identificando os que não podem suceder”. CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 126 e 136.

²²⁰ LEWALD, Hans. *Questions de droit international des successions. Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 57.

²²¹ SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 285.

²²² VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 217.

²²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito internacional privado*. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935. p. 284. Também em PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 644.

por causa de indignidad...”.²²⁴ Nadia de Araújo²²⁵ e Maristela Basso²²⁶ também citam como exemplo a indignidade para suceder como matéria do art. 10, § 2º. Com o devido respeito que merecem tão importantes doutrinadoras brasileiras, o autor da presente tese se permite discordar de tal posição.

Primeiramente, não parece haver uma total correspondência para uma transposição do direito espanhol ao direito brasileiro, pois até a própria doutrina espanhola não é de todo concordante com a categorização da indignidade como uma causa de incapacidade sucessória.²²⁷ Com efeito, esta se serve das categorias *incapacidades absolutas*, previstas no art. 745 do Código Civil espanhol, onde menciona as criaturas abortivas e as associações não permitidas por lei, ao passo que nos arts. 754 e 756 se mencionam espécies de *incapacidades relativas*, dentre as quais se incluem os indignos. As incapacidades relativas seriam aquelas que representam uma privação da possibilidade de suceder com respeito a certas pessoas. Quem sofre as incapacidades absolutas não possui qualquer possibilidade de suceder, por não cumprir o requisito básico de ser pessoa física ou jurídica. Por isso, neste último caso, não se trata propriamente de incapacidade para suceder, mas de verdadeira inexistência da pessoa.²²⁸

Especificamente a respeito da indignidade no ordenamento espanhol, um aspecto a considerar seria que, diferentemente de outras incapacidades relativas previstas nos arts. 752, 753 e 754 do Código Civil desse país,²²⁹ de pessoas que não podem ser beneficiárias de testamento, para boa parte da doutrina espanhola a indignidade sucessória não impediria que houvesse transmissão em favor do indigno no momento da abertura da sucessão. Isso ocorreria até que a posterior declaração judicial de indignidade destruísse tal

²²⁴ DINIZ, Maria H. *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 345.

²²⁵ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 456.

²²⁶ BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 224.

²²⁷ ZURILLA CARIÑANA, Maria Ángeles. *¿Es precisa la revisión de las causas de indignidad en el sistema sucesorio español? Documento de trabajo 2012/1*. Cuenca: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2012. p. 6.

²²⁸ HERNANDEZ GIL, Felix. La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, v. 45, p. 468-492, jun. 1961. p. 468.

²²⁹ ESPANHA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Texto consolidado. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 14/02/2016.

transmissão, com efeitos retroativos, ou que se consolide em caso de que não tivesse sido tentada a ação própria dentro do prazo legal, conforme a máxima *indignas potest capere, sed non potest retinere*. Ainda, cabe considerar que, de modo diverso da indignidade, as incapacidades relativas não podem ser removidas pelo testador, sendo nulas as disposições testamentárias em contrário. Em algumas decisões, o Tribunal Supremo espanhol tem abonado essa diferenciação.²³⁰

À margem dos argumentos teóricos dados pela doutrina e pela tradição civilista, relacione-se a questão com a maneira como o direito brasileiro corresponde às sucessões internacionais. Explica-se. Levando em conta a análise dos sistemas sucessórios realizada anteriormente, se o Brasil tivesse optado por um sistema de fracionamento sucessório, e a sucessão se resolvesse segundo o local de situação de cada bem – admitindo, por outra parte, uma competência de resolver sobre bens no estrangeiro, o que não ocorre na prática –, a indignidade seria governada pela *lex rei sitae*. No caso analisado por este estudo, se fossem os três irmãos os que tivessem cometido o ato de indignidade, em cumplicidade, todos seriam excluídos da herança de eventuais bens existentes na Argentina. Mas essa exclusão com respeito a determinado bem seria algo perfeitamente aceitável no contexto de uma sucessão internacional em que se acolheu o sistema do fracionamento, e não afetaria a participação equitativa deles no acervo localizado no Brasil. Nesse caso, pouco importaria o local do domicílio dos faltosos.

Agora aplique-se essa hipótese ao sistema da universalidade sucessória, tal como previsto no Brasil. Admitir que as causas de exclusão de indignos sejam governadas com base no domicílio do herdeiro é pouco razoável. No exemplo citado, se o delito perpetrado pelos três irmãos tivesse sido um atentado contra a vida, por exemplo, do pai do *de cuius*, então se estaria autorizando, seguindo a mesma linha de raciocínio, que os herdeiros Martín e Marcelo fossem considerados indignos, enquanto José, domiciliado

²³⁰ HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas. *Revista de Derecho Uned*, Madrid, n. 1, p. 171-198, 2006. Disponível em: <<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/10903/10432>>. Acesso em: 14/02/2016.

no Uruguai, se beneficiaria com a exclusão dos primeiros, mesmo tendo contribuído com a morte do seu avô. Isso porque o CCUrug. não contempla, no art. 842 inc. 1, o homicídio contra os ascendentes, à diferença do art. 1.814 do CC/2002.

A inclusão da indignidade dentro do âmbito da *lex successiois* se observa especificamente em instrumentos internacionais de harmonização de regras de conflito mais recentes do que o CBust O R650/2012, por exemplo, inclui no âmbito de aplicação material da *lex successiois* a questão da indignidade no art. 23, inc. II, alínea d. O mesmo dispõe o art. 7º, inc. 2, alínea b, da Convenção de Haia de 1989.

Guarda toda a coerência considerar que as questões de indignidade – mas também as de deserção – sejam governadas pela *lex successiois*. A punição se baseia na ideia de que, em uma sucessão pautada na afeição real ou presumida do falecido, é repugnante à ordem jurídica, à moral e à consciência social, alguém que demonstrou menosprezo pelo finado possa receber uma vantagem deste²³¹, além de ser uma medida que visa desestimular a comissão de crimes por parte dos sucessores.²³² Portanto, se em um sistema de unidade da sucessão, apenas uma lei é a que serve de parâmetro dessa afeição real ou presumida – e esta lei é determinada por um elemento de conexão determinado pelo centro das relações pessoais do *de cuius* –, não pode ser outra a lei que determine as condutas que podem constituir uma ruptura dessa relação entre o *de cuius* e o herdeiro. E mais, essa mesma lei governará o perdão que o *de cuius* possa praticar por ato autêntico ou pela via testamentária, deixando clara sua vontade de permitir que o indigno suceda, apesar das ofensas por ele cometidas.²³³

2.3.2 Exclusão da forma dos testamentos do âmbito da *lex successiois*

²³¹ CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 127.

²³² PEREIRA, Caio M. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 31.

²³³ CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 135.

No domínio da lei sucessória, embora a referência ao último domicílio do *de cuius* seja determinante para um amplo conjunto de relações, levanta alguma dúvida o ato testamentário quando celebrado em país estrangeiro, especialmente no que se refere à forma que deve ter o ato. A questão se apresenta complexa, pois se trata de um ato jurídico que pode ter lugar em um momento muito anterior àquele em que se produzirão os seus efeitos, sobretudo quando a pessoa planejou suas deixas testamentárias com muita antecedência. Trata-se de uma defasagem de tempo-espço entre a outorga do testamento e a abertura da sucessão. Pode o testamento, no que refere à forma escolhida, haver sido validamente outorgado no domicílio do testador, mas pode não ser a mesma forma admitida pela legislação que governará a sucessão, se tiver ocorrido uma mudança desse domicílio.²³⁴

A forma de testar constitui um aspecto do direito sucessório que em nível de direito comparado apresenta significativa variedade. Isto tem por consequência a possibilidade de conflitos de leis, pois o mesmo testamento pode ser considerado válido ou nulo dependendo do país onde for invocado.²³⁵ Apenas para fins ilustrativos, no direito inglês, por exemplo, apenas existe a forma de testar por instrumento particular acompanhado de duas testemunhas.²³⁶ Já no direito alemão, as formas admitidas são o testamento

²³⁴ A doutrina tentou elaborar algumas respostas a esse fenômeno de determinação do espaço temporal em certas relações jurídicas, que Zittelman denominou de “alteração do estatuto”, aqui conhecida como “conflito móvel”. Existem normas de conflito que se apoiam em elementos de conexão fixos, a exemplo dos imóveis, enquanto outras são variáveis, como o caso da nacionalidade ou o domicílio das pessoas, ou o local de situação para os bens móveis. A alteração desses últimos faz surgir o questionamento acerca de se uma determinada situação jurídica constituída deve governar-se de acordo com a lei do local em que essa situação se consolidou, ou se deve atender-se à lei apontada pela norma de conflito com base nos novos fatos, levando-se em conta a mudança de nacionalidade, domicílio ou local do bem. Normalmente as normas de conflito não fornecem subsídios para superar essa dificuldade nem mesmo a doutrina elaborou ainda uma solução geral. LEWALD, Hans. *Règles générales des conflits de lois (Contribution à la technique du droit international privé)*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 69, p. 1-148, 1939. p. 94 e sgtes.

²³⁵ LEWALD, Hans. *Questions de droit international des successions*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 93; LI, Haopei. *Some recent developments in the conflict of law of succession*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 224, p. 9-122, 1990. p. 93-95.

²³⁶ Wills Act, 1837 Section 9. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/section/9>>. Acesso em: 14/11/2014

público e o particular,²³⁷ e no direito francês, são admitidos os testamentos por instrumento público, os testamentos particulares e os fechados.²³⁸

Lembre-se que o *de cuius* outorgou um testamento particular no Uruguai. De acordo com a lei uruguaia, o testamento particular não é contemplado como uma forma validamente aceita, à diferença do que ocorre no Brasil (arts. 1.876 a 1.880 do CC/2002), e na Argentina, onde recebe o nome de testamento *ológrafo* (arts. 2.477 e 2.478 do CCArg). Assim, o testador não fez um ato reconhecido pelo direito material vigente no local onde foi celebrado, que por sua vez é o local do seu último domicílio.²³⁹ Esse testamento é, por outra parte, válido de acordo com a lei brasileira, país onde o juízo sucessório se processa, e de acordo com a lei do país da nacionalidade do testador.

A importância de se discutir este tópico dentro do domínio da *lex successionis* decorre da possibilidade de constituir-se, mais uma vez, uma mola propulsora para alegação do *prélèvement*. Isso dependerá da inclusão ou não da questão da forma do testamento no âmbito da lei sucessória. No caso, Clara, a herdeira beneficiada com o testamento, provavelmente alegaria que a *lex successionis* – que governa não apenas as sucessões *ab intestato*, mas também as sucessões testamentárias – seja desestimada por força do *prélèvement*. Aplicando-se a lei brasileira, o testamento será válido se a questão de forma estiver decidida por esta lei. Em qualquer caso a lei que normalmente governaria a sucessão (*lex domicilii*) não a favoreceria, pois a lei uruguaia não aceita essa forma de dispor.

Assim, pode-se pensar em dois resultados para a questão:

- a) Se a forma do testamento estiver incluída dentro do âmbito material de aplicação da *lex successionis*, então o *prélèvement* poderia ser exigido pelo herdeiro brasileiro, reclamando-se a aplicação da lei

²³⁷ BGB, art. 2232 e 2247.

²³⁸ Code Civil, art. 969.

²³⁹ A legislação do Uruguai exige a intervenção de um notário público (*escribano*) tanto nas modalidades de testamento aberto quanto fechado (art. 794 e 801 do CCUrg). Há circunstâncias especiais, previstas em lei, em que se autoriza a não intervenção dessa autoridade. São os denominados testamentos “*menos solemnes o especiales*” (arts. 811 a 827 do CCUrg.).

mais favorável ao conjunto da relação sucessória, incluindo a forma do testamento. No caso em estudo, é a lei brasileira a que considera válido o testamento. Assim, dilui-se a questão do defeito de forma e o ato será considerado perfeito.

- b) Se a forma do testamento não estiver incluída dentro do âmbito material de aplicação da *lex successionis*, mas governada pela lei do local em que foi praticado o ato, caberá indagar se esta regra encontraria a suficiente flexibilidade para salvar o ato, ou se, pelo contrário, seria confirmada a sua nulidade.

Conforme observado *supra*, o art. 14 da ICC/1916 incorporava ao domínio da *lex successionis* a “validade intrínseca das disposições do testamento”. A mesma regra se observa no CBust (art. 144) e os Tratados de Direito Civil Internacional de Montevideu de 1889 e 1940 (art. 45 alínea c), tudo isso seguindo uma doutrina já consolidada.²⁴⁰

Apesar de não ter sido tão explícita, a doutrina brasileira não observou no art. 10 da LICC/1942 uma mudança na regra.²⁴¹ Por isso o termo sucessão é tomado na sua exegese mais lata, incluindo tanto a sucessão intestada quanto a testamentária,²⁴² pois não seria apropriada a outorga de estatutos diferentes a cada forma de sucessão. O testamento é um tipo de ato destinado a produzir seus principais efeitos apenas no momento da morte (art. 1857 CC/2002). Com isso, é necessária uma identidade entre a lei que governe os efeitos da manifestação de vontade e a lei aplicável ao resto dos efeitos decorrentes da morte, sobretudo em um sistema como o brasileiro em que a

²⁴⁰ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 588; SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 106.

²⁴¹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 217. CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 391. SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 328. STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 733. DINIZ, Maria H. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 351. TENORIO, Oscar. *Direito internacional privado*. t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 202.

²⁴² SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 334.

liberdade para testar não é absoluta. Precisamente, entre os aspectos mais importantes que derivam da lei aplicável, estão aqueles que dizem respeito às restrições à liberdade de testar, com a finalidade de preservar o patrimônio em favor de certos herdeiros, também denominada legítima. Em virtude da limitação que a lei brasileira impõe de somente poder dispor livremente de metade do patrimônio na presença de herdeiros necessários (art. 1.846 do CC/2002), conviverão a sucessão legítima com a sucessão testamentária.²⁴³

Em segundo lugar, nota-se que o art. 14 da ICC/1916 se referia à “validade intrínseca” das disposições testamentárias, enquanto a regra do art. 11 do mesmo corpo normativo dispunha que “a forma extrínseca dos atos, públicos ou particulares, reger-se-á segundo a lei do lugar em que se praticarem”. Assim, a forma dos testamentos e a validade das suas disposições poderiam ser governadas por leis diferentes. Enquanto a primeira estava sujeita à *lex successionis* de acordo com a regra geral de conflito, a segunda seguia a máxima *locus regit actum*. Resta saber se essa máxima subsiste no ordenamento atual, e se o seu caráter é obrigatório ou facultativo.

2.3.2.1 *Locus regit actum* como variação da *lex domicilii* para a forma dos testamentos

No ordenamento brasileiro, a *locus regit actum* encontrava-se presente nas Ordenações Filipinas,²⁴⁴ no art. 3, § 2º, do Regulamento n. 737 de 1850,²⁴⁵ e nos arts. 406 e 407 da Consolidação de Teixeira de Freitas.²⁴⁶ Foi o pós-glosador Bártolo de Sassoferrato quem, no S. XIII, mais desenvolveu essa regra, engendrada pela necessidade de enfrentar, precisamente, o problema

²⁴³ CAHALI, Francisco J. Sucessão em geral. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 37-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 45-46.

²⁴⁴ BRASIL. *Ordenações Filipinas*. Livro III. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 652.

²⁴⁵ BRASIL. Decreto-lei n. 737, de 25 de novembro de 1980. Determina a Ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

²⁴⁶ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1867. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242360/000056321.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14/02/2016. p. 554-559.

dos testamentos outorgados em territórios estrangeiros,²⁴⁷ sendo estendida também para cuidar da lei aplicável à forma de outros atos jurídicos. Através dela se reconhece que a lei do local onde foi celebrado o ato é a que governa a sua forma. Explica-se a escolha por ser o local onde o testador pode melhor se informar acerca das modalidades reconhecidas pelo direito. Além disso, tratando-se de um testamento público, somente essa lei seria possível aplicar.²⁴⁸

Embora se trate de uma regra universalmente aceita, admitida pela doutrina e pela jurisprudência,²⁴⁹ não houve sempre tal concórdia a respeito dos seus limites e efeitos. Na Europa, tal princípio evoluiu de um caráter obrigatório²⁵⁰ a facultativo,²⁵¹ e o resultado dessa mudança de concepção foi a consagração de regras alternativas nos textos legais em diversos países²⁵² em

²⁴⁷ Os primeiros a observar a necessidade do *locus regit actum* foram Alberico da Rosciate e Guglielmus di Cuneo, precisamente analisando os casos relativos a formas testamentárias. Tratava-se de uma pessoa que vivia em Bergamo e foi até Veneza, cidade onde outorgou um testamento ológrafo. Segundo o direito veneziano, o testamento poderia ser feito perante duas testemunhas, enquanto o direito comum exigia a presença de sete. Discutiu-se a validade do testamento tanto em Bergamo como no resto dos locais onde a pessoa tinha bens, lembrando a forte territorialidade da Idade Média para tratar conflitos de leis aplicáveis. Bártolo definiu e divulgou a regra e somente no s. XIV essa regra se consolidou com caráter misto, sendo territorial para os atos celebrados no país, e extraterritorial para os atos que tenham sido celebrados no estrangeiro e tenham respeitado as formas locais. SZEINBLUM, Martha. Validez del documento proveniente del extranjero. *Revista de La Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, v. 79, n. 8, p. 37-50, jul. 1993. No mesmo sentido vide MEIJERS, Eduard. L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 49, p. 543-686, 1934. p. 601 e sgtes.

²⁴⁸ LI, Haopei. Some recent developments in the conflict of law of succession. *Recueil des cours*, La Haye, v. 224, p. 9-122, 1990. p. 104.

²⁴⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 281. No mesmo sentido: WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 580-581; LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 89.

²⁵⁰ Lewald cita o celebre caso *Pommeureil*, de 1721, em que o Parlamento de Paris decidiu pelo caráter absoluto da regra, ao determinar a nulidade de um testamento ológrafo, permitido pelos costumes de Paris, mas outorgado na cidade de Douai, cujos costumes o proibiam. Contudo, tanto a doutrina holandesa quanto a francesa apontaram que a regra devia ser interpretada como uma exceção ao direito comum em caráter de um favor, uma permissão. LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 90.

²⁵¹ Esse entendimento prevaleceu na jurisprudência francesa a partir do caso *Viditz vs. Gesing* de 1909, decidido pela Corte de Cassação, confirmado pelo caso *Sabbage*. LI, Haopei. Some recent developments in the conflict of law of succession. *Recueil des cours*, La Haye, v. 224, p. 9-122, 1990. p. 106.

²⁵² Por exemplo, o art. 999 do Código Civil francês dispõe «*Un Français qui se trouvera en pays étranger pourra faire ses dispositions testamentaires par acte sous signature privée, ainsi qu'il est prescrit en l'article 970, ou par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où cet acte sera passé*». Encontram-se regras alternativas ao *locus regit actum* na legislação alemã (EGBGB art. 11), na inglesa (Wills Act, 1963, 1) e italiana (Legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, luglio 1995, art. 48).

um claro movimento de privilegiar o *favor testamenti*, ou seja, preservar a vontade do testador por cima das formas.²⁵³ Desse modo, se daria passagem a uma regra de conflito materialmente orientada, confrontando-se com o paradigma conflitual clássico que se herdou de Savigny, o da regra neutra.²⁵⁴

Em nível de acordos internacionais, a Conferência de Haia ocupou-se especialmente do assunto, surgindo a Convenção de 1961 sobre Conflitos de Leis em Matéria de Forma das Disposições Testamentárias, ratificada por 41 (quarenta e um) países – em grande maioria países europeus –, mas nenhum americano. Na sua essência, realiza o *favor testamenti* ao oferecer oito alternativas para governar a forma dos testamentos.²⁵⁵ Isso leva a pensar que, dentro do âmbito de aplicação do acordo, um instrumento dificilmente será considerado inválido por defeito de forma.²⁵⁶ Hoje, no âmbito comunitário europeu, o R650/2012 reproduziu a mesma multiplicidade de alternativas.²⁵⁷

Voltando ao contexto brasileiro, essa distinção entre lei aplicável à forma e aos efeitos do testamento permanece diante da atual redação do art. 10 da LINDB? A doutrina parece coincidir positivamente acerca da vigência da mesma regra no plano consuetudinário,²⁵⁸ independentemente de algumas

²⁵³ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 297.

²⁵⁴ REQUEJO ISIDRO, Marta. A propósito de “Le déclin des problèmes internationaux de forme des testaments”: Observaciones para un reglamento comunitário. *Dereito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, v. 16, n. 1, p. 393-408, 2007. p. 393 e sgtes.

²⁵⁵ O art. 1º da Convenção determina que um testamento será válido se for de acordo com lei do local onde foi outorgado, ou conforme a lei do domicílio, da nacionalidade ou da residência habitual do testador, tanto à época da elaboração do testamento quanto à época da morte, ou à *lex rei sitae* se o testamento dispuser sobre imóveis.

²⁵⁶ LI, Haopei. Some recent developments in the conflict of law of succession. *Recueil des cours*, La Haye, v. 224, p. 9-122, 1990. p. 110.

²⁵⁷ O R650/2012 dispõe: Artigo 27. Validade formal das disposições por morte feitas por escrito 1. Uma disposição por morte feita por escrito é válida do ponto de vista formal se a sua forma respeitar a lei: a) Do Estado onde a disposição foi feita ou o pacto sucessório celebrado; b) De um Estado de que o testador, ou pelo menos uma das pessoas cuja sucessão seja objeto de um pacto sucessório, era nacional, quer no momento em que a disposição foi feita ou o pacto celebrado, quer no momento do óbito; c) De um Estado onde o testador, ou pelo menos uma das pessoas cuja sucessão seja objeto de um pacto sucessório, tinha o seu domicílio, quer no momento em que a disposição foi feita ou o pacto celebrado, quer no momento do óbito; d) Do Estado onde o testador, ou pelo menos uma das pessoas cuja sucessão seja objeto de um pacto sucessório, tinha a sua residência habitual, quer no momento em que a disposição foi feita ou o pacto celebrado, quer no momento do óbito; ou e) Caso se trate de um bem imóvel, do Estado onde este se encontra situado.

²⁵⁸ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 457.

tentativas de encontrá-la oculta entre os dispositivos da lei.²⁵⁹ Talvez a falta de previsão legal tenha levado o STF, em um primeiro momento, a duvidar acerca da validade de testamentos particulares outorgados no estrangeiro sem a presença de testemunhas, conforme exige a legislação brasileira, ora confirmando os efeitos,²⁶⁰ ora negando-os.²⁶¹

Uma postura mais firme em favor do *locus regit actum*, para as formas testamentárias, foi assumida claramente pelo máximo tribunal brasileiro no RE n. 68.157, ao discutir a validade do testamento particular da cantora lírica Gabriela Lage, realizado na Itália, sem a presença de testemunhas. Tal forma era válida na Itália, diferentemente de no Brasil, que exigia, como requisito essencial, a intervenção de cinco testemunhas (art. 1.645 inc. II do CC/1916). Prevaleceu a separação da lei reguladora da sucessão, a respeito da lei que governa a forma do testamento, sendo para esta última aplicável a máxima estudada.²⁶²

²⁵⁹ Espínola & Espínola Filho, observam a regra no art. 13 da LICC como aplicável quando menciona “a prova dos fatos ocorridos no estrangeiro”. Tal posição mereceu a crítica de Serpa Lopes, eis que os testamentos são atos, não fatos. Diversamente, este último autor entende que a regra *locus regit actum* se desprende do art. 9 § 1º da LICC/1942, que dispõe: “Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato”. Justifica o autor: “Estendendo esse critério legal à forma do testamento, e dependendo este sempre de forma essencial, pode se admitir a seguinte conclusão análoga: no testamento de pessoa domiciliada no Brasil, será observada a forma prevista na lei brasileira, admitindo-se, porém, o rito inerente ao lugar onde tiver sido outorgado, isto é, os requisitos extrínsecos do ato. Essa fórmula exige, para maior clareza, uma detalhada elucidação”. SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 336. Um dos motivos de maior preocupação com a regra tem sido a consequência de aceitar os testamentos denominados de “mão comum”, se considerados como uma questão de forma de testar. Em qualquer caso aponta-se como uma proibição de caráter de ordem pública. TENORIO, Oscar. *Direito internacional privado*. t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 205.

²⁶⁰ STF. RE n. 18.983. Segunda Turma. Relator: Ribeiro da Costa. Julgamento: 06/11/1952. Publicação: ADJ 03/09/1953. p. 10620.

²⁶¹ STF. RE n. 58.152: Tribunal Pleno. Relator: Victor Nunes Leal. Julgamento: 31/12/1969. Publicação: RTJ 033:050. Também *vide* STF. RE n. 47.613. Segunda Turma. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 16/04/1963. Publicação: DJ 12/12/1963.

²⁶² STF. RE n. 68157. Primeira Turma. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 18/04/1972. Publicação: DJ 26/05/1972; Também TJRJ. APL 857952020108190001. Sétima Câmara Cível. Relator: André Ribeiro, Julgamento: 06/06/2012. Publicação: DJE 12/06/2012; TJSP. APL 00493780820138260506. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Francisco Loureiro. Julgamento: 28/08/2014. Publicação: DJE 29/08/2014.

2.3.2.2 *Favor testamenti* como parâmetro de preservação da vontade do testador

Outro debate se deu a respeito dos limites da regra, ou seja, se diante do direito brasileiro, a observância da lei do lugar é um requisito necessário ou apenas suficiente para a validade do ato.²⁶³ Da leitura do acórdão é importante destacar, além de observar-se a plena vigência da regra *locus regit actum* consagrada na decisão, o sentido *favor testamenti* que se desprende das suas entrelinhas. Esta ideia ficou evidenciada de forma mais clara no decisivo parecer do Procurador do caso Lage, o Dr. Clóvis Paulo da Rocha, opinando pelo caráter facultativo da regra, pois o importante é a preservação da vontade do testador.²⁶⁴

Sustentar o caráter facultativo do *locus regit actum* – no sentido de ser uma manifestação do *favor testamenti* e não uma regra imperativa – é particularmente relevante para este estudo, porque não se está tratando de um caso em que o testamento é válido segundo a lei do local da sua celebração (como seria o caso da cantora exposto *supra*). Pelo contrário, trata-se de um testamento que não atendeu a normativa do local de celebração (lei uruguaia), mas que foi realizado sob uma forma admitida pelo direito brasileiro, local onde se encontram os bens e, conseqüentemente, onde se espera que produza efeitos. O professor Amilcar de Castro tratou dessa discussão clássica, adotando a todas as luzes uma opinião bastante clarificante para a questão:

“Deve-se, pois, partir do fórum, distinguindo atos aí praticados de atos realizados em jurisdição estranha. Depois, deve cuidar-se de saber onde se pretende que ao ato sejam atribuídos efeitos jurídicos, pois é aí que deve ser tido como válido quanto à forma por que for realizado. Como norma de direito internacional privado, a regra *locus regit actum* só pode vigorar no fórum, e só se refere a atos que se destinem a valer no fórum. Os atos destinados a valerem em jurisdição estranha, se forem feitos por escrito particular, podem não interessar ao país onde se realizarem, e por isso toma-se possível observar no estrangeiro a forma recomendada pelo *ius fori*. De tal sorte, a regra é imperativa no fórum, no sentido de que o ato deve ser realizado no estrangeiro, em forma estabelecida pelo *ius loci*

²⁶³ SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 335.

²⁶⁴ ROCHA, Paulo Clóvis. Parecer. Testamento estrangeiro, segundo a lei local. Validade e exequibilidade no Brasil. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 228-237, 1962. p. 228-237.

actus. E só se admite uma exceção a essa regra: ser o ato praticado pela forma recomendada pelo *ius fori*.²⁶⁵

Na busca de recursos que sustentem o caráter facultativo da *locus regit actum*, a resposta para admitir a validade do testamento celebrado na forma ológrafa no Uruguai poderá surgir da postura que os tribunais têm adotado nos últimos anos nos casos domésticos.

Algumas décadas atrás se observava por parte da jurisprudência uma firme posição em favor da observância rígida das formas, tidas como estanques, não podendo um testamento inválido de acordo com uma forma valer como outra. Isso porque a forma de testar não serve apenas para provar a manifestação de vontade (*ad probationem*), mas é uma solenidade em si do ato (*ad solemnitatem*), cuja inobservância resulta em nulidade do ato. Assim o decidiu o STF, ainda na vigência do CC/1916.²⁶⁶

Contudo, experimentou-se nos últimos anos um abrandamento dessa postura por parte dos tribunais, no sentido de não obstar o cumprimento das disposições do testador diante de meros vícios de forma, quando estes não impeçam o conhecimento da vontade do *de cuius*. O STJ entendeu que o rigor formal deve ceder diante da necessidade de se atender à finalidade do ato, regularmente praticado pelo testado. Vícios formais que não comprometem a autenticidade do ato, nem a fidelidade com a vontade livremente manifestada do testador, não devem ensejar nulidade do testamento. Essa postura deve conduzir a interpretação para somente mitigar os efeitos da disposição testamentária quando houver algum fato passível de alimentar dúvidas acerca dessa vontade. Trata-se de um verdadeiro *favor testamenti*. Trasladado isso ao cenário do direito conflitual, estaria plenamente justificada uma postura por parte dos tribunais no sentido de aplicar a *locus regit actum*, permitindo que ela somente opere para salvar o ato, não para invalidá-lo.²⁶⁷

²⁶⁵ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 444.

²⁶⁶ STF. RE n. 81.458/SP. Segunda Turma. Relator: Cordeiro Guerra. Julgamento: 22/08/1975. Publicação DJ 10/10/1975. p. 7.352.

²⁶⁷ STJ. REsp. n. 302767/PR, Quarta Turma. Relator: Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 05/06/2001. Publicação: DJ 24/09/2001; STJ. REsp. n. 828616/MG. Terceira Turma. Relator: Castro Filho. Julgamento: 05/09/2006. Publicação: DJ 23/10/2006. Ainda, no mesmo sentido STJ. REsp. n. 600746/PR. Quarta Turma. Relator: Aldir Passarinho Júnior. Julgamento: 20/05/2010. Publicação: DJE 15/06/2010; STJ. REsp. n. 753261/SP Terceira Turma. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 23/11/2010. Publicação: DJE 05/04/2011; STJ.

Assim, no caso em estudo, se observa que a forma dos testamentos não faz parte do domínio da *lex sucessionis*, mas está sujeita à regra *locus regit actum*. É por isso que ela não poderia ser alegada como elemento que justifique a aplicação do *prélèvement*.

De qualquer maneira, no caso concreto isso não será necessário. O testamento celebrado pelo *de cuius* deve ser considerado válido apesar de não ter seguido as formas estabelecidas pela lei do local da sua celebração, no caso a lei uruguaia. Foi respeitada a *lex fori* – ou seja, a lei brasileira –, e para o juiz isso deve bastar, apoiando-se esta postura na flexibilidade da regra dirigida ao *favor testamenti* desde sua formulação original, e na maneira que os tribunais vêm atuando na hora de analisar as formalidades observadas nas deixas testamentárias.

CONCLUSÃO DA PRIMEIRA PARTE

Nessa primeira parte, buscou-se traçar o panorama do cenário conflitual brasileiro em matéria sucessória internacional no que se refere à determinação do âmbito tanto espacial quanto material da lei da sucessão. Além de servir como primeira abordagem à questão das sucessões internacionais, a análise possibilitou uma compreensão do contexto em que o *prélèvement* se aplica e dela constatou-se que:

I – O sistema ao qual o Brasil tem aderido em matéria de sucessões, no que respeita à definição da lei aplicável e da competência, oferece ao *prélèvement* um campo de aplicação material e espacial que condiciona seus resultados. Essa “quebra” da sucessão, que enseja respostas diversas em casos com patrimônios internacionalmente espalhados, caracteriza-se no Brasil por não oferecer margem à aplicação de soluções estrangeiras que possam oferecer uma solução diversa à que se extrai do instituto em exame. Essa situação não condiz com o princípio da unidade admitido, e muito menos – o que é mais crítico – com a resposta que se espera nos casos de sucessão em uma família plurilocalizada. A jurisdição brasileira, ao invés de ser um mecanismo aberto, com vocação resolutiva universal, acaba oferecendo uma solução unilateral, e que olha com indiferença os resultados que os outros Estados tenham dado às reclamações de determinado herdeiro, o que potencializa as consequências negativas do instituto. Com isso, uma parte da divisão do patrimônio, a que se localiza no Brasil, será dividida com aplicação de uma regra aqui apontada como discriminatória, não tendo possibilidade de superar essa questão indo buscar fora do país uma solução diferente.

Essa relação ente competência exclusiva sucessória brasileira e *prélèvement* foi denunciada por alguns autores. Ou seja, a implementação da competência exclusiva em matéria de inventários e partilhas decorrentes de sucessões *mortis causae*, teria tido como motivo garantir a aplicação do *prélèvement* em sucessões abertas que contenham no inventário bens situados no Brasil.

II – O domínio material da *lex successionis* no direito brasileiro pode observar-se amplo. Assim, estão abarcados nele diversos aspectos do direito sucessório, dentre os quais se encontram a ordem de vocação hereditária e as restrições à liberdade de testar, incluindo também os motivos de indignidade. Se o *prélèvement* consiste em um exercício de comparação, tais elementos são válidos para serem tomados em conta na hora de executá-la. No que respeita à sucessão testamentária, as formas do testamento encontram-se excluídas do âmbito da *lex successionis*, com uma solução própria. O tratamento mais favorável não se dá em virtude da pessoa eventualmente beneficiada ou prejudicada, mas em razão do *favor testamenti*, ou seja, de um princípio que favorece o ato em si, e a vontade do testador, independentemente da vantagem ou desvantagem que possa produzir em relação à determinado herdeiro.

Em virtude dessa amplitude do âmbito de aplicação material, são muitos os aspectos que poderão estar submetidos à aplicação da lei estrangeira suscetível de ser comparada com a lei brasileira.

SEGUNDA PARTE - *PRÉLÈVEMENT* E SUA LÓGICA DISCRIMINATÓRIA

A solução excepcional da regra de *prélèvement* faz com que o juiz deva afastar-se, em determinadas hipóteses, da aplicação do direito apontado pela regra de conflito geral do art. 10 da LINDB, mas não sem antes constatar as soluções dadas por ambos os direitos. A sua aplicação requer uma metodologia particular, na qual a busca pela consequência jurídica não escapará à comparação entre duas possíveis soluções: uma derivada da aplicação da lei brasileira, e outra decorrente da aplicação do direito do local do último domicílio do *de cuius*.

Ocorre que a norma utiliza um critério para favorecer determinados herdeiros que não seria compatível com o princípio da igualdade. Surge, assim, a necessidade de explicar o porquê do benefício da aplicação da lei mais favorável aos brasileiros.

Da análise histórica do instituto, a começar pelo estudo do *prélèvement* francês precisamente, entender-se-á melhor como a versão local não perdeu, depois de muito tempo, o ranço de um privilégio em favor de herdeiros nacionais, apesar de essa não ter sido a finalidade imediata do legislador brasileiro. Se o *prélèvement* brasileiro foi considerado como uma norma eminentemente protetiva da família brasileira, concedendo o benefício da lei mais favorável,²⁶⁸ não se pode deixar de assinalar que tal proteção se assenta na nacionalidade do herdeiro (Capítulo 3).

Independentemente da discriminação provocada pelo critério utilizado para o favorecimento – isto é, a nacionalidade do herdeiro –, será possível também constatar que, mesmo que todos os herdeiros tivessem essa nacionalidade, a presença do instituto pode devolver soluções que também chocam com a isonomia em um cenário de concorrência entre cônjuge e filhos. Isso ocorre quando se verifica a possibilidade de uma disputa ser resolvida de acordo com o direito estrangeiro, que disponha de forma diversa à

²⁶⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5, XXXI – a garantia da lei mais benéfica. In: GOMES CANOTILHO, José J. *et. al.* (Orgs.) *Comentários à Constituição do Brasil*. p. 342-346. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343.

equiparação de direitos hereditários entre cônjuge e descendentes promovida pelo CC/2002 (Capítulo 4).

CAPÍTULO 3 – PRÉLÈVEMENT FRANCÊS E BRASILEIRO: DOIS MODELOS DA MESMA DISCRIMINAÇÃO EM SUCESSÕES INTERNACIONAIS

A regra de *prélèvement* do art. 10, § 1º, da LINDB, e do art. 5º, inc. XXXI, da CF/88, não é uma originalidade do legislador brasileiro de 1942, nem da Assembleia Constituinte de 1988. Ela já se fazia presente em convenções consulares celebradas pelo Brasil nos últimos anos do Império, e consta nos textos constitucionais desde 1934, não obstante algumas alterações na sua redação. Contudo, a existência de uma norma que favoreça os nacionais, na sucessão que envolve elementos estrangeiros, sobre bens situados no país, tampouco é uma originalidade brasileira. Ela encontra seu antecedente no *prélèvement* francês, surgido no cenário da Restauração monárquica daquele país, no ano de 1819.

A referência às origens externas do instituto brasileiro justificaria, *per se*, dedicar algumas páginas ao seu estudo, inclusive em trabalhos muito menos pretensiosos do que este. Coincide-se com Sixto Sanchez Lorenzo quando destaca a importância do direito comparado como ramo da ciência jurídica, especialmente quando temperado pelo método histórico, pois permite, em sua concepção clássica, um autoconhecimento de nós mesmos e do sistema jurídico nacional.²⁶⁹ É precisamente o que se pretende. Conhecer o *prélèvement* brasileiro desde as suas origens demanda uma referência ao seu antecedente francês, pois se acredita que nele poderão ser extraídos recursos para sua compreensão.

Nesse capítulo, indaga-se acerca dos pontos de aproximação entre os dois institutos: o *prélèvement* francês e o brasileiro. Em primeiro lugar busca-se saber em que medida a intenção do legislador brasileiro, ao adotar essa regra na lei e na Constituição, corresponde com os motivos pelos quais a versão francesa ganhou um lugar no Código Civil de Napoleão, na França de 1819. Em segundo lugar, procura-se estabelecer se há pontos de contato entre

²⁶⁹ SANCHEZ LORENZO, Sixto. El derecho comparado del siglo XXI. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, p. 1099-1107, 2008. p. 1101. Disponível em: <<http://redalyc.org/articulo.oa?id=42723039034>>. Acesso em: 20/03/2015.

as técnicas utilizadas por ambas as regras, sendo especialmente voltadas para lidarem com casos de sucessão com conexão internacional.

Evidentemente o contexto histórico tão particular em que o *prélèvement* francês foi adotado já se torna um desafio para quem quiser traçar um paralelismo com a regra local. Contudo, observar-se-á que embora os motivos da adoção de uma e outra, bem como as técnicas utilizadas, não guardem necessária correspondência, a interpretação e aplicação delas mostrarão claramente uma semelhança medular para a presente pesquisa. Estes institutos estabeleceram, especificamente no âmbito sucessório, uma diferenciação entre nacionais e estrangeiros, ainda que fossem de um mesmo grupo familiar, no gozo de direitos hereditários.

O capítulo inicia com uma análise do desenvolvimento do *prélèvement* francês, desde as causas que levaram a sua adoção e seu abandono, passando pela interpretação da regra pelos tribunais daquele país. Num segundo momento, far-se-á o mesmo com o instituto brasileiro. A constatação de que no traço comum entre a regra francesa e a regra brasileira se encontra uma causa de discriminação, em tese, servirá para, no próximo capítulo demonstrar tais efeitos a serem aplicados no caso em estudo. Por enquanto, a abordagem de caráter histórico justifica um desprendimento desse caso, que será retomado no próximo capítulo.

3.1 PRÉLÈVEMENT FRANCÊS: O MECANISMO DE DISCRIMINAÇÃO (E O SEU ABANDONO)

A análise, neste tópico, se dividirá em quatro partes. Primeiramente, é necessário compreender o contexto e o caminho percorrido até a positivação do *prélèvement* em 1819. Isto ajudará a entender os motivos da sua adoção, em que se passou de um instituto destinado a marcar uma diferença entre nacional e estrangeiro, a um mecanismo preocupado com a compensação dos efeitos da discriminação praticada alhures. Em um segundo momento, será possível ver que, uma vez positivada, os tribunais franceses deram uma interpretação ampla à regra, reavivando um tratamento discriminatório do estrangeiro em sucessões internacionais. Em terceiro lugar, estudar-se-á a declaração de inconstitucionalidade do instituto na França, como um claro sinal

da necessidade de abandoná-lo em virtude do caráter discriminatório. Por último se poderá observar que grande parte dos países que adotaram o instituo já o abandonaram.

3.1.1 Positivização do *prélèvement français*

O *prélèvement français*, introduzido em uma reforma ao Código Civil de Napoleão em 1819, surge após o predomínio secular de um instituto antecedente, o direito de albinágio (*droit d'aubaine*).²⁷⁰ Como será possível observar, este último, de ser um instrumento tipicamente feudal de controle da transmissão dos direitos hereditários sobre as terras do reino, transformou-se, na França pré-revolucionária, em uma peça fundamental para a formação do Estado, servindo internamente para a imposição de uma submissão dos estrangeiros ao soberano pela via da naturalização, e externamente como uma das manifestações da política externa a respeito de determinadas potências. Por esse direito de albinágio, pode se afirmar que o *prélèvement* tem a carga genética de uma disposição discriminatória contra os estrangeiros nas sucessões de bens situados no país. Resta saber se tal caráter foi se perdendo e, em caso positivo, de que forma.

3.1.1.1 Direito de albinágio como anti-privilégio

Ao longo da teoria da soberania do Estado moderno proposta na obra “Os seis livros da República”, Jean Bodin apresentou uma marcada distinção entre cidadão e estrangeiro.²⁷¹ Encontraria, porém, dificuldades em definir o

²⁷⁰ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 47-48.

²⁷¹ Para Bodin, a nota característica da cidadania é a obediência e o reconhecimento do súdito livre ao seu príncipe soberano, e a tutela, justiça e defesa do príncipe ao súdito. BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. 3. ed. Madrid: Tecnos, [1576] 1997. p. 41. Arno Dal Ri Júnior entende que na constituição da sua teoria sobre a cidadania, a pretensão de Bodin estava intimamente ligada à necessidade de instituir uma noção de poder público que viesse dar suporte à ideia de Estado absoluto. DAL RI JÚNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da

que seria um cidadão, pois deveria fazer referência a uma diversidade de prerrogativas que estes tinham, uns sobre outros.²⁷² Era comum a presença de estatutos privilegiados e corporações em que indivíduos não partilhavam outro estatuto comum a não ser o de todos estarem sujeitos ao mesmo Rei. Maior unidade que essa não seria necessária para conformar uma República na concepção de Bodin.²⁷³ Não havia uma identidade nacional, étnica ou linguística, que pudesse servir de base ou justificativa ideológica para essa pertença, e que pudesse comportar uma conotação análoga ao de cidadania contemporânea. Somente a Revolução Francesa de 1789 conseguiu eliminar o emaranhado conjunto de privilégios, liberdades, imunidades e isenções fiscais, para criar uma classe de pessoas que gozassem de direitos comuns, mudando da condição de privilegiados para cidadãos, e passando de um conceito antigo a um conceito moderno de cidadania.²⁷⁴

A cidadania não estava definida por estatutos legais, mas ia se modelando pela via pretoriana, em processos judiciais envolvendo disputas entre cidadãos e estrangeiros nas quais se marcavam as diferenças.²⁷⁵ Por isso, mais do que descrever os direitos políticos e civis do cidadão no seu vínculo com o soberano – como o fariam as definições dos textos constitucionais surgidos depois de 1789 – o teórico francês centrou sua distinção nas consequências negativas, nos “anti-privilégios” do estrangeiro. Assim, o cidadão seria, do ponto de vista prático, todo aquele não sujeito às incapacidades impostas aos estrangeiros residentes no território.²⁷⁶

Cidadania. In: OLIVEIRA, Odete M.; DAL RI JÚNIOR, Arno (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade*. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais. p. 25-84. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 47.

²⁷² SAHLINS, Peter. Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008. p. 385.

²⁷³ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. 3. ed. Madrid: Tecnos, [1576] 1997. p. 37.

²⁷⁴ Etimologicamente, a palavra privilégio significa “lei particular”. SAHLINS, Peter. *Unnaturally French: foreign citizens in the Old Regime and After*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004. p. 1-3.

²⁷⁵ SAHLINS, Peter. *Unnaturally French: foreign citizens in the Old Regime and After*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004. p. 1-3.

²⁷⁶ SAHLINS, Peter. Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008. p. 385; Vide também DEMANGEAT, Charles. *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*. Paris: Joubert, Librairie da la Cour de Cassation, 1844. p. 22.

De fato, os estrangeiros estavam sujeitos a diversas incapacidades. Às restrições econômicas e políticas – como celebrar contrato de mútuo ou de ocupar cargos públicos – somavam-se incapacidades civis. A mais significativa dessas últimas estava representada pelo direito de albinágio. Por este, dava-se ao soberano o direito de confiscar os bens de estrangeiros que falecessem no território sem deixar herdeiros nacionais.²⁷⁷ Assim, uma das diferenças mais marcantes entre cidadão e estrangeiro estava dada pela possibilidade do primeiro de transmitir seus bens de acordo com o seu direito costumeiro, ou de deixar patrimônio aos seus próximos através de um ato de última vontade. O estrangeiro não possuía nem um nem outro direito, pois seus herdeiros eram afastados por um ato do Estado que tomava para si o acervo hereditário, da mesma forma que o fazia diante de navios naufragados nas suas águas.²⁷⁸

Era lógico que assim fosse, levando-se em conta a existência de governos constituídos pelo poder político baseado em instituições familiares, ligadas ao domínio das terras. Logo, era inerente ao sistema de organização feudal impedir que estrangeiros tivessem acesso às terras locais, tendo em vista a possibilidade de uma ingerência política por essa via.²⁷⁹ Foi precisamente Jean Bodin quem destacou o direito de livre dispor dos bens ao momento da morte como o mais importante privilégio dos cidadãos perante os estrangeiros:

“El más notable privilegio que tiene el ciudadano sobre el extranjero es poder hacer testamento y disponer de sus bienes según la costumbre, o dejar por herederos a sus parientes más cercanos. El

²⁷⁷ CERUTTI, Simona. À qui appartiennent les biens qui n'appartiennent à personne? Citoyenneté et droit d'aubaine à l'époque moderne. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, ano 62, v. 2, p. 355-383, 2007. p. 356.

²⁷⁸ Uma correspondência pode encontrar-se no *droit de naufrage*, pelo qual o senhor feudal podia se apropriar do que for salvo de navios naufragados nas proximidades das costas do seu território. A tripulação não possuía qualquer direito de reclamar por eventuais danos. Pelo contrário, a sua vida ficava à mercê do monarca, que poderia eventualmente vendê-los como escravos. BALDWIN, Simeon E. The modern 'Droit D'aubaine'. *Science*, Washington, v. 21, n. 532, p. 361-373, mar. 1905. p. 361. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1631663?seq=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

²⁷⁹ BALDWIN, Simeon E. The modern 'Droit D'aubaine'. *Science*, Washington, v. 21, n. 532, p. 361-373, mar. 1905. p. 361. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1631663?seq=1>>. Acesso em: 14/02/2016. Cabe lembrar que, conforme foi exposto no momento de tratar dos sistemas para a determinação da lei aplicável à sucessão, os estatutários franceses entendiam que a sucessão devia ser governada pela *lex rei sitae*. Dessa forma, o sistema conflitual sucessório era propício para a aplicação do direito de albinágio.

extranjero no puede hacer ninguna de ambas cosas y sus bienes van a parar al señor del lugar donde muere".²⁸⁰

Hugo Grotius, em 1625, na sua obra basilar do direito internacional moderno "*De Jure Belli ac Pacis*", defenderia o direito de fazer testamento como um direito intimamente ligado ao direito de propriedade, e por sua vez entenderia que as restrições a ele não decorriam do direito natural, mas de restrições de determinados Estados que percebiam ao estrangeiro como um inimigo. Assim, para o autor holandês, tal restrição não estava de acordo com as práticas atuais de nações civilizadas.²⁸¹

3.1.1.2 Direito de albinágio como pilar da política externa do Estado francês

A monarquia francesa converteu o direito de albinágio em um poderoso pilar de sua política de Estado. O fundamento nas antigas pretensões feudais e senhoriais se mantinha, mas dessa vez com uma forte conotação de reafirmação de sua soberania. Assim Sahlins destaca:

"(...) no "national" patterns of civil disabilities in the early modern period reeked as much of the feudal world as did those of France. (...) In sixteenth- and seventeenth-century France, inheritance restrictions and seigneurial prerogatives that had initially been practiced in the customary and feudal law of northern and eastern France found a renewed and revitalized existence when deployed in the state-building projects of the absolutist monarchy. The droit d'aubaine, in an expansive and political definition of the practice, became the centerpiece of French nationality law. This was the case in practice, in the bureaucracy of naturalization. But it was also the case in politics, where the crown appropriated the droit d'aubaine to tax the alien population of the kingdom, and thus to mark the divisions of citizens and foreigners".²⁸²

²⁸⁰ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. 3. ed. Madrid: Tecnos, [1576] 1997. p. 41; La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, ano 55, v. 5, p. 1081-1108, 2000. p. 1084.

²⁸¹ GROTIUS, Hugo. *De Jure Belli ac Pacis*. Trad. de F. W. Kelsey. Oxford: Oxford University Press, [1643] 1925, vol. II, p. 266

²⁸² SAHLINS, Peter. *Unnaturally French: foreign citizens in the Old Regime and After*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004. p. 6.

Ao ser a Coroa francesa a única competente a outorgar cartas de naturalização (*lettres de naturalisation*), potencializaria os efeitos do direito de albinágio, constituindo a aquisição da nacionalidade²⁸³ francesa a única via de escape. Para Peter Sahlins, é através do direito de albinágio que se conforma a construção do “cidadão absoluto”, pois suas prerrogativas são definidas a *contrario*, por ser isento das restrições próprias do estrangeiro.²⁸⁴

Esta concepção fortalecida do direito de albinágio começa a tomar corpo ao final do S. XVI, e para o reinado absolutista de Luís XIV já estaria plenamente institucionalizado e operativo desde o ponto de vista administrativo. Os anti-privilégios não se resumiriam apenas a questões sucessórias: consistiam em restrições econômicas, taxas especiais, limitações de cunho civil e familiar, impossibilidade de ocupar cargos, e de gozar de benefícios religiosos.²⁸⁵ Todo esse quadro levou milhares de estrangeiros a requererem “voluntariamente” a naturalização entre 1660 e 1789.²⁸⁶ O valor do imposto que o requerente devia abonar por tal naturalização seria proporcional a sua fortuna, como forma de indenizar o soberano pela perda do seu direito de albinágio.²⁸⁷ Assim, a carta de naturalização seria mais uma “renúncia soberana”,²⁸⁸ do que um ato de acolhimento no território.²⁸⁹ É por isso que,

²⁸³ Na França, o termo “nacionalidade” aparece em primeiro lugar com os escritores românticos como Lamartine e Victor Hugo, e os historiadores de 1830 como Guizot, Thierry e Michelet, com uma conotação antropológica, pela ideia de pertença a uma comunidade definida por um conjunto de características culturais e como uma ideia política. Por outro lado, o termo é ausente nos juristas, até o fim do S. XIX. SAHLINS, Peter. *La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime. Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, ano 55, v. 5, p. 1081-1108, 2000. p. 1082. A primeira vez que o termo apareceria no título de uma lei francesa seria com a «*Loi sur la nationalité du 26 juin 1889*». Para comentários sobre essa lei, *vide* LE SEUR, Louis; DREYFUS, Eugène. *La nationalité. (droit interne): commentaire de la loi du 26 juin 1889*. Paris: G. Pedone-Lauriel, 1890. 304 p.

²⁸⁴ SAHLINS, Peter. *Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008. p. 387-388.

²⁸⁵ De fato, em sentido amplo, a expressão *droit d'aubaine* compreenderia todas as disposições que governariam a condição especial do estrangeiro. WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 228.

²⁸⁶ SAHLINS, Peter. *Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008. p. 388.

²⁸⁷ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 87; SPIRE, Alexis. *Faire payer les étrangers. L'avenir d'une vieille idée. Plein droit*, n. 67, p. 3-5, 2005/4. p. 3.

²⁸⁸ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 229.

como Peter Sahlins destaca, não houve em outro país a não ser na França um vínculo tão estreito entre direito de albinágio e naturalização:

*«Il n'y a qu'en France que le droit d'aubaine était si intimement lié à l'exercice de la souveraineté royale. Par conséquent, il n'y a qu'en France que la pratique de la naturalisation était si fortement liée au droit d'aubaine. Le «modèle français» implique par conséquent un monopole royal sur l'octroi de la 'nationalité' prémoderne, en théorie comme en pratique».*²⁹⁰

A expansão do direito de albinágio aos Estados vizinhos do território francês explica-se pelas pretensões absolutistas da Coroa. A partir do S. XVI, além de impor o direito real às províncias do sul e do leste, baseadas no direito romano, que reconheciam a capacidade sucessória aos estrangeiros, a França buscava impor o direito de albinágio a outros países conquistados, a exemplo da Savoia. Se a prática foi adotada por outros Estados, o foi a modo de uma reciprocidade negativa, como represália à política expansionista da Coroa francesa. Contudo, as restrições impostas não chegavam a ser tão amplas como na França.²⁹¹

Nos últimos anos do absolutismo, o direito de albinágio foi dando lugar em matéria sucessória ao direito de detração (*droit de détraction*). Por este, o soberano tomava os bens do falecido se este não tivesse deixado um testamento ou se não tivesse herdeiros conhecidos no Reino. Em caso destes últimos existirem, o soberano exerceria a detração, ou seja, retiraria apenas uma parte do acervo em seu favor, na forma de um imposto cobrado ao estrangeiro. Com o passar do tempo os percentuais retidos foram se tornando mais modestos.²⁹² Além do mais, de acordo com sua conveniência, a França

²⁸⁹ CERUTTI, Simona. À qui appartiennent les biens qui n'appartiennent à personne? Citoyenneté et droit d'aubaine à l'époque moderne. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, ano 62, v. 2, p. 355-383, 2007. p. 357.

²⁹⁰ SAHLINS, Peter. Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008. p. 389.

²⁹¹ SAHLINS, Peter. Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008. p. 385.

²⁹² BALDWIN, Simeon E. The modern 'Droit D'aubaine'. *Science*, Washington, v. 21, n. 532, p. 361-373, mar. 1905. p. 362. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1631663?seq=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

também optou por realizar isenções coletivas desse direito de albinágio a cidadãos de determinada origem. Assim as concedeu para certos grupos nacionais aliados – como a Escócia, aos cantões suíços católicos, ou às Províncias Unidas dos Países Baixos – ou de acordo com o lugar em que viessem a se fixar no país – para cidades como Bordeaux, Metz, Lyon, Calais, Dunkerque, Marseille ou Sarrelouis. Também se utilizaria a isenção para atrair mão de obra especializada e para povoar cidades fronteiriças ou portuárias.²⁹³

Com o aumento do comércio internacional, os países se viram na obrigação de oferecer garantias para aqueles dispostos a estabelecer relações comerciais. As garantias dadas aos mercadores mostravam a preferência dos monarcas pelos ganhos oriundos do comércio ao que pudessem obter esporadicamente por força dessa particular modalidade de aquisição de propriedade, isto é, o direito de albinágio. Entre os anos 1713 e 1802, a França celebrou numerosos tratados específicos de abolição recíproca do direito de albinágio – incluindo-se o direito de detração –²⁹⁴ ou como parte de tratados de Amizade, Comércio e Navegação.²⁹⁵

3.1.1.3 Abolição do direito de albinágio e o surgimento do *droit de prélèvement*

Para a época da Revolução Francesa, o direito de albinágio já tinha perdido importância prática por conta dos tratados bilaterais e dos decretos especiais de abolição para determinados estrangeiros. A sua subsistência no mundo jurídico seria considerada incompatível com o princípio de fraternidade, consagrado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. A Assembleia surgida da Revolução não poderia deixar subsistir tais incapacidades tão

²⁹³ SAHLINS, Peter. La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, ano 55, v. 5, p. 1081-1108, 2000. p. 1082. Entre 1750 e 1789 o Ministério de Assuntos Exteriores francês celebraria mais de sessenta tratados bilaterais de isenção com os principais Estados da Europa. SAHLINS, Peter. Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008. p. 391. WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 232.

²⁹⁴ A relação de Tratados celebrados pela França nesse período pode ser consultada em DE CLERQ, Jules. *Recueil des traités de la France*. t. I. (1713-1802). Paris: Amyot, 1864.

²⁹⁵ Assim o dispõe o art. 7 do Tratado com os Estados Unidos Amizade, Comércio e Navegação de 1880. DE CLERQ, Jules. *Recueil des traités de la France*. t. I. (1713-1802). Paris: Amyot, 1864. p. 402-403.

próprias do Antigo Regime. Por isso, pelo Decreto de 6 de agosto de 1790, se dispôs:

*«L'Assemblée nationale, considérant que le droit d'aubaine est contraire aux principes de fraternité qui doivent lier tous les hommes, quels que soient leur pays et leur gouvernement; que ce droit, établi dans des temps barbares, doit être proscrit chez un peuple qui a fondé sa constitution sur les droits de l'homme et du citoyen, et que la France libre doit, ouvrir son sein à tous les peuples de la terre, on les invitait à jouir sous un gouvernement libre des droits sacrés et inviolables de l'humanité, a décrété: 1^o Le droit d'aubaine et celui de détraction sont abolis pour toujours».*²⁹⁶

O mencionado decreto, focado na antiga incapacidade de transmitir do *de cuius* estrangeiro, não contemplava o caso de herdeiros estrangeiros que reclamassem herança no território francês, em sucessões de franceses, lacuna que seria preenchida pelo Decreto de 8 de abril de 1791.²⁹⁷ Finalmente, a garantia do direito dos estrangeiros de transmitir e suceder se completaria com a consagração expressa da abolição do direito de albinágio no Título VI da Constituição de 1791.²⁹⁸

A abolição do direito de albinágio por parte dos textos citados não fez perder de vista a possibilidade de que os nacionais franceses continuassem, no estrangeiro, a serem tratados da forma que o eram os estrangeiros na França durante o Antigo Regime. Este foi um dos aspectos a serem considerados para admitir uma igualdade de tratamento aos estrangeiros na França com base da reciprocidade. Em outras palavras, a França teria se tornado uma potência demasiado generosa ao abolir o direito de albinágio, consagrando o direito à sucessão hereditária como algo destinado a todos os homens, sem distinções, com fundamento na fraternidade.²⁹⁹

²⁹⁶ DEMANGEAT, Charles. *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*. Paris: Joubert, Librairie da la Cour de Cassation, 1844. p. 239.

²⁹⁷ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 234.

²⁹⁸ FRANCE. *Constitution française de 1791*. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 14/02/2016. DEMANGEAT, Charles. *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*. Paris: Joubert, Librairie da la Cour de Cassation, 1844. p. 242.

²⁹⁹ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 234.

Essa preocupação seria claramente exposta nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1804³⁰⁰, e resultou no art. 11 do Código Civil de Napoleão, instalando uma igualdade condicionada que perdura na sua redação atual: «*L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra*»³⁰¹. Em matéria sucessória, o artigo 11 do Código Civil francês de 1804 se combinou com os art. 726 e 912 do mesmo corpo legal, de maneira tal que a faculdade do estrangeiro de realizar inventário e de receber por herança no país, ficou restrita a uma condição de reciprocidade. Isto representou um retorno sobre as concessões “imprudentemente generosas” feitas aos estrangeiros pelas Assembleias do período revolucionário, eis que as nações estrangeiras foram mais conservadoras, ao invés de seguir o exemplo francês: enquanto na França os estrangeiros viram-se com plena capacidade, franceses residentes em outros países continuavam a sofrer as restrições do período pré-revolucionário. A reciprocidade estabelecida pelos art. 11, 726 e 912 era diplomática, e condicionava o tratamento do estrangeiro ao que fosse estabelecido nos tratados celebrados pela França com o seu país. Por isso, embora não se produzisse um restabelecimento do direito de albinágio, o Código de Napoleão foi menos liberal do que o direito intermediário a este respeito.³⁰²

Já no período da Restauração, a discussão dos direitos hereditários dos estrangeiros foi levantada pelo relatório de Boissy D'Anglas, apresentado à Câmara dos Pares em 22 de maio de 1819, questionando-se, por um lado, a conveniência da reciprocidade diplomática aplicável a questões da vida civil, e por outro, a possibilidade de um sistema que permita verdadeiramente eliminar, de forma definitiva, os resquícios do direito de albinágio.³⁰³ Meses

³⁰⁰ FENET, Pierre A. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. t. 7. Paris: Marchand du Breuil, 1827. p. 69-76.

³⁰¹ FRANÇA. Code civil. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT00000607072>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁰² WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 237 ; LEWALD, Hans. *Questions de droit international des successions*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 48.

³⁰³ Vide a apresentação do relatório feita por Boissy d'Anglas na sessão de 22 de maio de 1819 em MAVIDAL, M. J. *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats*. Deuxième série (1800-1860). t. XXIV. Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1873. p. 505 e sgtes.

depois, com base nessa proposta, a lei de 14 de julho de 1819 introduziu o *prélèvement* sucessório francês, permanecendo vigente por quase duzentos anos. Foi no ano de 2011 que o instituto foi declarado inconstitucional pelo Conselho Constitucional desse país.

O instituto em comento teve, na base do seu funcionamento, a observação do direito estrangeiro, incluindo suas leis, estatutos e costumes locais. A lei de 14 de julho de 1819 assim dispôs:

Article 1. Les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés: en conséquence, les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du Royaume.

*Article 2. Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.*³⁰⁴

O *prélèvement* francês consistiu na outorga ao herdeiro francês de uma parte da sucessão nos bens situados na França, que compensasse a exclusão que os franceses sofriam no estrangeiro, em virtude de um direito de albinágio ainda não revogado.³⁰⁵

Na sua forma de operar, para chegar ao resultado da aplicação do *prélèvement*, calcular-se-ia a parte que deveria receber o herdeiro francês de acordo com o direito francês, sem distinção dos bens que compusessem o patrimônio. Depois atribuir-se-ia, sobre os bens situados na França, a diferença entre esta porção e a que recebesse de acordo com a lei estrangeira, considerando todo o patrimônio do *de cuius* como uma universalidade, qualquer que seja a natureza e situação dos bens.³⁰⁶ É por isso que o *prélèvement* francês representou, neste aspecto, uma aproximação à unidade sucessória, contrariando a tradição francesa do fracionamento (*lex*

³⁰⁴ FRANÇA. Loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069447&dateTexte=20110805>>. Acesso em: 15/03/2014.

³⁰⁵ ANCEL, Bernard. Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'heritier français dans les successions internationales. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 2, p. 457-463, avr.-jun. 2013. p. 461.

³⁰⁶ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 51.

rei sitae para imóveis e *lex patriae* para móveis) e de incomunicabilidade das massas.³⁰⁷

Há, neste ponto, uma aproximação com o que tem sido decidido – isoladamente, vale esclarecer – pelo TJSP a respeito de considerar uma partilha feita no exterior para fins de equalização das legítimas aqui no Brasil. Essa aproximação consiste em que o juiz necessariamente deve observar o resultado de sucessões abertas alhures para poder aplicar o instituto (*vide* p. 69).

3.1.2 Interpretação do *prélèvement français* na doutrina e nos tribunais

Deixado atrás o contexto histórico que motivou sua introdução no ordenamento francês, os questionamentos que o *prélèvement* levantou nos tribunais já não diziam respeito a situações em que os herdeiros franceses eram, em sucessões abertas no estrangeiro, prejudicados pela aplicação do direito de albinágio, mas em casos em que o prejuízo decorria da simples aplicação das normas de conflito de leis sucessórias, sem consideração da nacionalidade do herdeiro. Assim, a aplicação do *prélèvement* extravasou a hipótese de discriminação sofrida pelo francês enquanto tal em juízos sucessórios promovidos no exterior, ganhando força a sua aplicação sempre que este recebesse melhor tratamento pela lei francesa do que pela lei estrangeira.³⁰⁸

Para entender como foi a interpretação dos tribunais franceses do dispositivo estudado, parte-se do exemplo proposto por Weiss. Imagine-se que o *de cuius*, ao morrer, deixou 100.000 francos em imóveis na França, e 100.000 francos em imóveis na Itália. Seus herdeiros são seu pai italiano e seu irmão francês. Pelos termos da lei francesa, o pai teria direito a um quarto da sucessão e o irmão a três quartos. Já pelos termos da lei italiana, eles

³⁰⁷ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 159. *Vide* também WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 296.

³⁰⁸ ANCEL, Bernard. Inconstitutionnalité du droit de *prélèvement* de l'heritier français dans les successions internationales. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 2, p. 457-463, avr.-jun. 2013. p. 461.

receberiam a metade cada um. Na partilha feita na Itália, o pai toma 50.000 francos sobre os imóveis deixados naquele país e deixa os restantes 50.000 ao seu coerdeiro. Este último poderá reclamar a totalidade dos bens situados na França, sob o argumento de que, segundo a lei francesa, três quartos dos bens lhe pertenceriam, considerando que na Itália lhe foram negados 25.000 francos? O direito de *prélèvement* deveria ter lugar? Poder-se-ia dizer que o herdeiro francês foi excluído?³⁰⁹ Segundo o autor, três respostas poderiam ser dadas.

A primeira resposta entendeu que o *prélèvement* podia ser invocado sempre que o herdeiro francês fosse excluído pela sua condição de francês, tomando por base a intenção do legislador com a introdução da regra. A isso se refere quando menciona “leis e costumes locais” (“*lois et coutumes locales*”). Como se viu, o objetivo da lei de 14 de julho de 1819 foi compensar o francês que tivesse sofrido uma exclusão no estrangeiro, por conta de um direito de albinágio ainda não revogado. Interpretar nesse caso concreto que o herdeiro francês foi excluído da sucessão resulta numa usurpação por parte da lei francesa do direito de cada Estado (no caso a Itália) de governar as sucessões de acordo com as suas leis.³¹⁰ O herdeiro francês foi tratado, segundo o direito italiano, como se italiano fosse, embora recebesse uma porção inferior àquela que lhe corresponderia em caso de aplicar-se a lei francesa. Ainda, seria injusto favorecer o herdeiro francês, quando o próprio sistema de DIPr francês submeteu a sucessão ao direito italiano.³¹¹

Uma opinião intermediária, apoiada por Weiss, entendeu que era necessário saber qual lei devia governar a sucessão. Se fosse a lei estrangeira, não deveria invocar-se benefício. Neste caso, o legislador francês não tinha competência para corrigir os efeitos de uma norma que não tivesse ultrapassado os limites da sua soberania. Contrariamente, se a lei francesa fosse aplicável à sucessão, o legislador deveria garantir sua plena eficácia,

³⁰⁹ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 290.

³¹⁰ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 291.

³¹¹ LEWALD, Hans. *Questions de droit international des successions*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 50.

indenizando o herdeiro francês pelo prejuízo que lhe provocou a aplicação da lei estrangeira alhures, mediante a aplicação do instituto.³¹²

A terceira posição é a que adotou a jurisprudência francesa, interpretando a regra de forma ampla, com base no seu texto: “por qualquer título que seja” (“*a quelque titre que ce soit*”). Entendeu que, pela aplicação da lei estrangeira, haveria uma exclusão do herdeiro francês nesses casos, e para corrigir essa desigualdade, este último deveria receber na França o valor que receberia de acordo com a lei francesa. Em definitiva, operaria uma substituição da lei eventualmente aplicável pela lei francesa.³¹³

A fração da sucessão sobre a qual o *prélèvement* incidiria estaria conformada apenas pelos bens situados na França, ou seja, pelos bens sobre os quais a ordem jurídica francesa mantém um poder de execução, e sobre os quais pode evitar a aplicação do direito estrangeiro.³¹⁴

No que respeita à aplicação somente em casos de concorrência entre herdeiros franceses e estrangeiros, o texto do artigo parece exigi-lo. Contrariamente, a jurisprudência admitiu o *prélèvement* caso apenas concorressem herdeiros franceses, e com o intuito de preservar a reserva de legítima prevista pela lei francesa.³¹⁵ O benefício foi admitido como fundamento para uma ação de redução por parte de um nacional francês contra o Estado francês que, apesar de não ser coerdeiro, fora beneficiado com uma doação feita pelo *de cuius*.³¹⁶

Este posicionamento amplo do *prélèvement* já era alvo de críticas por parte de Weiss, no sentido de que com o pretexto da igualdade entre os herdeiros, exclui-se a aplicação de leis estrangeiras que possam governar a

³¹² WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 292-293.

³¹³ FRANÇA. Tribunal de Seine. *Arrêt Alfaro*. Julgamento: 26/04/1911. Publicação: Clunet, 1911, p. 254-278; LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 50.

³¹⁴ ANCEL, Bernard. Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'heritier français dans les successions internationales. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 2, p. 457-463, avr.-jun. 2013. p. 460.

³¹⁵ FRANÇA. Cour de Cassation. *Arrêt Jeannin*. Chambre civile. Julgamento: 27/04/1868. Publicação: Dalloz, 1868, p. 302. Mais recentemente esse posicionamento foi mantido em FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre des requêtes. Julgamento: 10/05/1937. Publicação: *Revue Critique de Droit International Privé*, 1937, p. 637.

³¹⁶ FRANÇA. Cour de Cassation. 82-15033. Première Chambre Civile. Julgamento: 20/03/1985. Publicação: Bulletin 1985 I, n. 103, p. 93; Também FRANÇA. Cour de Cassation. Première Chambre Civile. n. 95-18006. Julgamento: 03/06/1997. Publicação: Bulletin 1997 I, n. 180, p. 121.

sucessão.³¹⁷ Deste modo, o art. 2 da lei de 14 de julho 1819 foi interpretado no sentido de manter a igualdade hereditária fixada pelo Código Civil francês, confundindo-se essa igualdade com a ordem sucessória estabelecida pelo direito material francês. Aplicar-se-ia a lei francesa para corrigir os efeitos da lei sucessória estrangeira.³¹⁸ A lei da nacionalidade do herdeiro, que é a lei do foro, prevaleceria sobre os princípios do DIPr sucessório.

O *prélèvement* interpretou-se como uma norma de DIPr que submete a sucessão ao império do direito francês, toda vez que se trate de preservar os interesses de uma pessoa de nacionalidade francesa com vocação hereditária de acordo com o direito francês. Determina-se a lei sucessória de acordo com a nacionalidade do herdeiro.³¹⁹ Não foi outra a concepção dos tribunais franceses, como deixa clara a seguinte passagem de uma decisão da Corte de Apelações de Lyon: «*En effet, le droit à prélèvement constitue bien un substitut de la protection de la réserve, applicable lorsque l'application d'une loi étrangère prive les héritiers réservataires français de leur droit à réserve*»³²⁰

Quanto a quem correspondia a invocação do benefício, a interpretação sempre foi restritiva, dando essa possibilidade apenas aos franceses, reforçando dessa forma a tese do privilégio. Não poderia ser alegado por estrangeiros mesmo que residentes permanentes no país. Em contrapartida, poderia ser alegado por franceses residentes no exterior³²¹ e ainda chegou a ser admitido para um nacional francês que reclamou herança exercendo o direito de representação de um estrangeiro.³²² Esse foi um dos alvos de crítica de Aubry et Rau:

³¹⁷ WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909. p. 295. FRANÇA. Cour de Cassation. Première Chambre Civile. n. 70-11911. Julgamento: 01/02/1972. Publicação: Bulletin 1972, n. 36, p. 33; FRANÇA. Cour de Cassation. 82-15033. Première Chambre Civile. Julgamento: 20/03/1985. Publicação: Bulletin 1985 I, n. 103 p. 93; FRANÇA. Cour de Cassation. «*Arrêt Holzberg*». n. 84-16168. Première Chambre Civile. Julgamento: 04/02/1986. Publicação: Bulletin 1985 I, n. 103, (2), p. 94.

³¹⁸ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 51.

³¹⁹ LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 51.

³²⁰ FRANÇA. Cour d'Appel de Lyon. 10/04742. Première Chambre Civile. Julgamento: 23/12/2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025572496>>. Acesso em: 14/02/2016.

³²¹ FRANÇA. Tribunal de St. Palais. Julgamento: 19/01/1884. Publicação: Clunet, 1885. p. 447.

³²² FRANÇA. Cour de cassation. Julgamento: 20/02/1882. Publicação: Sirey, 1882, 1, p. 146.

«Si le législateur n'avait vu, dans le prélèvement établi en faveur des Français, qu'un droit ordinaire de succession, il n'aurait pas eu de motifs pour en refuser la jouissance aux étrangers, désormais placés, quant au droit de succéder, sur la même ligne que les Français. **Ce refus ne peut s'expliquer qu'en partant de l'idée que ce prélèvement constitue, d'après l'esprit de la loi du 14 juillet 1819, un privilège exclusivement attaché à la nationalité française,** privilège à la jouissance duquel les étrangers ne peuvent dès lors prétendre, par cela seul qu'ils auraient été admis à établir leur domicile en France, et à y jouir des droits civils ordinaires. Si, contrairement à notre manière de voir, on voulait, à raison de cette circonstance, autoriser le prélèvement en faveur des étrangers, il faudrait les admettre à l'exercer, non seulement contre d'autres étrangers, mais même contre des Français. Cette conséquence nous paraissant inacceptable, condamne péremptoirement, à notre avis, le système qui y conduit».³²³

Para o exercício do *prélèvement* francês deviam reunir-se quatro condições: o herdeiro devia ter sido excluído em todo ou em parte de uma sucessão no estrangeiro; devia ser herdeiro legítimo de acordo com a lei francesa; o *prélèvement* se exerceria apenas sobre os bens situados na França; quem o exercesse devia ser nacional francês.³²⁴

Nas decisões mais recentes, todas, sem exceção, fazem referência ao benefício ser sempre em favor de nacionais franceses. É precisamente por isso que, embora procure a compensação em favor do herdeiro francês, somente visa proteger a ele, o que o torna um *prélèvement* nacionalista ou discriminatório.³²⁵

Paul Lagarde, no comentário ao Acórdão da 1º Câmara Civil da Corte de Cassação, de 1972, já criticava fortemente esse instituto, por arcaico, recomendando a sua derrogação.³²⁶ Droz o qualificaria de “um anacronismo vergonhoso”, representado por uma norma que tal como foi interpretada pela jurisprudência teve seu objeto desviado.³²⁷ Afirma:

³²³ AUBRY, Charles; RAU, Charles-Frederic. *Cours de droit civil français*. t. 9. 5 ed. Paris: Marchal et Billard, 1917. p. 408-409. (sem destaque no original).

³²⁴ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC. Julgamento: 05/08/2011. Publicação: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13.478. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³²⁵ BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 158-160.

³²⁶ LAGARDE, Paul *apud* FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de sucesiones internacionales. *Urbi Et Ius*, Buenos Aires, v. 1, n. 13, p. 63-74, jun. 2014, p. 71.

³²⁷ DROZ, Georges A. Regards sur le droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 229, 1991. p. 232.

«Le droit de prélèvement «nationaliste» apporte un trouble que l'on peut considérer aujourd'hui comme intolérable dans le règlement des situations internationales. Ce n'est pas l'application de la loi nationale qui nous choque car ce rattachement est suivi dans de nombreux systèmes, mais c'est l'attitude discriminatoire qui est inadmissible: l'étranger domicilié en France verra sa succession soumise à la loi française du domicile pour les meubles alors que l'héritier français pourra exiger l'application de la loi française sur la succession mobilière d'un Français domicilié à l'étranger».³²⁸

Foi esta última questão decisiva na sua declaração de inconstitucionalidade, e em propostas para substituir o texto.

3.1.3 Inconstitucionalidade do prélèvement francês

Em data 5 de agosto de 2011, o Conselho Constitucional Francês tratou da constitucionalidade do art. 2 da lei de 14 de julho de 1819, na Decisão n. 2011-159 QPC, pela resolução de uma questão prioritária de constitucionalidade (*question prioritaire de constitutionnalité*) suscitada nos casos *Elke B. e La Houssaye/sucessão de René Argereau*³²⁹ e *Dana Colombier e outros/sucessão de Michel Colombier*³³⁰.

³²⁸ DROZ, Georges A. Regards sur le droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 229, 1991. p. 232.

³²⁹ O caso originou-se nos tribunais de Nice. O litígio se estabeleceu em torno da sucessão de René Argereau, falecido na Suíça no ano de 2007, país onde estava domiciliado. À sucessão concorriam a Sra. Elke Berg, viúva, e o Sr. Pierre Argereau, filho do *de cuius* de um anterior matrimônio. Ambos os herdeiros eram de nacionalidade francesa. O *de cuius*, por testamento ológrafo firmado em 1999, deixava a sua esposa tudo o que a lei suíça permitisse em seu favor. Em 1986, os esposos Argereau tinham constituído a sociedade La Houssaye, para a qual o *de cuius* tinha feito um aporte de capital, permitindo a compra por parte desta última de uma propriedade imobiliária em Cannes. Em 1994 o *de cuius* doou à Sra. Argereau as quotas que possuía nessa sociedade bem como o mobiliário e obras de arte nela existentes. Na perspectiva de se ver prejudicado pela aplicação da lei suíça à sucessão - em virtude de ser a lei do último domicílio do *de cuius* aplicável para a sucessão de bens móveis - o Sr. Pierre Argereau solicitou medidas conservatórias desses bens perante os tribunais de Nice, com base no direito de *prélèvement*. Tais medidas foram admitidas em primeira instância. Na Corte de Apelações de Aix-en-Provence, a viúva suscitou o reenvio à Corte de Cassação da Questão Prioritária de Inconstitucionalidade do *prélèvement*. FRANÇA. Cour d'Appel d'Aix-en-Provence. RG. n. 11/00780. Première Chambre Civile – Section C. Relator: Marie-Annick Varlamoff. Julgamento: 03/03/2011. Sem publicação.

³³⁰ Neste caso, tratou-se da sucessão do famoso compositor francês Michel Colombier, falecido em 2004 em Santa Monica, Estados Unidos, onde estava domiciliado há mais de trinta anos. Concorreram à sucessão a sua viúva, com a qual estava casado em terceiras núpcias, e

Ambos os casos apresentam como característica comum a existência de herdeiros franceses em disputa com o cônjuge sobrevivente, e a existência de bens móveis no território francês a serem regulados pela lei sucessória estrangeira, em virtude da última residência do *de cuius*. As teses sustentadas de um e outro lado não diferem das questões que a jurisprudência apreciou desde a criação dos institutos. De um lado está quem alega que o *droit de prélèvement* serve para garantir a aplicação da lei francesa à sucessão, de forma a assegurar o direito dos herdeiros franceses àquilo que, por aplicação da lei estrangeira, lhes foi tirado. De outro está quem sustenta que o *prélèvement* desconhece o princípio da igualdade ao promover um tratamento diferente em favor dos herdeiros franceses, apenas pelo fato de serem franceses.

No caso *Elke B./La Houssaye*,³³¹ a Corte de Cassação reenviou o caso ao Conselho Constitucional com a seguinte questão: se o *prélèvement*, instituído pelo art. 2 da lei de 14 de julho de 1819, representa um menosprezo do princípio da igualdade garantido pelo art. 6 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como um detrimento contra o direito de propriedade, protegido pelos arts. 2 e 17 da mesma Declaração. Na mesma audiência, ao tratar o caso *Dana Colombier*³³² a Corte questionou se o *prélèvement* violava as liberdades e garantias previstas nos arts. 1 e 6 da

seis filhos, dos quais quatro eram de relacionamentos anteriores. Em 1999 os esposos Colombier organizaram a gestão de seu patrimônio sob a forma de um *trust* comum, pelo qual o esposo que sobrevivesse seria único beneficiário da integralidade dos bens do casal. Na sequência, Michel Colombier registrou um testamento pelo qual outorgava todos seus bens ao *trust*. O patrimônio, avaliado em oito milhões de dólares, estava composto por bens móveis localizados na França e nos Estados Unidos, e imóveis situados apenas neste último país. Quando da abertura da sucessão na França, os filhos exclusivos do *de cuius* opuseram, diante do Tribunal de Grande Instância de Paris, a reclamação de que estavam sendo deserdados pela aplicação da lei californiana, e que lhes correspondia o exercício do *prélèvement* sobre os bens localizados no território francês. Assim, as cessões feitas pelo *de cuius* em favor do *trust* não lhes seriam oponíveis. Em contraposição, a viúva, por direito próprio e em representação das filhas comuns com o *de cuius*, suscitou a inconstitucionalidade do *prélèvement*. FRANÇA. Tribunal de Grande Instance de Paris. RG. n. 10/14437. Deuxième Chambre Civile – Section 1. Relator: Françoise Lucat. Julgamento: 15/02/2011. Sem publicação.

³³¹ FRANÇA. Cour de Cassation. 11-40008. Julgamento: 01/06/2011. Sem publicação. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024119771&fastReqId=518771874&fastPos=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

³³² FRANÇA. Cour de Cassation. 11-40010. Julgamento: 01/06/2011. Sem publicação. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024119772&fastReqId=2006219195&fastPos=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³³³ e o art. 2 da Constituição de 1958.³³⁴

Ao responder, o Conselho Constitucional fez considerações, sendo as mais importantes as que seguem:

«3. (...) que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit;»

«6. Considérant qu'afin de rétablir l'égalité entre les héritiers garantie par la loi française, le législateur pouvait fonder une différence de traitement sur la circonstance que la loi étrangère privilégie l'héritier étranger au détriment de l'héritier français; que, toutefois, le droit de prélèvement sur la succession est réservé au seul héritier français; que la disposition contestée établit ainsi une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère; que cette différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française; que, par suite, elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi;»³³⁵

Assim, o Conselho Constitucional considerou que o art. 2 da lei de 14 de julho de 1819 é contrário à Constituição, por contrariar o princípio da igualdade de tratamento.³³⁶

Segundo Bertrand Ancel, a decisão se deu em um momento oportuno, tendo em vista os trabalhos preparatórios do R650/2012 – lembrando que o R650/2012 foi aprovado em 4 de julho de 2012 – e sobretudo a proibição de

³³³ Dispõem tais artigos: “Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”. (...) “Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos”. FRANÇA. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 14/02/2016.

³³⁴ “Art. 2: O lema da República é “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. FRANÇA. Constituição de 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

³³⁵ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC. Julgamento: 05/08/2011. Publicação: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13478. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³³⁶ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC. Julgamento: 05/08/2011. Publicação: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13478. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

discriminação em razão da nacionalidade prevista pelo art. 18 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.³³⁷

Em virtude da decisão do Conselho Constitucional de declarar inconstitucional o *prélèvement*, o Deputado Thierry Braillard apresentou na Assembleia Nacional o Projeto de lei n. 645, relativo à igualdade em matéria sucessória. A proposta consistia na inserção de uma Seção 1 bis “Do princípio da igualdade em matéria sucessória”, propondo uma redação ao dispositivo similar à de 1819, mas estendendo o seu exercício a qualquer herdeiro, quer seja nacional, quer seja estrangeiro.³³⁸

De ponto de vista da técnica, não deixa de ser válida a constatação de Bonomi quando entende que este *prélèvement* “neutro” não deixa de ser um remédio excessivo e contraditório em casos de sistemas do fracionamento, como o caso da França, pois na proposta a sucessão é vista como uma unidade, algo que não seria coerente com tal sistema.³³⁹

Pela contundência das críticas – históricas e atuais – estima-se que não se encontrará muita receptividade em tal reforma, para um instituto claramente necessário em outras circunstâncias, mas que, quando o cenário original mudou, colheu muitas objeções. Feldstein de Cárdenas confirma esta posição, lendo no resultado decorrente da declaração de inconstitucionalidade uma tendência contemporânea à derrogação de institutos anacrônicos suscetíveis

³³⁷ ANCEL, Bernard. Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'heritier français dans les successions internationales. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 2, p. 457-463, avr.-jun. 2013. p. 459.

³³⁸ FRANÇA. Proposition de loi n. 645 relative au principe d'égalité en matière successorale. (Thierry Braillard - RDPP). Assemblée Nationale, 23/01/2013. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0645.asp>>. Acesso em: 23/02/2015.

³³⁹ O caráter excessivo se observa em sucessões envolvendo países que adotam o sistema do fracionamento, pois dá lugar a uma correção não apenas quando o sistema conduz a resultados injustos, mas em qualquer caso. Pode pensar-se no caso de uma sucessão de uma pessoa que, para manter o equilíbrio na sucessão deixa um imóvel situado na Inglaterra a um filho A, e um imóvel na França ao filho B. Em tal caso, o reparto equitativo poderia se ver desvirtuado, pois o filho A poderia reclamar seu direito à legítima determinado pela lei francesa sobre o imóvel situado nesse país. Para evitar isso, o filho B oporia o *prélèvement* no seu aspecto compensatório, considerando que foi excluído da sucessão sobre o imóvel na Inglaterra, e assim reequilibrar a partilha. Caso o *de cuius* tenha disposto deixar ao filho A todos os bens imóveis, tanto na França quanto na Inglaterra, e deserdar B, este último reclamaria na França sua parte da herança em conceito de reserva conforme determina a lei francesa, permitindo a B se valer do direito francês ainda que uma parte dos bens seja em princípio governada pela lei inglesa, sem que esse corretivo seja necessário para corrigir um resultado injusto. BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 125-127 e 160-161.

de discriminar.³⁴⁰ Essa tendência também se observa em alguns países que outrora recepcionaram o *prélèvement* nas suas primeiras codificações civis, mas que o abandonaram.

3.1.4 Prélèvement francês fora da França

Após a promulgação da lei de 14 de julho de 1819, outros países europeus adotaram mecanismos para favorecer os herdeiros nacionais em casos de albinágio. Na Europa, são os casos da Bélgica,³⁴¹ Luxemburgo³⁴² e Alemanha. Em todos estes, o *prélèvement* não subsiste.³⁴³

A antiga Lei de Introdução ao Código Civil Alemão (EGBGB) continha, no seu art. 25, uma disposição de *prélèvement*, mas operava de forma diferente, ainda tendo o mesmo objetivo de beneficiar os cidadãos alemães. Após estipular que um estrangeiro falecido com domicílio na Alemanha terá sua sucessão regida pelo direito da sua nacionalidade, declarava, no segundo parágrafo, que um alemão poderia fazer valer seus direitos hereditários, ainda que apenas se justifiquem de acordo com a lei alemã, a menos que de acordo com o Direito do Estado a que o *de cuius* pertencia, as leis alemãs sejam exclusivamente decisivas à sucessão de um alemão que tenha domicílio nesse Estado.³⁴⁴ Coester denominou o instituto como "*privilegium germanicum*"³⁴⁵

³⁴⁰ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de sucesiones internacionales. *Urbi Et Ius*, Buenos Aires, v. 1, n. 13, p. 63-74, jun. 2014, p. 73.

³⁴¹ Lei de 26 abril de 1865, relativa à reciprocidade internacional em matéria de sucessões.

³⁴² Art. 2 da Lei de 29 de fevereiro de 1872, relativa à abolição do direito de albinágio e de *détraction*.

³⁴³ Em Luxemburgo o instituto foi abolido em 1951, com a adoção de uma Lei Uniforme de Direito Internacional Privado, enquanto na Bélgica foi abolido em 2004, com a adoção do Código de Direito Internacional Privado.

³⁴⁴ "Art. 25: Ein Ausländer, der zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Inlande hatte, wird nach den Gesetzen des Staates beerbt, dem er zur Zeit seines Todes angehörte. Ein Deutscher kann jedoch erbrechtliche Ansprüche auch dann geltend machen, wenn sie nur nach den deutschen Gesetzen begründet sind, es sei denn, daß nach dem Rechte des Staates, dem der Erblasser angehörte, für die Beerbung eines Deutschen, welcher seinen Wohnsitz in diesem Staate hatte, die deutschen Gesetze ausschließlich maßgebend sind." WENGLER, Wilhelm. *Internationales privatrecht*. Berlin, New York: de Gruyter, 1981. p. 1115. Também vide LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925. p. 52.

³⁴⁵ COESTER, Michael. International aspects on German estate law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles, v. 4, p. 53-86, jan. 1981. p. 56.

Fora da Europa, ainda se encontra um *prélèvement* com similar redação ao original francês nos Códigos Civis de Gabão (art. 54), do Equador (art. 1036, inc. 2), do Chile (art. 998, inc. 2), de Honduras (art. 978), de El Salvador (art. 995), de Nicarágua (art. 1024).³⁴⁶

Maiores variantes da norma se encontram nos Códigos de Civis da Argentina de 1871 (art. 3.470), do Paraguai (art. 2.448), da Colômbia (art. 1054), do Quebec (art. 3100) e na Lei de Direito Internacional Privado da Venezuela (art. 35). Nestes países, o benefício não se reduz aos nacionais, mas se estende aos estrangeiros domiciliados no país.

No caso da Argentina, o codificador Vélez Sarsfield propôs uma pequena, embora importante, alteração na regra original, valendo-se dos conceitos e críticas de Aubry e Rau à lei de 14 de julho de 1819, tal como mencionado *infra*.³⁴⁷ O art. 3.470 do anterior Código Civil daquele país ficou assim redigido:

“En el caso de división de una misma sucesión entre herederos extranjeros y argentinos, o extranjeros domiciliados en el Estado, estos últimos tomarán de los bienes situados en la República, una porción igual al valor de los bienes situados en el país extranjero de que ellos fuesen excluidos por cualquier título que sea, en virtud de leyes o costumbres locales”.³⁴⁸

A regra, mais acorde à realidade de um país de imigração, permitia que os estrangeiros domiciliados no Estado pudessem reclamar o benefício sobre os bens situados no país, o que justificava também a competência dos seus tribunais de caráter *forum rei sitae*.³⁴⁹

Feldstein de Cárdenas estima que o legislador, prevendo que nem todos os ordenamentos adotariam o princípio da unidade da legislação, quis compensar os eventualmente excluídos por aqueles países cuja lei sucessória

³⁴⁶ UNION INTERNACIONAL DU NOTARIAT. World Map: Conflict of Laws in Successions. Mappemonde du rattachement en matière successorale. *Notarius International*, Würzburg, v. 10, n. 3, p. 3-4, 2005. Disponível em: <http://212.63.69.85/DataBase/2005/notarius_2005_03_last.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁴⁷ A nota de rodapé do art. 3.470 diz: “*ley de Francia del 14 de julio de 1819*”, acrescentando que “*sobre las razones y conceptos del artículo, véase Aubry y Rau, párrafo 592*”.

³⁴⁸ ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina de 1871. Con notas del Codificador Vélez Sarsfield. Disponível em: <<http://www.consejosdederecho.com.ar/codigocivilnotado.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁴⁹ SCOTTI, Luciana. *Derecho internacional privado*. Incidencias del Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Hammurabi, 2015. p. 245.

fosse a da localização dos bens e não a do último domicílio do *de cuius*. Por isso sustenta que, longe de ser uma exceção, trata-se de um complemento à regra da unidade.³⁵⁰ Em outra posição se encontram aqueles que sustentam que o art. 3.470 traslada à Argentina o *prélèvement* como uma disposição totalmente independente da luta entre os sistemas da unidade e do fracionamento. O artigo devia reconduzir-se à sua função histórica, que é a que teve em 1819: uma represália contra o direito estrangeiro xenófobo.³⁵¹

De qualquer modo, tanto Boggiano³⁵² como Feldstein de Cárdenas compartilham a opinião acerca do caráter anacrônico, obsoleto, do instituto. Feldstein de Cárdenas recomendou a sua derrogação em futura reforma do Código Civil,³⁵³ algo que de fato aconteceu: no CCArg./2015 o *prélèvement* que trazia o art. 3.470 não foi reeditado.

Nos próximos pontos poder-se-á comprovar que não existe uma necessária correspondência entre o *prélèvement* francês e o *prélèvement* brasileiro, nem de justificativa, nem de técnica, nem de pressupostos, embora possam partilhar um traço comum e que aqui se considera problemático: beneficiar o herdeiro nacional, desconhecendo a possibilidade de que outros herdeiros não partilhem essa condição.

3.2 PRÉLÈVEMENT BRASILEIRO: O CARÁTER NACIONALISTA DA PROTEÇÃO AOS HERDEIROS

As primeiras manifestações importantes no Brasil sobre como resolver as heranças pertencentes a estrangeiros surgiram com a imigração do S. XIX. Os conflitos de leis eram decorrentes de um Estado ainda em formação, com

³⁵⁰ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de sucesiones internacionales. *Urbi Et Ius*, Buenos Aires, v. 1, n. 13, p. 63-74, jun. 2014, p. 73.

³⁵¹ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Derecho de la Tolerancia. 7. ed. Buenos Aires, 1997. p. 371-372.

³⁵² BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado*. En la estructura jurídica del mundo actual. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 412.

³⁵³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de sucesiones internacionales. *Urbi Et Ius*, Buenos Aires, v. 1, n. 13, p. 63-74, jun. 2014, p. 73.

boa parte da população composta por imigrantes.³⁵⁴ Sobre esse cenário de grande presença de estrangeiros, o ingresso do *prélèvement* no direito positivo brasileiro se daria de forma muito mais sutil se comparado com o instituto francês. Inicialmente, a preocupação do legislador centrou-se mais em resolver questões relacionadas à diferença de estatutos entre *de cujus* e herdeiros, quando estes não tinham a mesma nacionalidade, critério utilizado para determinar o direito aplicável ao estatuto pessoal até a LICC/1942, a modo de simplificação. A preocupação com a figura do cônjuge e dos filhos brasileiros na sucessão se manifestaria em 1916, e ganharia mais força a partir de 1934, quando o instituto tomou as características principais que mantém até hoje, apesar de algumas alterações ao texto de importância variável. É preciso notar que, desde a sua elevação ao patamar constitucional, o legislador brasileiro deixou entrever a preocupação com o caráter discriminatório do instituto, tão questionável quanto o seu antecedente francês.

3.2.1 Divergência de estatuto entre brasileiros e estrangeiros como preocupação inicial

³⁵⁴ Segundo estimativas do IBGE, no ano de 1890 o Brasil estava composto por quase catorze milhões brasileiros e pelo menos trezentos mil estrangeiros. Para o ano 1900, a população de brasileiros passava dos quinze milhões, e a de estrangeiros superava um milhão. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Brasil: 500 anos de povoamento*. Rio de Janeiro, 2000. p. 231. A grande quantidade de estrangeiros no país daria lugar, em 1890, à conhecida “grande naturalização”. Pelo Decreto 58-A, o Marechal Deodoro da Fonseca estabeleceria que todos os estrangeiros residentes no Brasil em data de 15 de novembro de 1889 que não declarassem, no prazo de seis meses, a intenção de conservar a nacionalidade de origem, tornar-se-iam cidadãos brasileiros. Assim tratava-se de um caso de naturalização tácita, que provocou escândalo nas potências europeias. Esta naturalização se confirmada pela Constituição de 1891. BRASIL. Decreto n. 58-A, de 14 de Dezembro de 1889. Providencia sobre a naturalização dos estrangeiros residentes na Republica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-58-a-14-dezembro-1889-516792-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14/02/2016; POSENATO, Naiara. A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Odete M.; DAL RI JÚNIOR, Arno (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais*. p. 211-245. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 221. A questão da “grande naturalização” também teve implicações em conflitos sucessórios nos anos posteriores, tal como se observa no RE n. 5.396, de 1943. STF. RE n. 5.396. Relator: Filadelfo Azevedo. Julgamento: 25/10/1943. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/9170/8272>>. Acesso em: 14/02/2016.

Desde a Constituição de 1824 (art. 6)³⁵⁵ o Brasil adotou o *ius solis* – ainda que complementado com o *ius sanguinis* – como critério principal para determinar quem seria brasileiro.³⁵⁶ Dessa forma, não era incomum a existência de famílias compostas por estrangeiros e descendentes brasileiros que haviam adquirido a nacionalidade por aqui ter nascido, critério também fixado no art. 69, 1º, da Constituição de 1891.³⁵⁷

Este fator foi decisivo para a forma como se resolveriam as sucessões internacionais. Foi possível apontar no Capítulo 1 que o Brasil utilizou, até 1942, o elemento de conexão nacionalidade do *de cuius* para resolvê-las. Por outra parte, havia divergência de estatutos entre os componentes da família, ao adotar-se o critério da nacionalidade da pessoa em matéria de conflitos de leis.³⁵⁸

Um embrião de resposta a essa preocupação pode encontrar-se no Decreto 1.096 de 1860. O Decreto assim dispunha:

Art. 1 O direito que regula no Brazil o estado civil dos estrangeiros ahi residentes sem ser por serviço de sua nação *poderá* ser também applicado ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros nascidos no Império durante a minoridade.

Art. 2 A estrangeira, que casar com Brasileiro, seguirá a condição do marido; e semelhantemente a Brasileira que casar com estrangeiro, seguirá a condição deste. Se a Brasileira enviudar, recobrá sua condição brasileira, huma vez que declare que quer fixar domicílio no Imperio.³⁵⁹

³⁵⁵ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁵⁶ Segundo Posenato, o Império enfrentava o problema da unidade nacional, que ainda deveria ser construída. Viu no critério *ius solis* uma solução às necessidades de povoamento e como uma forma lógica de inserir os recém-chegados nas estruturas jurídicas locais. POSENATO, Naiara. A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Odete M.; DAL RI JÚNIOR, Arno (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade*. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais. p. 211-245. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 216.

³⁵⁷ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁵⁸ POSENATO, Naiara. A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Odete M.; DAL RI JÚNIOR, Arno (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade*. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais. p. 211-245. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 217.

³⁵⁹ BRASIL. Decreto n. 1.096, de 10 de setembro de 1860. Regula os direitos civis e políticos dos filhos de estrangeiros nascidos no Brasil, cujos pais não estiverem em serviço de sua nação, e das estrangeiras que casarem com Brasileiros, e das Brasileiras que casarem com estrangeiros. Disponível em: <[mr/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=58876&norma=74732](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=58876&norma=74732)>. Acesso em: 14/02/2016. (sem destaque no original).

Pela regra, se autorizava a aplicação aos filhos menores brasileiros e à mulher casada brasileira, a mesma lei que regulasse o estado civil do pai ou do marido estrangeiro. Essa faculdade seria aproveitada para a resolução de conflitos sucessórios que pudessem se apresentar no marco das Convenções Consulares celebradas com Portugal, França, Espanha, Itália, e dos Decretos n. 855 de 1851³⁶⁰ e n. 2.433 de 1.859,³⁶¹ segundo os quais o cônsul estrangeiro tinha a prerrogativa de proceder ao recolhimento da herança do compatriota de acordo com as leis do seu país, considerando os herdeiros menores sujeitos à mesma lei.³⁶² Havia, assim uma simplificação da questão sucessória internacional.

Não tinha o Decreto de 1860 o intuito de alterar a nacionalidade brasileira aos que já a tinham adquirido, mas simplesmente oferecer uma solução aos conflitos familiares que pudessem se apresentar diante da duplicidade de estatutos.³⁶³ Mesmo assim, isso não evitou que o Decreto fosse considerado inconstitucional pelo STF anos mais tarde.³⁶⁴ Entendeu-se, diversamente, que a possibilidade de atrelar a condição pessoal do filho à do pai ensejaria uma forma de perda da nacionalidade brasileira não prevista pela

³⁶⁰ BRASIL. Decreto n. 855 de 8 de Novembro de 1851. Regulando as isenções e atribuições dos Agentes Consulares Estrangeiros no Império, e o modo por que se hão de haver na arrecadação e administração das heranças de súbditos de suas Nações, dado o caso de reciprocidade. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-855-8-novembro-1851-539534-publicacaooriginal-81883-pe.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁶¹ BRASIL. Decreto n. 2433 de 15 de Junho de 1859. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80235&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁶² Assim dispõe o art. 13, 5º da Convenção Consular entre Brasil e Portugal de 1863: “Fica além disso entendido que o direito de administrar e liquidar as sucessões dos portugueses falecidos no Brasil pertencerá aos consules de Portugal ainda quando os herdeiros sejam menores filhos de portugueses nascidos no Brasil em reciprocidade de igual faculdade que fica pertencendo aos consules do Brasil em Portugal de administrar e liquidar as sucessões dos seus nacionaes em casos idênticos”. Da mesma forma dispuseram as Convenções Consulares com a França de 1861 (art. 7º, 2), com a Suíça de 1862 (art. 9º, 2), com a Itália de 1863 (art. 7º, 3) e com a Espanha de 1863 (art. 10º, 3). BRASIL. Anexo ao Relatório da Repartição dos Negocios Estrangeiros. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865. p. 165-193.

³⁶³ BRASIL. Anexo ao Relatório da Repartição dos Negocios Estrangeiros. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865. p. 7-8.

³⁶⁴ STF. HC n. 1-047. Julgamento: 29/01/1898. Publicação: Jurisprudência do STF, 1898. p. 5. Anos depois, seria contestado o referente à mulher casada. STF. Horn. sent. n. 676 Julgamento: 10/10/1914. Publicação: D.O. 17/10/1915.

Constituição.³⁶⁵ Nota-se nessa decisão uma ausência de clara delimitação entre a nacionalidade enquanto vínculo político e enquanto elemento de conexão para a solução de conflitos de leis.³⁶⁶

3.2.2 Prélèvement no direito positivo brasileiro

Uma das fontes mais antigas de doutrina brasileira que fazia referência ao *prélèvement* francês é Pimenta Bueno, que expôs o caso de concurso entre herdeiros brasileiros e estrangeiros. Entendia o autor que se todos fossem estrangeiros, não havia motivos para deixar de governar a sucessão pela lei do *de cuius*. Em caso contrário, e quando esta lei pessoal do *de cuius* garantisse aos herdeiros brasileiros menos direitos, então a lei local poderia ser chamada a corrigir essa situação. Preocupava-se o autor com casos em que a lei do *de cuius* oferecesse certos privilégios a determinados herdeiros estrangeiros em detrimento de nacionais, não apenas em virtude da sua nacionalidade, mas em razão de outros critérios como sexo, primogenitura ou a origem da filiação. Dessa forma, justificava-se a defesa dos herdeiros nacionais eventualmente preteridos com base em tais critérios.³⁶⁷

Contudo, não se depreende das palavras do autor que estivesse acolhendo uma interpretação ampla do instituto, para qualquer caso em que

³⁶⁵ O art. 71 da Constituição de 1891 era muito claro no seu comando: “Os direitos de cidadão brasileiro só se suspendem ou perdem nos casos aqui particularizados”. [...] § 2º - Perdem-se: a) por naturalização em país estrangeiro; b) por aceitação de emprego ou pensão de Governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo federal”. BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁶⁶ Teixeira de Freitas já apontava a confusão por influência do direito francês, que reputava a nacionalidade uma qualidade do estado civil, quando para direito brasileiro, é qualidade de estado político. TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. Consolidação das leis civis. v. 1. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1867. p. 281. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242360/000056321.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁶⁷ “Na hypothèse pois de que tratamos a lei territorial pode zelar dos interesses de seus subditos segundo suas leis hereditárias, ou princípios que ella tiver estabelecida como reguladores dos direitos destes, fundados na equidade e protecção que lhes deve contra injustas preferencias ou privilégios odiosos.” PIMENTA BUENO, José. *Direito Internacional Privado e aplicação dos seus princípios com referência às leis particulares no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1863. p. 76-77. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/OR/42297/pdf/42297.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

um herdeiro brasileiro se visse prejudicado por uma quota menor decorrente da aplicação da lei estrangeira, como teria lugar anos mais tarde na jurisprudência francesa comentada. As justificativas dadas para a possível exclusão por razão de sexo, primogenitura ou origem da filiação, dão ideia de uma preocupação com discriminações tão graves quanto a decorrente da nacionalidade.³⁶⁸

A seguir serão apresentadas as diversas configurações que o *prélèvement* adotou a partir da sua introdução no ordenamento brasileiro. As mudanças mais significativas disseram respeito ao modo de operar (como uma opção do herdeiro, como aplicação automática da lei nacional ou busca pela lei mais favorável), a localização da regra (convenção consular, lei ordinária e Constituição), bem como o critério para a determinação da lei mais favorável (lei da nacionalidade, lei do domicílio, lei pessoal). As diferentes alterações que a norma sofreu foram agrupadas quando as mudanças no texto não foram significativas. Neste primeiro momento as referências doutrinárias dirão mais respeito a questões relacionadas à redação da norma. Após, os esforços estarão concentrados na leitura do dispositivo feita pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

3.2.1.1 Possibilidade de opção pela lei nacional como espécie de *prélèvement*

No Brasil, o *prélèvement* aparece positivado durante os anos 1876 a 1884, ao serem renovadas as convenções consulares com Portugal, Itália, França, Espanha, Suíça e Alemanha.³⁶⁹ Se por um lado nelas se confirmava o princípio da *lex patriae* como regra geral para governar as sucessões, previu-se uma original solução para o caso de concorrerem à sucessão herdeiros nacionais e estrangeiros: o herdeiro nacional podia optar pela aplicação da lei

³⁶⁸ Conforme visto, somente em 1868, no caso *Jeannin*, a Corte de Cassação francesa, daria lugar ao *prélèvement* para fins de preservar a reserva de legítima prevista pela lei francesa, desvinculando-se do seu sentido originário.

³⁶⁹ VILLELA, Anna M. Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 65, p. 131-146, jan.-mar. 1980. p. 138.

brasileira para regular o seu quinhão hereditário. Assim dispôs, por exemplo, o art. 28 da Convenção Consular com o Reino de Portugal em 1876:

Art. 28. Se algum subdito de uma das Altas Partes Contractantes fallecer no territorio da outra, a sua successão no que respeita á ordem hereditaria e á partilha será regulada segundo a lei do paiz a que elle pertencer, qualquer que seja a natureza dos bens, observadas todavia as disposições especiaes da lei local que referem os immoveis. Quando, porém, acontecer que algum subdito de uma das Altas Partes Contractantes concorra em seu paiz com herdeiros estrangeiros, terá elle o direito de preferir que o seu quinhão hereditario seja regulado nos termos da lei da sua pátria.³⁷⁰

Essa mesma solução viria a ser acolhida nos Projeto de Código Civil de Felício dos Santos (art. 21, parágrafo único)³⁷¹, e pela Consolidação de Carlos de Carvalho (art. 31, parágrafo único).³⁷² Dessa forma, se configurava a primeira versão de *prélèvement* brasileiro, apoiado por Ribas, Nabuco e Teixeira de Freitas.³⁷³ Ele era bastante próximo à interpretação feita pela jurisprudência da regra francesa no sentido de uma substituição material do direito estrangeiro pelo direito local. O exercício dessa preferência em favor do herdeiro nacional estava subordinado, na literalidade da norma, à existência de concorrência entre herdeiros de diversas nacionalidades, e não de divergência entre a nacionalidade do *de cuius* e dos herdeiros.

³⁷⁰ BRASIL. Decreto n. 6.236, de 21 jun. 1876. Promulga a convenção sobre atribuições consulares, celebrada em 25 de Fevereiro de 1876 entre o Brazil e Portugal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=57054&norma=72906>>. Acesso em: 14/02/2016. Iguais disposições se encontram nas Convenções com a Itália e França (Decretos 6.582 de 1877 e 7.110 de 1878, art. 29), Espanha (Decreto 7.059 de 1878, art. 35), Suíça (7.303 de 1879, art. 23). VALLADÃO, Haroldo. O princípio da lei mais favorável no DIP. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 76, p. 53-61, jan. 1981. p. 58.

³⁷¹ “Art. 21. A sucessões legítimas e testamentarias, tanto pelo que respeita à ordem da sucessão, como a quota do direito sucessório, e validade intrínseca das disposições, são reguladas pelas leis do paiz a que pertence o autor da herança. Paragrapho único. Quando, porém, a herança de estrangeiro, domiciliado no Brazil com herdeiro estrangeiro concorrer herdeiro brasileiro, póde este requerer que a seu respeito regule a lei brasileira”. SANTOS, Joaquim F. *Projecto do codigo civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁷² CARVALHO, Carlos A. *Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1899. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁷³ NAZO, Georgette N. Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969). In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 147-173. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 154.

Na longa discussão do Projeto de Código Civil de Clóvis Beviláqua, que resultaria no CC/1916, deu-se especial atenção ao art. 8 da parte introdutória, que dispunha acerca da lei aplicável ao estatuto da pessoa e, como se viu, indiretamente relacionado com a solução de conflitos sucessórios. Em uma das alterações ao projeto original, e mesmo diante do conhecimento da declaração de inconstitucionalidade do Decreto de 1860 anos antes, discutiu-se essa mesma solução, desta vez trazida por um parágrafo único do art. 8º do Projeto: o estatuto dos filhos menores brasileiros e da mulher casada brasileira seguiria a lei da nacionalidade do marido.³⁷⁴ Tratava-se da mesma solução do decreto referido, mas desta vez a regra era imperativa. Por conta dos conflitos que apresentaria com a Constituição, apontados com bastante tino pelo autor original do projeto,³⁷⁵ o parágrafo único do art. 8º não prosperou, mas deixou em evidência que persistiam as mesmas dificuldades de lidar com estatutos divergentes dentro do seio familiar. Haveria que se escolher entre a segurança jurídica de contar apenas com uma lei para todos os integrantes da família, sem importar a sua nacionalidade, ou o respeito pela nacionalidade adquirida e os direitos dela decorrentes, incluindo-se os de âmbito privado, valor que o máximo tribunal tinha imposto.³⁷⁶

3.2.1.2 Introdução ao Código Civil de 1916 e a aplicação rígida da lei brasileira

A redação original do projeto do art. 14 da ICC/1916 determinava a regência da sucessão pela *lex patriae* do falecido, sendo a única exceção a esta regra a referente às heranças vagas abertas no Brasil. Foi através de uma emenda proposta pelo Senador Moniz Freire, em 1912, que se inseriu ao final do texto uma segunda versão do *prélèvement* brasileiro enquanto exceção ao *ius patriae*: “se este, porém, era casado com brasileira, ou tiver deixado filhos

³⁷⁴ BRASIL. *Annaes do Senado Federal*. Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912. vol. V. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915. p. 125-126.

³⁷⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Em defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906. p. 323-325.

³⁷⁶ STF. HC 1-047. Julgamento: 29/01/1898. Publicação: Jurisp. do STF, 1898. p. 5.

brasileiros, ficarão sujeitos à lei brasileira”.³⁷⁷ Na sua justificativa, o legislador defendeu a inserção da exceção à regra geral pela necessidade de simplificar os conflitos sucessórios, constituindo uma solução que atendia tanto os interesses de adotar uma única lei quanto o respeito aos direitos garantidos pela lei brasileira, sem se transformar em uma violação às normas constitucionais referentes à nacionalidade.³⁷⁸

No que respeita ao eventual conteúdo da lei estrangeira, e diferentemente da redação atual do instituto, não se requeria um exercício de comparação daquela com a lei brasileira e, portanto, não resultava permitida aplicação do direito estrangeiro em caso de que fosse mais favorável àqueles familiares do *de cuius*. Nem sequer se tratava de uma opção em favor do herdeiro, como o faria a primeira versão de *prélèvement*. Operaria, de forma rígida, segundo a qual, diante da presença de mulher ou filhos brasileiros, a sucessão seria governada pelo direito pátrio, não interessando a possibilidade de que o direito alienígena outorgasse maiores direitos aos herdeiros brasileiros.³⁷⁹

Curiosamente, no debate parlamentar foi levantada a possibilidade de a lei estrangeira ser mais favorável, mas não foi levado em conta no texto final do dispositivo. Resulta ilustrativo reproduzir tal debate:

“*Senador Feliciano Penna* – (...) Supponha V. Ex., que o testador, quando tem herdeiros necessarios, possa dispor de metade da sua herança; admitamos mesmo que, por uma disposição muito mais larga, tenha liberdade de testar. No caso de um filho de estrangeiro nascido no Brazil, tendo que se reger pela lei brasileira e o pai pela estrangeira; não sei como chegar á accordo em materia de sucessão. *Senador Moniz Freire* – Ahi, a razão de subsistencia do seu estatuto pessoal desappareceria; ficariam o filho e a mulher brasileiros, que devem ser protegidos pela lei brasileira. *Sdr. Feliciano Penna* – Mas, supponha que o estrangeiro tenha feito testamento conforme as leis de seu paiz? *Sdr. Moniz Freire* – Invertamos os papeis. Supponhamos que a lei estrangeira dá a liberdade de testar e a brasileira não. *Senador Feliciano Penna* – Supponha V. Ex. que o estrangeiro possa, pela lei do Brazil dispôr de metade de seus bens, quando pela lei portugueza, por exemplo, só

³⁷⁷ BRASIL. *Annaes do Senado Federal*. Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912. vol. V. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915. p. 868.

³⁷⁸ BRASIL. *Annaes do Senado Federal*. Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912. vol. V. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915. p. 868.

³⁷⁹ SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 311. BRASIL. *Annaes do Senado Federal*. Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912. vol. V. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915. p. 907.

póde dispor da terça. As pessoas que fossem prejudicadas por este facto haveriam de reclamar. De maneira que estas emendas apresentadas pelos honrados Senadores vêm crear novas fontes de conflicto. *Senador Moniz Freire – As minhas, creio que não*”

Assim, o intuito de simplificação de conflitos de estatutos ofuscaria em certa forma o de proteção dos herdeiros nacionais. Ele resulta claro na explicação de Eduardo Espínola. Entende o autor que à época de sua adoção eram muitos os brasileiros casados com estrangeiros residentes no Brasil, e que estes adquiriam fortuna. Embora conservassem a nacionalidade de origem, as esposas continuavam brasileiras, assim como brasileiros seriam os filhos aqui nascidos. Na hipótese de que o regime matrimonial dos bens fosse o da separação, falecendo o marido, o regime sucessório seria o da nacionalidade, cuja lei poderia preterir o cônjuge em favor dos colaterais, muitas vezes ignorados, tornando o brasileiro desamparado.³⁸⁰

3.2.1.3 Constituições de 1934, de 1937 e a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942

A partir de 1934, a regra de *prélèvement* brasileiro adotaria uma configuração muito mais próxima à atual. A proposta de inclusão no texto da Carta Magna foi de autoria do Senador Agamenon Magalhães e assim resultou aprovada: “Art. 134 - A vocação para suceder em bens de estrangeiros existentes no Brasil, será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos seus filhos, sempre que não lhes seja mais favorável o estatuto

³⁸⁰ ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1925. § 71. JATAHY, Vera M. O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia. In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 175-182. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 176; NAZO, Georgette N. Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969). In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 147-173. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 155.

do *de cuius*". O dispositivo foi inserido no TÍTULO IV - Da Ordem Econômica e Social.³⁸¹

Como bem notou Amílcar de Castro, regular-se-ia pela "lei nacional", a não ser que fosse mais favorável o "estatuto do *de cuius*". A alusão à lei nacional deveria entender-se, assim, como a lei brasileira, enquanto o "estatuto do *de cuius*" estaria se referindo à lei estrangeira, da nacionalidade do *de cuius*.³⁸²

A primeira novidade da regra está dada precisamente, pela elevação ao patamar constitucional, de uma norma de conflito de leis.³⁸³ Isso não passaria despercebido para o Senador Adroaldo Costa, que, sem contestar a justiça da norma, manifestou-se contrário a colocá-la nesse nível ao invés de deixar o instituto no seu ambiente próprio, a ICC/1916.³⁸⁴ Esse tipo de questionamento, se repetiria nas discussões das Assembleias Constituintes sucessivas, ainda que com menor entusiasmo.

Embora não surja da leitura dos debates, as explicações para constitucionalizar o dispositivo se deram a partir de uma necessidade de superar um conflito de entre normas da mesma hierarquia e de compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional.

A primeira explicação – à qual Haroldo Valladão sufragou³⁸⁵ – foi pela presença de outro mandado de ordem interna, presente no art. 3 do CC/1916 que dispunha "A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis". Este artigo não foi reproduzido no CC/2002.

³⁸¹ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁸² CASTRO, Amílcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 388. No mesmo sentido PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 649.

³⁸³ Anna Maria Villela afirma que a regra aqui estudada é a única de DIPr constante na Constituição. VILLELA, Anna M. Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 65, p. 131-146, jan.-mar. 1980. p. 133. No mais, o autor desta tese desconhece, inclusive no direito comparado, algum outro caso similar de incorporação ao texto constitucional de uma norma de conflito de leis.

³⁸⁴ BRASIL. *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. v. 22. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 411-412.

³⁸⁵ VALLADÃO, Haroldo. O Direito Internacional Privado no Projeto de Constituição de 1946. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 7-21, 1946. p. 7.

A segunda explicação aponta a uma necessidade de excetuar o disposto pelo CBust sem incorrer em uma violação do mesmo. Explica-se. Como observado, o CBust é, em verdade, um tratado internacional. No seu art. 144 podia ler-se: “As sucessões legítimas e as testamentárias, (...), reger-se-ão, salvo as exceções adiante estabelecidas, pela lei pessoal do *de cuius*”.³⁸⁶ Ocorre que no tratado, em nenhuma das exceções à aplicação do princípio da unidade da lei sucessória está prevista uma possibilidade de aplicar aos herdeiros nacionais uma lei mais favorável, ou seja, o *prélèvement*. Nazo oferece argumentos na mesma direção:

“É bem verdade que o leitor mais atilado, de imediato, dirá da desnecessidade de constar em texto constitucional semelhante assunto, vez que é matéria de direito internacional privado, própria e adequada que uma “Lei Geral”, ordinária, na parte dos conflitos espaciais de leis”.

(...)

“No entanto se partimos da noção elementar de que no comércio jurídico internacional o país integra a comunidade internacional, aceitando tratados e convenções bi ou plurilaterais para uniformização de normas e determinados assuntos, encontraremos mais uma justificativa plausível para que o direito sucessório internacional seja contemplado na Carta Magna. Vigoram no direito brasileiro as normas aceitas na Convenção de Havana de 1928, que aprovou o Código de Bustamante para os seus signatários em alguns países da América, apesar de inúmeras reservas. Quando estas normas entram em choque com alguma regra do direito internacional privado brasileiro, assim mesmo serão aplicadas entre os Estados signatários de Havana. Todavia, se existir um preceito constitucional, ainda que promulgado posteriormente à Convenção Internacional de que o Brasil seja parte, a norma constitucional tem primazia sobre a Convenção e obstará a aplicação de qualquer regra convencional que se lhe oponha. É o que ocorre, neste tema que examinamos, com relação ao Código de Bustamante”.³⁸⁷

No entanto, os arts. 1º e 4º do CBust trouxeram também um dispositivo que representaria a superação do conflito. O primeiro dispôs que:

³⁸⁶ Vide a redação completa na p. 84.

³⁸⁷ NAZO, Georgette N. Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969). In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 147-173. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 148-149.

“Art. 1º Os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais. Cada Estado contratante pode, por motivo de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros, e qualquer desses Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício aos nacionais do primeiro”.

Já o segundo, determinou que “os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional”.³⁸⁸ Dessa forma, com a elevação do *prélèvement* ao patamar constitucional, chancelou-se a validade interna e internacional da regra do ponto de vista formal, eis que por um lado permitia que os Estados estabelecessem distinções entre nacionais e estrangeiros por motivo de ordem pública e também a ordem pública serviria para justificar uma exceção à aplicação da lei pessoal às sucessões, tal como previsto no art. 144 do CBust³⁸⁹

No que diz respeito à configuração do instituto, não se tratou mais de uma opção do herdeiro como estabeleciam as Convenções Consulares, nem da aplicação imperativa da lei brasileira pelo CC/1916 diante da presença de mulher e filhos brasileiros. Agora a decisão dependia da determinação da lei mais favorável pelo juiz.³⁹⁰

³⁸⁸ JATAHY, Vera M. O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia. In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 175-182. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 180-181.

³⁸⁹ No entanto, questão mais delicada a ser tratada no Capítulo 6, diz respeito à dificuldade de aceitar tranquilamente que uma norma discriminatória seja elevada ao patamar de OPI pelo simples fato de constar na Constituição.

³⁹⁰ No encaminhamento para votação na Assembleia Constituinte, assim sustentou a proposta de redação o Senador Alcântara Machado: “Sr. Presidente, é sabido que, em matéria de sucessão legítima ou testamentária, manda a boa razão que prevaleça a lei nacional do *de cuius*. Assim era antes de codificado o nosso Direito Civil, assim continua a ser em face do art. 14 da lei de introdução do Código vigente. O princípio, entretanto, pela legislação anterior, sofria uma exceção e continua a sofrê-la pela legislação atual, no caso de ser o de cujus casado com brasileira ou pai de filhos brasileiros. *Nesta hipótese, dava-se outrora ao interessado a faculdade de optar pela aplicação da lei pátria, ao passo que hoje em dia, ex-vi do art. 14 precitado, essa aplicação é obrigatória.* A emenda do meu nobre colega, Sr. Agamenon Magalhães, *restaura o que antigamente se dispunha a propósito, e, a meu vêr, anda bem em fazê-lo, porquê a lei nacional do falecido pode ser mais favorável do que a nossa á viúva e aos filhos brasileiros. Bem sei que a matéria não é propriamente constitucional. Tantas vezes, porém, tem a Assembléia quebrado os moldes clássicos das leis fundamentais que não seria estranhável a inclusão de um preceito desta natureza, cuja procedência e justiça me parecem irrecusáveis*”. A Emenda 1.642 proposta foi aprovada com um total de 148 votos a favor e 10 contra. BRASIL. *Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934*. v. 22. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 411-412. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/>>. Acesso em: 14/02/2016. (sem destaque no original). Respeito da introdução de uma aplicação flexível da lei brasileira Pontes de Miranda, na crítica

Outras variações se observam no que refere estritamente a sua redação. No dispositivo constitucional de 1934, o campo de aplicação material era mais restrito, pois se referia apenas à “vocação para suceder”, enquanto o art. 14 da ICC/1916 referia-se apenas   sucessão.³⁹¹ Em outro sentido, a norma constitucional era mais ampla que este último, já que não se referia apenas   mulher casada, senão ao cônjuge brasileiro, incluindo-se dessa forma o caso de estrangeira casada com brasileiro.

O texto do art. 152 da Constitui o de 1937 manteve praticamente a mesma reda o – e mesma localiza o, no título destinado   ordem econ mica –, salvo por um detalhe não menor. A prote o não apontaria mais aos “filhos do *de cuius*”, mas aos “filhos do casal”, semeando mais d vidas acerca da inclusão ou não de eventual prole anterior do estrangeiro. Em compensa o, o texto constitucional já trazia, um dispositivo que poderia considerar-se um freio para eventuais iniquidades, ao garantir no art. 126 aos filhos naturais o mesmo tratamento que aos legítimos.³⁹²

Já em 1942, o Decreto-Lei n. 4.657 passou a ocupar-se da matéria regulada pela ICC/1916, mas deixou de ser parte do Código Civil, para tornar-se uma lei aut noma e independente.³⁹³ Em matéria sucessória, a LICC/1942

ao dispositivo anterior assim comentou: Foi a má e errada jurisprudência que inspirou ao legislador constituinte tão forte rea o, tal revide, tal declara o formal, nítida, de que estavam interpretando contra Brasileiros o preceito que são tinha o propósito protegê-los. Por isso, depois de submeter   lei brasileira a sucessão dos bens sitos no Brasil, foi explícito em mandar que se observasse, onde a lei brasileira lhes fôssem mais favorável, a competência do Estado da nacionalidade. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. Tratado de direito internacional privado. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935. p. 272.

³⁹¹ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 388.

³⁹² “Art. 126: Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurar  igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em rela o a estes incumbem aos pais”. BRASIL. Constitui o da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁹³ Esta caraterística a completaria com a lei 12.376/2010, mudando seu nome para Lei de Introdu o  s Normas do Direito Brasileiro. Mudança que, ainda que tímida, justifica-se, por comportar uma série de princípios de aplicabilidade de normas e de hermenêutica jurídica em geral, além das disposi es relativas aos conflitos de leis no espaço, matéria que excede o Código Civil. DINIZ, Maria H. *Lei de Introdu o às normas do direito brasileiro interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21. Cabe lembrar que o já em 1964 Haroldo Valladão deu por nome ao seu anteprojeto de Lei Geral de Aplica o de Normas Jurídicas, esse sim contendo importantes mudanças a respeito da LICC/1942. VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplica o das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 60, p. 121-131, 1965. p. 121.

trouxe a seguinte redação para o artigo 10, equivalente ao artigo 14 da ICC/1916:

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que 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 não lhes seja mais favorável a lei do domicílio.

Desta forma, como apontado supra, o Brasil passava a fazer parte do grupo de países que, aderindo ao sistema da unidade da sucessão, baseavam a solução dos casos na *lex domicilii*. Tal mudança deu-se também no referente ao estatuto pessoal, previsto no art. 7º da LICC/1942. No que respeita ao *prélèvement*, a única alteração a respeito da Constituição de 1937 seria a adoção desse novo critério de determinação da lei estrangeira, a ser comparada com a lei brasileira. A lei eventualmente mais favorável devia ser a do domicílio.

3.2.1.4 Constituições de 1946 e 1967

A Constituição de 1946 trouxe, mais uma vez, alterações à redação da regra de *prélèvement*. A disposição foi deslocada, dessa vez fazendo parte do Título VI (“Da Família, da Educação e da Cultura”): “Art. 165. 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 cuius*”. Tendo em vista a redação dada ao artigo 10 da LICC/1942, o art. 165 da Constituição de 1946 deixava de lado a exclusiva proteção para os filhos do casal, bastando que fossem filhos do *de cuius*.³⁹⁴

³⁹⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

Por outro lado, voltou-se ao elemento de conexão nacionalidade do *de cuius*. Nos seus fundamentos, entendeu o relator do artigo que a LICC/1942, ao pautar a escolha da lei mais favorável entre a do último domicílio *de cuius* e a lei brasileira, não atendia casos em que estes locais coincidiam, ou seja, quando o estrangeiro aqui estava domiciliado. Desse modo, uma volta ao critério nacionalidade permitiria realmente aproveitar os eventuais benefícios da aplicação da lei estrangeira. Contrariamente, no que respeita a brasileiros domiciliados no estrangeiro, a LICC/1942 já atendia esses casos, possibilitando a aplicação da lei que fosse mais favorável, entre a lei brasileira e a do domicílio. Desse modo, a proposta ofereceu um duplo nível de proteção, que elevava a três as possibilidades de escolha, tal como o exemplo que ocupa este estudo. A LICC/1942 possibilitava, se fosse necessário no caso concreto, a comparação entre a lei brasileira e a lei do último domicílio, enquanto o texto constitucional permitia aplicar a lei brasileira ou a lei da nacionalidade do *de cuius*.³⁹⁵

Um aspecto importante surgiu na discussão da regra no debate da constituinte. No momento do debate da regra, o Senador Luís Viana, lembrou não se tratar de matéria constitucional, tal como teria sido levantado no debate de 1934. Adroaldo Costa, que fizera a mesma crítica doze anos antes, seria agora seu defensor. Para ele, a elevação ao patamar constitucional mantinha a justificativa de ser uma preferência em favor dos brasileiros, em um plexo normativo que declarava os estrangeiros residentes iguais a estes (art. 141), de forma similar à Constituição de 1934. O constituinte quis assegurar que a LICC/1942, ao outorgar o benefício aos brasileiros, não pudesse ser tachada

³⁹⁵ Assim se expressou Adroaldo Costa, relator: “Apresentei, na Comissão da Constituição, exemplo típico para evidenciar a necessidade do texto impugnado. Era o caso de uruguaio falecido no Rio de Janeiro, casado com brasileira e deixando filhos brasileiros. Qual a lei a aplicar à sucessão desse uruguaio? Evidentemente a lei brasileira, que é a lei do seu domicílio, pois que assim o prescreve a lei de Introdução ao Código Civil. Pela lei brasileira, esse uruguaio pode dispor da metade de seus bens; portanto, poderá tirar de seus filhos essa metade, para dá-la a quem bem lhe aprouver. Se permitirmos, porém, seja aplicada a lei nacional desse uruguaio, de muito melhoraremos a situação de seu cônjuge e filhos brasileiros, porque ela permite disponha o uruguaio somente da terça parte de seus bens. Por consequência, o patrimônio dos filhos brasileiros ficaria menos desfalcado que se aplicássemos ao caso a lei brasileira”. BRASIL. *Anais da Assembleia Constituinte (1946)*. vol. XXIII. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1950. p. 329-330.

de inconstitucional.³⁹⁶ Haroldo Valladão ofereceu a mesma explicação: “A elevação à Carta Magna impunha-se, representando uma preferência em favor dos brasileiros, só possível em texto constitucional”.³⁹⁷

A Carta de 1967 trouxe o seguinte texto: “Art. 150 - § 33 - A sucessão de bens de estrangeiros, situados no Brasil, será regulada pela lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei nacional do *de cuius*”.³⁹⁸

Reforçando a tese da ciência por parte do constituinte brasileiro acerca de um possível conflito com o mandado de igualdade de tratamento, é neste texto que a regra de *prélèvement* vai ser introduzida no catálogo de direitos e garantias individuais (Capítulo IV - Dos Direitos e Garantias Individuais), embora isso não tenha ficado refletido nos registros das discussões.³⁹⁹

Na redação da norma, duas mudanças se observam. Como bem salienta Pontes de Miranda, a diferença dos textos de 1934, 1937 e 1942, a Constituição de 1967 trouxe o “benefício ao cônjuge *ou* aos filhos brasileiros”, ao invés de “e”:

“O estrangeiro, ou estrangeira, pode não ser casado; os filhos, Brasileiros, são beneficiados pelo art. 153, § 33. O estrangeiro, ou estrangeira, pode ser casado com estrangeira, ou estrangeiro, e os filhos, Brasileiros, são beneficiados pelo art. 153, § 33. O estrangeiro, ou estrangeira, pode ter tido cônjuge estrangeiro, ou Brasileiro, e os filhos, sem serem do casal, Brasileiros, são beneficiados pelo art. 153, § 33. Ainda pode ocorrer que os filhos, Brasileiros, sejam de leito anterior; e o estrangeiro, ou estrangeira, tenha cônjuge Brasileiro, filhos e cônjuge podem invocar o art. 153, § 33, como pode o próprio juiz, de ofício, aplicar a lei brasileira mais favorável.

³⁹⁶ BRASIL. *Anais da Assembleia Constituinte (1946)*. vol. XXIII. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1950. p. 329-330.

³⁹⁷ VALLADÃO, Haroldo. O direito internacional privado no projeto de Constituição de 1946. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 7-21, 1946. p. 10.

³⁹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

³⁹⁹ A inclusão da regra, que não constava no projeto original, foi solicitada pelo Senador Nelson Carneiro. No debate, mais uma vez, seria questionada a necessidade de manter-se no patamar constitucional, algo que poderia ser governado pela lei ordinária. Este trecho do debate é eloquente: “Não há debate político. Senador Eurico Rezende – “Esta matéria não poderia receber tratamento na lei ordinária?” Senador Nelson Carneiro – “A matéria é constitucional hoje. Não faz mal que continue, já que não será a única.” Senador Eurico Rezende – “Mas não há qualquer impedimento, no sentido de que seja instrumentalizada em lei ordinária.” Senador Nelson Carneiro – “Mas vários assuntos que não são rigorosamente texto constitucional figuram no texto aprovado pela Comissão”. BRASIL. *Anais da Assembleia Constituinte (1967)*. v. 4, t. 1. Brasília: Senado Federal, 1968. p. 425.

Se a lei brasileira só é mais favorável ao cônjuge, atende-se, nesse ponto, à lei brasileira; idem, se só é mais favorável aos filhos, ou ao filho.”⁴⁰⁰

A segunda mudança foi a referência à sucessão, voltando a marcar o âmbito de aplicação da regra para abranger toda a matéria sucessória e não apenas à vocação hereditária, como o fizeram as Constituições anteriores e a LICC/1942.

3.2.1.5 Configuração definitiva: Constituição de 1969, a Constituição Federal de 1988 e a Reforma da LICC/1942

Em 1969, o Governo Militar emendou a Constituição de 1967, utilizando as atribuições que lhe conferia o Ato Institucional n. 5 que, dentre outras disposições, decretava o fechamento do Congresso Nacional. A Emenda Constitucional n. 1 de 1969, apesar de ser fruto de um dos períodos mais conturbados da história do Brasil, deixou o texto que permanece incólume na Carta Magna vigente: “153 § 33. A sucessão de bens de estrangeiros 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 cuius*.”⁴⁰¹ Na redação mudou-se a referência a “lei nacional” para “lei pessoal”, servindo essa alteração para uma adequação ao conceito trazido na LICC/1942. A *lei pessoal* será a que governa o estatuto pessoal, isto é, a lei do domicílio do *de cuius*, conforme o art. 7º, *caput*, da LINDB.

Antes de referir-se ao texto da CF/88 é importante atentar ao Anteprojeto Constitucional apresentado em 1986, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos de Melo

⁴⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 652. A última parte da citação será revista no ponto 4.4 Dificuldades do prélèvement além da concorrência entre herdeiros nacionais e estrangeiros.

⁴⁰¹ BRASIL. Emenda n. 1 de 1969 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-republicacao-28547-pl.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

Franco. Com efeito, apenas foi incluída, no art. 31 do Anteprojeto, a garantia do direito de herança, com a mesma redação que hoje tem no inc. XXX do art. 5º da CF/88.⁴⁰² Ou seja, não foi incluída na proposta a manutenção da regra de *prélèvement*, mas como se viu, a determinação de extinguir o instituto não prosperou. Muito pelo contrário, o *prélèvement* do inc. XXXI do art. 5º da CF/88 ocupa um lugar no catálogo de direitos e garantias fundamentais (tal como os textos de 1967 e 1969), ao lado da garantia do direito à herança, mantendo-se o texto da Emenda Constitucional de 1969.

No seu tratamento mais uma vez colocou-se em questão o grau de norma constitucional sem, mais uma vez, apresentar uma discussão profunda acerca da compatibilidade com outros dispositivos do texto.⁴⁰³

Por fim, o art. 10, § 1º, da LICC/1942 seria reformulado de novo, em 1995, sob a justificativa de adequação ao texto constitucional da CF/88, substituindo-se o elemento de conexão “lei do domicílio” por “lei pessoal”. Ainda, a nova redação da LICC/1942 traria uma novidade para a alegação do *prélèvement*.⁴⁰⁴ O texto incluiu o benefício para quem exercesse o direito de representação, previsto hoje no arts. 1.851 e 1.852 do CC/2002, ou seja, para os descendentes do herdeiro pré-morto, normalmente netos do *de cuius*, recebendo a herança por estirpe e não por cabeça.⁴⁰⁵

⁴⁰² BRASIL. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985, *Diário Oficial*. Suplemento Especial n. 185. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴⁰³ Na hora da votação, o Dr. Francisco Rezek, assim destacou essa dimensão: “Ela tem estatura e dimensão política para estar aí? Penso que se partimos para conservar em número de trinta e seis ou pouco mais do que isto o rol de garantias, a resposta será sim. Se a Constituinte decidir depurar esse rol e partir para princípios mais eminentes no que concerne às garantias individuais, estabelecendo algo em torno de dez, quinze ou dezoito tópicos, reduzindo, portanto, à metade ou menos em dimensão física, diria que esta seria uma das normas destinadas necessariamente a cair do rol, porque outras seriam mais importantes”. BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988*. Atas da Comissão de Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais. Quinta Reunião, em 30 de abril de 1987. p. 53. In: BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte, 20 anos*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008. 1 CD-ROM.

⁴⁰⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 255 de 1991. (Nilson Gibson - PMDB/PE). Câmara de Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173920>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴⁰⁵ Essa inclusão já tinha sido decidida pelo STF no RE n. 31.064. STF. RE n. 31.064 Tribunal Pleno. Relator: Luis Gallotti. Julgamento: 01/01/1970. Publicação: ADJ 24/07/1971. Infelizmente a nova regra, não responde à questão se os netos do *de cuius*, representantes do filho brasileiro pré-morto, deveriam ter a nacionalidade brasileira (todos, ou pelo menos um

3.2.1.6 Principais diferenças entre o *prélèvement* francês e o *prélèvement* brasileiro

Da forma como restou redigido o *prélèvement* brasileiro e como era o francês, já é possível perceber e adiantar três diferenças fundamentais, uma com respeito à técnica utilizada, e duas quanto às hipóteses de aplicabilidade.

Do ponto de vista do tipo de norma dentro do DIPr, a doutrina francesa posicionou-se de forma variada, vendo nela uma regra de condição jurídica dos estrangeiros, uma regra de conflito de leis, uma regra especial de ordem pública internacional (OPI), uma lei de polícia. Serge Billarant se inclina por considerá-la uma norma material de DIPr operando no âmbito do conflito de leis.⁴⁰⁶ Embora cuide de um caso com conexão internacional, a solução substancial se encontra na própria norma. Não indica um direito aplicável do qual teria que se encontrar uma solução de fundo, tal como opera a norma de conflito. Ela cria diretamente a solução especial em virtude da multinacionalidade do caso.⁴⁰⁷ No caso do *prélèvement* brasileiro, o art. 10 § 1º não deixa de ser uma norma indireta, pois embora primeiramente faça referência à lei brasileira para governar a sucessão, será necessário saber se “a lei pessoal do *de cuius*” não é mais favorável, e isso somente se consegue seguindo a indicação e averiguando o conteúdo desse direito estrangeiro.⁴⁰⁸ Para o legislador brasileiro, o direito brasileiro constituiria um mínimo de proteção.

deles) para alegar o benefício ou se a nacionalidade determinante é a do representado. Parece mais plausível essa última opção em virtude do que significa o direito de representação – ou seja, o de ocupar o lugar do herdeiro pré-morto –, embora no máximo tribunal pareça ter prevalecido a posição contrária. CAHALI, Francisco J. Sucessão legítima. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 145-163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 153-158.

⁴⁰⁶ BILLARANT, Serge *apud* ANCEL, Bernard. Inconstitutionnalité du droit de *prélèvement* de l’heritier français dans les successions internationales. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 2, p. 457-463, avr.-jun. 2013. p. 459.

⁴⁰⁷ BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado*. En la estructura jurídica del mundo actual. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 191 e 421. Embora o autor se refira ao art. 3.470 do Código Civil Argentino de 1871, as mesmas considerações são válidas para o *prélèvement* francês, por participarem da mesma estrutura.

⁴⁰⁸ ARAUJO, Nadia de. Constituição brasileira e sucessão internacional: a aplicação da lei mais benéfica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, p. 56-66, jan. 1998. p. 60 e sgts.

Quanto às hipóteses de aplicação, em primeiro lugar, o *prélèvement* francês pressupõe a presença de bens no exterior, algo que o *prélèvement* brasileiro não exige. De qualquer modo, a possibilidade de aplicar essa solução demandaria um abandono do sistema da pluralidade de juízos sucessórios estudada. Como se viu pela interpretação *a contrario sensu* das normas de competência exclusiva, os tribunais brasileiros não se consideram competentes para sequer tomar conhecimento de bens localizados fora do Brasil. Em segundo lugar, a regra de *prélèvement* francês pressupõe a concorrência entre herdeiros franceses e estrangeiros, apesar da jurisprudência não ter feito disso um obstáculo. Em contraste, no *prélèvement* brasileiro os favorecidos são apenas o cônjuge e os filhos brasileiros. Os outros herdeiros legítimos (ascendentes e colaterais até o quarto grau) não foram contemplados.

A despeito da diferença, a licença comparativa continua sendo válida entre os dois modelos de *prélèvement*, pois os dois se apoiam no critério nacionalidade dos herdeiros para promover um melhor tratamento. Resta agora observar qual leitura fizeram a doutrina e jurisprudência brasileiras, independentemente das variações do dispositivo ao longo dos anos.

3.2.1.7 Projetos de modificação do *prélèvement* brasileiro

Em 1964, Haroldo Valladão apresentou o Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas. Nele, defendendo a importância do *prélèvement*, propôs sua aplicação nos casos de sucessões de *de cujus* brasileiro domiciliado no exterior, e não apenas em casos de sucessões de estrangeiros (art. 64 parágrafo único do Anteprojeto).⁴⁰⁹ Essa proposta foi,

⁴⁰⁹ VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Direito Intertemporal, Introdução e História do Direito. Material de classe. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979. p. 138-139. Para uma leitura dos fundamentos da reforma, *vide* VALLADÃO, Haroldo. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 60, p. 121-131, 1965.

como se verá, inspiradora de um acórdão de 1971 que interpretou *lato sensu* as hipóteses de aplicabilidade.⁴¹⁰

Por sua vez, o PL-4.905, de 1994, tramitou na Câmara dos Deputados como resultado dos trabalhos da Comissão Especial, formada pelos professores João Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho. Este projeto foi reapresentado, em 2004, pelo Senador Pedro Simon.

No Projeto assim ficou proposto o instituto:

14. Herança - A sucessão por morte ou ausência é regida pela lei do país do domicílio do falecido à data do óbito, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

Parágrafo único. A sucessão de bens situados no Brasil será regulada pela lei brasileira em benefício de cônjuge ou dos filhos brasileiros, assim como dos herdeiros domiciliados no País, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do falecido.⁴¹¹

Neste projeto reproduz-se a extensão feita por Valladolid quanto à hipótese de ser o *de cuius* brasileiro. Por outra parte, traz de novo a falsa ideia de uma unidade da sucessão, aplicando-se a *lex successionis* qualquer que seja a natureza e situação dos bens. Isso depende, como se viu, das normas que dispõem sobre a competência internacional exclusiva em matéria de sucessões.

Parece, isso sim, muito mais significativa a extensão quanto aos herdeiros domiciliados no Brasil. Por um lado, estende a proteção aos demais herdeiros, não limitando o benefício ao cônjuge e os filhos do *de cuius*. em segundo lugar, concede o benefício não apenas para quem possui nacionalidade brasileira, mas quem está domiciliado no Brasil. Ocorre então uma ruptura com o liame da nacionalidade, algo que se via, por exemplo, no Código Civil argentino de 1871. Entretanto, como se verá no próximo capítulo, isso está longe de constituir uma solução às difíceis situações que o caso pode

⁴¹⁰ STF. Emb. RE n. 59.871/RS. Tribunal Pleno. Relator: Eloy Rocha. Julgamento: 26/05/1971. Publicação: DJ 12/11/1971.p

⁴¹¹ BRASIL. PLS Projeto de Lei n. 645 de 2004. Lei de aplicação das normas jurídicas (Pedro Simon - PMDB). Senado. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=42614&tp=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

apresentar, sem contar que se continua atrelando um tratamento mais favorável a uma condição jurídica do herdeiro.

3.2.3 *Prélèvement nacionalista na doutrina e na jurisprudência brasileira*

A seguir, apresentam-se as apreciações que a doutrina fez de forma geral ao instituto, independentemente da sua redação. Após mostram-se algumas aplicações concretas de como os juízes brasileiros interpretaram e aplicaram a regra.

3.2.3.1 *Prélèvement nacionalista na doutrina brasileira*

Os autores contemporâneos à entrada em vigor do ICC/1916 já lançavam críticas ao instituto de *prélèvement*. Clóvis Beviláqua, o principal opositor, centrou sua crítica na quebra do princípio da unidade da sucessão que o instituto trazia, pela aplicação da *lex rei sitae*. Em 1916, segundo palavras do autor, o legislador desviou-se dos princípios, pois “não atendeu ao espírito universalista do direito internacional”, e “cedeu à pressão do nacionalismo”.⁴¹² Além do mais, a aplicação prática do instituto não estaria isenta de dificuldades, sendo a principal delas a existência de herdeiros de diversa nacionalidade. Já vislumbrava o problema quando apontava que: “não será menor a violência quando o estrangeiro tiver filhos de dois leitos, os primeiros estrangeiros e os segundos brasileiros. Por amor destes, o territorialismo da Introdução fecha os olhos aos direitos do pae e dos irmãos consanguíneos”.⁴¹³ Coincidindo, Luiz Viana Filho, assim se referia:

⁴¹² BEVILAQUA, Clóvis. Doutrina: a Constituição e o Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 97, n. 34, p. 31-38, set. 1935. p. 31.

⁴¹³ Do ponto de vista prático, Clóvis Beviláqua dava os seguintes exemplos às dificuldades trazidas pelo instituto: “O estrangeiro, nas condições previstas pelo artigo, fallece no estrangeiro, onde era domiciliado. O juiz estrangeiro não attenderá á lei brasileira, que é méro dispositivo de lei interna, e applicará, á successão, a lei nacional do succedendo ou a do seu domicílio. Possuía, porém, esse individuo bens situados no Brasil. Não podem as nossas justiças attender a essa lei pessoal do autor da herança, porque o Codigo, expressamente, lhe ordena o contrario, Eis quebrado o princípio da unidade da successão, que se consagrava,

Esqueceu-se o legislador que dictava princípios de direito internacional e que a barreira collocada para anteparo dos interesses de herdeiros nacionaes 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 reflectem a nossa tradição.⁴¹⁴

Por outro lado, houve autores que defenderam o dispositivo. Carvalho Santos o considerava não como um abandono da unidade em favor da *lex loci*, mas apenas uma exceção para salvaguardar os interesses do cônjuge e dos filhos brasileiros.⁴¹⁵

Pontes de Miranda não via na aplicação da *lex rei sitae* algo negativo. Entendia que às vezes o Estado precisa adotar a lei da nacionalidade, às vezes a do domicílio, mas que tais universalidades não dispensam as leis primárias, de caráter material, quais sejam o estatuto pessoal e a situação das

como expressão da melhor doutrina, e, o que é peor, criada mais uma fonte de conflictos de legislações, guando o artigo tivera por fito resolvel-os. O estrangeiro casado com brasileira aqui reside, aqui se acha domiciliado, mas possui bens no paiz de origem. Fallecendo, abre-se a successão no Brasil, mas os tribunaes do logar onde se acham esses bens, certamente, não reconhecerão o império da lei brasileira. A situação é a mesma. Desapparece a unidade da successão e surge mais um conflicto de leis. O estrangeiro faz o seu testamento de accôrdo com a lei de sua patria, e depois se casa com brasileira. Rompe-se o testamento, na hypothese de se não ajustar com as prescripções da lei brasileira, pois que a successão desse estrangeiro fica sujeita á nossa lei. A violência é manifesta". BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936. p. 143-144. Também VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 222; SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 311. Pontes de Miranda, contudo, criticaria fortemente a confusão que Beviláqua realizou em tais exemplos entre *incidência* e *aplicação* de normas. A incidência da norma é imediata, incidindo a lei mais favorável. Se a lei mais favorável for a brasileira, ela incidirá. Caso contrário incidirá a lei estrangeira. São efeitos objetivos, e o juiz, na hora de sentenciar, apenas verifica qual lei efetivamente incidiu. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 649. As críticas de Beviláqua ao dispositivo não se sustentariam no que refere à perda da unidade da successão, pois idealizam por um lado, uma harmonia internacional de decisões, entre países que adotassem a regra geral prevista originalmente, e por outro, partindo do pressuposto do reconhecimento de decisões estrangeiras em matéria sucessória aqui no país. Como se viu no Capítulo 1 (1.2.2.3), a quebra da unidade sucessória não se dá hoje por força do *prélèvement*, e sim pelo princípio de pluralidade de juízos sucessórios estudada no âmbito de aplicação espacial da lei sucessória.

⁴¹⁴ VIANA FILHO, Luiz. *A lei reguladora da successão ab-intestato no direito internacional privado*. Bahia: Livr e Tip. do Comércio, 1930. p. 89.

⁴¹⁵ CARVALHO SANTOS, João M. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista pratico*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981. p. 178.

coisas.⁴¹⁶ Independentemente da questão da quebra da unidade da sucessão, eis leitura que o autor fazia do art. 153 § 33 da Constituição de 1967 (emendada em 1969):

“O legislador brasileiro, como legislador do Estado da situação dos bens, ligou a sucessão à sua lei. Tinha, no plano do direito das gentes, competência legislativa para fazê-lo. Porém não no fez em todos os casos. Apenas entendeu proceder à ligação quando o decujo esteja em certa relação jurídica, de direito de família e de direito da sucessão para com certos Brasileiros. Quer dizer: a) Quando o estrangeiro for casado com Brasileira, ou tiver filho Brasileiro. É, pois, *necessário* que a mulher seja Brasileira, ou que algum dos filhos ou o único filho do estrangeiro seja Brasileiro. b) Quando a estrangeira for casada com Brasileiro, ou tiver filho Brasileiro, pois *necessário* que o varão seja Brasileiro, ou a mulher o seja, ou que algum dos filhos ou o único filho da estrangeira seja Brasileiro”.⁴¹⁷

Pontes de Miranda não expressa, diferentemente de Beviláqua, uma preocupação com o tratamento do herdeiro estrangeiro. Pelo contrário, é notável a ênfase no discurso de defesa que se faz de um estatuto protetivo em virtude da nacionalidade brasileira do herdeiro. Tanto assim, que opinou pela impossibilidade de invocar o benefício os apátridas.⁴¹⁸ Note-se, em outra passagem do autor, esse espírito nacionalista explícito:

“Sabido isso, a competência do Estado do estatuto se instala, e não cabe cogitar-se de verificação de não-produção de efeitos por infração de ordem pública onde o estatuto estrangeiro é mais favorável: o art. 153, § 33, foi escrito precisamente para obviar aos graves inconvenientes da lei brasileira excepcional, acidentalmente desfavorável ao Brasileiro, que a lei queria proteger. Trata-se, portanto, de regra jurídica constitucional protectiva, que passa à frente de quaisquer outras. Por certo, não fica o Brasil inibido de *cortar efeitos* da lei estrangeira aplicável, em virtude da invocação de

⁴¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 644.

⁴¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 645. (com destaques no original). O autor já fazia essas mesmas apreciações na primeira versão do instituto na Constituição. PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito internacional privado*. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935. p. 268-269.

⁴¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de direito internacional privado*. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935. p. 269-270.

ordem pública, porém não onde, com isso, ofenderia o interesse de Brasileiro mais protegido pela lei brasileira”.⁴¹⁹

Também Haroldo Valladão via justiça na regra, e inclusive justificou a sua elevação ao patamar constitucional, por reconhecer-lhe abertamente o caráter de preferência em favor dos brasileiros. Como se viu nas discussões de cada uma das Constituições em que se votou a regra, sempre houve dúvidas acerca da conveniência de colocá-la no patamar constitucional. Por isso chama a atenção que este autor entenda 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”.⁴²⁰

Questiona-se Anna Maria Villela se seria este benefício um princípio fundamental para o nosso Direito e se seriam os interesses brasileiros os únicos dignos de proteção nesta matéria?⁴²¹ Independentemente da resposta, Valladão já explicou que, por tratar-se de uma preferência em favor de brasileiros, ela só seria possível em texto constitucional.⁴²²

Ainda, por ser uma exceção ao princípio da unidade sucessória previsto no CBust, ela só poderia valer se elevada ao patamar constitucional e ganhasse caráter de OPI. Por isso Jatahy, reconhecendo as possíveis consequências discriminatórias que a regra possa apresentar, afirma: “Nem se justificaria a invocação ao princípio da ordem pública internacional, uma vez

⁴¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 648. (com destaques no original).

⁴²⁰ VALLADÃO, Haroldo. O Direito Internacional Privado no Projeto de Constituição de 1946. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 7-21, 1946. p. 7.

⁴²¹ VILLELA, Anna M. Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 65, p. 131-146, jan.-mar. 1980. p. 145.

⁴²² VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 223.

que é a própria norma constitucional que assegura a aplicação da lei estrangeira, se mais favorável ao nacional”.⁴²³

Por fim, a defesa declaradamente mais veemente da regra observou-se em texto preparado às vésperas da entrada em vigor da CF/88. Nazo recomendou que:

“A herança de estrangeiro no Brasil, que deixe cônjuge ou filhos brasileiros, face à garantia constitucional que lhes criou um privilégio, será regida pelas leis brasileiras, no tocante aos bens situados no país, mas com a ressalva de que: aberta a sucessão “aliundi”, se a “lex sucessionis” for mais favorável aos brasileiros, em consonância com o inciso constitucional, aplicar-se-á a lei estrangeira por exceção”.

“Este privilégio *deve ser mantido pelo constituinte* reportando-se ao *estatuto pessoal do de cujus* que abarca qualquer critério de conexão pessoal aceito pelas normas de direito internacional privado, específicas para o direito sucessório internacional, nos diferentes sistemas jurídicos”.⁴²⁴

Olhando com a perspectiva que oferecem os anos, não se pode deixar de notar quão curioso é que alguém defenda abertamente um “privilégio aos brasileiros” para a CF/88, que buscava, depois de um dos mais obscuros períodos da história brasileira, formar “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Uma última referência ao instituto é a de Mazzuoli que não se quer deixar de advertir, pois parece decorrer de uma leitura bastante apressada dos art. 5º, inc. XXXI, da CF/88 e do art. 10, § 1º, da LINDB. Comenta o autor:

“O princípio em apreço, porém, é via de mão dupla, eis que beneficia a aplicação de qualquer lei (a nacional ou a estrangeira) mais favorável a pessoa. Trata-se de um elemento de conexão original e dialógico, que transforma o DIPr em disciplina progressista voltada à melhor proteção da pessoa em todos os campos. Seu melhor fundamento é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, que serve como *força de atração* para a aplicação da norma (nacional ou

⁴²³ JATAHY, Vera M. O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia. In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 175-182. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 176.

⁴²⁴ NAZO, Georgette N. Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969). In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 147-173. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 171. (com destaque no original).

estrangeira) que mais beneficia o sujeito de direitos num determinado caso concreto *sub judice*.⁴²⁵

Não se pode deixar de observar algumas imprecisões cometidas pelo autor. Deixa-se constância aqui de tais desacertos. Em primeiro lugar, não se considera que o *prélèvement* se trate de um princípio, mas apenas de uma regra. Segundo, se bem é verdade que a regra de *prélèvement* pode fundar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, da própria leitura da regra não surge que aponte à melhor proteção da pessoa, mas à melhor proteção dos herdeiros brasileiros. Por último, por tudo o que já foi dito – e o que se dirá – a regra não tem nada de progressista. Ao contrário, é a fiel representação de um nacionalismo retrógrado.

3.2.3.2 *Prélèvement* nacionalista na jurisprudência brasileira

No que respeita à aplicação pelos tribunais, estes manifestaram um apego ao texto legal quanto ao benefício estar apontado aos brasileiros. Nos casos que dessa literalidade se afastaram, o fizeram para promover a interpretação do instituto no sentido mais favorável aos brasileiros, como resulta dos casos a seguir relacionados:

a) Em 1958, o STF interveio em sucessão de cidadão português que deixou bens no Brasil. O máximo tribunal decidiu excluir da legítima a herdeira portuguesa, filha adulterina do *de cuius* português, reconhecida no ato testamentário. À herança concorriam os netos brasileiros de um filho legítimo pré-morto. Entendeu a Corte que, no caso concreto, devia buscar-se o direito mais favorável aos herdeiros brasileiros, entre o direito brasileiro, e o direito português, da nacionalidade do *de cuius*, conforme comando do art. 152 da Carta Constitucional de 1937. Assim o STF excluiu a filha como herdeira

⁴²⁵ MAZZUOLI, Valerio de O. *Direito internacional privado*. Curso elementar. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 193.

necessária, pois aplicou a lei brasileira que, pelo art. 358 do CC/1916 vigente à época, proibia o reconhecimento de filhos adulterinos.⁴²⁶

b) Em 1971, o mesmo tribunal decidiu um caso em que foi discutida a aplicação do *prélèvement* em circunstâncias diversas, mas do mesmo modo expondo uma postura nacionalista. Tratava-se de um brasileiro, domiciliado e morto no Uruguai, deixando bens no Brasil e herdeiros brasileiros, domiciliados também no Uruguai, sua viúva e uma filha adotiva. O cônjuge sobrevivente era beneficiado por um testamento do *de cuius*, que lhe deixava todos os bens em prejuízo da filha adotiva. A primeira, alegando as regras de DIPr brasileiras, pretendia a aplicação das leis uruguaias ao caso, que não incluíam os filhos adotivos como herdeiros necessários. A filha adotiva, por ter nacionalidade brasileira, reclamou o benefício do *prélèvement*, logo, a aplicação da lei brasileira, que não distinguindo entre filhos legítimos e adotivos, considera estes últimos como herdeiros necessários. Cabia ao Tribunal decidir a aplicação do *prélèvement* para o caso de tratar-se de brasileiro domiciliado no exterior, hipótese não prevista em todas as versões do *prélèvement* brasileiro – inclusive as atuais. Tendo sucumbido nas instâncias anteriores,⁴²⁷ a filha adotiva propiciou um novo debate no STF, com a interposição de embargos. Na oportunidade, o Ministro Eloy Rocha assim entendeu o dispositivo:

“Na menção aos favorecidos, o art. 165 melhorou a redação do princípio, em confronto com o art. 10, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e como o art. 152 da Carta de 1937, ao estabelecer: ‘em benefício do cônjuge ou de filhos brasileiros...’. É certo que, por essa regra, tanto pode ser do cônjuge, como de filhos brasileiros. Basta que seja destes, ou daquele”.

“Aplica-se o preceito constitucional, no sentido mais benéfico ao brasileiro, de modo que, jamais, este possa ser desfavorecido, quando se tratar de bens situados no Brasil, seja a sucessão de estrangeiro, ou de brasileiro”.

“Se a lei – dissemos em outra oportunidade – favorece o herdeiro brasileiro, mesmo sendo estrangeiro o autor da herança, à fortiori protegerá o herdeiro brasileiro, sendo também nacional o hereditando”.

⁴²⁶ STF. RE n. 34.273. Segunda Turma. Relatório: Antônio M. Vilas-Boas. Julgamento: 31/10/1958. Publicado: RTJ 16-01, p. 63.

⁴²⁷ STF. RE n. 59.871/RS. Tribunal Pleno. Relator: Antônio M. Vilas-Boas. Julgamento: 31/05/1966. Publicação: DJ 14/09/1966, p. 3.092.

(...)

“O mesmo não pode deixar de ocorrer se se tratar de herdeiro nacional e de herdando também nacional, desde que ocorra o conflito”.⁴²⁸

Entendeu-se que o benefício da lei mais favorável devia ser interpretado “no sentido mais benéfico ao brasileiro”.⁴²⁹ Essa linha interpretativa extensiva, foi inspirada no Anteprojeto de Lei Geral de Aplicação de Normas Jurídicas de Haroldo Valladão antes mencionado.

c) Em 1994, embora não tenha sido determinante para deslindar a questão, a regra de *prélèvement* foi interpretada como uma verdadeira exceção ao princípio de isonomia autorizado pela CF/88. É o que se observa na leitura do voto vencedor:

“Impulsiona-se o julgador a acatar a vontade do testador. Até porque a lei brasileira assim prescreve. Interessante o apego ao disposto no art. 226, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988. Não se pode negar aos filhos igualdade. Nem por isso a regra é absoluta: basta lembrar o disposto no art. 5º, XXXI, da mesma Carta, quando haverá distinção entre filhos brasileiros e estrangeiros na sucessão de bens de estrangeiros, desde que situados no Brasil. A igualdade entre filhos, em tal hipótese, não será observada: os brasileiros receberão benefícios; e nenhuma palavra foi dedicada aos filhos estrangeiros”.

“Poder-se-ia dizer que o art. 226. § 6º, está preocupado em estabelecer igualdade entre os filhos do casamento ou não ou da adoção e não a igualdade entre brasileiros e estrangeiros. Entretanto, se todos são iguais perante a lei, sem distinções, é a própria Carta Magna que diferencia o caso de herança de brasileiros, excluindo dos favores legais os estrangeiros, mesmo que filhos do autor da herança”.

‘Não se pode pretender a igualdade, salutar diga-se de passagem, levando-a às últimas consequências, quando o próprio constituinte impõe limites. (voto do Des. Silveira Netto)’⁴³⁰

⁴²⁸ STF. Emb. RE n. 59.871/RS. Tribunal Pleno. Relator: Eloy Rocha. Julgamento: 26/05/1971. Publicação: DJ 12/11/1971. (com destaques no original).

⁴²⁹ STF. Em. RE n. 59.871/RS. Tribunal Pleno. Relator: Eloy Rocha. Julgamento: 26/05/1971. Publicação: DJ 12/11/1971.

⁴³⁰ TJSP. Ag. de Instrumento 994.93.002939-4. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Marco Valente. Julgamento: 05/05/1994. Publicação: 09/05/1994. Infelizmente, em sede de Recurso Especial a questão da interpretação do art. 5º, inc. XXXI, não foi discutida novamente. STJ. REsp. n. 61434/SP. Quarta Turma. Relator: Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 17/06/1997. Publicação: RSTJ 102:292.

d) Ainda em 2014 o TJSP aplicou efetivamente benefício do *prélèvement*, de uma maneira que confirma a atualidade dos questionamentos até agora levantados no que se refere ao fato de ser um instituto que propicia a discriminação. No caso, um cidadão estadunidense testou, segundo as leis daquele país, deixando “todos seus bens pessoais e familiares” para sua esposa, brasileira, caso sobrevivesse a ele, e na ausência dela, aos filhos estadunidenses. Portanto, ao assim proceder, nomeou a esposa sua única herdeira. Ao decidir sobre a reclamação da viúva sobre imóvel situado no Brasil, eis a resposta que esta recebeu:

“(...) inquestionável que a transferência integral da meação do falecido sobre o imóvel em questão à viúva se apresenta mais benéfica do que se aplicada a lei brasileira, que exige a aferição da não invasão da legítima dos filhos, que, *por não serem brasileiros nem residirem no país, não se encontram protegidos pela lei brasileira, na condição de herdeiros necessários*”.⁴³¹

Se comparadas as duas últimas decisões, aponta-se claramente um acolhimento à ideia de um privilégio em favor dos herdeiros brasileiros, em pleno S. XXI. A outorga de um tratamento mais favorável em virtude da nacionalidade revela quão atrelado às velhas estruturas se encontra o instituto em exame, ao ponto de justificar-se plenamente uma exceção ao princípio da igualdade entre filhos em caso de que alguns destes não possuam nacionalidade brasileira.

Muito embora a segunda decisão aponte uma possibilidade de equiparação ao benefício da lei mais favorável àqueles que residam no país, há que se dizer que se incorre no mesmo erro. A maior amplitude com que se possa interpretar esse benefício para atingir os residentes ou domiciliados no Brasil parece, em um olhar descuidado, ser uma saída para o problema. Longe disso. Modificar a regra de *prélèvement*, incluindo-os como destinatários, não o resolve. Pelo contrário, ainda será possível encontrar conflitos do mesmo nível de complexidade. Como poderá se ver no próximo capítulo, o problema subsiste em conflitos cujos elementos fáticos transcendem a dicotomia

⁴³¹ TJSP. Apelação 0002337-26.2013.8.26.0577 Segunda Câmara de Direito Privado, Relator: Álvaro Passos, Data de Julgamento: 11/03/2014. (sem destaque no original).

herdeiro nacional – estrangeiro. A elevação pelo CC/2002 do cônjuge ao status de herdeiro concorrente, em prol de sua proteção, pode ser geradora de novos conflitos sucessórios, ainda na presença de famílias integralmente formadas por brasileiros, ao se abrir a porta, no caso concreto, à aplicação do direito estrangeiro.

CAPÍTULO 4 – CONCORRÊNCIA SUCESSÓRIA ENTRE CÔNJUGE E FILHOS BRASILEIROS E EFEITOS DO *PRÉLÈVEMENT*

Quando o art. 5º, inc. XXXI, da CF/88 e o art. 10, § 1º, da LINDB, ordenam aplicar a lei mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros, estão demandando do juiz interveniente, no processo sucessório aberto no Brasil, uma tarefa de comparação entre o direito nacional e o direito estrangeiro. O legislador não indicou ao juiz um único caminho, mas lhe encomendou a tarefa de encontrar entre dois direitos conectados ao caso, aquele que for mais favorável a tais herdeiros.⁴³² Como bem destaca Nadia de Araujo, uma leitura atenta do dispositivo não deve levar a aplicar automaticamente o direito brasileiro para resolver a sucessão. Antes é necessário efetuar uma análise da lei estrangeira para que se possa avaliar se é ou não mais benéfica do que a lei local.⁴³³

Na sucessão, o fato de um direito material ser ou não mais favorável depende de um número muito grande de circunstâncias do caso. Como se observou, o âmbito material da *lex successionis* é amplo. Reproduzir todas as variáveis que pudessem cair na órbita da comparação demandaria a titânica e inútil tarefa de criar inúmeros casos-testes como o que foi exposto no começo desse estudo. Cada um deles deveria ter alguma particularidade que pudesse ser levada em conta pelos diferentes ordenamentos, tais como prazos, atitudes adotadas pelas partes na abertura do inventário, número de herdeiros, isso sem contar a existência de instituições não conhecidas entre uns e outros ordenamentos. Por isso a opção metodológica implica escolher poucas variáveis, isolando-as para a demonstração.

⁴³² MONACO, Gustavo F. Problema hermenêutico da lei mais favorável em direito internacional privado à luz do desafio kelseniano. *Revista IMES de Direito*, São Caetano do Sul, ano IV, n. 8, p. 50-57, jan.-jun. 2004. p. 54-55. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/766>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴³³ ARAUJO, Nadia de. Constituição brasileira e sucessão internacional: a aplicação da lei mais benéfica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, jan. 1998. p. 60 e sgts.

4.1 DIFICULDADES NA COMPARAÇÃO EM ABSTRATO PARA A BUSCA DA LEI MAIS FAVORÁVEL

O estudo feito no Capítulo 2 autoriza uma escolha de aspectos que permitam a comparação com o direito estrangeiro. Estes são a ordem de vocação hereditária decorrente da sucessão legítima e os limites à livre disposição dos bens *mortis causae*.

Seguindo a preocupação exposta supra por Pimenta Bueno ao comentar a regra – já sem contar com exclusões em virtude da nacionalidade do herdeiro como fazia o direito de albinágio estudado – há casos em que pode ser importante aplicar o *prélèvement* e dessa forma garantir a aplicação de uma lei mais favorável, quando a *lex successionis* atribui menos direitos sucessórios a determinada pessoa em razão do gênero, da filiação ou, inclusive, de credo. Um claro exemplo é possível encontrar em países de tradição islâmica. Atualmente, mais de quarenta países resolvem as sucessões pela Sharia (*šarī'a*), ou Lei Islâmica,⁴³⁴ num complexo sistema de regras, em que se pode destacar o fato de não poder suceder de um muçulmano aquele que não for muçulmano, ou as diferentes proporções entre homens e mulheres na distribuição da herança, em que as segundas recebem a metade da porção correspondente aos primeiros.⁴³⁵

Também, de forma abstrata, pode ser levado em conta para definir o caráter mais ou menos favorável de um direito estrangeiro na sucessão, a questão das restrições à liberdade de testar, para a qual o direito comparado apresenta significativa variedade de soluções, tanto no que se refere aos

⁴³⁴ A coluna vertebral da Sharia é a palavra revelada por Deus, que consta no Alcorão, e que impõe normas imperativas que as distintas escolas jurídicas não podem ignorar. Contém preceitos de caráter moral e religioso que resultam obrigatórios para os muçulmanos nacionais desses países. Dentro dela, encontram-se preceitos de caráter notoriamente jurídico, e que provocam tensões com o direito ocidental. FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. Sucesiones internacionales y orden público constitucional: la sucesión mortis causa en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica. *Derecho privado y Constitución*, Madrid, n. 23. p. 149-199. jan.-dez. 2009. p. 150.

⁴³⁵ FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. Sucesiones internacionales y orden público constitucional: la sucesión mortis causa en España cuando la ley aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica. *Derecho privado y Constitución*, Madrid, n. 23. p. 149-199. jan.-dez. 2009. p. 162-164.

incluídos no rol, quanto às quotas de indisponibilidade.⁴³⁶ O artigo 1.846 do CC/2002 determina que sejam herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, tendo direito a uma reserva de metade dos bens do acervo. No direito comparado é possível encontrar exemplos de maior e menor proteção.

No caso da Inglaterra e do País de Gales, por exemplo, existe uma liberdade de testar que tradicionalmente foi absoluta.⁴³⁷ Hoje essa liberdade encontra-se limitada pelo *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975*⁴³⁸ que determina que determinados parentes recebam uma provisão financeira para sustento, que o juiz regula conforme diferentes circunstâncias. O juiz tem amplas faculdades para determinar a quantia e a forma de disposição, como pagamentos periódicos, uma quantia de dinheiro fixa ou a atribuição de determinados bens. A regra continua sendo a liberdade para testar.⁴³⁹ Similares disposições se encontram na Província de Toronto, no Canadá.⁴⁴⁰ No caso da Escócia, pela *Succession (Scotland) Act 1964*, cônjuge e filhos têm reserva apenas sobre um terço dos bens móveis do *de cuius*. Quanto aos imóveis, o *de cuius* pode dispor livremente.⁴⁴¹

Contudo, essa maior liberdade para testar não apenas se encontra nos países de tradição de *common law*. Um caso particular é o do Código Civil Federal Mexicano, que prevê a obrigação do testador de prover alimentos a

⁴³⁶ Para um comparativo dos direitos europeus, consultar a base Sucessões na Europa, que reúne informações básicas de direito sucessório dos 27 países da União Europeia. NOTARIES OF EUROPE. Sucessões na Europa. Disponível em: <<http://www.successions-europe.eu/pt/>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴³⁷ FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *JADO. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, ano VIII, n. 19. p. 17-80, maio 2010. p. 26.

⁴³⁸ REINO UNIDO. *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* Chapter 63. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>>. Acesso em: 14/02/2016. Sobre a mudança na legislação britânica e os critérios utilizados pelos tribunais *vide* SCHAUL-YODE, Richard. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. *Boston College International & Comparative Law Review*, Newton, v. 8, n. 1, p. 205-236, jan. 1985. p. 220.

⁴³⁹ FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *JADO. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, ano VIII, n. 19. p. 17-80, maio 2010. p. 28-29.

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *JADO. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, ano VIII, n. 19. p. 17-80, maio 2010. p. 28-29.

⁴⁴¹ REINO UNIDO. *Succession (Scotland) Act 1964*. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/41>>. Acesso em: 20/05/2010.

determinados herdeiros em situação de necessidade, enquanto durar essa situação.⁴⁴²

No caso do direito alemão, a reserva de legítima é de metade da herança⁴⁴³, fração que se equipara ao direito brasileiro. Entretanto, o herdeiro não adquire direitos sucessórios sobre essa porção, mas apenas um crédito contra o beneficiado pela disposição.⁴⁴⁴

Em uma sucessão conectada com tais sistemas jurídicos, o direito brasileiro apresentará em abstrato uma significativa melhoria com relação ao direito estrangeiro. Já em outros casos, o *prélèvement*, por contar com um elemento de conexão flexível, poderá resultar mais benéfico aos direitos sucessórios da família brasileira.

Nadia de Araujo compara o direito sucessório brasileiro com o direito francês. O Código Civil francês limita a liberdade de disposição dos bens ao *de cuius*, à medida que aumenta o número de filhos. Assim, determina uma reserva de cinquenta por cento para o caso de existir um filho, dois terços no caso de concorrerem dois, e três quartos para o caso de existirem três ou mais (art. 913). Esse benefício também ocorre na aplicação do direito italiano (art. 542 do Código Civil), que fixa a parte indisponível em três quartos, no caso de existir mais de um filho em concurso com o cônjuge.⁴⁴⁵

Situações verdadeiramente complexas se apresentam quando a reserva de legítima é maior no direito estrangeiro, mas o cônjuge não é herdeiro necessário, como acontece, por exemplo, no direito de Luxemburgo (art. 913 do Código Civil luxemburguês).⁴⁴⁶ Neste país, a reserva contempla apenas os filhos, e chega a três quartos do acervo se estes forem três ou mais. Sendo cônjuge e filhos de nacionalidade brasileira, poderia a primeira, com base no

⁴⁴² Art. 1.368 do Código Civil Federal Mexicano.

⁴⁴³ Art. 2.303 do Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

⁴⁴⁴ FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *JADO. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, ano VIII, n. 19. p. 17-80, maio 2010. p. 52.

⁴⁴⁵ ARAUJO, Nadia de. Constituição brasileira e sucessão internacional: a aplicação da lei mais benéfica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, jan. 1998. p. 60 e sgts.

⁴⁴⁶ No caso dos países europeus, o cônjuge apenas tem direito a uma reserva na Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, França, Grécia, Irlanda e Itália. DEUTSCHES NOTARINSTITUT. *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne*. Rapport final. Würzburg: Deutsches Notarinstitut, 2002. p. 15 e segts. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf>. Acesso em: 14/02/2016. p. 115.

prélèvement, defender a aplicação da lei brasileira e reduzir as disposições testamentárias do *de cuius* feitas aos filhos brasileiros, se o de cujus, por exemplo, tiver testado em favor destes todo o patrimônio? Se sim, não terá sido a solução mais favorável aos filhos brasileiros. Se não, o cônjuge não terá recebido a proteção almejada.

Um caso similar, de difícil resposta, relacionado com a vocação hereditária, se dá quando os filhos brasileiros se veem beneficiados pela negativa de direitos hereditários ao cônjuge brasileiro, pelo direito estrangeiro, como acontece no direito belga, em que este último recebe apenas uma parte em usufruto e não em plena propriedade (art. 745 bis do Código Civil belga).

Esses questionamentos, feitos de forma abstrata, vão ganhar força nas páginas a seguir. Inicia-se com o tratamento de direito material brasileiro. Ele deverá constituir a base sobre a qual se compare o direito estrangeiro.

Na análise do direito brasileiro dá-se especial atenção à figura do cônjuge, por três motivos: por estar previsto como destinatário do benefício da lei mais favorável na regra de *prélèvement*; por ter ocupado um patamar cada vez mais importante na ordem de vocação hereditária ao longo dos anos no direito brasileiro; e finalmente, por existirem interpretações divergentes sobre regra brasileira da concorrência entre cônjuge e descendentes, algo que acaba por acarretar dificuldades na hora da comparação. Tais dúvidas transformam a base de comparação a ser utilizada no *prélèvement* em um terreno de areias movediças, e por isso é necessário saber onde se pisa.

Posteriormente, será possível observar, por meio de uma simulação de partilhas como seriam as possíveis respostas que ao juiz brasileiro se apresentariam no caso em estudo.

Aqui se volta a tratar com ênfase o caso apresentado na primeira parte, pois é sobre ele que se fará a comparação dos direitos materiais relacionados, quais sejam: o direito brasileiro, o direito uruguaio e o direito argentino. A regra de *prélèvement* instala um desafio para o juiz de como distribuir corretamente uma herança, quando as possíveis soluções não preservam a igualdade entre herdeiros. Será possível provar que as mazelas da regra de *prélèvement* não decorrem apenas de uma questão de privilégio de nacionalidade, mas do fato de combinar tratamento mais favorável com abertura a um direito estrangeiro,

para regular uma relação cujos sujeitos o direito material pretendeu equiparar no que a direitos hereditários se refere.

4.2 BASE DE COMPARAÇÃO PARA APLICAÇÃO DO PRÉLÈVEMENT NO CASO CONCRETO: O DIREITO MATERIAL SUCESSÓRIO BRASILEIRO APLICÁVEL À SUCESSÃO DE ALFREDO SARAIVA

A sucessão legítima no Brasil, a exemplo de outras matérias da ordem privada, possui profundas raízes no Direito Romano.⁴⁴⁷ Fiel a essa tradição, que se reproduz na maioria das legislações ocidentais, o codificador brasileiro deu preferência no chamamento à sucessão aos que têm laços de parentesco com o *de cuius*⁴⁴⁸ de caráter consanguíneo ou civil, considerando que a eles teria querido deixar a herança, mesmo sem qualquer manifestação de

⁴⁴⁷ Nos primórdios deste sistema, a vocação hereditária estava fundada sobre a família dos *agnati* e os vínculos de potestade, tentando-se resolver a questão de quem continuaria com o culto religioso (*sacra*), para depois transformar-se em um instituto mais voltado à continuidade da titularidade sobre os bens do falecido. Pela Lei das XII Tábuas, ao morrer o *paterfamilias* devia substituir-lhe na família um *heres*, ou continuador dos cultos, e nas relações pessoais e patrimoniais. Para tanto, eram chamados os *sui* ou filhos em potestade (*heredes sui et necesarii*), depois o parente varão mais imediato (*agnati*) e, à falta deste, os *gentiles*, pertencentes à mesma *gens* ou idêntica progênie. Se talvez na época primitiva o instituto tinha um viés mais de caráter religioso, depois das XII Tábuas é que adquire um caráter decididamente patrimonial. Assim, concebe-se como um conjunto de bens que se transmite ao herdeiro, nas expressões família *pecuniaque*. No final da República, a herança torna-se um conceito exclusivamente patrimonial, identificando-se com pecúnia. Ao final da época clássica, a herança se considerava como *universitas*, enquanto entidade independente dos bens que a compunham. GARCIA GARRIDO, Manuel. *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*. Madrid: Dykinson, 2000. p. 740-741. Mais tarde, o direito pretoriano institui e convocou, sucessivamente: os filhos sem sujeição ao princípio da *potestas* (*bonorum successio unde liberi*); os agnados (*bonorum successio unde agnati*); os parentes até o sexto grau (*bonorum successio unde cognati*) e em último lugar ao cônjuge (*bonorum successio unde vir et uxor*). As *Institutas Justinianeas* (Livro II, Título 19, e Livro III, Títulos 1 a 9) e as *Novelas* (118 e 127), estabeleceram precisões na ordem vocacional, para chamar: os descendentes; os ascendentes e irmãos bilaterais; os irmãos unilaterais; os outros colaterais; e em último lugar o cônjuge. Interessante é notar que, se o cônjuge fosse mulher, e ficasse pobre e sem dote, poderia subir de grau e concorrer com os herdeiros do marido, com direito a uma quarta parte da herança. PEREIRA, Caio M. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 91. Hironaka destaca que o princípio ordenador da sucessão no direito romano também estava presente no momento em que o testador instituíra uma pluralidade de herdeiros, criando um rol valorativo com base no sentido de dignidade, posto que uma pessoa determinada ocupava na ordem vocatória. HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 356.

⁴⁴⁸ PEREIRA, Caio M. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 89. Também OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 29.

vontade.⁴⁴⁹ Para tanto, se serve de uma ordem de preferência denominada “ordem de vocação hereditária”, considerada a pedra angular do sistema sucessório.⁴⁵⁰

Por outra parte, no caso de que o autor da herança tenha manifestado sua última vontade através do testamento, o direito dá uma margem ao exercício de dispor livremente dos bens sem necessidade de favorecer os próximos do *de cuius*, ou de seguir a ordem fixada pelo legislador, como uma manifestação derradeira do direito de propriedade. Contudo, esse direito, no Brasil, não é absoluto. O legislador o limitou, seguindo a maioria dos sistemas jurídicos baseados no Direito Romano, pois naquele em algum momento se questionou o caráter soberano da vontade do testador.⁴⁵¹

Em prol de proteger determinados membros da família, a lei impõe que apenas uma parte do patrimônio possa ser disposta livremente, ficando a outra parte reservada às determinações da distribuição de acordo com a lei, quando existirem os denominados herdeiros necessários. Existindo estes, o testador em uma sucessão governada pela lei brasileira não poderá dispor livremente além da metade dos bens da herança, pois outra metade pertencerá de pleno direito, aos herdeiros necessários (arts. 1.789 e 1.846 do CC/2002) sendo distribuídas conforme as regras da sucessão legítima. São herdeiros necessários, no Brasil, os descendentes, os ascendentes, e a partir do CC/2002 também o cônjuge (art. 1.845 do CC/2002). A estes caberá pelo menos cinquenta por cento dos bens existentes na abertura da sucessão, a título de reserva de legítima.⁴⁵²

⁴⁴⁹ CAHALI, Francisco J. Sucessão legítima. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 145-163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 145.

⁴⁵⁰ OLIVEIRA, Arthur V. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. p. 169.

⁴⁵¹ A partir da República começa a se aceitar a *querela inofficiosi testamenti*, remédio judicial concedido quer a descendentes, quer a ascendentes, injustamente afastados da sucessão, ou preteridos. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002) v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 18.

⁴⁵² Dispõe o art. 1.847 do CC/2002 a forma de cálculo: “Calcula-se a legítima sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão, abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação”. Considera-se, portanto, o valor do montante sobre a herança líquida e não sobre a herança bruta. Para assegurar essa parcela do acervo, o legislador colocou à disposição destes certos instrumentos que visam a sua preservação como a redução (art. 1966 e sgtes. do CC/2002), a colação (art. 2002 e sgtes. do CC/2002) e as restrições à imposição de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade sem justa causa (art. 1848 do CC/2002). VENOSA,

4.2.1 Ordem de vocação hereditária no direito sucessório brasileiro

No sistema adotado pelo Brasil, a ordem de vocação hereditária tem como característica principal o fato de ser sucessiva e excludente,⁴⁵³ de forma que os herdeiros de uma classe excluem os da classe subsequente, e dentro da mesma classe, os de grau mais próximo excluem os mais remotos.⁴⁵⁴ A exceção a essa regra está dada pelo lugar que ocupa o cônjuge, que não necessariamente é excluído pelas anteriores categorias, ocorrendo uma *coordenação preferencial* entre os herdeiros.⁴⁵⁵

O direito sucessório do cônjuge no direito brasileiro teve uma importante evolução, acompanhando também a que significou a eliminação de restrições sucessórias a respeito dos descendentes em virtude da origem da filiação, isto é, a eliminação da distinção entre filhos naturais e legítimos.⁴⁵⁶

A evolução apresentada ao longo dos anos em favor de uma vocação hereditária do cônjuge enquanto concorrente com a dos filhos, converte essa questão em um dos aspectos em que maior impacto provoca o instituto do *prélèvement*. Foi uma opção do legislador aplicar a lei mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros sem, contudo, especificar quem deles deverá receber melhor tratamento na concorrência, no caso de não coincidirem as nacionalidades dos integrantes da família, ou, em caso de coincidirem, quem deverá ser beneficiado.

A doutrina tem se ocupado da questão da vocação sucessória do companheiro prevista no art. 1.790 do CC/2002, levando-se em conta que o

Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 141-161, 305-313, 349-358.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 30.

⁴⁵⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002) v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 94.

⁴⁵⁵ HIRONAKA, Giselda M. O sistema de vocação do cônjuge concorrente e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 45-87, maio 2005. p. 47.

⁴⁵⁶ CAHALI, Francisco J. Sucessão na linha reta. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 165-184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 186.

art. 226 § 3º da CF/88 consagrou, para efeitos da proteção do Estado, a união estável como entidade familiar. Os debates se pautam pela disparidade de tratamento em matéria de direitos sucessórios ao companheiro em comparação com o tratamento dado ao cônjuge, estabelecendo distinções quanto à forma de distribuir os bens, bem como ao patrimônio afetado, ao ponto de ser questionada a sua constitucionalidade.⁴⁵⁷ O tema não será objeto de estudo aqui, pois estenderia em demasia o elemento de comparação sobre o qual se apoia a crítica ao *prélèvement* sucessório. A vocação sucessória prevista no artigo 1.829 CC/2002 já constitui, por si só, um importante parâmetro de como a sucessão legítima está configurada no Brasil, para poder demonstrar as mazelas do *prélèvement*. Não se está querendo com isso expressar, ainda, que o companheiro brasileiro não possa ser admitido pela regra da lei mais favorável, embora o art. 5º inc. XXXI da CF/88 e o art. 10 da LINDB apenas se refiram ao cônjuge brasileiro. Essa opção por uma interpretação abrangente não salvaria o dispositivo de críticas mais veementes, objeto próprio deste estudo.

4.2.1.1 Melhoria na vocação sucessória do cônjuge

No Brasil, durante praticamente todo o S. XIX, e até 1917, vigorou o direito português, apesar de ser uma Nação independente desde 1822 e uma República desde 1889.

⁴⁵⁷ Sobre a questão, podem consultar-se TARTUCE, Flavio. Sucessão do companheiro – O polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano VII, n. 39, 2010. p. 102; DANTAS JÚNIOR, Aldemiro. Concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 128-143, maio 2005. p. 128 e sgtes. RÉGIS, Mario D. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, maio 2005. p. 214 e sgtes. À época da apresentação deste estudo, Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou que decidirá a constitucionalidade do art. 1790 inc. III do Código Civil (CC) que prevê regimes sucessórios diferentes para cônjuge e companheiro. O tema teve repercussão geral reconhecida por unanimidade e será analisado no Recurso Extraordinário (RE) 878694, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. STF. Constitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para companheiro e cônjuge será discutida pelo STF. Notícias STF, Brasília, 20/04/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289807>>. Acesso em: 14/02/2016.

As Ordenações Filipinas concediam direitos sucessórios aos descendentes, em primeiro lugar, continuando pelos ascendentes e os colaterais até o décimo grau, para colocar o cônjuge no penúltimo estágio, antes que o Estado recebesse os bens jacentes.⁴⁵⁸ Por esse sistema, a posição outorgada ao cônjuge tornava praticamente inútil qualquer pretensão sucessória deste sobre os bens.⁴⁵⁹ Foi com o advento da Lei 1.839 de 1907, conhecida como Lei Feliciano Pena,⁴⁶⁰ que a ordem vocacional começa a modificar-se, pois o cônjuge passou a ocupar o terceiro lugar, antecedendo aos colaterais, desde que não houvesse desquite.⁴⁶¹ Clóvis Beviláqua, que já em 1899 questionava a posição relegada em que se encontrava o cônjuge supérstite do direito português,⁴⁶² manteve a nova escala da Lei 1.839, acolhendo-a no CC/1916.

Embora ainda tímida,⁴⁶³ a alteração talvez mais significativa na prática viesse com a Lei n. 4.121 de 27 de agosto de 1962, denominada de Estatuto da Mulher Casada.⁴⁶⁴ Esta lei não deu melhor posição na vocação hereditária ao cônjuge, mas reconheceu ao casado em regime que não o de comunhão universal, enquanto durar a viuvez, do usufruto de parte dos bens do falecido, bem como o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à

⁴⁵⁸ BRASIL. *Ordenações Filipinas*. Livro IV. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 947-948.

⁴⁵⁹ CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 186.

⁴⁶⁰ Em homenagem ao seu autor, Feliciano Pena, senador do Estado de Minas Gerais. CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

⁴⁶¹ “Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a sucessão *ab intestato* ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil”. BRASIL. Decreto n. 1.839, de 31 de Dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da *sucessão ab intestato*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴⁶² PEREIRA, Caio M. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 92.

⁴⁶³ CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

⁴⁶⁴ BRASIL. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe Sobre A Situação Jurídica da Mulher Casada. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 14/02/2016. Embora a denominação da lei, o artigo menciona “o cônjuge viúvo”, e não “à cônjuge viúva”, portanto o viúvo também poderia ter tais benefícios. VENOSA, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 117.

residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar.

Na vigência do CC/1916, observou-se uma lógica de subordinação, ou seja, uma ordem seccionada pela qual o cônjuge somente seria chamado a suceder diante da ausência de descendentes e ascendentes.⁴⁶⁵

O CC/2002 culmina essa evolução no que respeita aos direitos sucessórios do cônjuge: além de garantir-lhe uma porção da legítima, tornando-o herdeiro necessário (arts. 1.845 e 1.846 CC/2002), o colocou em um lugar de destaque dentro da ordem vocacional, chamando-o a receber em propriedade – não um mero usufruto – a depender do regime de bens do matrimônio.⁴⁶⁶ Contudo, essa admissão do cônjuge como herdeiro necessário, no meio de quatro possíveis regimes matrimoniais, não veio isenta de dificuldades interpretativas.

Atualmente, o CC/2002 fixa a ordem de vocação hereditária no artigo 1829, inc. I, que assim dispõe:

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.⁴⁶⁷

⁴⁶⁵ HIRONAKA, Giselda M. O sistema de vocação do cônjuge concorrente e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 45-87, maio 2005. p. 46-47.

⁴⁶⁶ Ao escrever a Exposição de Motivos do Livro de Direito das Sucessões do Anteprojeto de Código Civil, em 1975, Torquato de Castro destacou a profunda transformação a que se submete o direito de família, tanto na Europa quanto no Brasil, na qual aquisição de direitos hereditários por parte do cônjuge deve dar-se em plena propriedade, rompendo com a tradição da família patriarcal em que a hierarquia sucessória estava exclusivamente baseada em critérios de linhagem e estirpe. CASTRO, Torquato. Exposição de motivos do Prof. Torquato de Castro sobre o Livro Direito das Sucessões no Anteprojeto de Código Civil. *Arquivos do Ministério de Justiça*, Brasília, p. 123-130. ano 32, n. 36, 1975. p. 126.

⁴⁶⁷ O dispositivo contém uma falha na remissão, ao citar o art. 1.640 parágrafo único, quando na verdade é o art. 1.641 que prevê as hipóteses de aplicação do regime de separação obrigatória.

Como se observa, os descendentes continuam formando uma classe privilegiada.⁴⁶⁸ Prevalece no sistema brasileiro, como na maioria das legislações do mundo, a máxima segundo a qual *amor primum descendit, deinde ascendit*, adágio latino que expressa a ideia presente na sociedade segundo a qual os descendentes devem ser os primeiros (o amor primeiro desce e depois sobe).⁴⁶⁹ Não havendo descendentes com direito a sucessão (nem sequer aqueles que possam exercer o direito de representação), são chamados os ascendentes, vigorando também o princípio segundo o qual o grau mais próximo exclui o mais remoto, sem distinção das linhas (art. 1836 § 1º CC/2002),⁴⁷⁰ e em caso de sobreviver apenas um genitor, será deste a sucessão, não existindo direito de representação dos avós do *de cuius*, pais do outro genitor pré-morto. O próprio art. 1.852 CC/2002 afasta esta possibilidade.

Por outra parte, o CC/2002 manteve o benefício da moradia que tinha sido incorporado ao CC/1916 em 1962, mas dessa vez o desvinculou do regime de bens do casamento, constituindo uma vantagem paralela à condição de herdeiro que eventualmente possa vir a desfrutar:

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.⁴⁷¹

⁴⁶⁸ OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 30.

⁴⁶⁹ Euclides de Oliveira sustenta a ideia de vontade presumida do *de cuius*: “Justifica-se essa posição, pois supostamente seria a vontade do testado proteger a sua prole, mediante a transmissão do patrimônio que lhes garanta a sobrevivência com dignidade”. OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 31. Também Hironaka: “o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, por serem fruto de sua constituição física, de sua estrutura moral, de seu afeto e de sua comunhão de outra vida para com o outro genitor”. HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*: Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 358-359. Também GIORGIS, José. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 88-127, 2005. p. 105.

⁴⁷⁰ OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 30.

⁴⁷¹ Ainda, o legislador não reprisou a condição de se manter em estado de viuvez, podendo formar uma nova família através do casamento ou da união estável. Seria aconselhável, de *lege ferenda*, a previsão da extinção como o fazem outros ordenamentos. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002) v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116.

Situa-se o cônjuge, enquanto herdeiro exclusivo necessário, em terceiro lugar na ordem sucessória, recebendo a totalidade da herança diante da falta de descendentes e ascendentes,⁴⁷² independentemente do regime de bens adotado durante o casamento. A possibilidade de herdar depende da verificação de certos pressupostos. Em primeiro lugar, deve indagar-se, obviamente, acerca da subsistência do vínculo com o autor da herança,⁴⁷³ já que em caso de divórcio, o vínculo conjugal ter-se-á extinto. Ainda, o art. 1.830 CC/2002 afasta qualquer direito sucessório entre cônjuges separados judicialmente, bem como aos separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste último caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

Como fora mencionado, o CC/2002 garantiu uma melhor posição ao cônjuge, pois admite a concorrência deste em determinadas situações, vindo a herdar como se fosse mais um descendente, ou na falta destes, poderá o cônjuge concorrer com os ascendentes. Por serem o cônjuge e os filhos protagonistas do *prélèvement* sucessório previsto na CF/88 e na LINDB, é que se torna indispensável melhor entender como se dá essa concorrência. Os resultados materialmente inconsistentes da aplicação do *prélèvement* podem obedecer, em grande medida, às diferentes posições que os outros ordenamentos têm dado ao cônjuge na vocação hereditária, bem como da maneira de distribuir a herança em caso de concorrência. Serve, então, explorar o direito brasileiro, ou seja, as hipóteses previstas pelo art. 1.829 CC/2002, e ver como a doutrina e a jurisprudência tentaram jogar luz em sua confusa redação.⁴⁷⁴

⁴⁷² OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 30.

⁴⁷³ Esta questão não precisava de maior cuidado no CC/1916, visto que não se fazia distinção entre união estável e concubinato, e não se atribuíam direitos sucessórios àqueles que, embora podendo, optassem por uma união livre, de esforços conjugados e aspirações comuns, sem necessidade de formalismos. Tal escolha acarretava a infeliz consequência do desamparo material em ocasião da morte. Ainda, como até 1977 o Brasil não admitia o divórcio, não se excluía o separado de fato na sucessão do cônjuge falecido. HIRONAKA, Giselda M. O sistema de vocação do cônjuge concorrente e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 45-87, maio 2005. p. 48.

⁴⁷⁴ Nas palavras de Venosa “representa uma verdadeira tragédia, um desprestígio e um desrespeito para nosso meio jurídico e para a sociedade, tamanhas são as impropriedades que desembocam em perplexidades interpretativas. Melhor seria que fosse, neste aspecto, totalmente reescrito, e que se apagasse o que foi feito, como uma mancha na cultura jurídica

4.2.1.2 Concorrência do cônjuge de acordo com os regimes de bens do matrimônio

É na relação entre concorrência sucessória do cônjuge e regime de bens do matrimônio que residem as maiores polêmicas acerca do art. 1.829 CC/2002. O legislador não apenas se omitiu em dar solução a situações mais corriqueiras, como também deixou aspectos importantes sob o manto da dúvida. Assim, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais estarão pautados pela busca de uma solução a contradições intrassistêmicas entre o direito sucessório do cônjuge supérstite e o regime de bens do matrimônio. Tais inconsistências se reproduzem em embates judiciais em que a concorrência do cônjuge pode representar motivo de discórdia entre os herdeiros, sobretudo quando ocorre com descendentes não comuns (não nascidos da união do *de cuius* com o cônjuge)⁴⁷⁵, situação que se constata no caso em estudo.

Quanto à redação do art. 1.829, inc. I, não apresentam maiores problemas as questões referentes à não concorrência do cônjuge casado em comunhão universal, bem como do casado em separação obrigatória de bens. No primeiro caso, entendeu o legislador que a confusão de patrimônios já se

nacional". VENOSA, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 120.

⁴⁷⁵ HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 388-389. Tal situação foi bem representada pela autora: "Até hoje se polemiza sobre este assunto [os 'vazios' da lei], quando penso, sinceramente, que tenha sido apenas um *cochilo* do legislador, como se costuma dizer. Quando o legislador *cochila*, a doutrina sai desesperadamente em busca do *espírito da lei*... Sinceramente, tenho enorme preocupação com relação a situações assim. Dito de outra maneira: ao legislador, parece que tudo se pode perdoar, se a doutrina se puser a trabalho e se o *pescoço* do julgador estiver disponível para ser mais uma vez cortado, quando se perceber que as decisões têm sido controvertidas e díspares. Como sempre, o Judiciário *pagará a conta* pelos *cochilos* do legislativo. Tenho medo. E fico aqui, comigo mesma, a cogitar que tinha razão Oscar Wilde quando definiu *herança como sendo aquilo que os mortos deixam para os vivos, para que eles se matem entre si!* Pode parecer piada, sim, e talvez seja. Mas o fato é que a sucessão causa mortis é uma grande fonte desencadeadora, por si só, da ruptura de laços de afeto nas relações parentais, incrivelmente. Se já é - e sempre foi - assim, hoje talvez tudo fique piorado, pois a discórdia conta com a *ajuda* do legislador, se me permitem assim dizer". HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 390.

produziu desde a celebração das núpcias, tendo o cônjuge direito ao patrimônio pela meação que lhe corresponde, uma vez extinta a sociedade conjugal.⁴⁷⁶ Por outra parte, no caso da separação obrigatória de bens (art. 1.641 CC/2002), não faria sentido permitir ao cônjuge receber, a título de herança, aqueles bens cuja comunicação estava impedida por lei na hora da constituição do vínculo matrimonial.⁴⁷⁷ Haveria, em tese, uma fraude ao regime legal.⁴⁷⁸

A redação do art. 1829 inc. I do CC/2002 se refere apenas à “separação obrigatória”, reduzindo a restrição, pela sua literalidade, às hipóteses previstas no art. 1.641 do CC/2002. Consequentemente, a existência de um pacto antenupcial de separação de bens não prejudicaria os cônjuges na concorrência com os descendentes.⁴⁷⁹ Essa opção pela literalidade ficou consagrada no Enunciado 270 das III Jornadas de Direito Civil, que esclarece:

270 – Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados *no regime da separação convencional de bens* ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuísse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.⁴⁸⁰

Contrariamente, Miguel Reale, coordenador do projeto de criação do Código Civil de 2002, entendia que a referência à separação obrigatória devia ser extensiva ao caso de separação convencional, sob pena de ferir-se o

⁴⁷⁶ HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 366.

⁴⁷⁷ PEREIRA, Caio M. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 159. HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 367.

⁴⁷⁸ VENOSA, Silvio. *Direito civil*: Direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 121.

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 33. No mesmo sentido Hironaka, e acrescenta que a mesma resposta serviria para o regime de participação final nos aquestos. HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 367.

⁴⁸⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: Enunciados Aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 47. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-dir>>. Acesso em: 14/02/2016.

regime estabelecido pelo art. 1.687 CC/2002, fazendo-o desaparecer.⁴⁸¹ Para o autor, o fenômeno sucessório “traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”.⁴⁸² Por isso aduzia-se uma hipótese de erro de redação do legislador, a ser superada pela interpretação sistemática de ambos os artigos.⁴⁸³ Embora a atual jurisprudência não seja pacífica no ponto,⁴⁸⁴ cabe trazer à colação o exposto em decisão do STJ, que fez prevalecer uma interpretação sistemática do art. 1.829, inc. I, como se observa no voto da Min. Nancy Andrighi:

“O regime de separação obrigatória de bens, previsto no art. 1.829, inc. I, do CC/02, é gênero que congrega duas espécies: separação legal; separação convencional. Uma decorre da lei e a outra da vontade das partes, e ambas obrigam os cônjuges, uma vez estipulado o regime de separação de bens, à sua observância. Não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes na vida e na morte. Nos dois casos, portanto, o cônjuge sobrevivente não é herdeiro necessário. Entendimento em sentido diverso, suscitaria clara antinomia entre os arts. 1.829, inc. I, e 1.687, do CC/02, o que geraria uma quebra da unidade sistemática da lei codificada, e provocaria a morte do regime de separação de bens. Por isso deve

⁴⁸¹ REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 de abr. 2003. p. 61-64. Carvalho Neto contesta o argumento do mestre civilista, descartando tamanha elasticidade ao termo “obrigatória” que precisamente contrapõe ao “convencional”: “pode até ser que não fosse esta a mens legislatoris (de que o autor está mais do que autorizado a falar), mas é certamente a mens legis que deve prevalecer”. CARVALHO NETO, Inácio. *A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro*: da necessidade de alteração do código civil. 2005. 244 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. p. 94. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde14082008080512/publico/Inacio_Bernardino_de_CarvalhoNeto.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴⁸² REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Parecer. Direito. Sucessões. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação Total de Bens e de Frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 205-230, dez. 2005. p. 226

⁴⁸³ COSTALUNGA, Karime. O cônjuge sobrevivente e direito a herança: uma interpretação orientada pela Constituição e pelo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *Modelos de direito privado*. p. 572-595. São Paulo: Max Limonad, 2014. p. 591.

⁴⁸⁴ Pela literalidade da norma e, portanto, concessão de direitos sucessórios aos cônjuges: TJMG. AI: 10701130091625001 Primeira Câmara Cível. Relator: Geraldo Augusto. Julgamento: 03/12/2013. Publicação: 12/12/2013; TJRS. AR 70038425567. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgamento: 10/06/2011. Publicação: DJ 12/09/2011. Pela negativa de direitos sucessórios: TJSP. AI 20567832720138260000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Miguel Brandi. Julgamento: 02/04/2014. Publicação: 04/04/2014; TJDF. AI 20140020028778. Sexta Turma Cível. Relator: Esdras Neves. Julgamento: 02/04/2014. Publicação: 08/04/2014; TJSP. AI: 20534324620138260000. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Ana Lucia Romanhole Martucci. Julgamento: 05/08/2014. Data de Publicação: 05/08/2014.

prevalecer a interpretação que conjuga e torna complementares citados dispositivos”.⁴⁸⁵

Apenas para tornar evidente o fato de ser um debate ainda não finalizado, recentemente tem se decidido em favor de uma total independência do regime de bens dos direitos sucessórios do cônjuge e, o que é mais curioso, também buscando apoio no conceito de comunhão plena de vida. Assim se manifestou o TJPR:

“(…) 2. A opção dos cônjuges pelo regime de separação de bens pode se dar pelos mais diversos motivos, dentre eles uma maior facilidade na administração do patrimônio de cada um, ou prevenir a sua eventual redução em caso de divórcio, não cabendo projetar a ausência de meação na seara sucessória. 3. A plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511, CC) motivou o legislador a incluir o supérstite no rol dos herdeiros necessários, não havendo que se excluir a hipótese diante da separação convencional de bens. (...)”⁴⁸⁶

Tal como apontado pelo próprio acórdão do TJPR, a opção dos cônjuges pelo regime de separação convencional pode obedecer a vários motivos. Um motivo suficiente é, precisamente, a vontade do *de cujus* de não afetar a expectativa dos seus filhos exclusivos a sua sucessão. Ainda, se o

⁴⁸⁵ Continuava expressando que: “A ampla liberdade advinda da possibilidade de pactuação quanto ao regime matrimonial de bens, prevista pelo Direito Patrimonial de Família, não pode ser toldada pela imposição fleumática do Direito das Sucessões, porque o fenômeno sucessório ‘traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida’ (...) Haveria, indubitavelmente, em tais situações, a alteração do regime matrimonial de bens *post mortem*, ou seja, com o fim do casamento pela morte de um dos cônjuges, seria alterado o regime de separação convencional de bens pactuado em vida, permitindo ao cônjuge sobrevivente o recebimento de bens de exclusiva propriedade do autor da herança, patrimônio ao qual recusou, quando do pacto antenupcial, por vontade própria”. STJ. REsp. n. 992.749/MS. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrichi. Julgamento: 01/12/2009. Publicação: DJE 05/02/2010. Também STJ. REsp. n. 1346324/SP. Terceira Turma Relator: Nancy Andrichi. Julgamento: 19/08/2014. Publicação: DJE 02/12/2014. Meses antes da primeira decisão já tinha sido decidido que “O pacto antenupcial firmado sob a égide do Código de 1916 constitui ato jurídico perfeito, devendo ser respeitados os atos que o sucedem, sob pena de maltrato aos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva. 2. Por outro lado, ainda que afastada a discussão acerca de direito intertemporal e submetida a questão à regulamentação do novo Código Civil, prevalece a vontade do testador. Com efeito, a interpretação sistemática do Codex autoriza conclusão no sentido de que o cônjuge sobrevivente, nas hipóteses de separação convencional de bens, não pode ser admitido como herdeiro necessário. 3. Recurso conhecido e provido”. STJ. REsp. n. 1111095/RJ. Quarta Turma. Relator: Carlos Fernando Mathias. Julgamento: 01/10/2009. Publicação: DJE 11/02/2010.

⁴⁸⁶ TJPR. Agravo de Instrumento n. 10247495. Décimo Segunda Câmara Cível. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Julgamento: 29/01/2014. Publicação: DJ 30/03/2014.

próprio art. 1.829, inc. I, elimina a hipótese de concorrência nos casos em que a separação se der por determinação legal, não se explica que depois a imponha nos casos em que as próprias partes decidirem manter separados os patrimônios, mediante um acordo de vontades.

Costalunga traz um estudo do assunto defendendo uma interpretação sistemática do dispositivo em questão com as normas que governam o regime de bens escolhido pelo casal. Desse modo, um dos conceitos que devem ser levados em consideração é o da comunhão plena de vida, enquanto uma garantia à intimidade, liberdade e exclusividade, no plano pessoal, com reflexos no plano patrimonial. Estes se projetam na ideia da autodeterminação, que não pode ser mutilada pelo legislador.⁴⁸⁷ A consagração do cônjuge enquanto herdeiro necessário ainda no caso do regime de separação convencional de bens, fazendo-o concorrer com os descendentes, torna letra morta o decidido livremente em vida pelos nubentes. Assim, Costalunga entende que isso leva a uma quebra de unidade sistêmica e axiológica, manifestando uma distorção da finalidade econômico-social do pacto antenupcial pelo qual se optou pela separação total. Pela via hermenêutica, deve assegurar-se a manutenção do regime de separação convencional de bens, pois de outro modo estaria sendo ferido o art. 1.687 do CC/2002.⁴⁸⁸ Reforça esse entendimento a seguinte passagem do REsp. n. 992.749/MS acima citado:

“O princípio da exclusividade, que rege a vida do casal veda interferência de terceiros ou do próprio Estado nas opções feitas licitamente quanto aos aspectos patrimoniais e extrapatrimoniais da vida familiar, robustece a única interpretação viável do art. 1829, inc. I, do CC/02, em consonância com o art. 1.687 do mesmo código, que assegura os efeitos práticos do regime de bens licitamente escolhido, bem como preserva autonomia privada guindada pela eticidade”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ COSTALUNGA, Karime. O cônjuge sobrevivente e direito a herança: uma interpretação orientada pela Constituição e pelo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *Modelos de direito privado*. p. 572-595. São Paulo: Max Limonad, 2014. p. 572-579.

⁴⁸⁸ COSTALUNGA, Karime. O cônjuge sobrevivente e direito a herança: uma interpretação orientada pela Constituição e pelo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *Modelos de direito privado*. p. 572-595. São Paulo: Max Limonad, 2014. p. 590-591.

⁴⁸⁹ STJ. REsp. n. 992.749/MS. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrichi. Julgamento: 01/12/2009. Publicação: DJE 05/02/2010.

Por outro lado, o mesmo STJ recentemente entendeu:

1. O art. 1.829, I, do Código Civil de 2002 confere ao cônjuge casado sob a égide do regime de separação convencional a condição de herdeiro necessário, que concorre com os descendentes do falecido independentemente do período de duração do casamento, *com vistas a garantir-lhe o mínimo necessário para uma sobrevivência digna.*
2. O intuito de plena comunhão de vida entre os cônjuges (art. 1.511 do Código Civil) conduziu o legislador a incluir o cônjuge sobrevivente no rol dos herdeiros necessários (art. 1.845), o que reflete irrefutável avanço do Código Civil de 2002 no campo sucessório, *à luz do princípio da vedação ao retrocesso social.*⁴⁹⁰

Esta situação complexa também se apresenta no regime de comunhão parcial.⁴⁹¹ A redação do artigo 1.829, inc. I, do CC/2002 abre um leque de interpretações, configurando um verdadeiro duelo exegético. Com efeito, depois de referir-se aos regimes de bens que não concedem direitos sucessórios ao cônjuge, a redação do artigo finaliza, após o ponto e vírgula: “ou se, no regime de comunhão parcial, o *de cuius* não houver deixado bens particulares”.⁴⁹²

⁴⁹⁰ STJ. REsp. n. 1.472.945/RJ. Terceira Turma. Relator: Ricardo Vilas Boas Cueva. Julgamento: 23/10/2014. Publicação: DJE 19/11/2014. (sem destaque no original). Também STJ. REsp. n. 1.294.404/RS. Terceira Turma. Relator: Ricardo Vilas Boas Cueva. Julgamento: 20/10/2015. Publicação: REJ 29/10/2015.

⁴⁹¹ Para um claro panorama das divergências na doutrina brasileira, consulte-se quadro em CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 225.

⁴⁹² Nada disse o art. 1.829, inc. I, para o caso de escolha de regime de bens de participação final nos aquestos, embora boa parte da doutrina entenda que se aplicaria a solução que cada posicionamento dá ao regime de comunhão parcial, posto que somente difere deste na forma como se faz a liquidação dos direitos. Como esse regime não está referido dentro das exceções que afastam a concorrência, é plenamente justificável a sua inclusão como hipótese de concorrência do cônjuge supérstite e na medida que este se admita, aplicando-se, *pari passu*, as suas regras. CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 199-200. No mesmo sentido, DIAS, Maria B. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 201; OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 53. RÉGIS, Mario D. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, maio 2005. p. 211-212. Talvez por tratar-se de um regime sucessório que não teve adesão, não há julgados baseados especificamente nele.

Aqui, a discussão centra-se basicamente em dois aspectos: saber se há ou não concorrência diante da concreta configuração do acervo hereditário, e sobre quais categorias de bens a concorrência incidirá.

Sobre a primeira questão, uma corrente majoritária entende que se os cônjuges casaram pelo regime de comunhão parcial, o supérstite não deve concorrer com os filhos na sucessão se o *de cuius* não tiver deixado bens particulares. Apoia-se no que entende a correta exegese do artigo: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, *salvo* (...) *se*, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”. A consideração do vocábulo “*se*” como uma continuação das exceções introduzidas por “*salvo*”, permitem entender que “*o cônjuge concorre, salvo se* (...) *não houver deixado bens particulares*”. Haveria em tal sentido uma dupla negativa no texto legal, de tal sorte que a concorrência somente poderia ocorrer diante da existência de bens particulares.⁴⁹³ Este entendimento restou consagrado no Enunciado 270 das III Jornadas de Direito Civil citado *supra*.⁴⁹⁴ Se o *de cuius* tiver deixado bens particulares, o cônjuge participará da sucessão, e somente sobre estes bens.⁴⁹⁵

Sustentando essa posição, Oliveira Leite entende que o legislador criou duas hipóteses de incidência da regra de concorrência. Na primeira, enquanto regra geral, o cônjuge sobrevivente não concorre com os demais

⁴⁹³ Para Luiz Felipe Santos, o propósito do legislador é que, sendo o regime de comunhão parcial de bens, mas não deixando o *de cuius* bens particulares, o regime é semelhante ao de comunhão universal, em que todos os bens são comuns, pelo que se deve dar igual tratamento, ou seja, não de haver direito à herança. Já se houver bens particulares, justifica-se o direito sucessório do cônjuge por não participar ele da sucessão sobre todos os bens. SANTOS, Luiz F. Pontuações. *O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça, Curitiba, p. 1-2, 11 maio 2003. p. 1-2.

⁴⁹⁴ Repete-se aqui: “270 – Art. 1.829: O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.” CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V*: Enunciados Aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 47. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-dir>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁴⁹⁵ STJ. REsp. n. 974.241 DF. Quarta Turma. Relator: Honildo Amaral de Mello Castro. Julgamento em 07/06/2011. Publicação: 05/10/2011. Este posicionamento acabou prevalecendo no Estado do Rio Grande do Sul. TJRS. Uniformização de Jurisprudência 70062220827. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 31/10/2014. Publicação: DJE 05/11/2014.

descendentes, posto que já é meeiro, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares. Em segundo lugar, se o autor da herança tiver deixado bens particulares, *a contrario sensu*, o cônjuge concorrerá com os descendentes. Assim, o legislador apenas permitiu que o cônjuge concorresse como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor tiver deixado bens particulares, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente tomará sua própria parte de bens particulares.⁴⁹⁶

Uma segunda corrente se mostra em sintonia com o posicionamento anterior, mas vai além. Segundo ela, quando o cônjuge não tiver deixado bens particulares, o supérstite casado pelo regime de comunhão parcial de bens nada recebe a título de herança. Em caso contrário, o cônjuge concorre com os descendentes não apenas sobre os bens particulares, mas sobre todo o acervo hereditário. Maria Helena Diniz defende essa tese, dentre outros argumentos, com base no princípio da indivisibilidade da herança. Ainda, com o falecimento, sustenta que a meação do falecido passa a integrar o acervo da herança, não tendo sentido separá-lo.⁴⁹⁷ Francisco Cahali filia-se a esse entendimento, sob o argumento que a lei não especifica que a concorrência se dê apenas nos bens particulares, estabelecendo a lei apenas um critério de convocação à universalidade de todo o acervo.⁴⁹⁸ No entanto, essa solução proposta pelos renomados civilistas pode apresentar resultados manifestamente desproporcionais, caso o bem particular seja de um valor muito inferior se comparado com o patrimônio comum, e mesmo assim permitir ao cônjuge concorrer nestes, além do que lhe corresponda por conta da

⁴⁹⁶ LEITE, Eduardo O. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 219. Enfatizando a distinção Hironaka esclarece que “os bens que compõem o patrimônio comum do casal são divididos, não em razão da sucessão, mas tão somente em virtude da dissolução da sociedade conjugal”. HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder: Passado e presente da transmissão sucessória concorrente*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 367-368.

⁴⁹⁷ DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 124 e sgtes. Essa posição prevaleceu no acórdão TJDF. AI 2004.00.2.009630-8 Quinta Turma Cível. Relator: Dácio Vieira. Julgado em: 10/10/2005 Publicação: DJU 25/05/2006. Este acórdão seria depois reformado pela decisão do STJ REsp. n. 974.241, referida *supra*.

⁴⁹⁸ CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 196.

meação.⁴⁹⁹ Pior cenário se dará inclusive se o cônjuge supérstite concorrer com um filho exclusivo do *de cuius*, já que este não herdará daquele quando da sua morte.

O terceiro posicionamento encontra-se representado por Maria Berenice Dias, ainda que de forma isolada. A autora leva em conta a intenção do legislador, que foi a de proteger o cônjuge do risco de nada vir a receber na hora de ser dissolvida a sociedade conjugal.⁵⁰⁰ Essa preocupação não existia quando o regime legal era o da comunhão universal de bens, pois a meação de todo o acervo patrimonial ficava com o viúvo, situação que mudou com a Lei de Divórcio. Assim, quis o legislador tornar herdeiro concorrente o cônjuge supérstite quando não existissem bens decorrentes de meação. A doutrinadora realiza uma inversão das duas correntes anteriores na exegese do artigo 1.829, inc. I. Assim, o vocábulo *salvo* somente estaria apontado especificamente às hipóteses de comunhão universal e separação obrigatória, de forma que o trecho “*ou se*”, após o ponto e vírgula, somaria uma hipótese de concorrência, limitada ao fato de o autor da herança não ter deixado bens particulares.⁵⁰¹ Sustenta a autora:

⁴⁹⁹ Para tanto, veja-se o seguinte exemplo, tomado de Santos: “Imagine-se, primeiramente, a situação de um casal, com um filho, cujo único patrimônio seja constituído pelo apartamento onde reside (no valor de R\$ 99.000,00) adquirido na constância do casamento. Nesse caso, falecendo o varão, e não havendo bens particulares, a mulher não concorrerá com o filho, recebendo apenas sua meação (correspondente, no caso, a R\$ 49.500,00). Admita-se, agora, que, além desse apartamento, o autor da herança fosse proprietário de uma bicicleta (no valor de R\$ 1.000,00), que, por ter sido adquirida em sub-rogação de um bem pré-existente ao casamento, constitui bem particular (art. 1.659, II). Nessa hipótese, existindo bem particular, o cônjuge concorrerá com o descendente, em igualdade de condições, recebendo, portanto, – além de sua meação sobre o apartamento (R\$ 49.500,00) – a título de herança, a metade de todos os bens deixados pelo “*de cuius*”, ou seja, mais R\$ 25.500,00. O total dos bens que caberão ao cônjuge sobrevivente (meação + quinhão hereditário) corresponderá, neste segundo caso, a R\$ 75.000,00, ficando o filho com R\$ 25.000,00. Como se vê desse exemplo, a simples existência de uma bicicleta (na condição de bem particular, no valor de 1% do total dos bens), faz com que surja o direito do cônjuge de concorrer com o descendente, aumentando desproporcionalmente o valor que lhe caberá, que passa de R\$ 49.500,00 (na primeira situação, em que recebe apenas a meação) para R\$ 75.000,00 (na segunda situação, onde, por existir bem particular, concorre com o descendente)!”. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. A sucessão dos cônjuges no novo Código Civil. Migalhas. 19/03/2003. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1301,71043-A+sucessao+dos+cônjuges+no+novo+Código+Civil>>. Acesso em: 14/02/2016. O autor defende a postura pela concorrência na totalidade do acervo, embora exponha a situação como insólita, o que sustenta a nossa crítica.

⁵⁰⁰ REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 de abr. 2003. p. 2.

⁵⁰¹ Maria Berenice Dias se apoia no uso do ponto e vírgula, pois “tem por finalidade estabelecer um seccionamento entre duas ideias. Sustenta que “não há como ‘transportar’ para o momento em que é tratado o regime da comunhão parcial a expressão ‘salvo se’

“Quando o regime é o da comunhão parcial e não existem bens particulares, significa que todo o acervo hereditário foi adquirido depois do casamento, ocorrendo a presunção da mútua colaboração, o que torna razoável que o cônjuge, além da meação, concorra com os filhos na herança. No entanto, quando há bens amealhados antes do casamento, nada justifica que participe o cônjuge desse acervo. Tal não se coaduna com a natureza do regime da comunhão parcial, sendo descabido que venha o cônjuge sobrevivente a herdar parte do patrimônio individual, quando da morte do par. Sobretudo quando o autor da herança tem filhos anteriores ao casamento, não há como reconhecer a possibilidade de o cônjuge sobrevivente – que não é genitor dos herdeiros – ficar com parte do patrimônio que era exclusivo do *de cuius*. Essa não é, e nunca foi, a intenção do legislador”.⁵⁰²

Uma quarta linha de entendimento parece surgir do já exposto REsp. n. 992.749. Nele, a Ministra Nancy Andrighi, em consonância com a resposta dada à questão da concorrência no regime de separação convencional, considera que a melhor interpretação da lei sucessória é aquela que leva em conta o regime de bens do casal escolhido voluntariamente. De acordo com a ideia de autodeterminação, somente se preserva o regime de comunhão parcial de bens se o cônjuge concorrer apenas nos bens comuns, independentemente da existência de bens particulares que, em caso de existirem, somente serão partilhados entre os descendentes.⁵⁰³

No REsp. n. 1.377.084 a Ministra Andrighi foi mais explícita na sua posição. Nesse sentido, afirmou que:

“09. Se esses bens exclusivos de um cônjuge não são partilhados com o outro no divórcio, pela mesma razão, não o devem ser após a sua morte, sob pena de infringir o que ficou acordado entre eles no momento em que decidiram se unir em matrimônio”.

(...)

“12. Outrossim, a permanecer a interpretação conferida por parte da doutrina, de que o cônjuge casado sob o regime da comunhão

utilizada exclusivamente para excluir a concorrência nas duas primeiras modalidades: no regime da comunhão e no da separação legal.”. DIAS, Maria B. Ponto e vírgula. *Boletim do IBDFAM*, Porto Alegre, p. 6-7, jun. 2003. p. 6.

⁵⁰² DIAS, Maria B. Ponto e vírgula. *Boletim do IBDFAM*, Porto Alegre, p. 6-7, jun. 2003. p. 6.

⁵⁰³ STJ. REsp. n. 992.749 MS. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento: 01/12/2009. Publicação: 05/02/2010. No mesmo sentido: STJ. REsp. n. 1.117.563 SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento: 17/12/2009. Publicação: DJE 06/04/2010.

parcial herda em concorrência com os descendentes, inclusive no tocante aos bens particulares, teremos no Direito das Sucessões, em verdade, a transmutação do regime escolhido em vida – comunhão parcial de bens – nos moldes do Direito Patrimonial de Família, para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública. A adoção desse entendimento viola a essência do próprio regime estipulado”.⁵⁰⁴

Bem se observa que aqui a solução dada pela Ministra não poderia ser diferente a respeito do que se tratou na questão da separação convencional.⁵⁰⁵ Enquanto neste último caso o legislador se omitiu, no regime de comunhão parcial existe uma parte que os cônjuges desejaram ver incomunicável. Através da mesma interpretação que vincula o regime de bens no casamento e o direito de sucessões se chegaria à solução contemplada pelo Acórdão em comento.

As dificuldades não são apenas encontradas no âmbito da concorrência do cônjuge com os descendentes. Diante da falta destes, o cônjuge concorrerá com os ascendentes, e a herança será dividida em três partes iguais, em caso de sobreviverem ambos os pais do falecido, ou em duas partes se o cônjuge concorrer com apenas um deles (art. 1.837). Aqui o legislador não condicionou a concorrência com os ascendentes a determinado regime de bens que tenha sido adotado no casamento. Diante do silêncio, a doutrina entendeu pacificamente que a concorrência sucessória se dá em qualquer regime sucessório. Contudo, o mesmo não se pode dizer acerca da base de incidência da concorrência, isto é, os bens sobre os quais ela recai. A doutrina silencia a respeito e, embora não se trate de uma situação tão comum como a anterior, não pode ser apontada como rara. O cônjuge, então, após ter recebido a sua meação, sobre quais bens concorrerá? Algumas decisões apontam uma concorrência apenas sobre os bens particulares,⁵⁰⁶ sobre os bens comuns,⁵⁰⁷ outras sobre todos os bens.⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ STJ. REsp. n. 1377084/MG. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrichi. Julgamento: 08/10/2013. Publicação: DJE 15/10/2013.

⁵⁰⁵ Isso é advertido por CAHALI, embora não se filie a essa posição adotada pelo STJ. CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 195.

⁵⁰⁶ TJRS. AI 70048625305. Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 14/06/2012. Publicação: 18/06/2012; TJRS. AI 70055403067. Oitava Câmara

Serve o exposto acima para ilustrar que, sem dúvida, as omissões do legislador dificultam, e muito, a tarefa do intérprete. As dificuldades não derivam apenas dele, senão também da falta de uma postura clara acerca da relação entre dois valores antagônicos: a preservação *post-mortem* da autodeterminação do casal na escolha de regime patrimonial do matrimônio, ou a maior proteção possível do cônjuge frente ao desamparo. Enquanto não houver uma definição acerca do equilíbrio que se deve manter entre eles, as divergências se perpetuarão.

Por isso, diante da variedade de posicionamentos jurisprudenciais se aplicarão os dois principais entendimentos referentes à concorrência sucessória do cônjuge no regime de comunhão parcial. Dessa forma, quando verificado o direito brasileiro, a comparação na aplicação do *prélèvement* se fará mostrando o resultado de acordo com essas duas opções:

- A) Aquele plasmado no Enunciado n. 270 das III Jornadas de Direito Civil, segundo o qual o cônjuge casado no regime de comunhão parcial concorre apenas nos bens particulares do *de cuius*, não concorrendo nos comuns.
- B) Aquele manifestado em diversas decisões do STJ – principalmente nos votos da Ministra Nancy Andrighi – que defende um respeito pela escolha do regime matrimonial ainda *post-mortem*, de forma tal que não há concorrência do cônjuge sobre os bens particulares, mas apenas sobre os bens comuns.

Como se verá, diante do caso em exame, um ou outro posicionamento têm consequências na hora de aplicar a regra de *prélèvement*.

Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 15/08/2013. Publicação: DJE 21/08/2013;

⁵⁰⁷ TJDF. APC 20130111505689. Quarta Turma Cível. Relator: Maria Ivatônia. Data de Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 01/10/2014.

⁵⁰⁸ TJRJ. APL 00099551220088190021. Quarta Câmara Cível. Relator: Paulo Mauricio Pereira. Julgamento: 30/12/2013 Publicação: 29/04/2014.

4.2.2 Distribuição da herança e a questão da reserva conjugal

Outra situação deveras complexa se apresenta diante do chamamento do cônjuge a concorrer com os descendentes. Define o art. 1.832 do CC/2002 como se dará a distribuição: “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”.

Como se observa no dispositivo, o quinhão que receba o cônjuge será igual ao que corresponda a um descendente que suceda por cabeça. Contudo, a regra assegura pelo menos 25% (vinte cinco por cento) do monte partível se o cônjuge concorrer com descendentes comuns do *de cujus*. Se concorrer com filhos dos quais não seja ascendente, não terá direito a essa reserva, recebendo apenas quinhão igual ao que corresponda aos descendentes. Trata-se de uma opção do legislador que se explica pela presunção legal de que essa parte será, mais cedo ou mais tarde, incorporada ao acervo hereditário dos descendentes, herdeiros do cônjuge concorrente.⁵⁰⁹

Porém, o dispositivo levanta uma das mais tormentosas questões em matéria de sucessão legítima. O problema se apresenta no caso da filiação híbrida, ou seja, quando concorrer com descendentes comuns e descendentes exclusivos, situação para a qual a doutrina tem se digladiado nas justificativas para procedência ou não da reserva legal. Resulta inexplicável como o legislador simplesmente omitiu-se de tratar uma situação tão cotidiana, em que famílias são conformadas por pessoas que já foram unidas a outras, por casamento ou não, e da qual resultou descendência.⁵¹⁰ Diante do silêncio legal, também nesse ponto se levantam vozes desencontradas.⁵¹¹ A questão

⁵⁰⁹ Hironaka comenta que se trata de uma presunção bastante frágil, já que nada obriga ao cônjuge que recebeu essa reserva a preservá-la para integrar o acervo hereditário quando de sua morte. HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 371. Ainda, deve levar-se em conta que nada impede que o cônjuge viúvo contraia novas núpcias, diluindo-se o patrimônio no caso de opção pela comunhão universal.

⁵¹⁰ HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 371.

⁵¹¹ Um quadro indicativo da divergência doutrinária pode ser encontrado em CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.;

tem importância, pois a procedência da reserva ainda em caso de filiação híbrida fará com que exista uma redução dos quinhões correspondentes aos descendentes exclusivos do *de cuius*, com os quais o cônjuge muitas vezes não guarda necessariamente qualquer relação afetiva.

Uma reduzida parte da doutrina se inclina por uma interpretação objetiva do texto. Assim, Francisco Cahali entende que há reserva de um quarto da herança mesmo que o cônjuge concorra com filhos exclusivos do *de cuius*, posto que a lei não diz “se for ascendente de *todos* os herdeiros com que concorrer, ou *único ascendente* dos sucessores”.⁵¹² No entanto, a maioria dos autores considera que o dispositivo do art. 1.832 deve ser interpretado restritivamente, ou seja, que a reserva somente é garantida ao cônjuge quando concorrer sendo *todos* os descendentes comuns.⁵¹³ Assim sendo, se algum descendente for exclusivo do *de cuius*, não haverá a reserva de 1/4 do monte.⁵¹⁴

Esse último entendimento ficou plasmado no Enunciado 527 das V Jornadas de Direito Civil, em novembro de 2011: “Art. 1.832: Na concorrência entre o cônjuge e os herdeiros do *de cuius*, não será reservada a quarta parte da herança para o sobrevivente no caso de filiação híbrida”.⁵¹⁵ Esse é o

HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 225.

⁵¹² CAHALI, Francisco J. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 201. (com destaque no original); Também VENOSA, Sílvio. *Direito civil*. Direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 122.

⁵¹³ OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005. p. 37. VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 17, maio 2003. p. 146. GIORGIS, José. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, 2005. p. 88-127.

⁵¹⁴ Existe ainda a proposta de dividir o monte partível em dois sub-montes, proporcionais ao número de descendentes comuns ou exclusivos, e assim aplicar a cada um deles as regras próprias. Essa terceira solução, contudo, além de não garantir que o cônjuge na quota final receba 25% do monte partível (dependendo de como se dê a proporção entre descendentes comuns e exclusivos), tem como resultado final uma violação do princípio consagrado no art. 1.834 do CC/2002. HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 400.

⁵¹⁵ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012. p. 73. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-dir>>. Acesso em: 14/02/2016.

posicionamento que se adota neste trabalho, pelo que no caso estudado a viúva concorrerá na mesma proporção que um filho.

4.2.3 Sucessão de Alfredo Saraiva governada pelo direito brasileiro

Foram tratadas as principais características do direito sucessório brasileiro no que respeita à ordem de vocação hereditária, com especial referência à delicada questão da concorrência do cônjuge. Também foi tratada a questão da reserva de legítima em favor dos herdeiros necessários. Cabe lembrar aqui os principais elementos do caso.

Trata-se de um cidadão argentino que deixou bens no Brasil e testou, por testamento particular, em favor de uma filha, todos os seus bens, apesar de ter deixado mais três filhos e uma viúva. Estes últimos são herdeiros necessários, sendo-lhes reservada, pelo direito brasileiro, cinquenta por cento do valor dos bens. Também deve lembrar-se que um filho cometeu um ato considerado pelo direito argentino causa de indignidade, mas não no direito brasileiro.

De acordo com o direito brasileiro, seguindo a orientação dada pelo Enunciado 270 da III Jornadas de Direito Civil a distribuição dos bens hereditários seria realizada da seguinte forma, esclarecendo que na referência aos bens hereditários não estão computados, naturalmente, os bens havidos pelo cônjuge a título de meação.

Herdeiro	Fórmula	Cálculo aplicado	Resultado
Maria (viúva)	Sucessão legítima: 1/5 sobre a metade dos bens particulares.	R\$ 6.000 (Automóvel) + R\$ 5.000 (late)	R\$ 11.000
Martín (filho)	Sucessão legítima: 1/5 sobre a metade bens particulares + 1/4 sobre a metade dos bens comuns.	R\$ 6.000 (Automóvel) + R\$ 5.000 (late) + R\$ 18.750 (Casa) + R\$ 8.750 (Fazenda)	R\$ 38.500
José (filho)			R\$ 38.500
Marcelo (filho)			R\$ 38.500
Clara (filha)	Por testamento: 1/2 dos bens hereditários comuns e particulares. + Sucessão legítima: 1/5 sobre a metade bens particulares + 1/4 sobre a metade dos bens comuns.	R\$165.000 (Por disposição testamentária) + R\$ 6.000 (Automóvel) + R\$ 5.000 (late) + R\$ 18.750 (Casa) + R\$ 8.750 (Fazenda)	R\$ 203.500

Quadro 1: Simulação de partilha conforme o direito brasileiro, com concorrência do cônjuge sobre os bens particulares.

Diversamente, se a sucessão fosse resolvida de acordo com o direito pátrio, mas em consonância com as decisões adotadas pela recente jurisprudência do STJ que sustenta a concorrência do cônjuge apenas nos bens comuns, a distribuição se daria conforme o quadro a seguir:

Herdeiro	Fórmula	Cálculo aplicado	Resultado
Maria (viúva)	Sucessão legítima: 1/5 sobre a metade dos bens comuns.	R\$ 6.000 (Automóvel) + R\$ 5.000 (late)	R\$ 22.000
Martín (filho)	Sucessão legítima: 1/4 sobre a metade bens particulares + 1/5 sobre a metade dos bens comuns.	R\$ 7.500 (Automóvel) + R\$ 6.250 (late) + R\$ 15.000 (Casa) + R\$ 7.000 (Fazenda)	R\$ 35.750
José (filho)			R\$ 35.750
Marcelo (filho)			R\$ 35.750
Clara (filha)	Por testamento: 1/2 dos bens comuns e particulares. + Sucessão legítima: 1/4 sobre a metade bens particulares + 1/5 sobre a metade dos bens comuns.	R\$165.000 (Por disposição testamentária) + R\$ 7.500 (Automóvel) + R\$ 6.250 (late) + R\$ 15.000 (Casa) + R\$ 7.000 (Fazenda)	R\$ 200.750

Quadro 2: Simulação de partilha conforme o direito brasileiro, com concorrência do cônjuge sobre os bens comuns.

Cabe agora a referência ao direito estrangeiro conectado ao caso. É necessário saber a resposta que o direito do último domicílio devolve para permitir a comparação. Além dele, indague-se a resposta que o direito da

nacionalidade do *de cuius* daria, diante de uma eventual mudança do estatuto pessoal, para confirmar que os resultados contraditórios não resultam do direito aplicado e sim da norma que aponta o caminho.

4.3 DIREITO MATERIAL ESTRANGEIRO APLICÁVEL NA SUCESSÃO DE ALFREDO SARAIVA

Conforme foi mencionado no capítulo anterior, tanto o art. 5º, inc. XXXI, quanto o art. 10, § 1º, determinam que a lei aplicável deva ser a lei pessoal do *de cuius*, e que desde a LICC/1942 o estatuto pessoal se encontre governado pela *lex domicilii*, que no caso concreto é o direito uruguaio.

4.3.1 Aplicação da *lex domicilii* (direito uruguaio)

O CCUrug., aplicável em função de ter sido o último domicílio do *de cuius*, apresenta diferenças bastante marcadas com o direito brasileiro. Tal ordenamento chama em primeiro lugar os descendentes, excluindo as outras categorias, sem prejuízo da denominada *porción conyugal* (porção conjugal, art. 1.025 do CCUrug.). No caso de ausência de descendentes, são chamados os ascendentes, em concorrência com o cônjuge, levando uma metade cada categoria. Na falta de alguma delas, a outra categoria recolherá a herança por inteiro (art. 1.026 do CCUrug.), e na falta de ambas, herdarão os colaterais (art. 1.027 do CCUrug.).

A respeito da porção conjugal, ela não se trata de uma concorrência. O CCUrug. a define como “*parte del patrimonio del cónyuge premuerto, que la ley asigna al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su congrua sustentación*” (art. 874). Corresponde esse valor à quarta parte dos bens do defunto, contabilizando-se nessa fração tudo o que o cônjuge tiver direito a receber na sucessão, e incluindo-se sua metade de bens comuns (art. 879 do CCUrug.). Em caso de haver descendentes, a sua porção conjugal não poderá ser superior ao valor da legítima de um filho (art. 881 do CCUrug.).

Ainda, se o cônjuge tiver bens, mas não de tanto valor quanto a porção conjugal, receberá por esta o complemento (art. 878 do CCUrug.).

Este direito à porção conjugal se observa ao tempo da morte do *de cuius*, de forma tal que não caducará caso o cônjuge venha adquirir bens posteriormente à abertura da sucessão (art. 876 do CCUrug.), bem como não poderá requerê-lo caso tenha caído em pobreza depois, se ao tempo deste não fazia *jus* a ele (art. 877 do CCUrug.).

Além da porção conjugal, o legislador impôs restrições a título de legítima, apenas em favor de descendentes e ascendentes, aqui apresentando significativas diferenças com o Brasil. Têm direito à legítima apenas os descendentes e ascendentes (art. 885 do CCUrug.), mas em uma proporção variável de acordo com a quantidade de filhos: em caso de haver apenas um filho, a legítima será de metade dos bens; em caso de dois filhos, duas terceiras partes; e se houver três ou mais filhos, lhes serão asseguradas três quartas partes da herança. Para o caso de não existirem filhos, os ascendentes terão direito a uma reserva de metade da herança (art. 887 do CCUrug.).

Cabe lembrar, ainda, que mesmo que à sucessão se aplique o direito uruguaio, fica fora da sua incidência a respeito da forma do testamento, sendo considerado válido de acordo com a lei brasileira, onde se processa o juízo sucessório. Assim, mesmo que tenha sido redigido adotando-se uma forma não admitida no local da sua celebração (por ser o testamento particular não admitido pelo direito uruguaio), este produzirá efeitos de acordo com a lei brasileira, mais favorável à subsistência da forma.⁵¹⁶

Se a questão fosse resolvida de acordo com o direito uruguaio, isto é, a lei do último domicílio do *de cuius*, assim poderia observar-se a divisão da herança:

⁵¹⁶ Remete-se ao discutido no ponto 2.3.2.2.

Herdeiro	Fórmula	Cálculo aplicado	Resultado
Maria (viúva - argentina)	Por ser a quantidade de bens recebidos da meação superior ao valor que lhe corresponderia em conceito de porção conjugal, a viúva não receberá nada além da sua meação (R\$ 220.000).		R\$ 0
Martín (filho - argentino)	Por legítima: 1/4 sobre a metade bens particulares e dos bens comuns.	R\$ 11.250 (Automóvel) + R\$ 9.375 (late) + R\$ 28.125 (Casa) + R\$ 13.125 (Fazenda)	R\$ 61.875
José (filho - brasileiro)			R\$ 61.875
Marcelo (filho - brasileiro)			R\$ 61.875
Clara (filha - brasileira)	Por testamento: 1/4 dos bens comuns e particulares. + Por legítima: 1/4 sobre a metade bens particulares + 1/5 sobre a metade dos bens comuns.	R\$82.500 (Por disposição testamentária) + R\$ 11.250 (Automóvel) + R\$ 9.375 (late) + R\$ 28.125 (Casa) + R\$ 13.125 (Fazenda)	R\$ 144.375

Quadro 3: Simulação de partilha conforme o direito uruguaio.

Apenas para visualizar em perspectiva, veja-se a comparação dos resultados, o que levaria a supor que cada herdeiro tentará a aplicação da legislação que maior parcela lhe outorgue:

Herdeiro	Direito Brasileiro (concorrência nos bens particulares)	Direito Brasileiro (concorrência nos bens comuns)	Direito Uruguaio
Maria (viúva - argentina)	R\$ 11.000	R\$ 22.000	R\$ 0
Martín (filho - argentino)	R\$ 38.500	R\$ 35.750	R\$ 61.875
José (filho - brasileiro)	R\$ 38.500	R\$ 35.750	R\$ 61.875
Marcelo (filho - brasileiro)	R\$ 38.500	R\$ 35.750	R\$ 61.875
Clara (filha - brasileira)	R\$ 203.500	R\$ 200.750	R\$ 144.375

Quadro 4: Quadro comparativo de resultados das simulações de partilha segundo os direitos sucessórios brasileiro e uruguaio.

Como se pode observar, para cada protagonista da história haverá uma lei que lhe outorgue uma maior participação na sucessão: Maria estará interessada em que a sucessão se governe pelo direito brasileiro, de acordo com a nova interpretação do STJ, em virtude de sua concorrência na herança dos bens comuns, sem contar que não perderá o benefício ao direito real de habitação em caso de contrair novas núpcias; Martín, José e Marcelo estarão interessados na aplicação do direito uruguaio. Caberá a eles uma parcela

maior pelo fundamento da maior reserva de legítima garantida e a não concessão de direitos sucessórios a sua mãe. O crime praticado por Martín, como se viu, não é motivo de afastamento por indignidade; Clara somente encontrou o maior benefício na aplicação da lei brasileira de acordo com a orientação tradicional, principalmente por ter sido respeitada a vontade do *de cuius* de lhe garantir a metade dos bens do acervo, enquanto a lei uruguaia a limita para 1/4 dos bens.

4.3.2 Aplicação da *lex patriae* (direito argentino)

Ad argumentandum tantum, o autor dessa tese se permite especular com a aplicação do direito argentino. Ele seria aplicável se a “lei pessoal do *de cuius*” fosse a lei da nacionalidade, ou seja, a *lex patriae*. Embora no caso concreto essa referência não tenha interesse prático, interessa em termos abstratos para reforçar a ideia de que o problema não depende do direito estrangeiro eventualmente aplicável, mas da regra que o conecta. Ela trará novas soluções, diferentes das oferecidas pela legislação brasileira, mas não por isso haverá uma mitigação do problema.

O CCArg. apresenta as características essenciais da ordem de vocação hereditária do direito brasileiro. Assim, na sucessão legítima herdamos os descendentes, os ascendentes, o cônjuge supérstite e os colaterais até o quarto grau de parentesco, em uma ordem sucessiva e excludente (art. 2.424 do CCArg.). O caráter de sucessiva e excludente da ordem de vocação hereditária aqui também está excetuado pela concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes e ascendentes (art. 2.433 do CCArg.). No caso de concorrer com descendentes, corresponderá ao cônjuge uma parte na herança igual à de um filho, enquanto que, no caso de concorrer com ascendentes, lhe corresponderá a metade da herança (Art. 2.344 do CCArg.).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, o legislador argentino não fez depender do regime de bens tal participação do cônjuge, considerando-se que os regimes que o CCArg. disponibiliza são o de *comunidad de ganancias* e o de *separación de bienes*, que são análogos aos regimes de comunhão parcial

e separação de bens previstos nos arts. 1.658 e 1.687 do CC/2002. Ainda, foi explícito o legislador argentino ao dispor que, em caso de concorrência do cônjuge, este somente herda sua parte sobre os bens particulares, não tendo parte alguma na divisão dos bens comuns (art. 2.433 do CCArg.).

Outra marcante diferença com o ordenamento brasileiro se observa em matéria de reserva de legítima. Apesar de serem os mesmos beneficiários (art. 2.444 do CCArg.), a quota de legítima varia de acordo com a categoria. Assim, em caso de haver descendentes, cabe uma reserva de dois terços, enquanto para os ascendentes e o cônjuge, um meio (art. 2.445 do CCArg.). Contudo, no caso de o cônjuge concorrer com os filhos, ele se verá beneficiado pela porção maior correspondente a estes últimos (art. 2.446 do CCArg.).

Com base em tais disposições, se o processo sucessório do caso apresentado fosse resolvido de acordo com a *lex patriae* do de cujus, o direito argentino, esta seria a possível divisão da herança:

Herdeiro	Fórmula	Cálculo aplicado	Resultado
Maria (viúva - argentina)	Por legítima: 1/4 sobre a metade dos bens particulares.	R\$ 10.000 (Automóvel) + R\$ 8.333,25 (late)	R\$ 11.000
Martín (filho - argentino)	Não recebe herança por indigno.		R\$ 0
José (filho - brasileiro)	Sucessão legítima: 1/4 sobre a metade bens particulares + 1/3 sobre a metade dos bens comuns.	R\$ 10.000 (Automóvel) + R\$ 8.333,25 (late) + R\$ 33.333 (Casa) + R\$ 15.555,66 (Fazenda)	R\$ 67.222
Marcelo (filho - brasileiro)			R\$ 67.222
Clara (filha - brasileira)	Por testamento: 1/3 dos bens comuns e particulares. + Sucessão legítima: 1/4 sobre a metade bens particulares + 1/3 sobre a metade dos bens comuns.	R\$110.000 (Por disposição testamentária) + R\$ 10.000 (Automóvel) + R\$ 8.333,25 (late) + R\$ 33.333 (Casa) + R\$ 15.555,66 (Fazenda)	R\$ 177.222

Quadro 5: Simulação de partilha conforme o direito argentino.

Mais uma vez comparem-se os resultados da aplicação do direito brasileiro, desta vez com o direito argentino:

Herdeiro	Direito Brasileiro (concorrência nos bens particulares)	Direito Brasileiro (concorrência nos bens comuns)	Direito Argentino
Maria (viúva - argentina)	R\$ 11.000	R\$ 22.000	R\$ 11.000
Martín (filho - argentino)	R\$ 38.500	R\$ 35.750	R\$ 0
José (filho - brasileiro)	R\$ 38.500	R\$ 35.750	R\$ 67.222
Marcelo (filho - brasileiro)	R\$ 38.500	R\$ 35.750	R\$ 67.222
Clara (filha - brasileira)	R\$ 203.500	R\$ 200.750	R\$ 177.222

Quadro 6: Quadro comparativo de resultados das simulações de partilha segundo os direitos sucessórios brasileiro e argentino.

Pode-se ver que aqui também a decisão a quem favorecer resultará complexa. Não parece ser possível resolver quem deve ser beneficiado, pois embora o *prélèvement* aproveite os filhos José e Marcelo, Martín, também filho do *de cuius* ficará excluído, enquanto Clara e Maria receberão uma parcela menor do que receberiam com a aplicação da lei brasileira.

4.4 DIFICULDADES DO PRÉLÈVEMENT ALÉM DA CONCORRÊNCIA ENTRE HERDEIROS NACIONAIS E ESTRANGEIROS

Os quadros apresentados apontam uma diversidade de resultados sobre os quais o *prélèvement* pode encontrar um fértil campo de atuação, se somente se tratasse de um herdeiro tomado de forma isolada. Quando se aplica a um conjunto de herdeiros, e diante do caso concreto, é gerador de grandes conflitos. A letra da lei autorizaria apenas a favorecer o cônjuge e os filhos brasileiros, e foi observado que nem todos reúnem essa condição, como é o caso da viúva Maria e o filho Martín. Poderiam reclamar um tratamento mais favorável mesmo não possuindo nacionalidade brasileira diante dos que a possuem? Supondo que a resposta fosse positiva, mais favorável a qual dos dois? Por outra parte, aceitando-se a validade de uma regra que possa beneficiar os herdeiros de nacionalidade brasileira, quais herdeiros brasileiros deveriam ser beneficiados?

Campos Mônaco coloca algum desses questionamentos, observando que com a elevação do cônjuge a essa nova posição, a aplicação da lei mais

favorável pode apresentar ainda mais dificuldade, e que parece ser intransponível, por não restar claro quem deverá ser favorecido com a aplicação do instituto de *prélèvement*.

“Assim, pode bem ser que a aplicação da lei estrangeira - lei do último domicílio do falecido - estabeleça uma forma de concorrência que garanta uma divisão do patrimônio de forma diversa daquela estabelecida pelo Direito brasileiro, ou mesmo não estabeleça concorrência nenhuma, mas seja, em tese, mais favorável aos nossos nacionais. É o que ocorre se se verificar que a lei estabelece a reserva da legítima na ordem dos 60% do patrimônio, por exemplo. Nesse caso. Dever-se-á aplicar a lei estrangeira, em princípio. Diz-se em princípio porque pode bem ser que a vocação hereditária determinada por esta lei contemple apenas os descendentes, prejudicando desta forma o cônjuge sobrevivente. *Quid juris?* Aplicar a lei estrangeira que determinará a eventual redução das disposições testamentárias, prejudicando-se o cônjuge brasileiro? Ou aplicar a lei brasileira, em benefício do cônjuge sobrevivente, mas prejudicando a totalidade dos nacionais?”⁵¹⁷

Explica o autor que a norma constitucional foi inscrita em época em que não se discutia o problema da concorrência sucessória entre essas duas classes de herdeiros. Por isso tratava-se de beneficiar ora o cônjuge nacional, ora os descendentes nacionais. Contudo, é bem verdade também que naquela época era possível encontrar concorrência do cônjuge no estrangeiro, instalando as mesmas dúvidas.⁵¹⁸

Não se podia deixar passar despercebida a colocação de Pontes de Miranda ao comentar o art. 153, § 33, da Constituição de 1967, quando indicava que: “Se a lei brasileira só é mais favorável ao cônjuge, atende-se, nesse ponto, à lei brasileira; idem, se só é mais favorável aos filhos, ou ao filho”.⁵¹⁹ Ocorre que, como vem sendo sustentado, em um contexto de concorrência sucessória previsto pelo art. 1.829, inc. I, do CC/2002, em havendo cônjuge e filhos, o tratamento mais favorável a um deles representará um tratamento menos favorável a outro.

⁵¹⁷ MONACO, Gustavo F. Concorrência sucessória e conflitos de leis. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 172-184, 2005. p. 182.

⁵¹⁸ MONACO, Gustavo F. Concorrência sucessória e conflitos de leis. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 172-184, 2005. p. 183.

⁵¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972. p. 652.

Como visto, as circunstâncias do caso podem fazer com que inclusive não exista uma solução fácil mesmo quando todos os herdeiros forem brasileiros, pois à diferença do *prélèvement* francês, o legislador brasileiro não condicionou a aplicação da regra à concorrência entre herdeiros estrangeiros e brasileiros. Assim o problema não termina na questão de quem pode solicitar o benefício (brasileiro ou estrangeiro), em que claramente se nota o caráter de privilégio de nacionalidade instalado na CF/88⁵²⁰, mas quem deve ser favorecido se todos puderem alegá-lo. Campos Mônaco aposta a seguinte solução:

“No entanto, parece que a opção do nosso legislador, ao instituir o sistema da concorrência, jogara por terra o sistema constitucional, pois é bem provável que a comparação dos sistemas aplicáveis em tese - o estrangeiro e o brasileiro - leve à distinção de quotas que ora prejudicará o cônjuge brasileiro em benefício dos filhos brasileiros, ora prejudicará estes filhos, em benefício daquele cônjuge. Nessas hipóteses, parece que a única situação possível será optar pela aplicação do Direito brasileiro. É claro que, se apenas os filhos forem brasileiros, não se há de perquirir a respeito do benefício ao cônjuge estrangeiro. O mesmo ocorrerá se o cônjuge for brasileiro e os filhos - possivelmente de primeiras núpcias - forem estrangeiros. Nesses casos, a proteção constitucional recairá apenas sobre aquela classe concorrente composta por nacionais”.⁵²¹

O posicionamento de Campos Mônaco revela muito bem a encruzilhada em que o legislador colocou o intérprete quando se elevou ao cônjuge à posição de concorrente com os descendentes. Mas a solução que propõe continua discriminando entre herdeiros nacionais e estrangeiros.

4.5 DUAS POSSÍVEIS RESPOSTAS EXCLUSIVAMENTE APONTADAS À DIFICULDADE DE APLICAÇÃO DO PRÉLÈVEMENT PELA INDETERMINAÇÃO DOS BRASILEIROS FAVORECIDOS

⁵²⁰ VILLELA, Anna M. Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 65, p. 131-146, jan.-mar. 1980. p. 146.

⁵²¹ MONACO, Gustavo F. Concorrência sucessória e conflitos de leis. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 172-184, 2005. p. 183.

Em caso de que se assumisse como válida a discriminação promovida pela regra de *prélèvement* entre herdeiros brasileiros e estrangeiros, é ainda necessário um esforço hermenêutico para saber quem deve ser o mais favorecido em caso de que somente brasileiros pudessem ser beneficiados. Aqui se apresentam duas possibilidades que servem apenas para esquivar esse problema, deixando ao descoberto, contudo, a questão da discriminação.

Uma possibilidade de dizer qual dos herdeiros brasileiros deveria ser favorecido, seria escolher entre a lei brasileira ou estrangeira que maior benefício trouxesse ao conjunto dos herdeiros brasileiros *em termos absolutos*, embora o quinhão de algum/ns herdeiro(s) brasileiro(s) individualmente considerado(s) não fosse tão elevado quanto seria em caso de aplicar uma lei diversa. No caso que vem sendo estudado, uma proposta seria a de comparar a soma dos quinhões dos herdeiros brasileiros, neste caso Clara, José e Marcelo, como se observa no quadro a seguir:

Herdeiro	Direito Brasileiro (concorrência nos bens particulares)	Direito Brasileiro (concorrência nos bens comuns)	Direito Uruguaio
Maria (viúva - argentina)	R\$ 11.000	R\$ 22.000	R\$ 0
Martín (filho - argentino)	R\$ 38.500	R\$ 35.750	R\$ 61.875
José (filho - brasileiro)	R\$ 38.500 (A)	R\$ 35.750 (D)	R\$ 61.875 (G)
Marcelo (filho - brasileiro)	R\$ 38.500 (B)	R\$ 35.750 (E)	R\$ 61.875 (H)
Clara (filha - brasileira)	R\$ 203.500 (C)	R\$ 200.750 (F)	R\$ 144.375 (I)
Total da soma dos quinhões dos herdeiros brasileiros	A + B + C: R\$ 280.500	D + E + F: R\$ 272.250	G + H + IR\$ 268.125

Quadro 7: Comparativo das somas dos quinhões dos herdeiros brasileiros de acordo com o direito brasileiro e uruguaio.

Seguindo a aplicação da regra visando que os brasileiros ao todo os mais favorecidos, pode observar-se que a aplicação do direito brasileiro, entendendo a concorrência do cônjuge nos bens particulares, é a lei mais favorável. José e Marcelo se viram prejudicados, pois receberam um quinhão daquele que lhes corresponderia com a aplicação do direito uruguaio. Contudo é uma possibilidade de solução entendendo o benefício aos herdeiros brasileiros em conjunto.

Segundo outra resposta, a lei mais favorável seria a que garantisse uma distribuição mais igualitária dos quinhões, de forma a evitar na maior medida as desproporções de patrimônio entre os herdeiros. Assim, o maior benefício se daria *em termos relativos*. Observando o Quadro 7, basta comparar os quinhões atribuíveis a José e a Marcelo com o quinhão de Clara, e assim verificar que o percentual de disparidade é menor quando se aplica a legislação uruguaia.

A tais respostas poderiam ser somadas outras possibilidades de divisão que surjam de interpretações alternativas, tentando salvar o dispositivo. Contudo não estarão correspondendo ao problema central, pois não pode ser a nacionalidade motivo para o favorecimento. Será sempre uma solução cujos efeitos já se revelaram na França incompatíveis com o princípio da igualdade, conduzindo à abolição do instituto.

CONCLUSÃO DA SEGUNDA PARTE

Na segunda parte do trabalho, o estudo esteve focado em compreender a lógica discriminatória que resulta do *prélèvement*, a partir dos motivos do seu surgimento, tanto na França quanto no Brasil. Este último, tal como seu antecedente e em que pese ter surgido em um contexto totalmente diferente, constitui da mesma forma um verdadeiro privilégio em favor dos nacionais. Esse privilégio não se revela apenas de forma abstrata, mas apresenta consequências negativas concretas na hora de distribuir uma herança no Brasil, na medida em que a sucessão deve resolver-se em um quadro de concorrência sucessória entre cônjuge e filhos brasileiros e estrangeiros.

Pontualmente, foi possível constatar que:

I – O *prélèvement*, embora introduzido no ordenamento brasileiro com o objetivo de proteger a família brasileira quando o *de cuius* for estrangeiro, assenta-se sobre o elemento nacionalidade do herdeiro, marcando uma distinção entre herdeiros brasileiros e estrangeiros. Sua interpretação, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, mantém esse entendimento. Apesar das suas diferenças quanto a justificativa e técnicas em relação ao *prélèvement* francês, ambos guardam semelhanças no que respeita à diferenciação em virtude da nacionalidade. Esse critério, da diferenciação em virtude da nacionalidade, foi o que levou o Conselho Constitucional francês a declará-lo inconstitucional e a outros países a não o reprisar em recentes reformas às legislações internas de DIPr.

II – Independentemente de o benefício se dar em função da nacionalidade, a atribuição de tratamento mais favorável ao cônjuge ou aos filhos brasileiros pode representar, em casos como o da Sucessão de Alfredo Saraiva, uma grande dificuldade na hora de dividir o patrimônio entre os herdeiros. Isso ocorre no momento em que o DIPr brasileiro abre a porta para a comparação do direito material brasileiro com o direito estrangeiro, em situações em que a concorrência entre cônjuge e filhos brasileiros não é resolvida alhures da mesma forma que pelo direito local. Essa circunstância

demostra que o problema revelado pela regra de *prélèvement* pode até não depender da questão da concorrência entre herdeiros brasileiros e estrangeiros, mas apenas da utilização de um mecanismo que exige a aplicação de lei mais favorável, por um lado, e uma ordem de vocação hereditária em que se elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário e concorrente com os descendentes, por outro.

TERCEIRA PARTE – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E INEFICÁCIA DOS MECANISMOS DE SUA CORREÇÃO PELA TÉCNICA CONFLITUAL

Havendo sido expostas as dificuldades do *prélèvement* na hora da sua aplicação a um caso concreto, é chegado o momento de analisar a questão desde uma perspectiva mais abstrata. Nessa última parte do estudo busca-se observar em detalhe em que consiste o conflito com o princípio constitucional de igualdade, bem como saber se esse conflito pode ser superado a partir da utilização de instrumentos disponíveis na técnica conflitual do DIPr.

Ao juiz que cuida da Sucessão de Alfredo Saraiva não se lhe apresenta uma tarefa fácil resolver a partilha. Evidentemente, há uma dificuldade enorme em decidir a quem deve beneficiar. Na CF/88 existe, por um lado, um comando que ordena favorecer aos herdeiros brasileiros na hora da resolução do conflito de leis. Por outro lado, encontra-se no mesmo corpo normativo – e, inclusive, no mesmo capítulo – uma norma que ordena que todos sejam tratados de igual forma. Apresentam-se como comandos conflitantes, ainda que ambos constitucionais e integrantes do catálogo de direitos e garantias fundamentais. No entanto, uma resposta tão categórica não pode ser dada sem estudar-se com maior profundidade o princípio da igualdade, de expressão constitucional e previsto em instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil. Isso porque o princípio da igualdade não serve de suporte apenas para regra que ordena o tratamento igual, senão também a que ordena, em determinadas circunstâncias, o tratamento desigual. Aqui será demonstrado então que se as circunstâncias apresentadas estão constituídas pela existência de uma diversidade de nacionalidade entre os herdeiros, elas não tem o condão de erguer-se em justificativa razoável para o tratamento desigual que o *prélèvement* provoca.

Ainda, é necessário observar que, ao longo dos anos, o DIPr tem contado com a possibilidade de corrigir os efeitos indesejados de uma norma de conflito posta no ordenamento. Está-se referindo ao instituto da OPI, enquanto mecanismo a disposição do juiz para evitar situações nas quais, em virtude da utilização das normas de conflitos de leis, os resultados possam

apresentar-se contrários aos valores fundamentais do foro (correção *a posteriori*). Igualmente, a doutrina de DIPr tem se preocupado com um aperfeiçoamento da eleição do direito aplicável, em virtude de uma melhor apreciação dos elementos de conexão. Trata-se do princípio de proximidade, que permite ao juiz aplicar o direito material do Estado mais próximo ao caso concreto, fugindo da aplicação mecânica das normas de conflito de leis de matriz *savignana*. (correção *a priori*).

No final desta terceira parte pretende-se ver, por um lado, que da aplicação do *prélèvement* resulta uma violação do princípio da igualdade (Capítulo 5). Por outro, que essa violação não consegue ser neutralizada com a utilização dos mecanismos de correção da técnica de solução de conflitos de leis à disposição do juiz na atualidade, nem com a incorporação de alternativas metodológicas que o DIPr tem apresentado nos últimos anos e às quais o Brasil possa vir a aderir (Capítulo 6).

Tal como o foi mencionado na Introdução,⁵²² cumpre lembrar que esse trabalho não persegue um objetivo de resolver o conflito entre normas constitucionais, ou seja, não se dispõe a oferecer uma solução ao caso da Sucessão de Alfredo Saraiva harmonizando os comandos constitucionais, e fazendo prevalecer ou não, o princípio da igualdade sobre a necessidade de proteção patrimonial de determinados herdeiros. Trata-se de uma escolha do autor deste estudo, por entender que não se pode, ao mesmo tempo, pugnar pela eliminação do instituto do ordenamento jurídico brasileiro e sustentar uma interpretação que resolva o caso, em uma perspectiva concretizadora.

A quem interessar tal objetivo, preocupado com a compatibilização e aceitando a necessidade de lidar com dispositivos conflitantes, poderá seguir estudos mais específicos nesse sentido. Sobretudo aqueles estudos que partem de uma teoria estrutural da norma de direito fundamental, pois estes servem para a solução de problemas centrais da dogmática de direitos fundamentais, como são as suas restrições ou conflitos entre eles.⁵²³

⁵²² Vide pag. 30.

⁵²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 85.

Uma proposta parte da distinção entre princípios e regras, tendo origem nos trabalhos de Ronald Dworkin,⁵²⁴ direcionada às relações entre direitos fundamentais na Lei Fundamental da Alemanha por Robert Alexy.⁵²⁵ Aqui no Brasil, a preocupação por essa distinção se encontra nos trabalhos de Avila⁵²⁶ e Neves⁵²⁷ e Barcellos.⁵²⁸

Ainda, é importante referir estudos voltados à aplicação dos direitos fundamentais às relações particulares, a partir do denominado efeito horizontal dos direitos fundamentais, desenvolvido a partir do célebre caso Lüth, decidido em 1958 pelo Tribunal Constitucional alemão.⁵²⁹ Nesse sentido, pode-se recorrer ao estudo de Canaris,⁵³⁰ na Alemanha. No Brasil, se destacam os aportes de Duque,⁵³¹ e Steinmetz.⁵³²

⁵²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-72.

⁵²⁵ Para Alexy os princípios são *mandamentos de otimização*, caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados em que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas, em virtude de princípios e regras colidentes. As colisões entre princípios se resolvem de forma totalmente diferente das regras. Se dois princípios oferecem direções opostas, um deles deverá ceder, mas isso não quer dizer que por causa disso ele é invalidado. Ocorre que, sob determinadas condições, um princípio terá preferência sobre outro princípio. É por isso que se diz que os conflitos entre regras se resolvem na dimensão da validade, enquanto os conflitos entre princípios se resolvem na dimensão do peso. Se nenhum princípio goza de preferência sobre outro princípio de forma abstrata, isso quer dizer que a única maneira de saber qual deles deverá prevalecer é diante do caso concreto. Então, as indagações passarão por saber em quais condições um princípio tem maior peso que o outro. Mas tais condições não fazem parte da formulação do princípio de forma abstrata. Ao contrário, dir-se-á que dadas determinadas condições, um princípio prevalecerá sobre outro, sempre levando em consideração o caso concreto. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 85 e sgtes.

⁵²⁶ AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 38-70.

⁵²⁷ NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 89 e sgtes.

⁵²⁸ BARCELLOS, Ana P. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 165 e sgtes.

⁵²⁹ ALEMANHA. Tribunal Constitucional. Caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230). Julgamento: 15/01/1958. Publicação: BvR 400/51.

⁵³⁰ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012. 167 p.

⁵³¹ DUQUE, Marcelo S. *Direito privado e constituição*. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 447 p.

⁵³² STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; e STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Cumprе salientar, que a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais também teve manifestações na resolução de caso de DIPr.⁵³³

⁵³³ Nadia de Araujo comenta uma decisão em que a teoria da eficácia dos direitos fundamentais foi aplicada a um caso de DIPr. Assim comenta: “O caso paradigmático da nova metodologia jurídica no DIPr se deu quando exerceu-se o controle de constitucionalidade na aplicação de uma norma de condito de leis, na Alemanha, em 1971. Tratava-se de um cidadão espanhol, solteiro, que pretendia casar-se com uma cidadã alemã, divorciada. Para o direito alemão, a capacidade era regida pelo direito nacional de cada um. Por isso, era necessário comprovar, no momento da habilitação de casamento – que se processava na Alemanha -, que a capacidade das partes respeitava a lei do país de origem. Não obteve o espanhol tal certificado, porque segundo a lei espanhola o casamento não podia ser realizado, em virtude do impedimento de uma das partes, que era divorciada – por ser o divórcio proibido na Espanha. As partes requereram a dispensa da formalidade, o que foi negado pelo tribunal, ao argumento de que não fora violada a ordem pública internacional alemã. Recorreram ao Tribunal Constitucional alegando-se a violação de um direito constitucional do indivíduo — o da liberdade de casamento. O Tribunal Constitucional decidiu pela prevalência do princípio sobre a norma, ao entender que a violação ao direito constitucional ocorrera. Nas suas razões também cita a proteção a esse direito da Convenção Europeia de Direitos Humanos, artigo 12, e do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas, de 1962. Com isso, anulou-se a decisão da Corte de Apelação, e a licença foi concedida. Ao justificar sua decisão, o Tribunal Constitucional fez questão de frisar que a aplicação do direito estrangeiro, designado pela regra de conflito, também estava sujeito à Constituição. Impediu, desta forma, que o sentido da decisão pudesse ser subestimado com a alegação da sua exclusiva incidência ao caso concreto. A decisão aponta como núcleo da ordem pública os valores constitucionais protegidos pela lei maior, pois não se pode permitir que a aplicação da lei designada pela regra de conflito importe em um resultado flagrantemente inconstitucional, à semelhança do que ocorre com as regras do direito interno. Há interferência direta da Constituição no momento da aplicação da norma escolhida pela regra de conflitos, teoria esta designada de *efeito horizontal* dos direitos fundamentais. ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117-118. Vide também MOURA RAMOS, Rui M. *Direito internacional privado e constituição*. Introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 210 e sgtes.

CAPÍTULO 5 – CONFLITO ENTRE O *PRÉLÈVEMENT* E MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Embora a tese aqui desenvolvida se instale a partir de uma questão iusprivatística internacional, não se pode desconhecer a dimensão constitucional que comporta o problema, em virtude do lugar que a regra – merecidamente ou não –, ocupa no direito positivo brasileiro.

No Capítulo 3 deste estudo foi possível apontar as circunstâncias em que o *prélèvement* desembarcou no ordenamento brasileiro e chegou a ocupar um lugar na Carta Magna. A explicação para tanto resultou de uma consideração eminentemente prática: buscou-se evitar a declaração de inconstitucionalidade de uma norma que confrontaria o direito de igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros. A seriedade da preocupação ficou indiretamente provada, vários anos mais tarde, com a abolição da versão francesa do instituto, pelos mesmos motivos.

Infelizmente, a solução no Brasil a essa questão não veio com uma reformulação substancial do instituto, mas com uma blindagem, dando-lhe guarida constitucional. Isto ficou mais evidente nos anos que se seguiram, pois o constituinte não escondeu suas dúvidas acerca da suficiente dimensão material do instituto para merecer tal hierarquia. Questionou, em mais de uma oportunidade, se não teria sido melhor manter a regra apenas no texto da ICC/1916 e, posteriormente, da LICC/1942.⁵³⁴

Por outro lado, deve recordar-se que, com isso, buscou-se a superação de um conflito entre o *prélèvement* e o CBust, por ser o primeiro uma exceção não permitida ao princípio da unidade sucessória estabelecido no segundo. Assim, revestiu-se o *prélèvement* com o manto da OPI, caráter que, segundo o que dispõe o art. 4º do CBust, as normas constitucionais possuem.⁵³⁵

Cumprido salientar, mais uma vez, a posição geográfica que a regra ocupa no texto fundamental brasileiro: o catálogo de direitos e garantias fundamentais (Título II da CF/88). Este título pode considerar-se um verdadeiro

⁵³⁴ Vide notas n. 384, 395 e 403.

⁵³⁵ Vide o ponto 3.2.1.3.

núcleo substancial do texto constitucional, cujas normas são ao mesmo tempo parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem jurídica.⁵³⁶

O objetivo deste capítulo é demonstrar, no plano abstrato, em que consiste o conflito da regra de *prélèvement* com o princípio da igualdade, cujas manifestações podem encontrar-se na CF/88, especificamente na consagração de um direito geral de igualdade e em outras manifestações mais específicas.

É oportuno alertar o leitor que aqui a abordagem diferirá sensivelmente da utilizada nos outros capítulos. Agora o instituto será tratado muito mais como uma regra constitucional que oferece determinado benefício aos herdeiros nacionais do que como uma norma de conflito de leis. Deixa-se assim um pouco de lado a abordagem de DIPr, que será retomada no próximo capítulo.

Em virtude dessa perspectiva, considera-se importante discutir, em primeiro lugar, algumas questões relativas à hermenêutica constitucional, que devem ser levadas em conta para um adequado dimensionamento do problema, lembrando que se trata de uma tensão entre duas normas que integram o mesmo texto. Depois, aborda-se o instituto como categoria constitucional, com a caracterização que a doutrina fez da regra enquanto garantia institucional de âmbito estritamente normativo, discutindo-se a sua presença no catálogo de direitos e garantias fundamentais. Finalmente, será estudado o princípio da igualdade e suas manifestações tanto constitucionais quanto em instrumentos internacionais. Nesse momento poderá identificar-se o núcleo do conflito com o instituto estudado, pois se revelará qual é o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

⁵³⁶ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61 e 66.

5.1 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL PARA DIMENSIONAMENTO DO CONFLITO ENTRE O PRÉLÈVEMENT E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Em virtude de um princípio da unidade da ordem jurídica, de um modo geral as normas constitucionais partilham os mesmos problemas inerentes ao restante das normas do ordenamento. Toda norma deve ser interpretada, pois os enunciados se formulam por meio de palavras, símbolos linguísticos que devem expressar o sentido daquilo que deve ser,⁵³⁷ não interessando se o seu enunciado é claro ou obscuro, pois não deve confundir-se a interpretação com a dificuldade de interpretação.⁵³⁸

Barroso entende a hermenêutica jurídica como “um domínio teórico, especulativo, cujo objeto é a formulação, o estudo e a sistematização dos princípios e as regras de interpretação do Direito”. Por sua vez, entende que a *interpretação* “é atividade prática de revelar o conteúdo, o significado e o alcance da norma, tendo por finalidade fazê-la incidir no caso concreto”. Por fim, a *aplicação* de uma norma jurídica “é o momento final do processo interpretativo, sua concretização, pela efetiva incidência do preceito sobre a realidade de fato”.⁵³⁹

⁵³⁷ Entende Ferraz Júnior que o uso das palavras oscila entre o aspecto onomasiológico da palavra, que é o uso corrente para a designação de um fato, e o aspecto semasiológico, que consiste na sua significação normativa. Os dois aspectos podem coincidir, mas nem sempre isso ocorre, pois o legislador usa vocábulos que extrai da linguagem cotidiana, mas frequentemente lhes atribui um sentido técnico, apropriado à obtenção da disciplina desejada. Este sentido técnico não é totalmente independente do sentido comum, sendo por isso ensejador de dúvidas que emergem da tensão entre ambos. FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 255.

⁵³⁸ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 109-110.

⁵³⁹ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 107. FRANÇA, Rubens. L. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 3. É importante salientar a finalidade, pois a hermenêutica, embora seja um domínio teórico, tem propósito eminentemente prático. O escopo do jurista não se reduz a simplesmente compreender o texto, como faria um historiador, que se contentaria com entender o sentido e alcance no contexto em que a norma foi criada. O jurista quer determinar-lhe a força e o alcance, pondo-o texto normativo em presença dos dados atuais do problema. FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 256. Maximiliano por sua vez entende que “interpretar uma expressão de Direito não é apenas *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta”. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 8.

Segundo Gomes Canotilho, “a interpretação jurídico-constitucional está apontada então à atribuição de um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos na Constituição”.⁵⁴⁰

Nesse processo hermenêutico, contudo, as normas constitucionais apresentam particularidades que exigem um especial cuidado, entre os quais se destacam a superioridade hierárquica e a natureza da linguagem utilizada.⁵⁴¹ A supremacia da Constituição denota o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, em que nenhum ato jurídico poderá subsistir se for contrário ao sentido dado à primeira. Por outro lado, as normas constitucionais são frequentemente principiológicas e esquemáticas, o que faz que se apresentem com maior abertura. Nela surgem enunciados contendo conceitos como igualdade, justiça social, dignidade da pessoa humana, função social, etc., o que confere ao intérprete um alto grau de discricionariedade, mesmo em países como o Brasil que contam com um texto constitucional analítico. Por isso, no caso da interpretação constitucional, soma-se um novo conceito que é o da *construção*, pelo fato de estar composta por normas de princípio com grande abstração.⁵⁴²

⁵⁴⁰ GOMES CANOTILHO, José. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 208. Sobre a questão da atribuição de significado, veja-se o valioso aporte de Ávila: “a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal, por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato que o intérprete não atribui ‘o’ significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem versões de significado - sentidos -, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, com o uso”. AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 34. (com destaque no original).

⁵⁴¹ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108;

⁵⁴² BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108-113; GOMES CANOTILHO, José. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 209-212.

5.1.1 Métodos clássicos de interpretação

Diante da Constituição, o intérprete tem à sua disposição os métodos tradicionais, conhecidos desde a obra de Savigny: o método gramatical, histórico e sistemático.⁵⁴³ Posteriormente foi acrescentado o método teleológico.⁵⁴⁴

Vale recordar, ainda que sucintamente, que a interpretação gramatical é a que busca entender a norma a partir do seu enunciado normativo,⁵⁴⁵ da revelação do conteúdo semântico das palavras.⁵⁴⁶ Por sua vez, a interpretação histórica procura compreender o sentido e alcance através da revelação da vontade do legislador, captando o contexto no qual a norma foi editada e especulando sobre qual seria a vontade daquele no contexto atual.⁵⁴⁷ Já a interpretação teleológica se preocupa com revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com determinado preceito.⁵⁴⁸ Por fim, a interpretação sistemática propõe observar o direito objetivo como um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente.⁵⁴⁹

⁵⁴³ Savigny apresentava, além dos métodos citados, o método lógico, que consistia na decomposição do pensamento, ou as relações lógicas que unem a suas diferentes partes. SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. de Jacinto Mesía e Manuel Poley. t. I. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1879. p. 187.

⁵⁴⁴ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 108.

⁵⁴⁵ Para a distinção entre norma e enunciado normativo *vide* ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 52 e sgtes; Também Gomes Canotilho, que distingue entre texto da norma e norma. GOMES CANOTILHO, José. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 219.

⁵⁴⁶ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 131; FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 287.

⁵⁴⁷ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136; MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 124-128.

⁵⁴⁸ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

⁵⁴⁹ Para Bobbio, a interpretação sistemática é aquela que “tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito Privado, ou o Direito Penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que deva se entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal”. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 188.

Sustenta-se que nenhum desses métodos deve ser adotado de forma absoluta.⁵⁵⁰ Ao contrário, devem combinar-se, e se não conduzirem ao mesmo resultado, então estar-se-á diante de um *caso difícil*.⁵⁵¹ O desafio do intérprete é de grande envergadura, pois a rigor não existe uma hierarquia predeterminada que faça prevalecer um método sobre outro, nem existe critério rígido de desempate.⁵⁵² Ainda, não são métodos infalíveis, e as limitações que estes apresentaram ao longo dos anos fizeram com que sejam repensados e aprimorados.⁵⁵³

Partindo-se apenas desses métodos tradicionais e aplicando-os à regra de *prélèvement*, observa-se que existe uma grande identidade entre o sentido atribuído ao enunciado (interpretação gramatical) com o que o constituinte desejou com ele (interpretação histórica). A construção do texto e sua evolução ao longo das diferentes constituições foi confirmando, recorrentemente, a intenção de quem introduziu o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. As alterações que sofreu no texto não foram, neste sentido, de grande importância. Por sua vez, seguindo método teleológico, não há dúvidas que a norma tem como finalidade a proteção do patrimônio de determinados herdeiros, em caso de sucessão de bens no Brasil com conexão internacional.

O problema da norma se revela ao aplicar o método sistemático. Este método exige que uma norma não possa ser interpretada tomando-se isoladamente como poderia ocorrer com os outros métodos, mas fazendo

⁵⁵⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. de Jacinto Mesía e Manuel Poley. t. I. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1879. p. 187.

⁵⁵¹ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

⁵⁵² A doutrina romano-germânica, não obstante, desenvolveu duas diretrizes importantes. Em primeiro lugar a interpretação gramatical não pode ser inteiramente desprezada. Em segundo lugar, os métodos objetivos (teleológico e sistemático) tem preferência sobre o método subjetivo (histórico). BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130. Para uma visão da disputa entre objetivistas e subjetivistas *vide* FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 267; e LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. e rev. de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Editorial Ariel, 2001. p. 312-316.

⁵⁵³ Ferraz Junior menciona além desses, outros métodos, como o sociológico, evolutivo, axiológico e lógico. FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 286-293. Sobre uma leitura crítica dos métodos hermenêuticos tradicionais *vide* STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75-96; também GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 177-205.

parte de um sistema. Assim o sentido a ela atribuído deve ser harmônico com o resto do sistema, que pressupõe ordem e unidade.⁵⁵⁴ Pois então, conforme o comentado acima, se está diante de um caso difícil.

Sob risco de estar adiantando um tema que será motivo de maior desenvolvimento *infra*, basta olhar que, no *caput* do art. 5º da CF/88 se ordena uma igualdade de tratamento quando diz que “todos são iguais” e se garante “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à igualdade...”. Nesse sentido, não há margem para ler o *prélèvement* quando dispõe “em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros”, como se dissesse “em benefício de todos os herdeiros, nacionais e estrangeiros”. O texto, a vontade do constituinte e os fins da norma ficariam completamente desvirtuados com tal extensão do sentido. A proteção se destina aos herdeiros brasileiros, como a doutrina teve oportunidade de enfatizar.

O teste acima parece exagerado, mas serve para evidenciar que não existem dúvidas acerca do verdadeiro sentido da norma de *prélèvement*. Não existe, portanto, interpretação corretiva que denote uma antinomia apenas aparente e permita a coexistência do instituto em estudo com a norma que ordena igualdade de tratamento.⁵⁵⁵

O método sistemático tem como derivação um princípio específico de interpretação constitucional. Com efeito, ao lado dos princípios constitucionais de conteúdo material, consagrados no Título I da CF/88, o intérprete conta com princípios de natureza instrumental, específicos para a tarefa de descobrir o sentido das normas da Constituição. São premissas metodológicas ou *metanormas*, pois estão destinadas a ordenar a atividade interpretativa. Por isso não podem chamar-se de métodos de interpretação. São princípios condicionantes dessa interpretação.⁵⁵⁶ A doutrina aponta vários princípios, dentre os quais é possível encontrar derivações.⁵⁵⁷ Para os fins deste estudo, é fundamental entender o da unidade da Constituição.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 104-106.

⁵⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 103.

⁵⁵⁶ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

⁵⁵⁷ São estes: o princípio de unidade da Constituição; de concordância prática; efeito integrador; força normativa; conformidade constitucional; efetividade; e interpretação conforme

5.1.2 Princípio da unidade da Constituição e inaplicabilidade do critério da especialidade

Como algo decorrente da soberania do Estado, não se concebe a existência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante destinada a regulamentar de forma divergente a mesma situação jurídica. Para que possa subsistir como uma unidade, o ordenamento constitui um sistema cujos elementos são coordenados, apoiando-se e pressupondo-se reciprocamente. É precisamente a Constituição que atua como elo entre tais elementos, por ser a origem comum de todas as normas. Aliás, a ideia de unidade que a Constituição outorga à ordem jurídica também se projeta sobre si e alcança todo o seu texto.⁵⁵⁹ Essa constatação é importante, sobretudo no caso da CF/88, cuja criação denota a articulação de diversos interesses e aspirações muitas vezes antagônicas,⁵⁶⁰ em uma espécie de – nos dizeres de Gomes Canotilho – *consenso fundamental*.⁵⁶¹

O princípio da unidade da Constituição se traduz ao intérprete na ideia de que não é apenas um aglomerado de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em um conjunto de ideias de núcleo irreduzível, que condiciona a interpretação de qualquer uma das suas partes.⁵⁶² Significa que todas as normas contidas na Constituição têm igual dignidade, não existindo

a Constituição. STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 94-200; BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 175-279; GOMES CANOTILHO, José. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 226-230.

⁵⁵⁸ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 165.

⁵⁵⁹ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 202.

⁵⁶⁰ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 202; SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65.

⁵⁶¹ GOMES CANOTILHO, José. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 190.

⁵⁶² STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987. p. 292.

qualquer relação hierárquica entre as mesmas.⁵⁶³ Hesse afirma que, segundo este princípio:

“todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales. La única solución del problema coherente con este principio es la que se encuentre en consonancia con las decisiones básicas de la Constitución y evite su limitación unilateral a aspectos parciales”.⁵⁶⁴

Assim, o princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete harmonizar as tensões e contradições que se lhe apresentem.⁵⁶⁵ Nas palavras de Steinmetz: “A não observância desse princípio implica, primeiro a sua fragilização normativa, depois a sua destruição como lei fundamental da sociedade”.⁵⁶⁶

Na CF/88 são vários os casos em que normas podem entrar em conflito por consagrarem valores e bens jurídicos contrapostos. No campo dos direitos individuais pode citar-se a tensão entre a liberdade de manifestação de pensamento (art. 5, inc. IV) e o direito à honra (art. 5, inc. X). No campo económico, a livre iniciativa (arts. 1, inc. IV, e 170, *caput*) contrasta com as restrições que possam ser impostas ao capital estrangeiro (art. 172).⁵⁶⁷ Pois então, o princípio da unidade serve para reconhecer que no ordenamento ocorrem tais tensões. Mas essas tensões não podem existir na hora da concretização de tais direitos.

De um modo geral, o intérprete que deva resolver contradições entre normas se vale das regras fundamentais para a solução de antinomias, a saber: o critério cronológico (*lex posterior derogat legi priori*); hierárquico (*lex superior derogat inferior*) e o da especialidade (*lex specialis derogat legi*

⁵⁶³ GOMES CANOTILHO, José. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 190.

⁵⁶⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Sel. e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 45.

⁵⁶⁵ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 202.

⁵⁶⁶ STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 95.

⁵⁶⁷ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 204; STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 20.

generalí).⁵⁶⁸ A mesma situação jurídica não pode estar governada ao mesmo tempo por duas regras vigentes e da mesma hierarquia, ambas gerais ou ambas especiais, antagônicas entre si, pois o Direito não tolera antinomias na hora da sua concretização.⁵⁶⁹

No que se refere aos critérios cronológico e da hierarquia, eles não podem resolver um conflito que se apresente entre normas da Constituição, pois se trata de um documento único, editado a um tempo só. Isso se revela na jurisprudência brasileira, pois não se aceita a tese das normas constitucionais inconstitucionais.⁵⁷⁰

Se a única versão do *prélèvement* fosse a que consta no art. 10, § 1º, da LINDB, um eventual conflito com o disposto na CF/88 poderia ser resolvido com base na maior hierarquia desta última. Consequentemente poderia eventualmente afirmar-se que, ocorrendo uma tensão insuperável, a norma constitucional que determina tratamento isonômico prevalecerá e a norma que

⁵⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 92.

⁵⁶⁹ BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 203-204. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 81.

⁵⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal assim decidiu na ADIN n. 815-3 do DF não conhecer essa ação por impossibilidade jurídica: "Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna 'compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição' (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que esta jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese de inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou emendar a Constituição elabora pelo Poder Constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido. STF. Adin n. 815-3. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1996. Publicação: DJ 10/05/1996 p. 15.131. A obra de Otto Bachoff, intitulada como *Normas constitucionais inconstitucionais*, aparentemente estaria sustentando essa possibilidade. Contudo, é necessário esclarecer que, conforme Barroso denuncia, trata-se de um trabalho que não tem as implicações que ele tem se atribuído, por ter sido pouco lido e mal interpretado. Não sendo necessário maiores esclarecimentos para os fins deste trabalho e por tratar-se de uma obra que está diretamente apontada à Lei Fundamental Alemã, remete-se à leitura da obra de Bachoff, sempre levando em conta os oportunos esclarecimentos de Barroso. BACHOFF. Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. de José Manuel Cardoso da Costa. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014; BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 211-216.

concede o privilégio será declarada inconstitucional. No entanto, ao encontrarem-se ambas previstas no texto constitucional, a aplicação da regra da superioridade está descartada.

No caso do critério da especialidade, a resolução da antinomia dependerá da realização de um processo de diferenciação de categorias, dividindo entre normas de alcance geral e normas de alcance específico. Se o processo de diferenciação resultar exitoso, ocorrerá uma resolução da antinomia por meio da eliminação daquela parte da norma geral que é incompatível com a norma especial.⁵⁷¹ Bobbio, ao comentar a importância da regra refere a uma razão de “justiça”:

“Também aqui a razão do critério não é obscura: lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species do genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado através de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento”.⁵⁷²

Nesse sentido, tem-se como exemplo que uma norma do Código de Trânsito que ordena aos motoristas deter o veículo no sinal vermelho, conflitaria com a regra que determina que motoristas de ambulância tenham livre trânsito quando estiverem em atendimento. Neste caso, a regra de deter-se foi excetuada para os motoristas de ambulâncias que estiverem prestando atendimento. Assim sendo, a exceção é possível, pois há uma clara relação de

⁵⁷¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 96-97.

⁵⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999. p. 96.

gênero (motoristas de veículos) a espécie (motoristas de ambulâncias) que resolve a antinomia.

Com base em tais apreciações, contudo, podem ser citadas pelo menos duas justificativas de porque o conflito que vem sendo denunciado entre o *prélèvement* e a regra da igualdade não pode ser simplesmente resolvido com base na relação geral-especial.

Em primeiro lugar, para seguir a ideia de Bobbio, não se enxerga uma relação entre gênero e espécie entre ambas as regras. Em todo caso essa relação pode observar-se a nível infraconstitucional, entre o art. 10 da LINDB e seu § 1º, pois claramente há uma regra geral que ordena governar a sucessão de acordo com a *lex domicilii*, enquanto o *prélèvement*, em circunstâncias específicas, pode conduzir à aplicação de outra lei que não a do último domicílio. No caso da CF/88, falta a regra geral que possa ser considerada o “gênero” da “espécie” *prélèvement*.

Em segundo lugar, Bobbio pressupõe que a diferenciação corresponde por justiça. A questão é, precisamente, que pode ocorrer que tal diferenciação – para utilizar a mesma expressão – não seja “justa”. De tal modo, não é possível afirmar-se que uma antinomia entre o *prélèvement* e a igualdade de tratamento possa superar-se com a regra da especialidade, se o que se contesta é, precisamente, a procedência de tal diferenciação. Essa questão é motivo de discussão mais aprofundada no ponto 5.3.

Agora, tendo presente a ideia de que o interprete deve lidar com a CF/88 como uma unidade normativa, é necessário conhecer o instituto, enquanto norma integrante do catálogo de direitos e garantias fundamentais, a chocar-se com o princípio da igualdade.

5.2 PRÉLÈVEMENT NA CONSTITUIÇÃO: GARANTIA INSTITUCIONAL DE CARÁTER FUNDAMENTAL

De modo geral, os comentários que autores constitucionalistas dedicaram ao *prélèvement* não abordam a sua caracterização dentro do conjunto de direitos e garantias fundamentais, limitando a referência a sua

evolução histórica, e trazendo apontamentos que os próprios estudos de DIPr fizeram com maior precisão, já citados nos capítulos anteriores deste trabalho.

Mesmo assim, alguns desses autores tentaram esse enquadramento, considerando a regra uma “garantia institucional de âmbito estritamente normativo”. Parte-se, portanto, desse ponto. Depois, indaga-se acerca do lugar que ocupa enquanto norma integrante do catálogo de direitos fundamentais. O tratamento, por essa perspectiva, busca precisar a dimensão do instituto no âmbito constitucional e observar como se relaciona com o seu entorno, visando preparar o terreno para uma comprovação do conflito existente entre a regra de *prélèvement* e a igualdade garantida na CF/88.

5.2.1 Prélèvement como garantia institucional de âmbito estritamente normativo

A par da regra estudada na presente tese, o constituinte brasileiro consagrou, no art. 5º, inc. XXX, da CF/88, a garantia do direito à herança. Diferentemente da regra de *prélèvement*, esta garantia não estava prevista expressamente nas Constituições anteriores, embora se entendesse como decorrente da garantia do direito de propriedade,⁵⁷³ hoje enunciada no inc. XXII do mesmo artigo. Como visto no ponto 3.2.1.5, a garantia do direito a herança tem idêntica redação à do art. 31 do Anteprojeto de Constituição da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais. Deve-se mencionar, também, que se encontra prevista nas Constituições escritas de um grande número de países, a exemplo de Alemanha (art. 14, 1), Itália (art. 42), Peru (art. 2, 16), Portugal (art. 62,1), Rússia (art. 35, 4), Espanha (secção 33, 1), Síria (art. 17), Uruguai (art. 48) e Vietnam (art. 32, 2).⁵⁷⁴

⁵⁷³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, p. 79-87, jun. 2011. p. 80; também SILVA, José A. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 125.

⁵⁷⁴ Para fins de comparação dos textos constitucionais utilizou-se a ferramenta disponível no projeto Comparative Constitutions Project, em que se constata a consagração constitucional do direito à transmissão hereditária em mais de cinquenta países. Disponível em: <<https://www.constituteproject.org/?lang=en>>. Acesso em: 14/02/2016.

Martins-Costa, ao comentar vários artigos da CF/88, apresentou brevemente algumas características que os incs. XXX e XXXI do art. 5º compartilham. Para a autora, ambos incisos seriam “garantias institucionais”, trazendo o primeiro a garantia do direito de herança e o segundo a garantia aplicação da lei mais favorável. Ainda, precisa a autora que o âmbito de aplicação das mesmas é “estritamente normativo”.⁵⁷⁵ É necessário esmiuçar tais conceitos.

Foi Rui Barbosa quem inspirou a doutrina brasileira, desde seus comentários à Constituição de 1891, na diferenciação entre direitos e garantias. Observava que é possível distinguir disposições meramente declaratórias, que positivam direitos e a estes lhes reconhecem existência legal, das que têm natureza assecuratória, que protegem os direitos e limitam o poder, e que podem estar ambas contidas no mesmo dispositivo constitucional. As garantias podem ser consideradas as formalidades que cercam os direitos com a finalidade de protegê-los contra os abusos do poder.⁵⁷⁶

Assim, entende-se que de nada valeriam os direitos ou as declarações de direitos se não existissem as garantias constitucionais para fazê-los reais e efetivos. A garantia constitucional é, conseqüentemente, a mais alta das garantias do ordenamento jurídico, em razão da superioridade hierárquica das regras da Constituição. Perante elas se curvam tanto o legislador comum quanto os titulares de qualquer dos Poderes, estando obrigados a respeitar os direitos que a norma protege.⁵⁷⁷

Miranda propõe os seguintes parâmetros de diferenciação entre ambos:

⁵⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5, XXXI – a garantia da lei mais benéfica. In: GOMES CANOTILHO, José J. *et. al.* (Orgs.) *Comentários à Constituição do Brasil*. p. 342-346. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343. Também MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, p. 79-87, jun. 2011. p. 80; MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 465; SILVA, José A. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 125.

⁵⁷⁶ BARBOSA, Rui. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Corrigidos e ordenados por Homero Pires. v. V. São Paulo: Saraiva, 1934. p. 178-181; SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 178; SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 186.

⁵⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 532.

“Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se”.⁵⁷⁸

Ferrajoli também advoga pela diferença entre direitos fundamentais como direitos subjetivos (de cunho negativo ou positivo), e as garantias que lhes são correspondentes, quer sejam estas o conjunto de obrigações (positivas ou negativas) correlativas aos direitos (garantias primárias), ou os deveres de aplicar sanções incidentes no caso de violação de tais direitos (garantias secundárias).⁵⁷⁹ Entende que:

*“las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional”.*⁵⁸⁰

As garantias constitucionais passaram, no S. XX, por uma espécie de alargamento. Não ficaram circunscritas tão somente à guarda dos direitos individuais na projeção do liberalismo clássico, mas ampliaram a segurança a formas institucionalizadas.⁵⁸¹ Explica Bonavides:

“As atenções constitucionais do liberalismo convergiam para os polos da liberdade individual; a sociedade, os grupos, as instituições, o pluralismo das formações políticas e sociais, a ação intervencionista do Estado, os interesses organizados para o exercício das pressões sobre o Estado ainda não se haviam cristalizado nem muito menos se constituído com força, a influência e o peso que viriam a ter com o Estado social do século XX, de maneira a reformar de certo modo a índole das Constituições e a dar aparentemente mais segurança aos

⁵⁷⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 88-89.

⁵⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2001. p. 59.

⁵⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2001. p. 25.

⁵⁸¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 537.

direitos fundamentais, ampliando tecnicamente em número e variedade os instrumentos jurisdicionais de proteção àqueles direitos. De sorte que uma das maiores novidades constitucionais do século XX é o reconhecimento de garantias institucionais, tão importante para a compreensão do Estado social quanto as clássicas garantias constitucionais do direito natural e do individualismo o foram para o Estado liberal”.⁵⁸²

Assim, surge o conceito de garantias institucionais, cuja principal base de formulação se encontra na obra dos constitucionalistas da República de Weimar, notadamente os alemães Martin Wolff e Carl Schmitt.⁵⁸³ Sob essa concepção, garantia institucional é para Bonavides:

“[...] a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece como fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza”.⁵⁸⁴

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, impedindo sua eventual supressão ou mutilação, e preservando um mínimo de essencialidade, que não deve ser violado, sob pena de perecimento da entidade protegida.⁵⁸⁵ Elas resultam da percepção de que determinadas instituições de direito público ou de direito privado desempenham um papel tão importante na ordem jurídica, que devem ter o seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador. Pode encontrar-se vinculada a instituições de índole pública, a exemplo da autonomia das universidades (art. 207 da CF/88),

⁵⁸² BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 536-537. Jorge Miranda agrega que o dilatar-se, durante o S. XX, o âmbito da Constituição material, a tomada de consciência de que o indivíduo vive em comunidades e instituições, as pressões dos grupos e a intensa intervenção do Estado no domínio econômico, social e cultural concorrem para fazer salientar constitucionalmente, a par dos direitos fundamentais, instituições numerosas, de cuja existência e de cujas condições de desenvolvimento se ocupam normas específicas. É em face de grandes diretivas constitucionais destinadas a presidir à regulamentação legislativa de certas matérias que se fala em garantias institucionais. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 68.

⁵⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional. Direitos fundamentais*. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 69.

⁵⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 537.

⁵⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 541-542.

ou na esfera privada, como é o caso da garantia da família (art. 226 da CF/88).⁵⁸⁶ A intensidade da proteção será maior ou menor nas Constituições de cada país, de acordo com o valor atribuído ou concedido pelo Estado a determinada instituição, podendo variar no tempo o grau, a extensão e a profundidade da segurança proporcionada.⁵⁸⁷

A segunda característica que aponta Martins-Costa às garantias dos incs. XXX e XXXI do art. 5º da CF/88, é a de que o seu âmbito de proteção é estritamente normativo.⁵⁸⁸ Esta característica encontra-se estreitamente ligada à noção de garantia institucional. Ensina Mendes que normalmente o exercício dos direitos fundamentais pode ensejar conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Por isso, é necessário definir o âmbito de proteção e, se assim for o caso, a fixação precisa das restrições ou limitações a esses direitos. Dessa forma, o âmbito de proteção abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma. Mas para certos direitos o âmbito de proteção é estritamente normativo, pois a tarefa do legislador não se limita a estabelecer as restrições a determinado direito, senão que lhe cabe definir a amplitude e a conformação dos mesmos.⁵⁸⁹

Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, inc. II, da CF/88, refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições a direitos legais a direitos nos incs. XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), dentre outros. Para estabelecer tais restrições, a Constituição se utiliza de expressões tais como “nos termos da lei” (art. 5º, incs. VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, inc. XII) liberdade, “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, inc. XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º,

⁵⁸⁶ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 303.

⁵⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 541-542.

⁵⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5, XXXI – a garantia da lei mais benéfica. In: GOMES CANOTILHO, José J. *et. al.* (Orgs.) *Comentários à Constituição do Brasil*. p. 342-346. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 343. Também MARTINS-COSTA, Judith. O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, p. 79-87, jun. 2011. p. 80;

⁵⁸⁹ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 329-330.

inc. LVIII). Outras vezes, se faz referência a um conceito jurídico indeterminado, como ocorre com a cláusula da “função social” (art. 5, inc. XXIII) com relação ao direito de propriedade (art. 5, inc. XXIII).⁵⁹⁰

No entanto, se observa que nem todas as normas referentes aos direitos individuais têm como objetivo restringir ou limitar poderes ou faculdades. Existem casos em que as normas destinam-se a completar, densificar e concretizar um direito fundamental. Segundo entende Mendes, é o que se verifica, por exemplo, na disciplina ordinária do direito de propriedade material e intelectual, do direito de sucessões, no âmbito da proteção ao consumidor, e do direito à proteção judiciária.⁵⁹¹ Entende este último autor que “sem pressupor a existência das normas de direito privado relativas ao direito de propriedade, ao direito de propriedade intelectual e ao direito de sucessões, não haveria que se cogitar de uma efetiva garantia constitucional desses direitos”.⁵⁹² É precisamente o legislador ordinário quem outorga conteúdo e efetividade à garantia constitucional.

Embora não se possa negar a íntima conexão entre os incs. XXX e XXXI do art. 5º da CF/88, e sendo respeitáveis as posições de Martins-Costa e Mendes, o enquadramento de tais incisos em uma categoria única na forma de garantia institucional não deve levar a obviar uma nota distintiva entre ambos.

Com efeito, o *prélèvement* demanda uma tarefa de valoração do direito material apontada especificamente ao juiz, não ao legislador. Contrariamente, este último é quem deve criar normas de direito material que assegurem o direito de herança. Por isso é possível afirmar que a garantia expressada no inc. XXX do art. 5º da CF/88 se apresenta, em certo modo, mais ajustada ao conceito de garantia institucional dado pelos autores.

Não se quer com isso afirmar que o *prélèvement* não seja uma garantia institucional, talvez, *lato sensu*. No entanto, se for, ele opera de maneira diversa à garantia do direito de herança. Embora se pretenda atingir com ambos o mesmo objetivo, ao ordenar a aplicação da lei brasileira o que se está

⁵⁹⁰ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331.

⁵⁹¹ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 331.

⁵⁹² MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 332.

fazendo é garantir a herança como um “piso” em favor do cônjuge ou dos filhos brasileiros. Estes somente podem receber mais em virtude da aplicação da legislação estrangeira, nunca menos.

Já o legislador não se encontra vinculado pelo *prélèvement* de forma direta, a lhe impor um conteúdo material que garanta o direito de herança, pois a garantia prevista no inc. XXX do art. 5º da CF/88 já faz isso.

No entanto, se a garantia do direito à herança visa proteger o direito fundamental de herdar, de transferir e receber propriedade *mortis causae*, sendo um instituto fundamental (amparado por uma garantia institucional), qual deve ser então o instituto protegido pela garantia da aplicação da lei mais favorável, aqui conhecida como *prélèvement*? Trata-se uma regra que visa contribuir com a proteção do mesmo instituto do inc. XXX do art. 5º da CF/88? Não seria então o *prélèvement* apenas uma projeção mais específica, um desdobramento, da proteção do direito de herança para casos de sucessão internacional?

Para colocar o problema em termos mais concretos, volte-se ao caso que vem sendo estudado.

Todos os herdeiros da sucessão de Alfredo Saraiva, isto é, sua viúva e seus quatro filhos, são contemplados com uma parcela, maior ou menor, segundo a lei aplicável ao caso, e nenhum deles poderá dizer que o seu direito fundamental de herança foi violado. Só o fato de algum deles receber uma porção menor a suas expectativas, não o autoriza a invocar uma violação do direito fundamental de herança, pois a distribuição de um determinado patrimônio resulta da aplicação de normas que preveem uma ordem hereditária para a sucessão legítima, e um espaço limitado para que o *de cujus* possa dispor livremente do patrimônio.

Já longe de um instituto como o era o direito de albinágio, não se enxergam motivos para afirmar que o legislador ordinário não prestigiou o direito fundamental de herança e, de forma indireta, um direito fundamental à propriedade. Muito pelo contrário, tanto o legislador doméstico quanto boa parte das codificações estrangeiras garantem o instituto da herança, que se traduz em normas que possibilitam o direito de transmitir e receber em propriedade por causa de morte. Enquanto garantia institucional, se prestigia a

previsão constitucional com a regulamentação do instituto por meio da codificação civil.

Por outra parte, resulta evidente que se a garantia institucional se apoia na tarefa do legislador, é ele que define os contornos desse direito fundamental, sempre de forma a não desvirtuá-lo, materializando-o em normas como as do Código Civil. Outros parentes do Sr. Alfredo Saraiva, tais como pais ou irmãos, não podem alegar que se viram privados de um direito fundamental à herança, pelos simples fato de que ao legislador lhe foi autorizada a elaboração de normas específicas que articulam uma ordem de vocação hereditária. Simplesmente houve, pela escolha do legislador e de acordo com uma longa tradição, pessoas que em função da sua proximidade com o *de cujus* foram postas em primeiro lugar, e protegidos com a condição de herdeiros necessários.

Enquanto nos incs. XXII e XXX do art. 5º da CF/88 pode observar-se garantias institucionais que estão apontadas a todos os Poderes do Estado, da regra de *prélèvement* não é possível extrair essa conclusão de forma tão clara. Com efeito, o dispositivo, ao enunciar que a sucessão “será regulada pela lei brasileira [...] salvo que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*” apenas está ordenando *ao juiz do caso* que decidirá a sucessão, e *nunca ao legislador*. Cabem a este último, como já afirmado, as tarefas de completar, densificar e concretizar o direito fundamental de herança, realizando-o através da criação de normas de caráter geral e abstrato, que representam escolhas políticas de acordo com diferentes concepções da propriedade e da família. Obviamente não cabe ao legislador ordinário determinar quais destas normas serão as “mais favoráveis” no sentido comparativo como o faria o juiz que tivesse ao seu cargo decidir uma sucessão internacional, pois para o legislador a própria escolha sempre será, diante de determinadas circunstâncias históricas, a melhor resposta a essa demanda social, de acordo com tais concepções. É, por sua vez, o juiz chamado a cuidar de uma sucessão internacional sobre bens situados no Brasil o único que deve resolver, por uma norma de conflito materialmente orientada, determinando assim a solução que for mais favorável ao cônjuge e aos filhos brasileiros, com todos os inconvenientes que disso decorrem.

Por tudo isso, desde a perspectiva do autor desta tese, enquanto a garantia do direito de herança pode ser considerada uma garantia institucional de “amplo espectro”, não pode se dizer a mesma coisa do *prélèvement*, de âmbito de aplicação muito mais reduzido e cuja finalidade essencial já estaria preenchida pela primeira garantia. É possível afirmar, assim, que a regra do inc. XXXI do art. 5º da CF/88 em certo sentido busca *reforçar* a garantia do direito de herança do inc. XXX do mesmo artigo, diante da possibilidade de que, por força da aplicação do direito estrangeiro em uma sucessão com conexão internacional, venham o cônjuge e os filhos brasileiros a serem privados de patrimônio. Como será provado infra, trata-se de um reforço desnecessário, pois o ordenamento jurídico brasileiro já conta com um mecanismo que poderá servir de proteção.

5.2.2 Fundamentalidade da norma de *prélèvement*

Na comparação entre a CF/88 e os textos das constituições anteriores, é possível identificar uma sensível mudança no que respeita à importância dada aos direitos fundamentais,⁵⁹³ deslocando o catálogo para as primeiras linhas da Carta, logo após o Preâmbulo e a enunciação dos princípios fundamentais da República.⁵⁹⁴ São características marcantes do texto da CF/88 o pluralismo e o caráter analítico.⁵⁹⁵

O pluralismo resulta do processo de construção do texto, em que claramente se conciliaram posições antagônicas. No que ao catálogo de direitos e garantias fundamentais se refere, contemplam-se direitos de diversas dimensões. Assim, sob o mesmo título é possível encontrar a

⁵⁹³ MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988. Uma Constituição de esperança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 179, jul.-set. 2008. p. 160.

⁵⁹⁴ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

⁵⁹⁵ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

positivação o direito à vida, ao trabalho e de proteção dos consumidores, dentre outros.⁵⁹⁶

Já o caráter analítico da CF/88 está relacionado com o grande número de dispositivos legais de que conta, com 246 artigos e 74 disposições transitórias. Isso se reflete também no Título II (dos Direitos e Garantias Fundamentais), que contém sete artigos, seis parágrafos e cento e nove incisos, o que parece revelar, segundo Sarlet, uma desconfiança do constituinte no legislador infraconstitucional.⁵⁹⁷

Cabe atentar para esta última característica, para demonstrar que não é raro que dispositivos como o do art. 5º, inc. XXXI, cuja fundamentalidade é discutível, se façam presentes. Com efeito, alguns dispositivos poderiam ter permanecido na esfera infraconstitucional.⁵⁹⁸

Na lição de Alexy, o significado das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico é o resultado da soma de uma fundamentalidade formal e uma fundamentalidade substancial ou material.⁵⁹⁹ A fundamentalidade formal resulta do fato de ocuparem um lugar no ápice de uma estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que obrigam o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário.⁶⁰⁰ Gomes Canotilho agrega como características da fundamentalidade formal a submissão tanto a limites formais (procedimento agravado) quanto materiais de reforma constitucional (cláusulas pétreas), bem como o fato de vincularem de forma imediata as entidades públicas e

⁵⁹⁶ Não resulta demais lembrar que a elaboração da CF/88 foi fruto de um amplo processo de discussão a que deu lugar a redemocratização do Brasil, depois de mais de vinte anos de ruptura da ordem democrática por ditaduras militares. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 65.

⁵⁹⁷ A característica de constituição analítica é compartilhada com a Constituição de Portugal (298 artigos) e da Índia (395 artigos). SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 64.

⁵⁹⁸ O autor aponta como exemplos o art. 14, §3º, incs. I a VI e §§ 4º a 8º, ou normas de natureza penal, como o caso do art. 5º, incs. XLII e XLIII. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 68-69.

⁵⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 520. Na mesma linha, Canotilho entende que a característica de fundamentalidade “aponta para a especial dignidade de proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. GOMES CANOTILHO, José. J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 499.

⁶⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 520.

privadas.⁶⁰¹ Estas características se mencionam na CF/88, nos arts. 60, § 4º, IV, e no art. 5º, § 1º, da CF/88.⁶⁰²

Por outro lado, a fundamentalidade substancial ou material significa que a partir de tais normas são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.⁶⁰³ Trata-se de posições que são tão relevantes que o seu reconhecimento ou não reconhecimento não pode ser deixado à livre disposição da maioria parlamentar simples.⁶⁰⁴ Tal definição decorre de uma concepção dogmática, e parece valer-se de um argumento circular, pois é bastante difícil saber-se quando algo diz respeito à “estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”. Somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade material.⁶⁰⁵

Se, por um lado, é evidente que a regra do *prélèvement* possui uma fundamentalidade formal só pelo fato de integrar o catálogo formal de direitos e garantias fundamentais da CF/88, é possível discutir-se a fundamentalidade material da norma. Interessa, nessa trilha, verificar se existe algum princípio que possa alimentar o conteúdo material do inc. XXXI do art. 5º da CF/88. Viu-se no estudo da chegada do instituto à Carta Fundamental, que a doutrina já se encarregou de defendê-la por uma espúria necessidade de garantir sua constitucionalidade.⁶⁰⁶ Com base nos parâmetros de Alexy, já seria possível descartar qualquer nota de fundamentalidade material do *prélèvement* em virtude dessa artificialidade. Não se vislumbra qualquer caráter de normativa básica do Estado e da sociedade na regra, sobretudo sabendo-se ter sido posta em dúvida recorrentemente pelo constituinte.

Dimoulis e Martins, contrariamente, ensinam que a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico se define apenas com base na

⁶⁰¹ GOMES CANOTILHO, José J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 499.

⁶⁰² SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 74-75.

⁶⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 522.

⁶⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 446.

⁶⁰⁵ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.

⁶⁰⁶ Remete-se aqui aos comentários vertidos por Pontes de Miranda e Haroldo Valladão no ponto 3.2.3.

fundamentalidade formal, indicando que um direito é fundamental se – e somente se –, for garantido mediante normas que tenham supremacia própria da supremacia constitucional. Ainda, tal condição não é apenas necessária, mas suficiente, pois todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo que sua relevância social for bastante limitada.⁶⁰⁷

Sarlet desenvolve uma ideia de fundamentalidade material a partir do estudo da “cláusula de abertura” do catálogo dos direitos fundamentais⁶⁰⁸ ou – de acordo com a doutrina portuguesa –, “de não tipicidade”.⁶⁰⁹ Essa cláusula encontra-se prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88, que dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A regra traduz o entendimento de que, além de um conceito formal de direitos fundamentais, há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo e por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo. Dessa forma, o mencionado artigo abre uma janela para uma atividade reveladora de tais direitos, por meio de uma função hermenêutica.⁶¹⁰

As possibilidades que a regra propõe são variadas. Dá-se abertura a direitos implícitos, no sentido de não estarem expressamente positivados nem no catálogo de direitos fundamentais, nem de forma geral no texto constitucional, mas que podem ser deduzidos dos direitos e garantias expressamente positivados. Ainda, admite-se a possibilidade de encontrar direitos e garantias fundamentais não apenas no Título II da CF/88, senão também em outras partes do texto constitucional, e dos que decorrem do

⁶⁰⁷ Os autores citam como exemplo a norma do art. 230, § 2º, da CF/88, que garante o direito dos maiores de 65 anos a viajar de forma gratuita. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70.

⁶⁰⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78.

⁶⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 152.

⁶¹⁰ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.

regime e dos princípios adotados pela Constituição e dos tratados de que o Brasil faz parte.⁶¹¹

Neste sentido, é oportuna a referência de Canotilho:

“O programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivística, ao ‘texto’ da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o ‘bloco da constitucionalidade’ a princípios não escritos, mas ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas”.⁶¹²

A tarefa de encontrar direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição conduz a observar as disposições contidas no seu Título I (Dos Princípios Fundamentais), onde se definem os contornos básicos do Estado brasileiro, o regime democrático, e os princípios básicos que o regem, tanto no espectro interno quanto internacional.⁶¹³ Assim, Sarlet segue a proposta de Vieira de Andrade,⁶¹⁴ e aponta ao princípio da dignidade da pessoa humana como elemento comum dos direitos e garantias fundamentais, previsto no art. 1º inc. III da CF/88, cujos desdobramentos se observam de forma explícita em outros dispositivos.⁶¹⁵

⁶¹¹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 87. Flávia Piovesan considera na categoria dos direitos implícitos, os direitos subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 124. Acerca da questão dos tratados, notadamente de direito humanos *vide* ponto 5.3.3.2.

⁶¹² GOMES CANOTILHO, José J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 482.

⁶¹³ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 93.

⁶¹⁴ VIEIRA DE ANDRADE, José C. *Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 83 e sgtes.

⁶¹⁵ Manifestações expressas do princípio da dignidade da pessoa humana surgem fora do catálogo do art. 5º da CF/88, quando se estipula que a ordem econômica deve ter por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*), ou que o planejamento familiar está fundado no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 226, §7º), além de assegurar à criança e ao adolescente (art. 227, *caput*) e aos idosos (art. 230, *caput*) o direito à dignidade. Em tais casos resulta evidente a fundamentalidade material de tais normas, embora não integradas ao catálogo do Título II da CF/88, o que confirma a importância da cláusula de abertura. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do

Ainda que este estudo tenha revelado a constitucionalização da regra de *prélèvement* como fruto de uma artificialidade, e tentando libertar-se de tais preconceitos,⁶¹⁶ é possível imaginar uma afetação da dignidade da pessoa humana se, pela possibilidade de aplicação do direito estrangeiro, viesse a deixar sem patrimônio – e eventualmente sem sustento –, herdeiros cuja subsistência o Estado pretendeu assegurar. Diante da falta de herança, o herdeiro seria levado à pobreza, sendo privado de uma vida digna. O que realmente causa confusão é o fato de que essa dignidade apenas seja garantida aos herdeiros brasileiros. Igualmente, causa espécie perceber que a dignidade não é preservada apenas com a aplicação da lei brasileira, a modo de garantir um mínimo de patrimônio ao herdeiro brasileiro – funcionando de forma similar ao *prélèvement* francês – mas com uma eventual aplicação da lei estrangeira, mais favorável.

Por outro lado, admitindo-se a dignidade da pessoa humana como razão última de todos os direitos e garantias fundamentais, há que reconhecer que são várias as posições jurídicas que certamente requerem um maior esforço hermenêutico para encontrar, desde a letra da Constituição, a sua relação com tal princípio, inclusive nas que fazem parte do catálogo. Sarlet menciona, como exemplo e sem maior desenvolvimento no particular, o inc. XXXI do art. 5º da CF/88, ou seja, o próprio *prélèvement*, ao lado de outros como disposto nos incs. XVIII, XXI, XXVIII, XXIX, e do art. 7º, incs. XI, XXVI e XXIX.⁶¹⁷ Este último autor, no entanto, entende que todos os direitos contidos no catálogo constitucional são ao mesmo tempo formal e materialmente constitucionais, por serem reconduzíveis pelo princípio da dignidade humana, ainda que a relação com este nem sempre seja direta.⁶¹⁸

Advogado, 2011. p. 95-96. Da mesma forma o entende MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 167.

⁶¹⁶ Serve a passagem de Pontes de Miranda, recolhida por Flavia Piovesan: “a primeira condição para interpretar proveitosamente uma lei é a simpatia. Com antipatia não se interpreta a lei, ataca-se”. PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 125.

⁶¹⁷ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 96.

⁶¹⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do

Finalmente, da discussão da fundamentalidade da regra de *prélèvement* podem observar-se duas questões importantes.

Em primeiro lugar, a CF/88 não limita presença de direitos fundamentais ao catálogo do Título II, conforme o dispõe o art. 5º, §2º, da CF/88. Isso tem especial importância ao abordar as manifestações do princípio da igualdade, pois elas não se reduzem apenas às que constam no catálogo.

Em segundo lugar, observa-se uma dificuldade enorme de sustentar uma fundamentalidade material da regra, o que evidencia, pelo menos, a sua menor carga valorativa comparada com outras regras constitucionais. Isso seria mais um motivo para considerá-la dispensável no ordenamento brasileiro.

Nesse momento, passa-se a explicar como se configura o conteúdo jurídico de igualdade e suas manifestações.⁶¹⁹ Com isso, será possível demonstrar que o *prélèvement* não é comportado pelo princípio da igualdade, e que fere o direito fundamental a igualdade, cujas manifestações se encontram ao longo do texto da CF/88. Trata-se de um conflito dentro do mesmo corpo normativo, do qual se pressupõe unidade.

5.3 IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO: POSITIVAÇÃO, ESTRUTURA E CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO

O juízo de igualdade representa a possibilidade de comparação entre dois ou mais objetos, de modo a fazer sobressair elementos que lhes sejam comuns.⁶²⁰ Em que pese uma formulação bastante simples e concisa, ela transporta um princípio constitucional complexo, e isso se manifesta tanto na

Advogado, 2011. p. 137. No mesmo sentido entende MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. t. VI. Direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 9.

⁶¹⁹ Por exceder o propósito deste trabalho, deixa-se de tratar a evolução histórica do princípio e seu conteúdo filosófico. Para tanto se recomenda a leitura de COMPARATO, Fabio K. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1. trim.1993. p. 69-78.

⁶²⁰ CLARO, João M. O princípio da igualdade. In: MIRANDA, Jorge. *Nos dez anos da Constituição*. Brasília: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987, p. 32; BELMONTE, Cláudio P. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle de constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 157-175, out.-dez. 1999. p. 159.

identificação do seu conteúdo, como na dos seus destinatários e suas finalidades. Mesmo assim, a dogmática jurídica e a jurisprudência propuseram algumas proposições interpretativas básicas.⁶²¹

5.3.1 Cláusula geral de igualdade

Tal como afirmado, o art. 5º da CF/88 apresenta um extenso rol de direitos e deveres individuais e coletivos de caráter fundamental. Sem dúvida, a igualdade mereceu um lugar de destaque. No seu *caput*, o constituinte dispôs que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza,...”⁶²²

Assim, o princípio da igualdade se assoma como uma cláusula de caráter geral e o ponto de partida para a compreensão dos direitos e deveres elencados no dispositivo. Projeta-se sobre todo o ordenamento jurídico-constitucional com uma dimensão objetiva, atuando como um princípio informador.⁶²³ Por sua vez, a expressão “garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à igualdade”, é uma norma constitucional de garantia de um direito fundamental que outorga aos indivíduos um direito subjetivo, o direito ao tratamento isonômico.⁶²⁴ Trata-se, sem dúvida, de um dos princípios estruturantes do regime geral de direitos fundamentais.⁶²⁵

⁶²¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 231; Para Gomes Canotilho, fala-se de uma fundamentação objetiva se tem em vista o seu significado para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária. GOMES CANOTILHO, José J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 569.

⁶²² Observa Comparato que a consagração do instituto nas Constituições brasileiras demonstra a diferença entre a sociedade pré e pós aristocrática. Com a instauração, em 1891, do regime republicano, a Constituição preocupou-se com estabelecer o tratamento isonômico no sentido de proibição do privilégio de nobreza: “A Republica não admite privilegios de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes” (art. 72 § 2º). Foi somente com a Constituição de 1934 que questão da isonomia começa abarcar outros critérios diferenciação proibida. COMPARATO, Fabio K. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1. trim.1993. p. 74.

⁶²³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 231.

⁶²⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 231. Comparato entende que todo princípio se atualiza e concretiza pela produção de normas particulares, e direitos subjetivos: “Assim, ainda quando um texto constitucional não define direitos especiais de igualdade (de sexo, raça ou religião, por exemplo), tais direitos devem ser considerados como existentes e atuantes, em razão de

O enunciado normativo que veicula o princípio da igualdade pode ser denominado de “cláusula geral de igualdade” e segue um padrão generalizado nos textos contemporâneos.⁶²⁶ Ainda, enquanto norma de direito fundamental, o princípio da igualdade tem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF/88),⁶²⁷ e é imune ao poder constituinte reformador (art. 60, § 4º, IV, da CF/88).⁶²⁸

Além da sua formulação na cláusula geral, a CF/88 declara a igualdade como sendo um valor supremo (Preâmbulo), e como objetivo fundamental da República o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, inc. IV). Ainda, dispõe que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações” (art. 5º, inc. I) e que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, inc. XLI).

O texto constitucional também apresenta cláusulas especiais de igualdade,⁶²⁹ sendo desdobramentos do princípio. Isso pode observar-se no art. 7, incs. XXX, XXXI, XXXII e XXXIV, relativos aos direitos do trabalhador; no art. 14, *caput*, sobre o exercício do direito ao voto; no art. 37, incs. I e VIII, sobre acesso à função pública; no art. 145, § 1º, relativo ao poder de tributar do Estado. Especialmente no âmbito do direito de família, encontram-se os arts. 226, § 5º, sobre o exercício da sociedade conjugal por parte do homem e da mulher; e 227, § 6º, que proíbe a discriminação entre filhos segundo sua origem.

Nas suas dimensões subjetiva e objetiva, o princípio da igualdade vincula a todos os poderes públicos. Impõe-se, por um lado, ao Poder

serem mera concretização do princípio isonômico”. COMPARATO, Fabio K. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1. trim.1993. p. 70-71.

⁶²⁵ GOMES CANOTILHO, José J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 426 e 432.

⁶²⁶ Como se observa, por exemplo, no art. 3 da Constituição da República Italiana, no art. 13 da Constituição da República Portuguesa, no art. 3 da Constituição da República Alemã.

⁶²⁷ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 66. Assim decidiu o STF: “O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é – enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica – suscetível de regulamentação ou de complementação normativa”. STF. MI n. 581. Plenário. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 14/12/1990. Publicação: DJ de 19/04/1991.

⁶²⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 231.

⁶²⁹ Essa distinção é feita, respeito da Constituição alemã, por Alexy. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 393.

Executivo e ao Poder Judiciário um dever de igualdade de tratamento na interpretação e aplicação das normas jurídicas. Também o Poder Legislativo deve observá-lo no processo de elaboração do conteúdo das mesmas. Por mais discricção que exista nos critérios de política legislativa, ela encontra na igualdade uma limitação fundamental,⁶³⁰ pois a lei não deve ser fonte de privilégios. Assim, princípio da igualdade significa tanto tratar os indivíduos com *igualdade perante a lei* que já existe (igualdade na interpretação e aplicação do direito), quanto *igualdade na lei* (igualdade na criação do direito).⁶³¹

Na sua estrutura, a cláusula geral de igualdade apresenta, ao mesmo tempo, três normas: “todos são iguais perante a lei”, veicula o mandamento de tratamento igual e o mandamento de tratamento desigual - ou de diferenciação, e constituem a dimensão positiva do princípio da igualdade. Por

⁶³⁰ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 30.

⁶³¹ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 10; GOMES CANOTILHO, José J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 426-427. O STF fez referência à sujeição tanto do Executivo e do Judiciário, quanto o Legislativo: “Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade.” STF. MI n. 581. Plenário. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 14/12/1990. Publicação: DJ de 19/04/1991. Kelsen vai, contudo, entender que as desigualdades perante a lei, ou seja, na aplicação da lei, não são outra coisa do que ilegalidade. Afirma que com isso “... apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente a todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas. Com isto, porém, nada mais se exprime senão o sentido imanente às normas jurídicas. Uma decisão judicial pela qual uma pena prevista na lei a aplicar não é imposta simplesmente porque o delinqüente é um branco e não um negro, um cristão e não um judeu, embora a lei não tome em conta, na determinação do fato delituoso, a raça ou a religião do delinqüente, é anulável Como contrária ao Direito pelo mesmo fundamento com que seria anulável uma decisão judicial na qual se aplicasse uma pena a um indivíduo que não cometeu qualquer delito determinado por lei e verificado pelo tribunal, ou pelo mesmo fundamento com que é anulável uma decisão judicial em que se imponha a um indivíduo que cometeu um tal delito uma pena não prescrita na lei. A inconstitucionalidade da decisão não representa, nesse caso, qualquer fundamento de anulação e de nulidade diferente do da ilegalidade”. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 99-100. AVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 73-75.

sua vez, “sem distinção de qualquer natureza” veicula a proibição de discriminação, e é a dimensão negativa.⁶³²

Alexy, desde a dogmática dos direitos fundamentais e com uma proposta de configuração do princípio, apresenta uma combinação das fórmulas que se desprendem da cláusula geral de igualdade (“todos são iguais perante a lei”). Tais fórmulas o revelam como um “mandado de otimização”, ou seja, um rumo, que somente cede diante da prevalência de um princípio contrário que justifique o seu abandono.⁶³³

Para isso, o mandamento de tratamento igual deveria assim ler-se: “Se não houver nenhuma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”.⁶³⁴ Já a norma que ordena o tratamento desigual, poderia ser formulada simetricamente equivalente à norma de tratamento desigual: “Se não houver razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento igual, então, é obrigatório um tratamento desigual”.⁶³⁵ Contudo, isso teria como consequência o estabelecimento de um ônus argumentativo equivalente ao da norma de tratamento igual. Poderiam ter tanto peso os argumentos de quem defende um tratamento igual como de quem o nega.

Para escapar dessa situação, Alexy propõe uma fórmula que apresente uma tendência em favor da igualdade, com uma alteração na sintaxe da fórmula de tratamento desigual: “Se houver razão suficiente para o dever de

⁶³² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 234-235.

⁶³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90. Sobre a distinção entre princípios e regras *vide* DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35-72; AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 38-70. Nadia de Araújo, em artigo publicado em obra coletiva referida aos princípios da CF/88 fez referência ao *prélèvement* como um “princípio de proteção à família brasileira”. Contudo, no desenvolvimento do texto refere à “regra do art. 5º, inc. XXXI”. Por isso, não se considera que a autora tenha referido especificamente à existência de um princípio de proteção da família brasileira, mas apenas uma forma de denominar a regra aqui estudada. ARAUJO, Nadia de. O princípio constitucional de proteção à família brasileira e o direito internacional privado: sucessão internacional e a aplicação da lei mais benéfica. In: MESSIAS PEIXINHO, Manoel; FRANCO GUERRA, Isabella; NASCIMENTO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. p. 587-599. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 588-589.

⁶³⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 408.

⁶³⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 408-409.

um tratamento desigual, então o tratamento desigual está ordenado”. Desse modo, se traslada o ônus argumentativo para quem deseje provar a obrigatoriedade de um tratamento desigual. Caso isso não possa ser provado, deverá ser ordenado um tratamento igual.⁶³⁶

Cabe, contudo, questionar-se qual é o conteúdo jurídico desse princípio, pois, afinal de contas, é necessário determinar em quais situações haverá uma razão suficiente para tratar igualmente e em quais para tratar desigualmente. A questão não reside tanto em discutir se o Estado pode ou não pode permitir distinções entre as pessoas, mas em saber em que situações essas distinções são permitidas.⁶³⁷

5.3.2 Conteúdo jurídico do princípio da igualdade

O legislador, ao criar a norma, não pode negar que existam diferenças entre as pessoas, desigualdades fáticas, de origem, de raça, de religião, de condição socioeconômica, etc. Quando o legislador afirma que todos os homens são iguais, o que está querendo significar é que as desigualdades de fato existentes são irrelevantes para o tratamento dos homens. Os homens e as circunstâncias externas são considerados iguais na medida em que as desigualdades que de fato entre eles existem não são tomadas em consideração.⁶³⁸ Reconhece-se, neste ponto, a máxima expressada por Aristóteles que manda “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.⁶³⁹ Neste sentido afirma Kelsen:

“Compreende-se como de per se evidente que a exigência ou postulado de que todos os homens sejam tratados por igual, ou seja,

⁶³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 410-411.

⁶³⁷ SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. In: CAICEDO TAPIA, Danilo; PORRAS VELASCO, Angélica (Orgs.). *Igualdad y no discriminación*. El reto de la diversidad. p. 53-94. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010. p. 59.

⁶³⁸ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 51.

⁶³⁹ Assim se expressava Aristóteles: “*la justicia parece consistir en la igualdad, y [lo] es [de hecho], mas no para todos, sino para los iguales: la desigualdad por su parte es justa, y [lo] es [en efecto] mas no para todos sino para los desiguales*”. ARISTÓTELES. *Politeia* (La política). Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989. p. 303.

de que não se deve fazer menção de nenhuma das desigualdades de fato existentes, qualquer que seja o conteúdo que possa ter o tratamento conforme com a norma pressuposta pela norma de justiça, conduz a consequências absurdas; e, de fato, não há nenhum sistema moral que contenha uma norma que manda tratar os menores da mesma forma que os adultos, os homens da mesma forma que as mulheres, os doentes mentais como as pessoas normais, os desordeiros da mesma forma que os pacíficos. Não é possível deixar de lado todas as desigualdades em toda e qualquer espécie de tratamento. Certas desigualdades têm de ser tomadas em consideração. Trata-se apenas de saber quais as desigualdades que devem ser desprezadas e quais os indivíduos, que, portanto, podem ser considerados como iguais”.⁶⁴⁰

Assim, o princípio da igualdade não é uma norma que ordena sempre o tratamento igual nem proíbe sempre o tratamento desigual. Isso porque a igualdade é um conceito relacional, que vincula como mínimo a dois entes, sujeitos, ou “pares de comparação”, com base em determinado termo, fator de comparação, variável, característica, critério (*tertium comparationis*,⁶⁴¹ ou “medida de comparação”⁶⁴²). Para Alexy os juízos de igualdade são juízos sobre relações triádicas, em que “*a* é igual a *b* com respeito à propriedade *E*”. São juízos sobre uma igualdade parcial, ou seja, uma igualdade fática referida apenas a algumas e não todas as propriedades do par de comparação, e o mesmo vale para os juízos de desigualdade.⁶⁴³

A esses conceitos agregue-se a noção de finalidade da comparação, ou seja, qual o objetivo que se pretende alcançar com tal diferenciação. Para

⁶⁴⁰ KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 53.

⁶⁴¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 233.

⁶⁴² Ávila, analisando a questão da igualdade tributária, inclui o elemento indicativo ou *proxy* da medida de comparação, que é a maneira como se verifica na realidade a medida de comparação. No exemplo desenvolvido a partir do caso da ADIN n. 1.614 julgado pelo STF, em que se discutia a constitucionalidade de um regime diferenciado de pagamento de impostos e contribuições denominado SIMPLES. No caso, a medida de comparação utilizada seria o tamanho ou porte da empresa. Para auferir este último, utilizava como elemento indicativo a receita bruta anual. STF. ADIN n. 1.643-1. Tribunal Pleno. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: 05/12/2002. Publicação: DJU 14/03/2003. AVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 36, 47 e sgtes. Neste estudo, dispensam-se considerações acerca da necessária pertinência entre o elemento indicativo e a medida de comparação empregada, por não ser determinante para o caso em exame, eis que o fator de comparação é a nacionalidade dos herdeiros, cuja atribuição decorre de critérios estabelecidos no art. 12 da CF/88.

⁶⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 399.

Ávila, a igualdade é uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério, que serve a uma finalidade.⁶⁴⁴

Mello faz o seguinte questionamento:

“(…) qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional de isonomia?”⁶⁴⁵

O supracitado autor oferece um didático exemplo. Imaginando que a lei dispusesse que homens altos têm direito de celebrar contratos de compra e venda, sendo negado este direito aos homens baixos. Sem sombra de dúvidas tal lei seria apontada como contrária ao princípio da igualdade. Mas será que a altura, enquanto fator de diferenciação é, em si, um fator inidôneo? Se, da mesma forma, a lei utilizasse o critério altura para determinar que “só poderão fazer parte da ‘guarda de honra’ pessoas com altura superior a um metro e oitenta centímetros”, pareceria justificável a utilização do critério altura para promover a seleção dos aspirantes a tal cargo.⁶⁴⁶

No exemplo citado, não parece ser a altura, *per se*, um critério que represente uma violação do princípio da igualdade. De fato, o legislador poderia escolher qualquer característica da pessoa como fator de discriminação: sexo, raça, religião, idade. Não é, contudo, o critério de diferenciação escolhido o que torna a norma incompatível com o princípio da igualdade.⁶⁴⁷ O que se deve observar é se existe uma correlação justificável

⁶⁴⁴ AVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

⁶⁴⁵ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 11.

⁶⁴⁶ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 10.

⁶⁴⁷ Relativo ao exemplo dado, o STF assim decidiu: “Razoabilidade da exigência de altura mínima para ingresso na carreira de delegado de polícia, dada a natureza do cargo a ser exercido. Violação ao princípio da isonomia. Inexistência”. STF. RE n. 140.889. Segunda Turma. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: 30/05/2000. Publicação: DJ 15/12/2000. Em compensação, também se decidiu: “Concurso público. Fator altura. Caso a caso, há de perquirir-se a sintonia da exigência, no que implica fator de tratamento diferenciado com a função a ser exercida. No âmbito da polícia, ao contrário do que ocorre com o agente em si, não se tem como constitucional a exigência de altura mínima, considerados homens e mulheres, de um metro e sessenta para a habilitação ao cargo de escrivão, cuja natureza é

entre o critério de diferenciação e a finalidade ou objetivo perseguido pela norma. Desta forma, Mello afirma:

“(...) as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula de igualdade apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento por ela conferida (...)”.⁶⁴⁸

Quando a norma constitucional proíbe a desigualdade, põe de manifesto a necessidade de que certas características não possam, por razões preconceituosas, serem tomadas gratuitamente como razão de discriminação.⁶⁴⁹ Se agride o mandado de isonomia quando o fator de diferenciação não guarda relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta. A lei não pode conceder um tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, de acordo com características e circunstâncias próprias de uma categoria de indivíduos se não houver adequação lógica entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se incluem nessa categoria.⁶⁵⁰ Então, quando o *caput* do art. 5º menciona a proibição de distinção, o que em realidade está proibindo é a diferenciação fortuita, injustificada, ilógica.⁶⁵¹

As considerações de Ávila são categóricas:

estritamente escriturária, muito embora de nível elevado”. STF. RE n. 150.455. Segunda Turma. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 15/12/1998. Publicação: DJ 07/05/1999. Em decisão mais recente *vide* STF. AI n. 851.587-AgR Primeira Turma Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 19/06/2012. Publicação: DJE 01/08/2012. Exemplos didáticos como esses também podem encontrar-se com exemplos da jurisprudência estadunidense, em SABA, Roberto. (Des)igualdad estructural. In: CAICEDO TAPIA, Danilo; PORRAS VELASCO, Angélica (Orgs.). *Igualdad y no discriminación*. El reto de la diversidad. p. 53-94. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010. p. 59 e sgtes.

⁶⁴⁸ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 17. (com destaques no original); MELLO, Celso A. Princípio de isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 79-83, 1. trim.1993. p. 82; AVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

⁶⁴⁹ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18.

⁶⁵⁰ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 39.

⁶⁵¹ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 18. No mesmo sentido *vide* STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 237.

“Nesse sentido considera-se pertinente aquela medida de comparação avaliada por elementos cuja existência esteja relacionada com a promoção da finalidade que justifica sua escolha. Uma medida é pertinente quando ela se vale de elementos que, presentes, provocam efeitos que contribuem para a promoção da finalidade; uma medida é impertinente quando sua existência nada diz quanto à promoção da finalidade normativa. Afirmar que uma medida de comparação é pertinente é o mesmo que dizer que ela é relevante. E afirmar a relevância de alguma coisa é dizer que ela ajuda e colabora com algo, ou conduz a algo, ou serve à realização de algo. Assim, uma medida de comparação relevante é aquela cuja verificação contribui substancialmente para a promoção da finalidade que justifica sua utilização”.⁶⁵²

Em sintonia com tal entendimento o Tribunal Constitucional espanhol entendeu que:

*“Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, que requieran en su solución por su mismo contenido una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una **justificación objetiva y razonable**, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, **cuya exigencia deba aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada**, debiendo estar presente por ello una **razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida**.”*⁶⁵³

Por seu lado, o Tribunal Constitucional Alemão assim interpretou o seu mandado de igualdade do art. 3, § 1º da sua Lei Fundamental (“todos são iguais perante a lei”), dando especial relevo ao elemento arbitrariedade, como expressão de uma norma que viola o princípio de isonomia, embora não esteja mencionada na norma:

“O enunciado de igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada como arbitrária”.⁶⁵⁴

⁶⁵² AVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 47.

⁶⁵³ ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia 75/1983. Pleno. Julgamento: 03/08/1983. Publicação: BOE n. 197 de 18/08/1983 (com destaque no original).

⁶⁵⁴ BVerfGE, 1, 14 (52). No mesmo sentido foi decidido no acórdão BVerfGE, 60, 101 (108). Ambos acórdãos são citados por ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 403.

A Corte Suprema Argentina também se manifestou em sentido similar, interpretando o disposto no art. 16 da Constituição:⁶⁵⁵

*“la garantía del artículo 16 de la Constitución Nacional no impone una igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”.*⁶⁵⁶

A respeito das fórmulas utilizadas no Brasil, o máximo tribunal brasileiro entendeu que um tratamento diferenciado apenas pode justificar-se ou ordenar-se quando houver(em) “critérios pessoais, racionais e objetivos”,⁶⁵⁷ “correlação lógica e racional”, “pressupostos lógicos e objetivos” ou “necessário coeficiente de racionalidade”,⁶⁵⁸ “natural e razoável”,⁶⁵⁹

Para Mello, essa justificativa racional não deve dar-se apenas em abstrato. É necessário que, *in concreto*, a diferenciação resulte de acordo com os valores que o sistema constitucional prestigia. Em outras palavras, não basta que o resultado perseguido explique a utilização de determinado critério de desequiparação, se esta não se justifica com os valores que a própria Constituição consagra.⁶⁶⁰ Mello explica com outro exemplo:

⁶⁵⁵ “Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”. ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁵⁶ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Garcia Monteavaro c/Amoroso y Pagano”. Julgamento: 14/06/1957. Publicação: Fallos, 238:60.

⁶⁵⁷ STF. RE n. 181.371-SP. Primeira Turma. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 13/09/1994. Publicação: RTJ, v. 171. mar. 2000, p. 984-988.

⁶⁵⁸ STF. RE n. 209.635-CE. Primeira Turma. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 20/05/1997. Publicação: RTJ, v. 172, abr. 2000, p. 287-293.

⁶⁵⁹ STF. ADIN n. 1355-6. Tribunal Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Julgamento: 23/11/95. Publicação: DJ 23/02/96.

⁶⁶⁰ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 22.

“Assim poder-se-ia demonstrar existência de supedâneo racional, a dizer, nexos lógicos, em desequiparação entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, de sorte a configurar situação detrimetosa para estas últimas e privilegiada para os primeiros, aos quais se outorgariam, por exemplo, favores fiscais sob o fundamento de que graças à concentração de capital operam com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios. A distinção estaria apoiada em real diferença entre uns e outras. Demais disso, existiria, no caso, um critério lógico suscetível de ser invocado, não se podendo falar em discriminação aleatória. Sem embargo a desequiparação em pauta seria ofensiva ao preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado e prestigiar um elemento constitucionalmente desprestigiado. Com efeito, o art. 173, § 4º, da Lei Maior, hostiliza as situações propiciatórias do domínio dos mercados e da eliminação da livre concorrência, posto que, ademais, por tal meio, longe de se concorrer para justiça social (art. 170, caput), tende-se a fugir dela”.⁶⁶¹

Em sintonia, Steinmetz questiona a dificuldade de verificar no caso concreto se a diferenciação é, ainda, valiosa do ponto de vista do texto constitucional, pois não é qualquer diferença que, real e logicamente explicável, é suficiente para promover uma discriminação legal. Ela tem que ser constitucionalmente valiosa. É que lei não pode atribuir efeitos valorativos ou depreciativos, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional, ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento.⁶⁶²

Seguindo-se tais diretrizes, é necessário então observar se o fator de diferenciação utilizado pela regra de *prélèvement*, a nacionalidade dos herdeiros, guarda relação lógica com a diferenciação praticada.

5.3.3 Direito de igualdade entre herdeiros nacionais e estrangeiros

A manifestação do princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros corresponde a uma questão conexa, acerca da titularidade dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito a igualdade se inclui. A discussão

⁶⁶¹ MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 43.

⁶⁶² MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 42.

poderia ser circular, ao afirmar-se que é precisamente em virtude do princípio da igualdade que os direitos fundamentais são outorgados a todos. Contudo, há necessidade de atentar para a redação do *caput* do art. 5º da CF/88, observando quem são os verdadeiros destinatários da proteção.

5.3.3.1 Estrangeiros como titulares de direitos fundamentais

O *caput* do art. 5º da CF/88 direciona o catálogo de direitos e garantias aos “brasileiros e aos estrangeiros residentes no País”, em uma fórmula utilizada desde a Constituição de 1891.⁶⁶³

É claro que, dentro do conceito de “brasileiros” devem incluir-se as pessoas que possuem a nacionalidade brasileira, independentemente do modo e do momento de sua aquisição (nascimento ou naturalização). Resulta do próprio texto constitucional que o gozo dos direitos e garantias por parte dos brasileiros não está condicionado à sua residência, sendo bastante a presença do vínculo de nacionalidade.⁶⁶⁴

A referência aos “estrangeiros residentes no País” deixa a dúvida acerca de se a referência à residência deve entender-se na sua literalidade. Na ordem infraconstitucional, o art. 95 do EEst., também dispõe que “o estrangeiro residente no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis”.

Deste modo, se brasileiros e estrangeiros residente no país são titulares do direito a igualdade, evidentemente a eles cabe a cláusula de tratamento igual, ou seja, são iguais salvo exista uma razão suficiente para a diferenciação.

Com relação à residência dos estrangeiros, subsiste a dúvida acerca de saber se ela deve ser legal, isto é, em condição regular de acordo com as disposições específicas, notadamente o EEst. O autor desta tese coincide com

⁶⁶³ O texto da Constituição do Império, de 1824, apenas referia aos “cidadãos brasileiros”. BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁶⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70.

Dimoulis e Martins no sentido que, não fazendo referência à condição dos estrangeiros legalmente estabelecidos, a tutela de direitos fundamentais não depende dela, mas do simples fato de vincular-se ao país de forma mais ou menos duradoura,⁶⁶⁵ respeitando-se assim o adágio *ubi lex non distinguir nec nos distinguere debemus* (“onde a lei não distingue, não devemos distinguir”).⁶⁶⁶

O que ocorre com os estrangeiros não residentes? São destinatários também?

Um dos primeiros casos em que se discutiu o ponto teve como resultado a inadmissibilidade de *habeas corpus* por parte da família real portuguesa, em virtude do banimento sofrido em ocasião da proclamação da República brasileira. Observou-se então que o direito de impetrá-lo apenas ficava reservado aos estrangeiros residentes, condição que já não cumpriam os banidos.⁶⁶⁷ Já em 1957, no RE 33.919, o STF entendeu que seria uma violência não reconhecer o direito de propriedade do estrangeiro no Brasil, independentemente da sua residência. Para o máximo tribunal, não faria sentido recusar-lhe legitimidade ao mandado de segurança, interpretando a cláusula do *caput* como uma referência ao âmbito no qual tais garantias se

⁶⁶⁵ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 71.

⁶⁶⁶ O Tribunal Regional Federal da 4ª Região reconheceu o direito à cobertura pelo SUS de um transplante de medula a estrangeiro que se encontrava no Brasil em situação irregular. A ementa merece transcrição: “Sistema Único de Saúde. Transplante de Medula. Tratamento Gratuito para Estrangeiro. ART. 5º DA CF. O art. 5º da Constituição Federal, quando assegura os direitos e garantias fundamentais a brasileiros e estrangeiros residentes no País, não está a exigir o domicílio do estrangeiro. O significado do dispositivo constitucional, que consagra a igualdade de tratamento entre brasileiros e estrangeiros, exige que o estrangeiro esteja sob a ordem jurídico-constitucional brasileira, não importa em que condição. Até mesmo o estrangeiro em situação irregular no País, encontra-se protegido e a ele são assegurados os direitos e garantias fundamentais. Agravo improvido.” TRF4. AG32610 PR 2005.04.01.032610-6. Relator: Vânia Hack de Almeida. Julgamento: 29/08/2006. Publicação: DJ 01/11/2006 p. 688

⁶⁶⁷ STF. HC n. 1.974. Relator: Alberto Torres. Julgamento: 14/01/1903. Publicação: O Direito, v. 91 p. 414-434. Também TIBURCIO, Carmen. La condition de l'Etranger dans la Constitution Brésilienne de 1988. *Panorama of Brazilian Law*, ano 3. n. 3 e 4. p. 9-37, 2015. p. 23-24.

exercem em concreto, dentro dos limites da soberania territorial do País.⁶⁶⁸ Decisões mais recentes ainda mantêm essa posição.⁶⁶⁹

Ainda, Dimoulis e Martins apresentam quatro argumentos doutrinários que justificam a extensão da proteção aos estrangeiros não residentes no Brasil.

O primeiro argumento, apresentado como o *da obviedade*, consiste em ignorar a escolha do constituinte, e interpretar os direitos do art. 5º da CF/88 como direitos de todos aqueles que estiverem sujeitos ao ordenamento jurídico brasileiro, sustentando que o contrário seria anacrônico e equivocado.⁶⁷⁰ Nesta linha se encaixa o pensamento de Celso Ribeiro de Bastos, para quem o verdadeiro sentido da referencia à residência foi deixar certo que a proteção do art. 5º da CF/88 é inerente à ordem jurídica brasileira. E acrescenta o autor:

“Já se foi o tempo em que o direito para os nacionais era um e para os estrangeiros outro, mesmo em matéria civil. Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira. É impensável que uma pessoa qualquer possa ser ferida em um destes bens jurídicos tutelados sem que as leis brasileiras lhe dêem a devida proteção. Aliás, curiosamente, a cláusula sob comento vem embutida no próprio artigo que assegura a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.⁶⁷¹

Como se observa, essa opinião condiz com o posicionamento atual do máximo tribunal brasileiro.

⁶⁶⁸ Tratava-se de mandado de segurança impetrado por firma estrangeira, sediada em Lisboa, contra a determinação do fisco de leiloar caixas de conhaque da sua propriedade. Cuidava-se de saber se o direito de propriedade e o direito ao uso do mandado de segurança, previstos como direitos fundamentais poderiam ser invocados pela empresa, pessoa não residente no STF. RE n. 33.919 DF. Primeira Turma. Relator: Cândido Mota Filho. Julgamento: 12/09/1957. Publicação: RTJ, 3/566, DJ 07/11/1957 p. 14.488.

⁶⁶⁹ Assim, *vide* STF. HC n. 94.016. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 16/09/2008. Publicação: DJE 27/02/2009; STF. HC n. 94.477. Segunda Turma. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 06/09/2011. Publicação: DJE 08/02/2012.

⁶⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

⁶⁷¹ BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 178. Também MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 29-30.

O segundo argumento apresentado por Dimoulis e Martins é o dos *direitos naturais*.⁶⁷² Segundo este, os direitos fundamentais são atributos naturais dos seres humanos e não estaria no poder do constituinte restringi-los nem negá-los a determinada categoria de pessoa.⁶⁷³

Nesse sentido Pontes de Miranda, comentando norma da Constituição passada análoga à do *caput* do art. 5º, entendeu que a circunstância de não se mencionarem os estrangeiros não residentes apenas exclui deles direitos que não sejam, por índole própria, de todos os homens. A seu ver, “(...) não (se) exclui a assegução e a garantia de certos direitos fundamentais que, segundo a convicção geral ou de escolha dos povos, a que ela aderiu, são de todos os seres humanos”.⁶⁷⁴

O terceiro argumento se apoia na ideia de *dignidade da pessoa humana*. Dessa forma, pelo texto do art. 1º, inc. III, da CF/88, a dignidade humana ergue-se como princípio fundamental. Sendo evidente seu caráter universalista, todos os homens devem gozar dos direitos necessários a sua concretização e preservação.⁶⁷⁵ Mendes, Coelho e Branco afirmam:

“A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem, princípio que o art.1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante o Estado democrático brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade. Há, portanto, direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são consideradas emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns direitos, porém, são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o liga ao País. Assim, os direitos políticos pressupõem exatamente a nacionalidade brasileira. Direitos sociais, como o direito ao trabalho, tendem a ser também não inclusivos dos estrangeiros sem residência no País. É no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos do estrangeiro não residente ganham maior significado”.⁶⁷⁶

⁶⁷² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 75.

⁶⁷³ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999. p. 48-51.

⁶⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969, t. 4*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. p. 695-696; MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 214.

⁶⁷⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 76.

⁶⁷⁶ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 350-351. Para Mazzuoli a regra “deve ser entendida de acordo com a moderna sistemática de proteção dos direitos humanos, bem como

Este argumento tem sido utilizado por diversas decisões em matéria de extradição,⁶⁷⁷ com destaque para o Processo de Extradição n. 633 do STF, em que restou consignado que:

“(…) A condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*. Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro - que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional - assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II)”.⁶⁷⁸

com os valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana”. Isso faz parte de um *standard* protetivo mínimo. MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 652-653. Também TIBURCIO, Carmen. La condition de l'Etranger dans la Constitution Brésilienne de 1988. *Panorama of Brazilian Law*. ano 3, n. 3 e 4, p. 9-37, 2015. p. 25. Dimoulis e Martins criticam esse argumento com o seguinte raciocínio: “Em primeiro lugar, a dignidade humana é um conceito muito abstrato que não impõe determinadas medidas nem engloba necessariamente todos os direitos garantidos no art. 5º da CF. Podemos muito bem conceber que um ser humano preservaria sua dignidade ainda que o exercício do *habeas data* não fosse gratuito, conforme estipula o inciso LXXVII do art. 5º da CF. Mesmo a privação de uma liberdade importante como a liberdade de reunião (inciso XVI) não tem *a priori* o condão de ferir a dignidade da pessoa humana, independentemente do exame das condições estabelecidas pelo constituinte para a proteção da liberdade de reunião (caráter pacífico e desarmado dos manifestantes) e da possibilidade de justificar a intervenção nas reuniões protegidas em face dos limites constitucionais à liberdade de reunião. Mesmo que não seja possível ao Estado justificar uma dada intervenção na liberdade de reunião, comprovando desrespeito ao princípio da proporcionalidade, não se pode falar em violação do “princípio fundamental” da dignidade da pessoa humana, até porque todos os direitos fundamentais foram outorgados pelo constituinte implícita ou explicitamente com limites, ao passo que a dignidade humana, como princípio fundamental do Estado democrático de direito brasileiro – e justamente por não ser um direito fundamental –, não é passível de limitação. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 76.

⁶⁷⁷ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 210.

⁶⁷⁸ STF. EXT n. 633 CH. Tribunal Pleno. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 28/08/1996. Publicação: DJ 06/04/2001, p. 67.

Sarlet acompanha esse entendimento, aduzindo a extensão da titularidade de direitos fundamentais a qualquer estrangeiro, ainda que não residente, mesmo diante da ausência de disposição constitucional expressa nesse sentido, pois todos os direitos diretamente fundados no princípio da dignidade da pessoa humana são extensivos aos estrangeiros. Nesse sentido, este último é complementado pelo princípio da universalidade, segundo o qual todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas, são titulares de direitos e deveres fundamentais. Isso não significa que em virtude das características que apresenta o princípio da igualdade, não possam existir exceções.⁶⁷⁹

O último argumento trazido por Dimoulis e Martins é o dos *direitos decorrentes* do art. 5º, § 2º, da CF/88: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido os estrangeiros residentes ficariam ao resguardo dos tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil, que garantem uma longa série de direitos “a todos”.⁶⁸⁰

Pode afirmar-se que os quatro posicionamentos são fortes no sentido de incluir, de forma direta ou indireta os estrangeiros não residentes dentro do âmbito de proteção dos direitos garantidos pela CF/88. Ainda, destacam-se os dois últimos argumentos, que valorizam o princípio da dignidade da pessoa humana e a textura aberta da CF/88. Algo que serve para reconhecer a fundamentalidade material do *prélèvement* serve também para justificar uma extensão do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a quem aqui não reside.

O que não deve perder-se de vista é um importante detalhe na redação da cláusula geral de igualdade. Se por um lado é fundamental a clarificação da

⁶⁷⁹ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 210.

⁶⁸⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 76. Esse argumento serve para José Afonso da Silva, que se apegando à literalidade da norma, entende que se a Constituição aponta os destinatários desses direitos, isso há de ter consequências normativas. Mas, para o autor, isso não quer dizer que estrangeiros não residentes possam sofrer arbítrio e não disponham de qualquer meio para tutelar situações subjetivas. Para isso, contam com outras normas jurídicas, incluindo-se o Direito Internacional, que o Brasil deve respeitar. SILVA, José A. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 65.

questão da referência aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, por outra parte não pode dar-se por óbvio o fato do constituinte ter consagrado a igualdade para um público amplo.⁶⁸¹ Com efeito, o constituinte diz que “todos são iguais perante a lei”, e assim está apontando a brasileiros e estrangeiros, quer sejam residentes como não residentes. Evidentemente a referência à residência dos estrangeiros trata-se de uma distinção que merece ser revisada em futura reforma.⁶⁸²

5.3.3.2 Proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros em instrumentos internacionais de direitos humanos

Tal como foi antecipado ao mencionar a cláusula de abertura prevista no art. 5º, § 2º, da CF/88, é oportuno fazer referência aqui a outras manifestações do princípio da igualdade, desta vez fora do texto da norma fundamental. Refere-se ao princípio da igualdade expressado nos tratados internacionais de direitos humanos.

Ao enunciar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros derivados dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, *a contrário sensu*, a CF/88 está a incluí-los no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos. Integram, portanto, o elenco de direitos constitucionalmente consagrados.⁶⁸³ Dessa forma, estariam integrando o denominado “bloco de constitucionalidade”⁶⁸⁴ de que falava Canotilho.⁶⁸⁵

⁶⁸¹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 70.

⁶⁸² DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 78; SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 213.

⁶⁸³ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118. A proposta da inclusão do § 2º do art. 5º é de autoria do internacionalista Cançado Trindade. BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988*. Atas da Comissão da Soberania, Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Décimo Primeira Reunião, em 29 de abril de 1987. In: BRASIL. *Assembleia Nacional Constituinte, 20 anos*. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008. 1 CD-ROM. O autor explica sua proposta: “Assim, a novidade do art. 5º (2) da Constituição de 1988 consiste no acréscimo, por proposta que avancei, ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados, dos direitos e garantias expressos em tratados internacionais sobre proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte. Observe-se que os direitos se fazem acompanhar necessariamente das garantias. É alentador que as conquistas do Direito

Cabe advertir que não existe um entendimento uniforme entre boa parte da doutrina e o posicionamento atual do máximo tribunal brasileiro⁶⁸⁶ acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos – polémica que é, por sinal, muito mais profunda.⁶⁸⁷ Não sendo necessário reproduzir os argumentos

Internacional em favor da proteção do ser humano venham projetar-se no Direito Constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista”. CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 631.

⁶⁸⁴ RAMOS, André de C. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 106-107, p. 497-524, jan./dez. 2011/2012. p. 508.

⁶⁸⁵ Vide p. 233.

⁶⁸⁶ Desde 1977 o STF deixou clara sua posição a respeito da hierarquia dos tratados, acolhendo o entendimento de que os tratados internacionais tem hierarquia de lei ordinária. STF. RE n. 80.004/SE. Tribunal Pleno. Relator: Xavier de Albuquerque. Julgamento: 01/06/1977. Publicação: RTJ 29/12/1977. Em sintonia com esse entendimento, em 1995, ao decidir-se sobre a prisão civil do depositário infiel, diante da proibição de prisão por dívidas do art. 7, inc. VII, do Pacto de São José da Costa Rica, foi decidido que o art. 5º, § 2º, não tem o condão de elevar ao grau constitucional tais tratados. STF. HC 72.131/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 23/11/1995. Publicação: DJ 01/08/2003. Anos mais tarde, ocorreu aprovação da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que no § 3º do art. 5º concedeu status constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos aprovados com rito de emenda constitucional. O impacto da introdução desse dispositivo se viu refletido em uma nova decisão envolvendo a questão do depositário infiel. Dessa vez o STF convergiu no sentido de dar aos tratados internacionais de direitos humanos um caráter diferenciado respeito do restante dos tratados internacionais, embora não cumpram as condições previstas do § 3º do art. 5º da CF/88. No entanto, permaneceu dividido entre a tese da hierarquia constitucional e da hierarquia supralegal, prevalecendo esta última tese. STF. RE n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Publicação: 05/06/2009 (especialmente *vide* os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello). Para um aprofundamento acerca da tese da supralegalidade, *vide* MENDES, Gilmar. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. *Systemas*, Campo Grande, v. 2, n. 1, p. 64-100, 2010. p. 64 e sgtes.

⁶⁸⁷ Em verdade o que o debate acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro evidencia uma crescente dificuldade de conceber as relações entre direito internacional e o ordenamento interno de acordo com o paradigma clássico do monismo e do dualismo. Nesse sentido, a pirâmide jurídica do monismo kelseniano deveria ser desconstruída, para dar lugar à ideia de acoplamento de ordens jurídicas. Este pluralismo não implica uma estrita separação entre regimes jurídicos. Ao contrário, promove a ideia de que existe uma interação entre distintos ordenamentos. BOGDANDY, Armin von. Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. In: CLÉRICO, Laura; CAPALDO, Griselda D.; SIECKMANN, Jan. (Orgs.). *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. p. 21-40. Buenos Aires: Eudeba - Fundación Alexander Von Humboldt, 2010. p. 22-26. Isso impacta diretamente no desenvolvimento do próprio DIPr, tendo que se recorrer a um pluralismo de fontes normativas. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 48 e sgtes. Por outra parte, essa é a perspectiva adequada para o tratamento de problemáticas que atravessam diversas ordens jurídicas, neste caso entre o Direito Internacional Público e o direito estatal. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 137-151.

dessa controvérsia aqui, o autor dessa tese filia-se à corrente que considera que os tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, independentemente de sua forma de incorporação ao ordenamento brasileiro em virtude do previsto pela cláusula de abertura, aderindo aos motivos expostos por Sarlet,⁶⁸⁸ Mazzuoli⁶⁸⁹ e Piovesan.⁶⁹⁰

Estes instrumentos têm uma característica fundamental, que é a proteção da pessoa humana independentemente de qualquer condição. Ou seja, basta *ser humano* para poder exigir o cumprimento das suas disposições.⁶⁹¹ Conseqüentemente, pode observar-se neles, além de uma cláusula geral de igualdade, manifestações mais específicas, dentre elas uma proibição contra a discriminação em virtude da origem nacional, o que resulta em uma confirmação da proibição de discriminação entre nacionais e estrangeiros, de acordo com os parâmetros de aplicabilidade do princípio da igualdade estudados *supra*.

Apenas para citar os instrumentos mais importantes que tocam ao Brasil, se observa no artigo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, **sem discriminação alguma** por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, **origem nacional** ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.⁶⁹²

⁶⁸⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 119-136; Também do mesmo autor. SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988*. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. p. 73-99. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 78 e sgtes.

⁶⁸⁹ MAZZUOLI, Valério de O. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul.-set. 2005. p. 93 e sgtes.

⁶⁹⁰ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 117-154.

⁶⁹¹ MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 735.

⁶⁹² BRASIL. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, se expressa de forma similar:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, **sem discriminação** alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, **origem nacional** ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.⁶⁹³

É preciso também aqui colacionar a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.⁶⁹⁴ Embora não se considere um tratado internacional, ela consagra valores jurídicos universais, fundados no princípio da dignidade humana.⁶⁹⁵ Dentre eles encontra-se, obviamente, a igualdade. Assim, o art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos determina que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”, e prossegue:

⁶⁹³ BRASIL. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁹⁴ Trata-se do documento emanado da Resolução n. 217 (A), da Assembleia Geral de Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948. O caráter juridicamente vinculante da Declaração não deriva da sua criação, pois não reveste o caráter de tratado internacional. No entanto, conforme Lilich aponta, partes substanciais da Declaração tem se tornado direito costumeiro internacional, vinculante a todos os Estados. LILICH *apud* PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 225. Mazzuoli, no entanto, entende que constitui uma expressão de *jus cogens* e vai além: “Mas apesar de não ser um tratado stricto sensu, pois nascera de resolução da Assembleia Geral da ONU, como referido, não tendo também havido sequência à assinatura, o certo é que a Declaração Universal deve ser entendida, primeiramente, como a interpretação mais *autêntica* da expressão ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’, constante daqueles dispositivos já vistos da Carta das Nações Unidas. Em segundo lugar, é possível (mais que isso, é necessário) qualificar a Declaração Universal como norma de *jus cogens* internacional. Como destaca Ian Brownlie, algumas das disposições da Declaração ‘constituem princípios gerais de Direito ou representam considerações básicas de humanidade’ constituindo ‘um guia, da autoria da Assembleia Geral, para uma interpretação autêntica das disposições da Carta’. Concordamos com esse posicionamento e damos um passo além. Para nós, a Declaração Universal de 1948 integra a Carta da ONU, na medida em que passa a ser sua interpretação mais fiel, no que tange à qualificação jurídica da expressão ‘direitos humanos e liberdades fundamentais’. Daí o motivo de a Declaração de 1948 ser referida em todo o mundo, ao longo de mais de 60 anos de sua adoção, como um código ético universal de direitos humanos”. MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 789.

⁶⁹⁵ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 216.

Artigo 2

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de **origem nacional** ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.⁶⁹⁶

Havendo-se observado as manifestações do princípio da igualdade, particularmente no que respeita à proibição da discriminação em virtude da origem nacional, corresponde aprofundar o questionamento acerca da utilização do critério nacionalidade para a outorga de um tratamento mais favorável a determinados herdeiros.

5.3.3.3 Ausência de razoabilidade da distinção baseada na nacionalidade para o tratamento desigual entre herdeiros

Se os estrangeiros são titulares de direitos fundamentais, dentre os que se inclui o direito à igualdade, é preciso reconhecer, no entanto, que o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de outros países que também participam dos instrumentos internacionais mencionados *supra*, confere àqueles um tratamento que não é idêntico ao dos nacionais em muitos aspectos. Isso se vê refletido, de forma imediata, por exemplo, nas condições do exercício da liberdade de locomoção. Cabe recordar que segundo o Direito das Gentes, nenhum Estado é obrigado a permitir o ingresso de estrangeiros no seu território. Admitindo-os, pode estabelecer condições para sua permanência e saída do país.⁶⁹⁷ No caso do Brasil, as condições especiais a

⁶⁹⁶ ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁹⁷ BROWLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Trad. de Maria Manuela Farrajota (et. al.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 544-545. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 193. Como bem lembra

que está sujeito o estrangeiro encontram-se, principalmente, na Lei 6.815/1980, denominada de Estatuto do Estrangeiro (EEst.),⁶⁹⁸ além de outras disposições relativas à questão do deslocamento.⁶⁹⁹

Por sua vez, estando presente no país, o estrangeiro está sujeito a determinadas restrições que dependem da categoria na qual sua admissão tenha sido enquadrada. O exemplo mais evidente é a restrição ao exercício de atividade laborativa aos estrangeiros admitidos na condição de turista ou de estudante (art. 98 do EEst.), restrição esta que não sofrem – obviamente –, os admitidos com visto de trabalho ou visto de permanência.⁷⁰⁰ Ainda, casos de tratamento desigual entre nacionais e estrangeiros se observam na própria CF/88, a exemplo da garantia de não extradição de brasileiros (art. 5º, inc. LI), a proibição de alistamento e voto de estrangeiros (art. 14, § 2º), a acessibilidade restrita destes últimos a cargos públicos dependendo de

Mazzuoli, o Instituto de Direito Internacional de Genebra, na sua sessão de 1892, fixou as “Regras para a Admissão e Expulsão dos Estrangeiros”, deixando claro que “para cada Estado, o direito de admitir ou não estrangeiro em seu território, ou de admiti-lo apenas condicionalmente, ou de expulsá-lo, é uma consequência lógica e necessária de sua soberania e de sua independência”. MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 649. Tal entendimento chancelava uma contemporânea decisão da Suprema Corte estadunidense, no conhecido *Chinese Exclusion Case*. ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Chae Chan Ping vs. United States*. Julgamento: 13/05/1889. Publicação: 130 US 581. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/130/581/case.html>>. Acesso em: 15/03/2015.

⁶⁹⁸ BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração. Republicada pela Lei n. 6.964 de 09 de dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

⁶⁹⁹ Aqui se incluem, dentre outras normas: o Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981, que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro; os tratados referentes aos institutos do asilo territorial e diplomático (Convenções de Caracas de 1954); a lei n. 9.474, de 22 de julho, que implementa a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951; as diversas portarias do Ministério da Justiça e resoluções do Conselho Nacional de Imigração, e do Comitê Nacional para os Refugiados. MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 648-679; Sobre a mobilidade de estrangeiros *vide*: VEDOVATO, Luís R. *O direito de ingresso do estrangeiro*. A circulação das pessoas pelo mundo do cenário globalizado. São Paulo: Atlas, 2004; MEINERO, Fernando P. Os cidadãos do mundo também precisam de passaporte. *Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha*, Caxias do Sul, v. 01, p. 65-77, 2007; _____. La expectativa humana de ingresar en territorio extranjero desde el derecho internacional y el ordenamiento brasileiro. 2005. 156 p. Dissertação (Mestrado), UFSM, Santa Maria.

⁷⁰⁰ REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 194.

previsão legal (art. 37, inc. I), ou a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural, sujeita autorização do Congresso (art. 190).⁷⁰¹

Além das mencionadas, no próprio EEst. encontram-se restrições que se estendem ao exercício do direito de propriedade.⁷⁰² Assim, pelo art. 106 do EEst. é vedado ao estrangeiro:

I - ser proprietário, armador ou comandante de navio nacional, inclusive nos serviços de navegação fluvial e lacustre;

(...)

II - ser proprietário de empresa jornalística de qualquer espécie, e de empresas de televisão e de radiodifusão, sócio ou acionista de sociedade proprietária dessas empresas.

(...)

V - ser proprietário ou explorador de aeronave brasileira, ressalvado o disposto na legislação específica;⁷⁰³

Como se observa, o legislador em matéria de propriedade de determinados bens se utiliza do critério da nacionalidade para estabelecer distinções, por motivos de segurança nacional.⁷⁰⁴ Independentemente se tais restrições são justificáveis – debate que não é motivo deste trabalho –, por que não poderia encontrar-se uma justificativa também para o *prélèvement*?

⁷⁰¹ O disposto no art. 190 da CF/88 está regulado pela Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971. BRASIL. Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5709.htm>. Acesso em: 14/02/2016. Para um panorama geral do marco normativo na matéria consulte-se o relatório do Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado Federal: SANTANA HAGE, Fábio A.; PEIXOTO, Marcus; RIBEIRO VIEIRA FILHO, José E. Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: Uma avaliação jurídica e econômica. *Textos para discussão*, Brasília, n. 114, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242670/TD114-FabioHage-MarcusPeixoto-JoseEustaquio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁰² Dolinger entende que as restrições constantes na legislação ordinária deveriam ser reexaminadas. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 231. Lembra-se que boa parte da legislação que trata de estrangeiros foi editada antes da CF/88. Esse é o caso do Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980) e das leis de nacionalização do trabalho (art. 352 a 358 da CLT). SBALQUEIRO LOPES, Cristiane M. O direito a não discriminação dos estrangeiros. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 11, n. 37, p. 37-61, 2012. p. 39.

⁷⁰³ BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração. Republicada pela Lei n. 6.964 de 09 de dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁰⁴ SBALQUEIRO LOPES, Cristiane M. O direito a não discriminação dos estrangeiros. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 11, n. 37, p. 37-61, 2012. p. 46.

Ocorre que, em verdade, a questão não é saber se corresponde utilizar o critério da nacionalidade para promover um tratamento desigual no exercício de determinados direitos, inclusive o direito de propriedade. Em verdade, trata-se de saber se é razoável que o Estado *outorgue um tratamento mais favorável a determinados herdeiros em virtude da sua nacionalidade e só pela sua nacionalidade*, sem considerar a existência de elementos fáticos que justifiquem tal diferenciação. O constituinte pressupõe que são os nacionais os que merecem a proteção, sem uma possibilidade de observação da realidade fática, acerca de quais herdeiros a merecem, se nacionais ou estrangeiros. Ao não autorizar-se, pela norma de *prélèvement*, de uma observação dessa realidade, se revela pouco razoável a utilização do critério da nacionalidade.

A fortiori, existe mais uma manifestação especial do direito de igualdade que está sendo violada: *trata-se da igualdade entre herdeiros*, que se desprende do disposto no art. 227 da CF/88: “§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.⁷⁰⁵ A regra foi reproduzida no art. 20 no Estatuto da Criança e do Adolescente.⁷⁰⁶

No seu enunciado, a regra veicula um mandado de tratamento igual e uma proibição de discriminação, fruto de uma longa evolução do direito civil brasileiro.⁷⁰⁷ Assim, a nacionalidade dos filhos não pode ser motivo para uma exceção ao princípio da igualdade, pois não guarda qualquer razoabilidade a relação entre o critério de diferenciação e o objetivo da discriminação, tal como discutido no ponto 5.3.2 desse trabalho.

No que refere ao cônjuge, embora não esteja mencionado expressamente no art. 227, § 6º, deve recordar-se que ele foi elevado, no art. 1.829, inc. I, do CC/2002, à condição de herdeiro concorrente com os descendentes, vindo receber herança como se fosse um filho. Por outra parte,

⁷⁰⁵ Lembra-se que a Constituição de 1937 trouxe um dispositivo (art. 126) que poderia considerar-se um freio para eventuais iniquidades, ao garantir no aos filhos naturais o mesmo tratamento que aos legítimos (*vide* p. 148).

⁷⁰⁶ BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁰⁷ CAHALI, Francisco J. Sucessão na linha reta. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. Direito das sucessões. 5. ed. p. 165-184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 174-175.

não deve esquecer-se o art. 226, § 3º, da CF/88, é o principal suporte para uma equiparação dos direitos do companheiro aos do cônjuge, ainda em discussão na doutrina e jurisprudência brasileira.⁷⁰⁸

Chegando-se neste ponto, vale lembrar a norma de igualdade de tratamento acima formulada por Alexy: “Se não houver nenhuma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”.⁷⁰⁹

Conforme vem sustentando-se, o *prélèvement* constitui uma diferenciação não valiosa nos parâmetros acima explicitados. Nesse sentido, o trecho da decisão francesa que declarou a inconstitucionalidade do *prélèvement*, não explicaria melhor a questão, e por isso aqui se reproduz:

«3. (...) que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit;»

«6. (...) que la disposition contestée établit ainsi une différence de traitement entre les héritiers venant également à la succession d'après la loi française et qui ne sont pas privilégiés par la loi étrangère; que cette différence de traitement n'est pas en rapport direct avec l'objet de la loi qui tend, notamment, à protéger la réserve héréditaire et l'égalité entre héritiers garanties par la loi française; que, par suite, elle méconnaît le principe d'égalité devant la loi;»⁷¹⁰

É possível afirmar que o direito de igualdade entre herdeiros deve prevalecer, por apoiar-se no princípio da igualdade. A discriminação a que se refere aqui está proibida pelo art. 227 da CF/88, § 6º. Assim como esta regra cumpre um papel importante no sentido de superar as distinções odiosas do passado relativas à origem da filiação – se legítima, natural, incestuosa, por adoção, etc. –, também deve servir para não permitir que se produzam

⁷⁰⁸ Vide nota n. 457.

⁷⁰⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 408.

⁷¹⁰ FRANÇA. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC. Julgamento: 05/08/2011. Publicação: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13478. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

tratamentos privilegiados entre herdeiros. Sobretudo nos dias de hoje, após enormes avanços em direção do reconhecimento da filiação sócio-afetiva.⁷¹¹

Em sintonia com o desenvolvido *supra*, é possível perceber que não é a nacionalidade um critério discriminatório em si. Não é discriminatório se a distinção tem como finalidade, por exemplo, determinar quem pode exercer direitos políticos. Ocorre que aqui o critério é utilizado para promover um tratamento mais favorável do ponto de vista patrimonial, uma finalidade totalmente em desacordo com o critério utilizado.

⁷¹¹ LÔBO, Paulo L. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. p. 245-254. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2000. p. 245 e sgtres.; Sobre a evolução jurisprudencial desse conceito *vide* COSTA, Dilvanir J. Filiação jurídica, biológica e socioafetiva. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 83-100, out.-dez. 2008. p. 88 e sgtres.

CAPÍTULO 6 – INEFICÁCIA DOS MECANISMOS *A PRIORI* E *A POSTERIORI* DE CORREÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DECORRENTES DO *PRÉLÈVEMENT*

Desde uma perspectiva focada na análise do princípio da igualdade, de expressão constitucional, foi possível constatar que o *prélèvement* representa uma afronta àquele, embora integre o catálogo de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88. Resta agora saber se, desde o domínio do conflito de leis, há mecanismos que permitam dar uma resposta que compatibilize ambos elementos em tensão.

Outra leitura do problema, que complementa o exercício hermenêutico realizado no capítulo anterior, diz respeito à preocupação do DIPr com os resultados obtidos na utilização do método conflitual. Como visto, a aplicação do art. 5º, inc. XXXI, da CF/88, e do art. 10, § 1º, da LINDB, conduziu a resultados contrários a um valor fundamental do ordenamento brasileiro, a igualdade.

A preocupação com os resultados materiais na hora de resolver conflitos multiconectados pode ocorrer na elaboração da norma de conflito. Um bom exemplo disso é precisamente a própria regra de *prélèvement*, haja vista que ela busca um resultado determinado, aplicando a lei que for mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros. Em outras palavras, ela não é materialmente neutra, persegue um resultado material, ao buscar a maior vantagem aos herdeiros brasileiros.

Acredita-se que estudar a regra de *prélèvement* no contexto dessa preocupação do legislador por uma justiça material servirá para desnudar ainda mais as falhas já reveladas no plano concreto.

Nos últimos anos o DIPr evoluiu na sua metodologia, dando lugar à proximidade como um princípio inspirador e corretivo *a priori* da utilização mecânica das normas de conflito abstratas. Em caso de que o Brasil adira futuramente a esse princípio, incorporando às suas regras de conflitos de leis, cabe perguntar-se se isso servirá para uma anulação dos efeitos discriminatórios do instituto em exame.

Independentemente da eficácia tais alterações metodológicas no sistema conflitual brasileiro, enquanto estas não se materializam, não resta mais remédio ao juízo do caso estudado adotar, se necessário, um mecanismo de correção *a posteriori* na resolução do conflito de leis. Trata-se da denominada reserva de OPI, que atua principalmente como um freio à aplicação do disposto no direito estrangeiro, que resulta da operação das normas de conflito. Como se viu no caso da Sucessão de Alfredo Saraiva, ocorreu uma discriminação, uma violação do direito de igualdade entre herdeiros. Para essas situações se oferece ao juízo a possibilidade de apartar-se da solução que a norma de conflito lhe indicou.

Um obstáculo a essa tentativa já vem sendo anunciado, no sentido de que a própria regra de *prélèvement*, ao estar inserida na CF/88, revestiria caráter de norma de OPI. Será necessária, portanto, uma desconstrução desse entendimento. A análise do funcionamento do instituto da OPI, por meio da cláusula presente no art. 17 da LINDB, servirá para demonstrar que o próprio *prélèvement* não é uma manifestação da mesma, nem do ponto de vista da técnica conflitual nem do ponto de vista dos valores que comporta. Se tal desconstrução for bem sucedida, existirá a possibilidade de que a OPI se revele como um instrumento por meio do qual possa neutralizar-se a discriminação.

6.1 INEFICÁCIA DOS MECANISMOS DE CORREÇÃO APRIORÍSTICOS PARA RESOLVER O PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO

Ao perseguir o objetivo de oferecer soluções justas a situações da vida com conexão internacional, na presença de uma pluralidade de ordens jurídicas nacionais,⁷¹² o DIPr se depara com um duplo desafio. Por um lado deve equilibrar as diferentes competências legislativas e judiciárias entre os

⁷¹² BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 27. Também *vide* JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 39. Lima Pinheiro propõe o uso do termo “transnacional” para identificar as situações de vida que o DIPr regula, evitando-se a ambiguidade com o tipo de relações entre Estados, objeto de estudo do Direito Internacional Público. LIMA PINHEIRO, Luís de. *Direito Internacional Privado*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2001. p. 24.

Estados, considerando a vocação *a priori* destes de aplicar suas normas internas à referida situação.⁷¹³ Por outro lado, deve preocupar-se com a solução material dada a esses casos. O primeiro desafio consistirá na realização de uma “justiça conflitual”, que decorre da correta decisão na hora de encontrar o direito aplicável à situação da vida, considerando as competências legislativas entre os diversos Estados. Diversamente, na realização da “justiça material”, a preocupação da disciplina não se reduz ao estudo da conexão entre essa situação e o direito com competência para regulamentá-la, mas vai além, ao observar o resultado final alcançado nessa regulamentação.⁷¹⁴

Durante muito tempo o DIPr, sobretudo na Europa, identificou-se apenas com a primeira preocupação,⁷¹⁵ e somente se questionaria acerca dos efeitos materiais da aplicação da norma de conflito quando fossem contrários à OPI do foro. Essa realidade mudaria após a primeira metade do S. XX.⁷¹⁶

Para compreender isso, basta observar que para atender à justiça conflitual o DIPr se vale principalmente das normas de conflito. A especificidade desta norma jurídica decorre da sua vocação primeira de determinar o sistema jurídico com que se conecta a situação internacional. Dessa forma, comporta-se como uma espécie de “super-regra” que não tem por objetivo imediato trazer uma solução de fundo ao problema, mas apenas indicar uma ordem jurídica que a fornecerá.⁷¹⁷ Essa falta de preocupação imediata com o resultado material na aplicação de determinado direito revela, na sua concepção clássica, seu caráter de norma “neutra”.⁷¹⁸

⁷¹³ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 27.

⁷¹⁴ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 171.

⁷¹⁵ MOURA RAMOS, Rui M. *Direito internacional privado e constituição*. Introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 9.

⁷¹⁶ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 173. AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la « crise des conflits des lois »). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 241-242;

⁷¹⁷ Nesse sentido, estar-se-ia diante de um direito “remissivo”, por oposição a outros setores normativos que se apresentariam como direitos “decisivos”. MOURA RAMOS, Rui M. *Direito internacional privado e constituição*. Introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 9.

⁷¹⁸ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005.

6.1.1 Neutralidade na concepção original de normas de conflito de leis

As normas de conflito são as mais características do DIPr, e sem dúvida as que melhor correspondem à diferenciação da disciplina com outros ramos do Direito.⁷¹⁹ Nisso se enxerga uma clara relação entre um DIPr preocupado com a justiça conflitual e os instrumentos de que se vale para sua obtenção, no caso a norma de conflito neutra. Constatada essa correspondência entre meios e fins, uma maior preocupação do DIPr em favor da justiça material exigiria a utilização de novos instrumentos para realizá-la, e os métodos são, por tradição, evolutivos, adaptando-se progressivamente às condições próprias da sua época.⁷²⁰

O método clássico da disciplina consiste em categorizar questões, localizando-as numa determinada ordem jurídica, por meio de um elemento de conexão que aponte um vínculo mais estreito entre essa questão e a ordem jurídica conectada.⁷²¹ Nesse sentido, a regra do *caput* do art. 10 da LINDB constitui um bom exemplo de norma de conflito neutra, em cuja anatomia⁷²² é possível identificar a categoria a ser governada (sucessão por morte ou por ausência), o elemento de conexão (último domicílio do defunto ou desaparecido), e a ordem jurídica conectada considerada mais estreita (lei do país do último domicílio - *lex domicilii*).

A noção de neutralidade dessas regras ficaria plenamente desenvolvida com a adoção de normas de conflito bilaterais, método proposto por Savigny em meados do S. XIX, e que deixou em evidência uma identificação entre a

p. 173. Goldschmidt as chamou, em 1935, de “normas indiretas”. BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado: En la estructura jurídica del mundo actual*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 150.

⁷¹⁹ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 174.

⁷²⁰ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 42.

⁷²¹ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 27.

⁷²² VALLINDAS, Petro. La structure de la règle de conflit. *Recueil des cours*, La Haye, v. 101, p. 325-380, 1960, p. 351.

neutralidade e a igualdade entre Estados na atribuição de competências para governar as relações da vida internacional.

Com isso, existe algum tipo de relação entre essa igualdade entre Estados, promovido por uma norma materialmente neutra, e a igualdade entre os indivíduos que podem estar a ela sujeitos? Entende-se que sim, mas para compreender isso é necessário aprofundar alguns conceitos originados na teoria de Savigny, um dos grandes pensadores do DIPr moderno.

6.1.2 Neutralidade como igualdade no aporte savigniano ao DIPr

Na tarefa de identificar os marcos históricos de evolução do DIPr, certamente o Tomo VIII do “Sistema de Direito Romano atual”, de Savigny, ocupa um lugar central. Trata-se talvez do mais significativo e influente aporte científico à matéria,⁷²³ com uma nova perspectiva ou ponto de partida para regulamentar as relações privadas internacionais.⁷²⁴ Justamente, a construção de uma norma de conflito bilateral e neutra se deve ao desenvolvimento da concepção *savigniana* de conflitos de leis.⁷²⁵

Até a obra de Savigny, o método para a solução dos conflitos de leis das escolas estatutárias⁷²⁶ consistia em definir os contornos da própria norma jurídica, tentando determinar qual devia ser o campo de aplicação dela no

⁷²³ JAYME, Erik. Introdução. In: SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 15.

⁷²⁴ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 42.

⁷²⁵ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 175.

⁷²⁶ Identificam-se na história do DIPr, a Escola Italiana, do S. XIV, sendo seus principais representantes Cino de Pistoia, Bártolo e Baldo. Esta influenciou a Escola Francesa no s. XVI, na qual se destacaram Charles Dumolin e Bernard D’Argentré. Estes últimos, por sua vez, foram de grande influência para o surgimento da Escola Holandesa (s. XVII), que teve nas suas filas Paul e Jean Voet, Christian Rodenburg e Ulrich Huber. Por fim, encontra-se uma Escola Alemã no início do S. XVIII, com Heinrich Freiherr von Cocceji e Johann Nikolaus Hert. RAMOS, André de C. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Assunção, v. 5, p. 423-446, 2015. p. 434; Também vide DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Parte geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131-138; e GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 177-178.

espaço.⁷²⁷ Assim dava-se a cada tipo de estatuto (pessoal, territorial ou misto) um campo de aplicação mais ou menos amplo de acordo com a sua categoria, ou partindo de um princípio de territorialidade do direito e abrindo exceções em favor da aplicação do direito estrangeiro.⁷²⁸ Para tanto, este método utilizava normas unilaterais.⁷²⁹ Um bom exemplo disso se observa na formulação do art. 3 do Código Civil de Napoleão, quando dispõe: «*Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger*».⁷³⁰

Diversamente, Savigny adotou uma perspectiva universalista,⁷³¹ partindo da relação a ser regulamentada, pois esse era o elemento em comum com outros Estados, encontrando nela a sua “sede” ou “centro de gravidade”.⁷³² Para ele, tratava-se de “determinar para cada relação jurídica a esfera do direito mais próximo conforme a natureza própria e essencial dessa relação”.⁷³³ Com essa identificação, seria possível a formulação de uma regra geral. Assim, em perspectiva *savigniana*, o disposto no Código Civil de Napoleão se expressaria através de uma regra geral que definisse, de forma

⁷²⁷ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 177.

⁷²⁸ RAMOS, André de C. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Assunção, v. 5, p. 423-446, 2015. p. 434. Vide também AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 231. Para Savigny, os autores que lhe precederam tentavam resolver os conflitos de leis partindo do princípio de independência dos Estados, através de duas regras: “1° - Cada Estado pode exigir que em toda a extensão do seu território não se reconheçam outras leis senão as suas; 2° Nenhum Estado pode estender para além de suas fronteiras a aplicação de suas leis”. SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 48.

⁷²⁹ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 40.

⁷³⁰ FRANÇA. Code civil. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT00000607072>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷³¹ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 90.

⁷³² BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 43.

⁷³³ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 50. Para Savigny, a natureza da relação jurídica é determinante, pois ela é um produto da liberdade individual, fundada na preexistência de direitos subjetivos. Assim, tais relações são fundamentalmente iguais nos diferentes direitos dos Estados, o que permite a criação de regras gerais derivadas da natureza de cada relação. BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 46.

abstrata, que as questões de estado e capacidade das pessoas se governam pela lei da sua nacionalidade.⁷³⁴ A forma de expressar a norma passaria de ser unilateral a bilateral, pois estaria definindo ao mesmo tempo o campo de aplicação da lei nacional e da lei estrangeira.

Vale ressaltar que por este método, também denominado de eleição, o direito nacional e o direito estrangeiro encontram-se em pé de igualdade para atribuir consequências jurídicas à relação.⁷³⁵ Formulada bilateralmente, a regra não aponta preferência pela aplicação de nenhum direito, portanto é neutra, como afirmado *supra*. Tal condição de neutralidade está totalmente relacionada com o princípio da igualdade que vem sendo discutido nas páginas anteriores. Precisamente, o que movia Savigny a adotar essa nova perspectiva, dentro dos seus fundamentos jurídico-filosóficos, era uma convicção acerca da necessidade de trazer soluções justas mutuamente vantajosas às crescentes relações jurídicas entre pessoas estrangeiras e nacionais.⁷³⁶ Para o autor, essa concepção de tratamento igualitário fundava-se numa comunidade de direito entre os diferentes povos independentes (*comitas*), que têm relações entre si, sendo por consequência necessária a adoção dos mesmos princípios.⁷³⁷ Assim se manifestava:

“As duas espécies de colisão, entretanto, não podem ser assimiladas completamente uma à outra. Foi visto (§ 347) que a questão de colisão entre direitos particulares conflitantes podia ser resolvida por uma lei geral superior a esses direitos. Semelhante solução é inaplicável às leis conflitantes de diferentes Estados independentes”.

“Esse ponto de vista de uma comunidade de direito entre Estados independentes, que tende a regulamentar de uma maneira uniforme a colisão de diferentes direitos positivos, era estranho aos romanos. Foi necessário o impulso extraordinário conferido às relações dos

⁷³⁴ AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 232; Também LEWALD, Hans. Règles générales des conflits de lois. (Contribution à la technique du droit international privé). *Recueil des cours*, La Haye, v. 69, p. 1-148, 1939. p. 8.

⁷³⁵ BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*: En la estructura jurídica del mundo actual. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 34.

⁷³⁶ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

⁷³⁷ RAMOS, André de C. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Assunção, v. 5, p. 423-446, 2015. p. 434.

povos nos tempos modernos para levar a estabelecer e a reconhecer esses princípios gerais”.⁷³⁸

Para Savigny, não bastava o acesso dos estrangeiros aos tribunais locais. Uma completa igualdade seria realizada quando a decisão tomada pelos tribunais locais sobre determinada relação jurídica, fosse a mesma que a adotada em qualquer outro país.⁷³⁹ Tal atitude dos Estados não seria um ato de mera benevolência, mas uma manifestação de desenvolvimento do próprio direito para o exterior, assim como cada Estado tem, internamente, normas que tratam da colisão entre os direitos particulares de um mesmo Estado.⁷⁴⁰

Gaudemet-Tallon destaca três vantagens que resultam da neutralidade da norma de conflito. Em primeiro lugar, ao colocar o direito nacional e o estrangeiro no mesmo patamar, não se poderá reprochar a este método por nacionalismo. Em segundo lugar, não exige do juiz fazer uma análise prévia do conteúdo do direito material. Por último, a regra de conflito bilateral neutra facilita a coordenação possível de ordens jurídicas.⁷⁴¹

Trazendo essas vantagens para o caso do *prélèvement* já é possível perceber que a regra aqui estudada provoca um efeito totalmente contrário. É nacionalista, não porque aponte uma preferência cega à aplicação da lei brasileira, mas porque determina a escolha com base na nacionalidade brasileira dos herdeiros. Em segundo lugar ela exige do juiz uma análise prévia do conteúdo do direito material, sem a qual a escolha da lei mais favorável não poderia ocorrer. Por último, não se entende como se poderia imaginar uma coordenação entre diversas ordens jurídicas na presença de uma regra como a aqui estudada, que favorece elementos nacionais.

Savigny não apenas firmou as bases de uma nova coerência sistemática para resolver conflitos de leis, como também colocou no alto do

⁷³⁸ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 51.

⁷³⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 49.

⁷⁴⁰ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 50.

⁷⁴¹ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005. p. 183-185.

DIPr o valor principal da harmonia internacional das decisões.⁷⁴² Tal objetivo se realizaria na medida em que os legisladores dos diferentes Estados pudessem captar a natureza da relação jurídica e assim oferecer uma eleição razoável do direito conectado.

Este método deu origem, entre a segunda metade do S. XIX e a primeira metade do S. XX, a um grande desenvolvimento científico fundado sobre a análise da estrutura lógica da norma de conflito.⁷⁴³ Apesar das dificuldades encontradas e inerentes ao novo sistema, ele respondia melhor à universalidade dos problemas que se apresentavam, enxergando-os mais como puros conflitos de interesses privados do que conflitos de soberanias.⁷⁴⁴

A filiação ao método *savigniano*, contudo, instalou um novo desafio para os Estados, que foi o de encontrar essa eleição razoável da sede da relação, mas fazendo-o cada um de forma independente e tornando-a direito positivo. As divergências na escolha da lei aplicável ficaram cristalizadas nas diferentes codificações da Europa continental⁷⁴⁵, como ficou evidenciado nos diferentes sistemas sucessórios que cada um dos Estados adotou. A relação jurídica a ser regulamentada passou a ser definida pelos conceitos próprios de cada nação, tornando inevitáveis os conflitos resultantes das diferentes escolhas.⁷⁴⁶

Para enfrentar tais conflitos, a doutrina no Velho Continente privilegiou aspectos abstratos em detrimento das questões de fundo.⁷⁴⁷ A designação do direito aplicável, portanto, passaria a ser totalmente desapegada do direito

⁷⁴² Como bem resume Erik Jayme «*La égalité est ainsi garantie: la justice n'a pas un contenu différent au-delà de la frontière*». JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 42.

⁷⁴³ Com esse desenvolvimento tem lugar o estudo das questões conexas. Assim, as questões da qualificação e do reenvio são as consequências mais marcantes da utilização das normas de conflito. Também, a partir dessa nova lógica, sistematizaram-se as exceções de OPI e uma teoria sobre a fraude à lei foi erigida, e enfrentou-se o problema da questão prévia em DIPr. AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, 1984. p. 233.

⁷⁴⁴ AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, 1984. p. 234.

⁷⁴⁵ AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, 1984. p. 235. Como se observou no primeiro capítulo, a escolha do elemento de conexão estava fortemente influenciada pela concepção material acerca de determinado instituto, a exemplo das divergências do próprio conceito de sucessão *mortis causae* segundo a *civil law* e a *common law*. Tal constatação se contrapõe à ideia *savigniana* de enxergar a relação da mesma forma em qualquer país.

⁷⁴⁶ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 50.

⁷⁴⁷ AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 235;

material, apenas tomando como base os signos exteriores da relação jurídica em atenção aos laços geográficos, mas sem consideração ao conteúdo do direito aplicável. Apenas a reserva de ordem pública poderia dar lugar à intrusão de princípios fundamentais de direito material, mas apenas como uma exceção⁷⁴⁸, possibilidade que Savigny já previa, sob o conceito de *publica utilitas*.⁷⁴⁹

Esta postura, contudo, identificada com um DIPr clássico e reduzida a lidar apenas com a questão da justiça conflitual, separada da justiça material, foi alvo de contundentes ataques,⁷⁵⁰ que se consolidaram sobretudo na segunda metade do S. XX e do outro lado do Atlântico. Tais críticas provocaram um verdadeiro abalo nas estruturas do pensamento abstrato do DIPr europeu, ao confrontá-lo com uma necessidade de realizar justiça material.

6.1.3 Preocupação pela justiça material nos conflitos de leis: a revolução americana

O contexto jurídico estadunidense revelou-se propício para uma rediscussão dos elementos basilares da teoria dos conflitos de leis. Deve lembrar-se que enquanto na Europa a discussão passava principalmente por resolver conflitos de leis entre diferentes Estados soberanos, nos Estados Unidos da América os conflitos de leis sucedem também entre Estados da Federação. A mobilidade da população entre esses deu lugar a numerosos conflitos relacionados com o estatuto pessoal, para os quais os diferentes Estados da União se mostravam menos zelosos de aplicar a lei própria para

⁷⁴⁸ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 53.

⁷⁴⁹ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 55

⁷⁵⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 44.

governá-los, diferentemente dos Estados soberanos, sobretudo aqueles que a governavam aplicando a lei da nacionalidade da pessoa.⁷⁵¹

O contexto determinante para uma mudança no método de resolver esses conflitos foi, por um lado, o surgimento de numerosas intervenções legislativas destinadas a corrigir certas soluções arcaicas da *common law*, como as leis concernentes ao fim da incapacidade da mulher casada, leis relativas à reparação por acidentes de trânsito e de trabalho, criando-se novos estatutos. Isso levaria os Estados de maneira muito natural a pensar de forma estatutária.⁷⁵² Por outra parte, a *Full Faith Credit Clause*,⁷⁵³ prevista na Constituição dos Estados Unidos (Artigo VI, Seção 1), que obriga os Estados a reconhecerem a validade dos atos emanados dos outros Estados da União, levou-os a buscar em qual medida deviam renunciar aos seus próprios interesses em governar tais situações.⁷⁵⁴

Uma primeira resposta para esse desafio adaptou a ideia desenvolvida na Inglaterra por Dicey, de que o juiz não aplica propriamente o direito estrangeiro, mas deve respeitar direitos adquiridos pelas partes (*vested rights*) em território estrangeiro, e que acompanha seu titular onde estiver. Nos Estados Unidos esta doutrina foi a base para que Beale elaborasse o *Restatement* de 1934,⁷⁵⁵ criando uma série de regras de reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro, mas com uma estrutura tipicamente *savigniana*.

Embora o *Restatement* de 1934 já tivesse recebido críticas por parte de autores contemporâneos a Beale, principalmente Cook⁷⁵⁶ e Lorenzen,⁷⁵⁷ foi

⁷⁵¹ AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 239.

⁷⁵² AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 240.

⁷⁵³ ESTADOS UNIDOS. Constitution of the United States. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁵⁴ CAVERS, David. Contemporary conflicts laws in American perspective. *Recueil des cours*, La Haye, v. 131, p. 1-308. p. 108.

⁷⁵⁵ LORENZEN, Ernest G.; HEILMAN, Raymond J. The restatement of the conflict of laws. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 38, n. 5, Pennsylvania, 1935. p. 555-589. Vide também crítica mais recente em SYMEONIDES, Symeon C. The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as Its Reputation? *Southern Illinois University Law Journal*, Carbondale - Illinois, v. 32, 2007. p. 18.

⁷⁵⁶ COOK, Walter W. The logical and legal bases of the conflict of laws. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 33, n. 5. 1924. p. 457-488.

⁷⁵⁷ AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 241.

sem dúvida a crítica de Cavers a que mais colaborou com a ruptura do modelo conflitual nos Estados Unidos. Seguindo uma linha de pensamento já apresentada em 1933,⁷⁵⁸ Cavers lançou em 1965⁷⁵⁹ a primeira crítica sistemática mais importante ao método conflitual. Apontava que este sistema conduzia a uma solução “mecânica e cega” do conflito, como se o juiz não pudesse levar em consideração os resultados de um ou de outro direito aplicável. Ao contrário, a regra de direito não pode ser escolhida por designação a um ordenamento jurídico em seu conjunto, mas sobre a busca da regra material suscetível de se aplicar ao litígio. Passava-se assim, de uma “*jurisdiction-selection*”-“*state-selection*”, para uma “*rule-selection*”. Como guia, Cavers oferecia “princípios de preferência” a serem observados como orientação em casos específicos, insuscetíveis de se tornarem regras gerais.⁷⁶⁰

A teoria desenvolvida por Currie concentrou sua análise no interesse estatal do foro (*governmental interest*) em aplicar a sua política (*policy*). Assim, o juiz não deveria distinguir uma situação plurilocalizada de uma situação interna. Em qualquer caso, devia observar a existência desse interesse no Estado do foro. Se este último não possuísse tal interesse, enquanto o outro Estado sim, a lei deste último devia aplicar-se.⁷⁶¹ Enfim, Currie recomendava uma razoável e moderada interpretação da política legislativa a fim de evitar excessos.⁷⁶²

Esta última teoria se revelaria na jurisprudência da Corte de Apelações de Nova Iorque, considerada o “berço da revolução americana” em conflito de leis⁷⁶³. O caso inaugural foi *Babcock vs. Jackson*, em 1963, envolvendo a aplicação de normas relacionadas à responsabilidade por acidente de trânsito a respeito de passageiros transportados, com um abandono da *lex loci delicti*,

⁷⁵⁸ CAVERS, David. A critique of the choice-of-law problem. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 47, n. 2, p. 173-208, 1933.

⁷⁵⁹ CAVERS, David. *The Choice of Law Process*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965. 336 p.

⁷⁶⁰ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 56.

⁷⁶¹ BUCHER, Andreas. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009. p. 56.

⁷⁶² AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 245.

⁷⁶³ SYMEONIDES, Symeon C. The American choice-of-Law revolution in the courts: today and tomorrow. *Recueil des cours*, La Haye, v. 298, p. 1-448, 2002. p. 130.

ao levar-se em conta os pontos de contato com o foro e os interesses perseguidos por cada Estado, comparando-os.⁷⁶⁴ Depois, a análise comparativa dos interesses dos Estados resultaria decisiva em casos de responsabilidade por acidentes de trânsito, mas dentro dos Estados Unidos,⁷⁶⁵ ou de responsabilidade de organizações por ato ilícito dos seus funcionários.⁷⁶⁶ Em outros casos, não se revelaria tarefa fácil identificar o interesse preponderante para deslindar o conflito, às vezes apresentando-se irreconciliáveis.⁷⁶⁷

⁷⁶⁴ O caso teve lugar por conta de um acidente automobilístico. A Srta. Babcock aceitou o convite do Sr. e da Sra. Jackson para uma viagem de final de semana ao Canadá no carro do casal. Ao deixar Nova Iorque - Estado onde residiam -, e ingressar em Ontário, o Sr. Jackson perdeu o controle do veículo, vindo a bater fortemente contra um muro, acidente que provocou sérios ferimentos à Srta. Babcock. Em Nova Iorque, a vítima acionou o Sr. Jackson alegando negligência na condução do carro. Ao tempo do acidente, o estatuto vigente em Ontário (*Highway Traffic Act*), determinava a irresponsabilidade do motorista pelos danos ocasionados a pessoas transportadas em forma gratuita, à diferença do Estado de Nova Iorque em que se reconhecia a responsabilidade em tais casos. A questão residia em saber se a *lex loci delicti*, no caso a lei canadense, governava invariavelmente o caso, ou se outros fatores relevantes deviam ser levados em consideração para resolver. A questão foi decidida em favor da vítima do acidente, pelos pontos de contato e os interesses das ordens jurídicas envolvidas. Em primeiro lugar, levou-se em conta o número de elementos que conectavam o caso com o Estado de Nova Iorque, principalmente a residência dos envolvidos, tornando o local do acidente um elemento fortuito. Em segundo lugar, houve uma apreciação do interesse de Ontário, que era o de prevenir que passageiros, em conluio com os motoristas, fraudassem as companhias seguradoras. No caso, devia levar-se em conta o interesse do Estado de Nova Iorque, que era o de garantir a indenização do dano provocado por negligência. ESTADOS UNIDOS. *Babcock vs. Jackson*. Court of Appeals of New York. Julgamento: 09/05/1963. Publicação: 12 NY2d 473. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm>. Acesso em: 14/02/2016. Para uma análise pormenorizada do caso *vide* CAVERS, David. *Contemporary conflicts laws in American perspective*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 131, p. 1-308, 1970. p. 172; As mesmas circunstâncias se repetiriam no caso *Neumeier vs. Kuehner*, em 1972. Para análise de ambos os casos *vide* SYMEONIDES, Symeon C. *The American choice-of-Law revolution in the courts: today and tomorrow*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 298, p. 1-448, 2002. p. 130.

⁷⁶⁵ Em *Tooker vs. Lopez*, o caso envolvia as leis do Estado de Michigan e as de Nova Iorque. ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of New York. *Tooker vs. Lopez*. Julgamento: 23/04/1969. Publicação: Co24 N.Y.2d 569. Disponível em: Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/196959324NY2d569_1531.xml/TOOKER%20v.%20LOPEZ>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁶⁶ ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of New York. *Shultz vs. Boy Scouts of America*. Julgamento: 30/04/1985. Publicação: 65 NY2d 189. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/schultz_boyscouts.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁶⁷ Assim ficou demonstrado em ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals of New York. *Cooney vs. Osgood Machinery, Inc.* Julgamento: 25/03/1993. Publicação: 81 NY2d 66. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/cooney_osgood.htm>. Acesso em: 14/02/2016; *Vide* comentário crítico dessa de decisão em: SILBERMAN, Linda J. *Cooney vs. Osgood Machinery, Inc.: A Less Than Complete Contribution*, *Brooklin Law Review*, Brooklin, NY, n. 59, p. 1367-1384, 1993-1994.

Alguns posicionamentos que admitiam a necessidade de normas de conflito de leis triunfariam na elaboração do *Restatement Second* de 1971. A configuração, contudo, não seria para categorias gerais, a exemplo do método clássico, mas aplicáveis para questões mais específicas, como as experimentadas nos casos de validade de contratos usurários ou de responsabilidade por danos em transporte benévolo.⁷⁶⁸ O parágrafo 6º consagrou princípios a serem seguidos pelos tribunais, denotando uma grande flexibilidade:

(1) *A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.*

(2) *When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include*

*(a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the forum, (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied.*⁷⁶⁹

As diferenças entre os *Restatement* não seriam suficientes para revelar na sua total dimensão o abalo que a teoria dos conflitos de leis sofreu. Fora dos Estados Unidos, essa revolução foi vista como a crise da norma de conflito.⁷⁷⁰ No âmbito Europeu, o impacto das críticas americanas não representou um abandono do método conflitual clássico, mas levou os juristas a reconsiderar alguns postulados.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ Para uma comparação entre os *Restatement*, vide REESE, Willis. From the old restatement of conflict of laws to the new. *Iura falconis*, Leuven, v. 9, p. 8-17, 1972-1973.

⁷⁶⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second*. Philadelphia: The American Law Institute, 1971. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest6.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁷⁰ AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984. p. 247-248.

⁷⁷¹ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 25.

6.1.4 Princípio de proximidade da relação como contraproposta e possibilidades no âmbito sucessório

Diante dos embates sofridos, a doutrina europeia, principalmente da Europa ocidental, trabalhou na ideia de que uma relação de direito devia ser governada pela lei do país com o qual ele tivesse os laços mais estreitos e, na medida do possível, no foro mais próximo. Esta ideia talvez não tivesse sido possível sem a base *savigniana*. Ela vai, contudo, além.⁷⁷²

Para Savigny, a sede da relação era determinada de forma rígida e abstrata, conforme a natureza da relação que estivesse se tratando, dando a cada categoria um elemento de conexão determinado. Além do último domicílio do defunto para as sucessões, considerou o local da situação da coisa para os direitos reais, o local de execução para as obrigações contratuais, o domicílio do marido para as relações matrimoniais, dentre outros.⁷⁷³ Ao juiz não cabia examinar se a lei escolhida pelo legislador constituía efetivamente o local com o qual a relação estava mais vinculada. Isso já estava predeterminado pelo legislador na elaboração das normas de conflito, na base de uma pressuposição.

De forma diversa, o princípio de proximidade orienta para que uma relação jurídica seja governada pela lei do país com o qual realmente apresenta os laços mais estreitos.⁷⁷⁴ Este princípio não desestima uma análise *a priori* da natureza da relação, porém, a considera insuficiente.⁷⁷⁵ Sua proposta consiste em permitir ao juiz examinar e levar em conta o conjunto de

⁷⁷² LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 27.

⁷⁷³ SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 151-174, 260-269.

⁷⁷⁴ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 29.

⁷⁷⁵ As dificuldades para encontrar a natureza da relação pelo método *savigniano* ficaram bem expostas quando Bartin e Kahn advertiram acerca do conflito de qualificações. Necessariamente, não se pode descobrir, com esses parâmetros, a natureza da relação, sem olhar para o ordenamento interno de cada Estado. LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 29.

elementos da relação, para determinar a partir daí o Estado com o qual guarda laços mais estreitos, não apenas com o local, mas com o sistema jurídico.⁷⁷⁶

Em seu célebre Curso Geral, Lagarde, um dos principais impulsores do princípio, indica as vantagens da sua adoção: uniformidade das soluções e a eliminação das situações incoerentes; respeito à expectativa legítima das partes; respeito dos Estados em governar a situação, desde que, aprioristicamente, ela apresente laços mais estreitos com outro Estado; finalmente, a realização da “justiça” na solução do conflito de leis, pois essa solução não depende de um fator abstrato, frequentemente inadequado para uma situação concreta.⁷⁷⁷

Embora já houvesse manifestações jurisprudenciais da preocupação com a proximidade, foi apenas nos anos oitenta que se viu refletido em ordenamentos internos e instrumentos internacionais, tendo sido recepcionado com bastante força nos instrumentos comunitários de DIPr da Europa.

6.1.4.1 Manifestações do princípio de proximidade

No Reino Unido, já em 1891 a Corte de Apelações teria manifestado essa preocupação, ao determinar que no contrato devia buscar-se “*its closest and most real connection*”.⁷⁷⁸ Do lado da Europa continental, Lagarde entende que no célebre acórdão *American Trading Company*, decidido em 1910, a Corte de Cassação francesa também utilizou referências que constituiriam uma aplicação do princípio de proximidade, valorizando os fatos e as circunstâncias do caso para interpretar uma vontade implícita das partes:

⁷⁷⁶ Valente dos Reis entende que “se o teste de proximidade é uma adequação entre fato e sistema jurídico, ambos os lados devem ser levados em consideração na análise da compatibilidade. O país mais próximo representa um aspecto fático, enquanto a lei mais próxima é um aspecto jurídico. O sistema jurídico deve ser encontrado a partir de uma ponderação dos fatos com os sistemas jurídicos potencialmente aplicáveis”. VALENTE DOS REIS. Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 293-328, jan.-mar. 2009. p. 299.

⁷⁷⁷ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 29.

⁷⁷⁸ REINO UNIDO. Court of Appeals. *Chatenay vs. Brazilian Submarine Telegraph*. Julgamento: 1891. Publicação: 1 Q. B. 79.

«Attendu, d'autre part, que la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée; que si, entre personnes de nationalités différentes, la loi du lieu où le contrat est intervenu est en principe celle à laquelle il faut s'attacher, ce n'est donc qu'autant que les contractants n'ont pas manifesté une volonté contraire; **que non seulement cette manifestation peut être expresse, mais qu'elle peut s'induire des faits et circonstances de la cause, ainsi que des termes du contrat**».⁷⁷⁹

A expressão mais importante do princípio de proximidade como critério inspirador da norma de conflito encontra-se com a Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, da qual Lagarde participou ativamente.⁷⁸⁰ Nela “os laços mais estreitos” têm um lugar de destaque, erguendo-se como norma de conflito subsidiário somente se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável (art. 4º § 1).⁷⁸¹ Nos anos posteriores, com o desenvolvimento DIPr comunitário europeu⁷⁸² bem como na América,⁷⁸³ à regra lhe seria dada uma função corretiva.

⁷⁷⁹ FRANÇA. Cour de Cassation. «*American Trading Company*». Chambre Civile. Julgamento: 05/12/1910. Publicação: *Revue de Droit International*, 1911. p. 395. (sem destaque no original). Manifestações desse princípio se observaram outras decisões na jurisprudência francesa. FRANÇA. Cour de Cassation. Chambre Civile. Julgamento: 31/05/1932. Publicação: *Clunet*, 1933, p. 347; FRANÇA. Cour de Cassation. «*Dame Allouche*». Chambre Civile. Julgamento: 06/07/1959. Publicação: *Revue critique de Droit International Privé*, 1959. p. 708; FRANÇA. Cour de Cassation. «*Mercator*». Chambre Civile. Julgamento: 25/03/1980. Publicação: *Revue critique de Droit International Privé* 1980, p. 576. LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 34. VALENTE DOS REIS. Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 293-328, jan.-mar. 2009. p. 296. Esse acordão também é citado pela professora Nadia de Araujo como a primeira manifestação clara da jurisprudência francesa acerca da admissão de outro princípio mais diretamente relacionado com a matéria de contratos, ainda que sem mencioná-lo: o princípio da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais*. Autonomia da vontade. Mercosul e convenções internacionais. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 59-62.

⁷⁸⁰ GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le principe de proximité dans le Règlement Rome I. *Revue Hellenique de Droit International*, Athènes, n. 61, p. 189-203, 2008. p. 189.

⁷⁸¹ COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41980A0934&from=PT>>. Acesso em: 14/02/2016. LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 42.

⁷⁸² Nos instrumentos comunitários mais recentes, o critério também se faz presente no Regulamento de Roma I (art. 4º § 3º), já com um caráter de cláusula de exceção a uma série de regras de direito aplicável objetivas para cada tipo de contrato. LIMA PINHEIRO, Luís de. O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – uma introdução. p. 401-471. In:_____. Estudos de Direito Internacional Privado. v. II. Coimbra: Almedina, 2009. p. 423-427; OLIVEIRA, Renata F. O regulamento (CE) n. 593/2008 do

No âmbito interno, foi a Lei Federal suíça sobre Direito Internacional Privado de 1987 (art. 15),⁷⁸⁴ que introduziu a utilização da regra de exceção de forma geral, aplicável a qualquer matéria do conflito de leis.⁷⁸⁵ Hoje, o art. 2.597 do CCArg. está nitidamente inspirado naquela:

“Artículo 2597.- Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”.

Em virtude da função corretiva do princípio, a determinação da lei aplicável não é uma questão deixada exclusivamente nas mãos do legislador. O juiz tem a possibilidade de corrigir, observando o caso concreto, a

Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 12, p. 281-301. out-dez 2008. p. 299; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 2, p. 52-133, oct 2009. p. 54. Também está prevista como cláusula de exceção o no Regulamento de Roma II, relativo às obrigações extracontratuais (art. 4º § 3º). No Regulamento de Roma III, relativo a divórcio e separação judicial, os laços mais estreitos auxiliam na determinação da lei aplicável quando se tratar de Estados com mais de um sistema jurídico (art. 15); JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 303-304, 340. Comenta Gaudemet-Tallon que no Regulamento de Roma I, por exemplo, o princípio de proximidade não foi totalmente abandonado, mas ele já não ocupa o lugar de destaque que teve na Convenção de Roma de 1980. GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le principe de proximité dans le Règlement Rome I. *Revue Hellénique de Droit International*, Athènes, n. 61, p. 189-203, 2008. p. 191.

⁷⁸³ Assim, o art. 9 da Convenção Interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais de México, 1994, dispõe de forma similar à Convenção de Roma de 1980. OEA. Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais de 17 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 14/02/2016. VILLALTA VIZCARRA, Ana E. *La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales*. Palestra realizada nas Jornadas ASADIP - Assunção, outubro 2013. Disponível em: <<https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/la-convencion3b3n-interamericana-sobre-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales-ana-elizabeth-villalta-vizcarra.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁸⁴ SUIÇA. Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987. Disponível em < <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁸⁵ A adoção de uma cláusula geral de exceção não é isenta de dificuldades, como expõe PAMBOUKIS, Charalambos. Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions. *Revue Hellénique de Droit International*, Athènes, v. 47, p. 475-486, 1994. p. 478-486.

localização apriorística feita pelo legislador, quando ela for incompatível com a realidade do caso. No entanto, não se trata de um cheque em branco, mas de um remédio excepcional.⁷⁸⁶

No caso do Brasil, o PL-4.905, de 1994, que dispõe sobre a aplicação de normas jurídicas (reapresentado em 2004 como Projeto de Lei do Senado n. 645), quis introduzir no Brasil o princípio de proximidade na forma de cláusula de exceção (art. 12).⁷⁸⁷ No entanto, ela somente poderia ser invocada em matéria contratual, contando com similar redação ao disposto no art. 9 da Convenção Interamericana de México de 1994 sobre lei aplicável aos contratos internacionais.

6.1.4.2 Princípio de proximidade no âmbito sucessório e a distinção com o *prélèvement*

Em matéria sucessória, a preocupação pelos laços mais estreitos também chegou aos instrumentos convencionais. Na Convenção de Haia de 1989 sobre sucessões, pelo art. 3º, §§ 1 e 2, o juiz pode descartar a lei do país de residência habitual ou da nacionalidade do *de cuius* se houver outro país com o qual se apresentem laços mais estreitos.⁷⁸⁸ Por fim, ela também se fez

⁷⁸⁶ FERNANDEZ ARROYO, Diego P. A new autonomous dimension for the Argentinian private international law system. In: BONOMI, Andrea; ROMANO, Gian P. (orgs) *Yearbook of Private International Law*, v. 16 (2014/2015), p. 411-428. Cologne: Otto Schmidt, 2015. p. 422; SCOTTI, Luciana. *Derecho internacional privado*. Incidencias del Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Hammurabi, 2015. p. 63-64. Menicocci, festeja a solução, mas também adverte riscos de *lexforismo*. MENICOCCI, Alejandro A. Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el Código Civil y Comercial de la Nación. In: Anales del XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014. p. 29-31.

⁷⁸⁷ BRASIL. PLS Projeto de Lei n. 645 de 2004. Lei de aplicação das normas jurídicas (Pedro Simon - PMDB). Senado. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=42614&tp=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

⁷⁸⁸ LAFUENTE SANCHEZ, Raúl. Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 350-370, 2013. p. 357. Bonomi advertiu o perigo da indeterminação da lei aplicável, não apenas durante o tempo que precede a abertura da sucessão, mas ao longo da mesma, até que alguma autoridade se pronuncie sobre o direito que aplicará para governá-la. BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010. p. 189-190.

presente no R650/2012, incorporando a cláusula de exceção ao critério principal da última residência do *de cuius* (art. 21).

Lagarde aponta, citando jurisprudência estadunidense,⁷⁸⁹ que o princípio de proximidade em matéria sucessória guarda importância nos casos em que o *de cuius* tenha mudado de domicílio pouco tempo antes da sua morte, e todos seus bens e herdeiros se encontrarem no domicílio anterior. O mesmo valeria para uma mudança de residência habitual ou de nacionalidade.

Se esta cláusula de exceção, apoiada no princípio de proximidade – que se preocupa com a possibilidade de que exista uma ordem jurídica mais estreitamente ligada à relação –, oferece ao juiz a chance de olhar além da norma de conflito abstrata, não haveria uma similaridade com a regra de *prélèvement*? Na verdade, a única similaridade seria a possibilidade de olhar além da regra abstrata. Depois, há enormes diferenças.

Precisamente, o que a regra de *prélèvement* permite olhar é apenas o direito material conectado e comparar entre as duas possibilidades, a *lex rei sitae* e a *lex domicilii*. O único substrato fático não vai além de uma análise como a elaborada no Capítulo 4 desta tese, nada mais do que isso, pois o que se tem por objetivo é favorecer certos herdeiros. Ainda, o *prélèvement* não constitui uma cláusula de escape à regra do art. 10 da LINDB. Por isso, o juiz não está autorizado a abandonar a aplicação da lei mais favorável, mesmo que exista outra lei com o qual o *de cuius* guarde laços mais estreitos. Isso somente seria possível em caso de que o Brasil adotasse uma cláusula de escape – quer geral, como no caso do art. 2.597 do CCArg. ou o art. 15 da Lei

⁷⁸⁹ No primeiro caso, tratava-se de uma mulher que viveu quase toda sua vida com seu marido em Oklahoma, e que se mudou, alguns poucos meses antes da sua morte ao Estado de Nebraska. Ela faleceu deixando o seu marido e um neto, havido de um filho pré-morto. A lei de Oklahoma outorgava toda a herança ao viúvo, enquanto a lei de Nebraska dispunha uma divisão entre este e o neto. Embora os tribunais estadunidenses tenham resolvido com base na teoria do *interest analysis*, Lagarde entende que na Europa seria possível demandar-se se a sucessão não apresentaria laços mais estreitos com Oklahoma do que com Nebraska, e se não seria o caso de utilizar nesse caso uma cláusula de exceção para a aplicação da lei do primeiro Estado. No caso *Renard* decidiu-se sobre a lei aplicável à sucessão de uma mulher francesa e seu filho adotivo estadunidense. Este último reclamava a aplicação da lei francesa para poder obter a proteção da reserva de legítima. O tribunal de Nova Iorque, ao invés de decidir na base de um *balancing approach* entre os interesses das leis em conflito, poderia ter utilizado o princípio da proximidade para assim reconhecer que o caso tinha laços muito mais estreitos com os Estados Unidos, em virtude de ter residido lá um longo tempo, e que somente mudou-se para França poucos anos antes da sua morte. LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 114-115.

suíça de DIPr, quer especial para o âmbito sucessório, como no caso do R650/2012 – e, no caso da Sucessão de Alfredo Saraiva o de cujus tivesse constituído o domicílio no Uruguai pouco tempo antes do seu decesso.

É oportuno esclarecer que a busca dos vínculos mais estreitos, embora no caso concreto possa favorecer a um ou outro herdeiro, não tem como mandado *a priori* esse favorecimento. Caso no direito brasileiro se incorporasse uma cláusula de escape – talvez por uma eventual influência da Argentina que incorporou recentemente a regra –, isso não representaria um abandono da neutralidade da regra do art. 10, *caput*, da LINDB.

Entretanto, se o objetivo da incorporação da cláusula de escape é, valha a redundância, “escapar” dos efeitos discriminatórios da regra de *prélèvement*, os resultados serão inócuos, pois é necessário saber se deve dar-se prioridade a um resultado material (aplicando o *prélèvement*) ou uma proximidade entre a lei aplicável e os fatos (aplicando uma cláusula de escape). Não há, aparentemente, como escolher ambas as soluções. Tal como Lagarde afirma, o princípio de proximidade na sua forma de cláusula de exceção tem vocação de se aplicar na quase totalidade das regras de conflito de leis, menos no caso de regras de conflito materialmente orientadas:

*«Ainsi, de proche en proche, nous constatons que la clause d'exception a vocation à s'appliquer à la quasi-totalité des règles de conflit de lois. La seule exception paraît être constituée par les règles de conflit alternatives, édictées en vue de l'obtention d'un certain résultat matériel: établissement d'une filiation, validité d'un testament, etc. Dans ces situations, c'est à dessein que le législateur envisage l'application d'une loi qui peut n'avoir que très peu de liens avec la situation, mais qui a au moins le mérite de consacrer la solution matérielle voulue par l'auteur de la règle de conflit. Ecarter cette loi en raison de son manque de liens avec la situation irait évidemment contre le but de la règle de conflit».*⁷⁹⁰

A explicação para isso é bastante simples. A cláusula de exceção preocupa-se com um imperativo de justiça conflitual, própria do DIPr, para restabelecer os laços que – nas palavras de Pamboukis – se “romperam” pelas

⁷⁹⁰ LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986. p. 116.

circunstâncias fáticas particulares.⁷⁹¹ Já o *prélèvement* persegue um resultado material concreto, que o legislador e o constituinte se propuseram alcançar, mesmo que independentemente da proximidade de outro ordenamento.

É por isso que, definitivamente, um avanço da legislação no sentido de incorporar o princípio de proximidade no ordenamento brasileiro não servirá para resolver os efeitos discriminatórios da regra de *prélèvement*.

6.2 INEFICÁCIA DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL COMO INSTRUMENTO AO PROBLEMA DA DISCRIMINAÇÃO DO PRÉLÈVEMENT

Com base no disposto no art. 4º do CBust, foi afirmado que o *prélèvement* seria uma norma de OPI pelo fato de possuir hierarquia constitucional. O curioso é que, precisamente, é a OPI uma ferramenta à disposição do juiz para salvaguardar os valores fundamentais do foro. Ou seja, nesta tese estar-se-ia atacando aquilo que, supostamente, serviria de corretivo para o caso em exame.

Diante dessa constatação há, portanto, três alternativas: a) se aceita a solução oferecida pelo *prélèvement* por ser, a pesar das críticas já realizadas, uma expressão normativa da OPI brasileira, e por isso obrigatória, ainda que discriminatória; b) contrariamente, não se enxerga na regra de *prélèvement* uma expressão de OPI, percebendo que está por fora daquela, enquanto princípio, e que ainda pode oferecer uma solução ao caso em exame; ou, por fim, c) se aceita que a solução ao caso da Sucessão de Alfredo Saraiva não poderá decorrer da aplicação da OPI. Para determinar a alternativa correta será necessário conhecer melhor o funcionamento da ordem pública no DIPr.

⁷⁹¹ Como explica Pamboukis «*Plus précisément, la clause d'exception intervient à un moment bien précis du processus de la mise en œuvre de la règle de conflit: celui de la détermination de la loi applicable, et remplit une fonction précise: rétablir la justice de droit international privé qui s'est trouvée rompue par les faits particuliers de l'espèce. C'est le moment et le mode de son intervention qui lui confèrent sa spécificité et permettent de la distinguer d'autres mécanismes voisins. A cet égard, cette notion ne doit pas être confondue dans son jeu et dans sa fonction, ni avec l'ordre public ni avec la vocation subsidiaire de la lex fori, enfin, avec l'adaptation. La clause d'exception obéit à un impératif de justice de droit international privé et se désintéresse de la justice matérielle ou bien de l'impossibilité technique de combinaison de deux lois applicables à une même situation juridique*». PAMBOUKIS, Charalambos. Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions. *Revue Hellénique de Droit International*, Athènes, v. 47, p. 475-486, 1994. p. 478.

6.2.1 Ordem pública internacional como mecanismo de evicção à aplicação do direito estrangeiro

Cada Estado defende valores e interesses dos quais não tem intenção de abrir mão, pois os considera fundamentais. A proteção destes exige que, diante da possibilidade de dar lugar à aplicação do direito estrangeiro pelo método conflitual, venha anexa uma ressalva: “a lei definida por competente não será aplicada na medida em que essa aplicação venha lesar algum princípio ou valor básico do ordenamento nacional, tido por inderrogável, ou algum interesse de precípua grandeza da comunidade local”.⁷⁹²

Para compreender a necessidade da OPI deve levar-se em conta que, se por um lado existe um princípio geral de direito internacional que impede que os Estados se fechem em si mesmos, admitindo em certos casos a incidência do direito estrangeiro no foro, por outro lado deve assumir-se uma segunda regra, que opere na direção oposta. Esta funcionaria como uma “válvula de segurança”,⁷⁹³ que permite ao juiz deixar de aplicar o direito indicado pela norma de conflito quando presente como resultado efeitos indesejados, por contrários aos valores e interesses fundamentais do foro.⁷⁹⁴ Se a norma de conflito é um “salto no escuro”,⁷⁹⁵ a OPI é uma “rede de contenção”.⁷⁹⁶

⁷⁹² É a formulação de Ferrer Correia. FERRER CORREIA, António. *Lições de direito internacional privado*. v. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 406.

⁷⁹³ Entende Mosconi que, de certo modo, a ordem pública reflete um desvio do princípio de igualdade entre a *lex fori* e o direito estrangeiro, determinando, de fato, uma ampliação do campo de aplicação da primeira e um estreitamento do campo de aplicação do segundo. MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des cours*, La Haye, v. 217, p. 9-214, 1989. p. 20.

⁷⁹⁴ Um desenvolvimento mais específico que aqui não se tratará é o referente ao controle de constitucionalidade da lei estrangeira, que pode considerar-se um desprendimento da questão da OPI em DIPr. Recomenda-se a leitura do grande aporte brasileiro à questão de MONACO, Gustavo F. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 43-89; em Portugal, vide MOURA RAMOS, Rui M. *Direito internacional privado e Constituição*. Introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 235-246.

⁷⁹⁵ CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. El orden público y las externalidades negativas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano 62, n. 2065, p. 2351-2378, 2008. p. 2352.

⁷⁹⁶ MILLS, Alex. The dimensions of public policy on private international law. *Journal of Private International Law*, Cambridge, v. 4. n. 2, p. 201-236, aug.- 2008. p. 201.

Na maioria dos sistemas de DIPr, a ordem pública funciona como uma evicção ao funcionamento geral das normas de conflito, embora por vezes ocorra um uso abusivo desse mecanismo, como uma escusa para a aplicação da *lex fori*.⁷⁹⁷ No Brasil, essa evicção está autorizada pela cláusula prevista no art. 17 da LINDB, que diz que: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.⁷⁹⁸ Trata-se de um dispositivo que se encontra presente – ainda que diversamente formulado – nas legislações internas de DIPr de muitos países.⁷⁹⁹ Inclusive, está em tratados internacionais que, após definir regras de conflito uniforme, oferecem ao juiz a possibilidade de apartar-se delas alegando violação da ordem pública do foro.⁸⁰⁰

Álvarez Gonzalez destaca que não deve confundir-se a ordem pública enquanto princípio, com a cláusula de ordem pública, que permite invocar a primeira, e condiciona a sua operabilidade.⁸⁰¹

⁷⁹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*. Derecho de la tolerancia. 7. ed. Buenos Aires, 1997. p. 156. Em sentido similar, MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des cours*, La Haye, v. 217, p. 9-214, 1989. p. 22.

⁷⁹⁸ A redação de 1916 assim dispunha “Art. 17. As leis, atos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”. Tal dispositivo encontra seus antecedentes no Projeto de Clóvis Beviláqua, que lucidamente distinguiu a ordem pública como limite ao poder das partes de pactuar, da ordem pública própria do DIPr. No art. 14 dispunha que “Ninguém pode derogar por convenção as leis que regulam a constituição da família, nem as que interessa à ordem pública e aos bons costumes”. Já no art. 18 apontava às leis estrangeiras: “Não será aplicada no Brasil lei estrangeira contrária à soberania nacional, ofensiva aos bons costumes ou diretamente incompatível com uma lei federal brasileira fundada em motivo de ordem pública”. No entanto, na tramitação legislativa, foi aprovada a emenda de Azevedo Marques, que copiou o art. 12 das Disposições Preliminares do Código Civil Italiano de 1865, reunindo sob um mesmo artigo questões por demais diversas. RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 134-136; VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. Introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968. p. 500-501.

⁷⁹⁹ Vide, por exemplo, art. 2600 do CCArg. ou o art. 2404 do CCUrug.

⁸⁰⁰ Apenas para citar exemplos de convenções em matéria sucessória, encontra-se prevista nas convenções de Haia de 1989 sobre lei aplicável às sucessões *mortis causae* (art. 18), sobre a administração de heranças de 1973 (art. 17) e sobre as formas das disposições testamentárias de 1963 (art. 7). O R650/2012, também prevê o mecanismo no art. 35: “Ordem pública (*ordre public*) A aplicação de uma disposição da lei de um Estado designada pelo presente regulamento só pode ser afastada se essa aplicação for manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro do foro”.

⁸⁰¹ Essa distinção é importante, sobretudo quando a cláusula se apresenta em instrumentos de uniformização de normas de conflito, em que os Estados fixam certas condições para que o princípio da ordem pública possa ser invocado. ALVAREZ GONZALEZ, Santiago. Sucesiones internacionales: ¿que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público? HERRERO OVIEDO, Margarita; DOMINGUEZ LUELMO, Andrés; GARCIA RUBIO, Maria Paz

Embora desde o S. XIV já houvesse manifestações doutrinárias acerca de como justificar uma rejeição do direito alienígena em certos casos,⁸⁰² é no S. XIX que se desenvolve cientificamente a preocupação sobre a OPI, da mão de autores clássicos como Story, Mancini e Savigny.⁸⁰³

De qualquer modo, para a doutrina tem sido, diferentemente de outros institutos de DIPr, uma tarefa inútil tentar definir a OPI além das funções e efeitos já mencionados, e essa dificuldade decorre de pretender uma aproximação ao seu conteúdo, que se caracteriza por ser relativo.⁸⁰⁴ Em primeiro lugar, existe uma relatividade material, porque se trata de um instituto que interessa a diversas matérias do direito,⁸⁰⁵ eis que diversas são as áreas nas quais os valores fundamentais do Estado operam. Há também uma

(org.) *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum"* Teodora F. Torres García. p. 117-142. Madrid: La Ley, 2014. p. 125.

⁸⁰² Dolinger afirma que a ideia precursora do instituto que é hoje conhecido como ordem pública no DIPr surge pela primeira vez com Bártolo, no S. XIV, quando distinguiu entre "leis favoráveis" e "leis odiosas", sendo estas últimas inaplicáveis em jurisdições diversas às quais tenham sido criadas. DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979. p. 60-61. Algumas precisões são trazidas por RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 7-27.

⁸⁰³ Entende Ribeiro que as primeiras manifestações da ordem pública enquanto instituto de DIPr são encontráveis em decisões dos tribunais anglo-americanos, de deixavam de aplicar normas estrangeiras contrárias aos princípios fundamentais da moral ou do direito nacional. RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 35. Story foi o primeiro em entender que a nenhuma nação deve exigir-se ceder suas políticas e instituições fundamentais em favor das de outra nação, sacrificando seus interesses. STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic*. Boston: C. C. Little and J. Brown, 1846. p. 35-36. Mancini, também referiu a ele, embora o visse mais como um fator autônomo de conexão, segundo o qual certas leis do foro deviam aplicar-se em toda classe de supostos, por considerar-se normas de ordem pública. MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003. p. 97 e sgtes.; SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 53-57. Por todos *vide* BATELLO CALDERÓN, Silvio J. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012. p. 23-24; e DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979. p. 13 e sgtes.; RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 36-37.

⁸⁰⁴ BATELLO CALDERÓN, Silvio J. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012. p. 30.

⁸⁰⁵ Bucher assim o entende: «*Etant donné que ce concept touche, en principe, à tous les domaines du droit, un effort plus ambitieux est vain; il n'est pas concevable de donner au contenu matériel de l'ordre public une définition qui serait à la fois commune à toutes les branches du droit et qui permettrait de connaître les particularités inhérentes à cette notion, propres à chaque matière. Il s'agit ainsi d'une notion indéterminée quant à son contenu substantiel. On retiendra cependant que l'ordre public international comprend, de par sa finalité, un ensemble de valeurs fondamentales ou essentielles de l'ordre juridique du for*». BUCHER, Andreas. *L'ordre public et le but social des lois*. *Recueil des cours*, La Haye, v. 239, p. 9-116, 1984. p. 25.

relatividade espacial, referindo-se, em princípio, aos valores próprios de um determinado Estado, em função de uma ordem jurídica concreta.⁸⁰⁶ A OPI do Estado “A” não é igual à OPI do Estado “B”, embora em certos casos possam coincidir. Por último, existe uma relatividade temporal, pois os valores reputados como fundamentais pelo Estado do foro sofrem uma variação com o passo do tempo.⁸⁰⁷

Por isso parece acertada a aproximação conceitual de Ribeiro, que não se esforça em preencher o conteúdo substancial da OPI, apenas referindo-se ao carácter de permissão para aplicar a *lex fori* em uma hipótese em que normalmente se aplicaria o direito estrangeiro. Ele entende que:

“A ordem pública é, sistematicamente, o princípio existente em todo sistema jusprivatista internacional, permissivo da observância da *lex fori*, em hipóteses concretas em que deverá ser normalmente aplicado o direito estrangeiro como decorrência da indicação feita pelas próprias normas integrantes do citado sistema”.⁸⁰⁸

⁸⁰⁶ BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des cours*, La Haye, v. 239, p. 9-116, 1984. p. 47.

⁸⁰⁷ BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des cours*, La Haye, v. 239, p. 9-116, 1984. p. 45-46; DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979. p. 3; RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 100-101. Isso explica, por exemplo, que enquanto em alguns países seja um princípio fundamental a indissolubilidade do vínculo matrimonial, a exemplo das Filipinas, em outros casos se admita o divórcio vincular. No caso do Brasil, o primeiro deixou-se de lado em 1977, quando foi aprovada a Lei de Divórcio. BRASIL. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977. *Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 14/02/2016. MARQUES, Claudia L. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura. Os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, p. 91-113, abr-jun. 2004. p. 92; VILLELA, Anna M. *O divórcio no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 7 e sgts. Um caso bastante exemplificativo no Brasil no que respeita à relatividade temporal da ordem pública, é a mudança de posicionamento ao cuidar de ação de cobrança de dívida de jogo contraída no exterior. Em memorável voto, o então Ministro Marco Aurélio, Presidente do STF, concedeu *exequatur* à rogatória ponderou: “o que aqui se faz merecedor de análise é o concernente à ordem pública, porquanto impossível é cogitar-se, em se buscando homologação de sentença estrangeira, de afronta à soberania nacional e aos bons costumes, no que envolvem conceitos flexíveis. Ora, sob o ângulo do direito internacional privado, tem-se como ordem pública a base social, política e jurídica de um Estado, considerada imprescindível à própria sobrevivência. É o caso de indagar-se, à luz dos valores em questão: o que é capaz de colocar em xeque a respeitabilidade nacional: a homologação de uma sentença estrangeira, embora resultante de prática ilícita no Brasil, mas admitida no país requerente, ou o endosso, pelo próprio Estado, pelo Judiciário, de procedimento revelador de torpeza, no que o brasileiro viajou ao país-irmão e lá praticou o ato que a ordem jurídica local tem como válido, deixando de honrar a obrigação assumida?”. STF. CR n. 9.970/Estados Unidos. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 18/03/2002. Publicação: DJ 01/04/2002 p. 3.

⁸⁰⁸ RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 79 .

A cláusula de OPI, por ser uma exceção tem que ser interpretada restritivamente.⁸⁰⁹ Por isso, um pressuposto de aplicabilidade da OPI diz respeito a uma real incompatibilidade entre o direito estrangeiro e os grandes princípios da *lex fori*, como entendidos em determinado momento histórico. Ou seja, não se trata da mera divergência entre a norma alienígena e a sua correspondente na *lex fori*, pois se assim fosse, perderia toda razão de ser o método conflitual, eis que tudo seria contrário à OPI e, conseqüentemente, não se poderia cogitar a aplicação do direito estrangeiro.⁸¹⁰ Para ser mais preciso, são os efeitos da aplicação da lei estrangeira os contrários aos valores do foro.⁸¹¹

Por outra parte, para a invocação da OPI é necessária uma inquestionável indicação do direito estrangeiro a ser aplicado em virtude de uma norma de conflito. Se não for possível aplicar o direito estrangeiro por tratar-se de uma questão governada inteiramente pela *lex fori*, não haverá lugar à utilização da cláusula de OPI enquanto cláusula de reserva, pois o método conflitual nunca terá entrado em funcionamento.⁸¹² É necessário, contudo, aprofundar um pouco mais essa questão.

⁸⁰⁹ CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. El orden público y las externalidades negativas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano 62, n. 2065, p. 2351-2378, 2008. p. 2358.

⁸¹⁰ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 227. Considerar a norma prevista na *lex fori* para o caso concreto é fundamental, não apenas para revelar o que desejou o legislador nacional para um caso concreto similar de caráter interno, mas sobretudo para encontrar o princípio que governa a matéria. Ela tem um papel instrumental nesse aspecto, permitindo ascender aos valores que inspiraram à *lex fori*. RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 85-88.

⁸¹¹ CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. El orden público y las externalidades negativas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano 62, n. 2065, p. 2351-2378, 2008. p. 2354.

⁸¹² RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 83.

6.2.2 Indeterminação apriorística da ordem pública internacional e as leis de aplicação imediata

Pillet, seguindo os ensinamentos de Mancini, recomendava dizer quais leis são de OPI, cabendo ao legislador declarar essa condição.⁸¹³ Assim, durante certo tempo, os doutrinadores se preocuparam por identificá-las,⁸¹⁴ partindo-se de um juízo de valor sobre o próprio direito. O intérprete apenas verificaria se o caso se enquadra nas normas da *lex fori*. Se esse enquadramento resultasse exitoso, não se aplicaria o direito estrangeiro.⁸¹⁵ O legislador poderia facilitar essa tarefa, determinando previamente quais normas do foro não seriam afastadas sob nenhuma hipótese, incluindo casos com conexão internacional.

Um documento que prova a expressividade dessa corrente é a recomendação surgida da reunião de Paris do Instituto de Direito Internacional, em 1910, em que se buscava que os legisladores realizassem o trabalho de identificar as leis de OPI:

«L'Institut exprime le vœu que, pour éviter l'incertitude qui prête à l'arbitraire du juge et compromet, par cela même, l'intérêt des particuliers, chaque législation détermine avec toute la précision possible, celles de ses dispositions qui ne seront jamais écartées par une loi étrangère, quand même celle-ci paraîtrait compétente pour régler le rapport de droit envisagé».

*«Il est spécialement désirable que chaque convention de droit international privé précise les points sur lesquels, dans chaque pays contractant, une disposition regardée comme d'ordre public pourra tenir en échec les principes mêmes de la convention».*⁸¹⁶

⁸¹³ PILLET, Antoine. *Principes de droit international privé*. Paris: Pedone, 1903. p. 370.

⁸¹⁴ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979. p. 14-15.

⁸¹⁵ RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 75.

⁸¹⁶ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. De l'ordre public en droit international privé. Session de Paris, 30/03/1910. Disponível em: <http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1910_paris_02_fr.pdf>. Acesso em: 14/02/2016; BATELLO CALDERÓN, Silvio J. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012. p. 33.

O CBust também resultou, neste ponto, a expressão da doutrina inspirada em Mancini.⁸¹⁷ Ele constitui, em termos universais, a maior concentração de normas que fazem referência à OPI,⁸¹⁸ não havendo praticamente matéria na qual não tenha sido referido o instituto.⁸¹⁹ Como se viu, dentre as muitas previsões de temas que declarou ser de OPI, decretou terem esse caráter as normas de direito constitucional de cada Estado, independentemente do conteúdo das mesmas. O curioso é que, apesar da casuística, não resultou prevista uma reserva à aplicação de qualquer uma das regras do Código, quando da aplicação destas resultar um atentado à OPI dos Estados contratantes.⁸²⁰ Ou seja, não se previu a reserva de OPI, ou seja, enquanto exceção ao método conflitual.

Hoje, a doutrina dominante entende que a OPI a que se refere a cláusula de evicção não se determina aprioristicamente por meio de leis de OPI, quer seja da ordem interna, quer seja em tratados. Ao contrário, corresponde apenas ao juiz – e nunca ao legislador – determinar quando uma norma de direito estrangeiro fere os valores e interesses fundamentais ao ponto de não ser aplicada.⁸²¹ É na sentença judicial onde se revela a sensibilidade com os valores e interesses do Estado do foro, em determinado momento da história. Neste sentido, é contundente a crítica de Ribeiro à concepção apriorística materializada no CBust:

“O desconhecimento da função e verdadeiro mecanismo técnico da ordem pública, a par da ilusória identificação pelos efeitos entre as regras tornadas aplicáveis por aquela de direito público, conduziram

⁸¹⁷ RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 72-73.

⁸¹⁸ MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des cours*, La Haye, v. 217, p. 9-214, 1989. p. 48.

⁸¹⁹ No CBust., a expressão “ordem pública” aparece reproduzida em 46 (quarenta e seis) oportunidades. Em matéria de sucessões, estabeleceu o caráter de OPI a *saisine*: “Art. 145. É de ordem pública internacional o preceito em virtude do qual os direitos à sucessão de uma pessoa se transmitem no momento da sua morte”.

⁸²⁰ Segundo Dolinger, houve tanta preocupação em torno da ordem pública e não se cuidou daquilo que o Instituto de Direito Internacional tinha recomendado e que outras convenções atenderam. DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979. p. 102-107.

⁸²¹ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979. p. 40-44; BATELLO CALDERÓN, Silvio J. El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur. Córdoba: Advocatus, 2012. p. 31; FERRER CORREIA, António. *Lições de direito internacional privado*. v. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 406-407. MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des cours*, La Haye, v. 217, p. 9-214, 1989. p. 38-39.

a frustradas tentativas de reunião de matérias reguladas por normas de natureza díspar e que entre si não guardavam, muitas vezes, qualquer unidade científica. É que se pode confundir ou falsear um princípio, nunca, porém mudar-lhe a natureza. Se a ordem pública não é de garantir a aplicação exclusiva e absoluta de certas normas jurídicas internacionais, mas, ao contrário, impedir a observância de lei estrangeira normalmente aplicável, lei essa desconhecida pelo legislador, mas só revelada ao intérprete através do funcionamento da norma de Direito Internacional Privado, deverá necessariamente constituir um princípio proteiforme, lábil, dotado de indispensável plasticidade de sorte a poder opor-se à importação de normas alienígenas (...) E essa indeterminação, conatural ao princípio, não pode ser traduzida por normas rígidas que tenham um conteúdo exatamente determinado”.⁸²²

Amilcar de Castro também entende que há um sofisma de confusão quando autores reclamam por leis de OPI, no sentido de leis que impedem a observância do direito estrangeiro indicado pela norma de DIPr internacional privado. O que na verdade ocorre é que a lei interna, inspirada também em questões de ordem pública, pode impedir totalmente a intervenção não do direito estrangeiro, mas até da própria norma de conflito e, conseqüentemente, o direito estrangeiro.⁸²³

Por isso é necessário distinguir a forma de operar da cláusula de OPI das normas de aplicação imediata, também referidas como normas imperativas, ou normas de polícia (*lois de police*),⁸²⁴ ou *peremptory rules*.⁸²⁵ Estas se observam quando o Estado tem interesse de que, de antemão, certos

⁸²² RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966. p. 68-70.

⁸²³ CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 233.

⁸²⁴ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 101. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 224-225. Atribui-se a Francescakis ter por sido pioneiro na distinção entre a evicção do direito estrangeiro em virtude da ordem pública e as normas imperativas ou de aplicação imediata. FRANCESCAKIS, Phocion. Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 55, 1966. p. 1. O autor já tinha feito referência ao fenômeno das normas de aplicação imediata na sua obra acerca do reenvio, publicada em 1958. FRANCESCAKIS, Phocion. La Théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international. *Recueil Sirey*, Paris, n. 204, 1958. p. 11 e sgtes; BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des cours*, La Haye, v. 239, p. 9-116, 1984. p. 39; BATELLO CALDERÓN, Silvio J. El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur. Córdoba: Advocatus, 2012. p. 60-61.

⁸²⁵ EEK, Hilding. Peremptory rules on private international law. *Recueil des cours*, La Haye, v. 139, p. 1-74, 1974. p. 52-56.

temas não fiquem submetidos ao governo das normas de conflito.⁸²⁶ Por isso as normas de aplicação imediata incidem diretamente sobre o suposto fático, sem consideração da eventual conexão que possuam com um ordenamento estrangeiro.⁸²⁷

O Regulamento Roma I, destinado a uniformizar os conflitos sobre lei aplicável em matéria de contratos internacionais traz uma aproximação conceitual bastante precisa:

Artigo 9 - Normas de aplicação imediata

1. As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.

⁸²⁶ As normas de aplicação imediata aparecem em diversas esferas em que o Estado busca intervir de forma ativa no controle das atividades privadas. Uma das principais esferas está constituída pelo Direito da Concorrência, incidindo na regulamentação de práticas que ameacem a livre concorrência. Sobre os fundamentos dessa proteção pode consultar-se JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33 e sgtes. Também podem encontrar-se normas de aplicação imediata em leis que visam à proteção de partes mais vulneráveis no contrato. Daí que se considerem normas de polícia as normas imperativas do domicílio do consumidor que asseguram um nível mínimo de proteção, as que regulamentam o exercício de profissões liberais e as que organizam a propriedade dos imóveis situados no país. BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado*. En la estructura jurídica del mundo actual. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 207-208. Sobre a questão dos consumidores, cumpre citar o art. 7 da Proposta Conjunta para a “Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável a Alguns Contratos e Transações Internacionais de Consumo”, no âmbito da CIDIP VII: “Art. 7. Normas internacionalmente imperativas. 1. (Normas imperativas do foro). Não obstante o previsto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente a favor do consumidor as normas do Estado do foro que tiver caráter internacionalmente imperativo. OEA. Versão simplificada da proposta final brasileira “Proposta Buenos Aires” Proposta Conjunta dos Governos do Brasil, Argentina e Paraguai. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_working_doc_cp_simplified_version_final_brazilian_proposal_POR.pdf>. Acesso em: 14/02/2016. Vide também MARQUES, Claudia L. “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado - De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”. In: OEA. La Protección del consumidor: aspectos de derecho privado regional y general. Cursos de Derecho Internacional Privado, Serie temática, vol I (parte 2): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000), Washington D.C: Comité Jurídico Interamericano. Secretaría General, OEA, 2002. p. 1536; e KLOR, Adriana D. El derecho internacional privado y las relaciones consumo. *Revista de la Facultad*, Córdoba, v. V, n. 1, p. 13-54, 2014. p. 16-19. Sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor do qual derivam normas imperativas de proteção é celebre o caso “Panasonic”. STJ. REsp. n. 63.981. Quarta Turma. Relator: Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 11/04/2000. Publicação: DJ 20.11.2000 p. 296.

⁸²⁷ ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 102.

2. As disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro.⁸²⁸

Belandro explica muito bem a diferença entre a reserva de OPI e as normas de aplicação imediata:

“El orden público supone el juego normal de la regla de conflicto y constituye una excepción a la aplicación de una ley extranjera normalmente competente pero cuyo tenor es intolerable. En este caso, la legislación extranjera no es desconocida sino que es descartada. En la regla de aplicación inmediata el interés se centra exclusivamente sobre el derecho del foro. Por lo tanto, si se aplica este derecho de una manera independiente de toda confrontación con el derecho extranjero, la regla de conflicto no ha jugado y por tanto la *lex fori* será aplicada en tanto que ley de policía”.⁸²⁹

A existência de normas de aplicação imediata corresponde a uma preocupação maior do Estado em guardar uma coerência do ordenamento interno do que o interesse em governar situações internacionais de forma diversa às situações puramente domésticas. Na prática, não se trata apenas de fixar o campo de aplicação normal dessas regras, senão de determinar a elas uma esfera de aplicação extraordinária, pois o legislador é levado a

⁸²⁸ UNIÃO EUROPEIA. *Regulamento n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)*. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=PT>>.

Acesso em: 14/02/2016. Segundo Jaeger Junior, a definição resulta do caso *Arblade*, decidido em 1999 pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, em que se analisaram disposições autônomas internas belgas classificadas como *lois de police*. Embora os outros documentos comunitários não repitam a definição, Jaeger Junior entende ser transponível aos outros instrumentos de DIPr de fonte institucional. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 316-317.

⁸²⁹ BELANDRO, Rubén B. Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo. *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, n. 8, p. 25-108, 1995. p. 48. O autor desta tese normalmente oferece a seguinte analogia: A ordem pública poderia ser representada por um fiscal de alfândega que revista a bagagem do juiz quando ele retorna da sua viagem em busca do direito estrangeiro, e lhe impede de ingressar com determinado conteúdo no país. No caso da norma de aplicação imediata, ou lei de polícia, ao juiz lhe é retido o passaporte, não podendo viajar e, conseqüentemente, não podendo buscar a solução ao problema no direito alienígena, independentemente da forte conexão com outra ordem jurídica.

estender a aplicação da lei editada para as relações internas a certas relações internacionais.⁸³⁰

Entende Belandro que a identificação de normas de aplicação imediata não resulta tarefa fácil, dificuldade que deriva do fato de normalmente não haver diferenças na natureza das normas de aplicação imediata e outras normas do foro. Para ele, a doutrina descartou os métodos apriorísticos de identificação das normas de aplicação imediata, deixando ao juiz uma ampla margem de discricionariedade, sobretudo quando se conhece a tendência deste último a privilegiar a *lex fori*.⁸³¹

6.2.3 Negação da condição ordem pública internacional ao *prélèvement*

Como foi possível observar *supra*, o CBust criou um verdadeiro obstáculo a uma solução tradicional para o problema apresentado nesta tese. Decretou que todas as disposições constitucionais são consideradas de OPI. No caso em exame, o juiz que estiver a cargo da Sucessão de Alfredo Saraiva estaria impedido de invocar a OPI para evitar a solução discriminatória do

⁸³⁰ BELANDRO, Rubén B. Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo. *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, n. 8, p. 25-108, 1995. p. 32. Parece que esta confusão entre leis de aplicação imediata e a ordem pública enquanto cláusula de reserva já se encontrava em Savigny, pois entendia que, ainda que o Estado esteja obrigado a aplicar leis estrangeiras, ele se reserva o direito de não aplicar as que signifiquem apartar-se de uma lei própria considerada como absolutamente obrigatória, ou que imponham alguma instituição que não possa ser reconhecida dentro das fronteiras nacionais. No discurso do mestre alemão aparece ao mesmo tempo a ideia de apartamento posterior à tomada de conhecimento do direito estrangeiro (OPI como cláusula de evicção) e proibição apriorística de buscar o direito estrangeiro (lei de aplicação imediata). SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 53-57.

⁸³¹ BELANDRO, Rubén B. Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo. *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, n. 8, p. 25-108, 1995. p. 47-48. Boggiano, por sua parte, entende que não é recomendável deixar nas mãos do juiz a identificação das normas de aplicação imediata – que ele prefere chamar de normas de polícia. Nisso ele observa um perigo grave, que é considerar às normas coativas de direito privado – normas que em casos puramente internos, as partes não podem derogar - como normas de polícia. Diante da falta de determinação expressa por parte do legislador se corre o risco de multiplicar estas últimas, sufocando o funcionamento pleno das normas gerais de conflito. BOGGIANO, Antonio. *Derecho internacional privado*. En la estructura jurídica del mundo actual. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011. p. 208-209. Essa preocupação explica por que o CCArg. utilizou a nomenclatura de “*normas internacionalmente imperativas*”.

prélèvement.⁸³² Seguindo essa lógica, a solução do *prélèvement* se imporá. Uma lógica que, no entanto, não se sustenta.

Como se viu, a OPI funciona como um mecanismo excepcional, autorizado no caso do Brasil pelo art. 17 da LINDB, pelo qual o juiz pode deixar de aplicar o direito estrangeiro quando ele entender que vulnera os valores fundamentais do Estado.

Supondo-se que se admitisse o caráter de norma de OPI à regra que determina a aplicação do direito estrangeiro quando este for mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros, esse direito conectado, mais favorável, não teria que passar por um “segundo controle” de OPI? Ou será que realmente o constituinte estaria dizendo ao juiz: “ordeno que você aplique o direito estrangeiro se for mais favorável ao cônjuge ou filhos brasileiros, pois essa determinação faz parte dos valores fundamentais do nosso Estado, e não me interessa qual o conteúdo nem os efeitos desse direito estrangeiro”. Não se estaria dando uma espécie de “carta branca” ao juiz para resolver o conflito sem impor qual o conteúdo que o direito estrangeiro apresenta?

O leitor poderá aqui perceber que considerar a regra de *prélèvement* como uma regra de OPI, implica inverter o raciocínio normal do intérprete que lida com conflitos de leis no espaço. Ou pelo menos, ser levado a aceitar, passivamente, com fundamento em uma OPI materialmente questionável, a aplicação de uma lei estrangeira que, eventualmente, negue o direito de herança a filhos havidos fora do matrimônio, ou de religião diversa, tal como ocorre nos casos de países muçulmanos.⁸³³ Como já foi afirmado, a OPI tem caráter exógeno e cabe ao juiz declará-la, não ao legislador.

Mas então, será o *prélèvement* uma norma de aplicação imediata, tal como indiretamente indicaria o CBust, por remissão aos textos constitucionais?

Definitivamente a resposta é negativa, e por um motivo muito simples. Como já foi afirmado, é característica das normas de aplicação imediata a sua aplicação *a priori*, sem recurso ao método conflitual. Esta condição implica a eliminação de qualquer possibilidade de observar o direito estrangeiro. Por

⁸³² JATAHY, Vera M. O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia. In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 175-182. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987. p. 176.

⁸³³ Vide ponto 4.1

outro lado, basta olhar a redação do instituto que aqui se estuda para observar nele uma abertura ao direito estrangeiro, sendo aplicável quando ele for mais favorável aos herdeiros brasileiros em comparação com os resultados da *lex fori*. E onde essa abertura ocorrer, necessariamente haverá necessidade de uma OPI *a posteriori*, pois a incidência do direito estrangeiro poderá se fazer presente.

Do ponto de vista material – e já sem necessidade de incorrer a exemplos exagerados – resulta inevitável questionar não apenas se o *prélèvement* teria suficiente entidade material para incorporar-se ao texto constitucional, como também de vestir essa espécie de “manto sagrado” da OPI que o CBust lhe concedeu. Se a OPI reflete o conjunto de valores fundamentais da sociedade – e que o juiz deve preservar na hora de deparar-se com a aplicação do direito alienígena, quer seja na forma de leis, atos ou decisões estrangeiras –, considerar um reflexo da OPI a uma norma que cria um verdadeiro privilégio como o *prélèvement* parece um total despropósito, sobretudo depois do que foi visto em relação ao conflito que apresenta com o princípio da igualdade.

É de se reconhecer que se espera que seja a Constituição de um país a que, precisamente, expresse pelo menos uma boa parte dos seus valores fundamentais, não os deixando atrelados aos vaivéns políticos a que se sujeita o legislador ordinário. No entanto, o instituto em estudo não reflete os verdadeiros valores da sociedade brasileira e os princípios consagrados na própria Constituição. Dolinger, sem referir-se especificamente ao *prélèvement*, critica a remissão feita pelo CBust, entendendo que:

“a afirmação é verdadeira para as constituições clássicas, que só tratam dos fundamentos básicos do sistema jurídico nacional. Mas não se aplica a alguns textos constitucionais recentes, como o brasileiro (1988), pois nele encontram-se matérias totalmente estranhas uma Carta Magna e regras que o manto da ordem pública não deve proteger”.⁸³⁴

⁸³⁴ DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 144.

A OPI que se lê da CF/88 é a de um Estado que tem a “igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (Preâmbulo da CF/88), que tem entre seus fundamentos “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3, IV, da CF/88), e que nas suas relações internacionais deve conduzir-se com “prevalência dos direitos humanos” (art. 4, II, CF/88).

Ainda, do ponto de vista do autor dessa tese, é importante também lembrar que ao definir-se a ordem pública nas disposições constitucionais de um Estado – aqui concedendo essa licença ao CBust –, não se estaria fazendo referência a uma ou outra disposição constitucional, mas ao corpo normativo no seu conjunto, interpretando-o à luz do princípio da unidade da Constituição referido *supra*. É por isso que não se pode concordar com a resignação que Jatahy demonstra a respeito da regra de *prélèvement*.⁸³⁵ Por outra parte, não seria apenas a única regra que ganharia esse manto da OPI, pois também a tem o direito de igualdade, que se apoia num princípio da igualdade e que elimina qualquer possibilidade de discriminação com base na nacionalidade dos herdeiros. Uma referência aos textos constitucionais não escaparia da necessária interpretação sistemática que já se teve oportunidade de referir.

6.2.4 Impossibilidade de resolver o caso por meio da cláusula de reserva de ordem pública internacional

Por não se aceitar que a regra de *prélèvement* seja uma expressão da OPI, corresponde saber se esta última pode ainda contribuir com a resolução do caso em exame.

Uma visão otimista, apoiada em um raciocínio linear, poderia enxergar, por um lado, que a regra de *prélèvement* oferece soluções discriminatórias contra herdeiros não brasileiros; por outro lado, concluiria que a igualdade é um valor fundamental do Estado brasileiro. Assim, se consideraria a aplicação

⁸³⁵ Vide p. 161.

do instituto da OPI por parte do juiz para preservar um valor fundamental como a igualdade. Porém, na verdade, isso não resulta tecnicamente possível.

Imagine-se que um país qualquer (ex. Itália) contasse com uma regra similar à do *prélèvement* brasileiro, segundo a qual o juiz da sucessão devesse aplicar a lei mais favorável aos seus nacionais, já sem consideração ao local de situação dos bens. Se esses bens estiverem no Brasil e fossem aceitas sentenças estrangeiras – ou seja, houvesse uma renúncia de parte do Brasil à sua jurisdição exclusiva em matéria sucessória, permitindo a homologação de sentenças de partilha estrangeiras –, essa sentença poderia ser homologada no Brasil? Não seria atentatória contra a OPI aos olhos dos juízes brasileiros? E neste último caso, atentatória por quê? Por violar o direito de igualdade entre herdeiros independentemente da sua nacionalidade? Por desfavorecer os herdeiros brasileiros? Se a aplicação do direito brasileiro levasse a um tratamento mais favorável dos herdeiros italianos, ousaria o STJ dizer que, mesmo aplicando-se a lei brasileira a OPI foi violada por promover uma discriminação entre herdeiros?

Pode pensar-se ainda uma segunda hipótese prática, em caso que o Brasil aceitasse o reenvio no seu sistema de DIPr e a sucessão se processasse no Brasil. Sendo o juiz brasileiro levado a aplicar a lei italiana, deveria consequente aplicar o *prélèvement*, presente em tal ordenamento. Aplicaria o juiz brasileiro a lei mais favorável aos herdeiros italianos, mesmo que isso constitua uma solução menos favorável aos herdeiros brasileiros? Rejeitaria esse reenvio por contrário à OPI? E se o resultado da comparação beneficiasse aos herdeiros brasileiros? Mediria todos esses resultados com a mesma vara?

Em síntese, se o juiz brasileiro permite uma solução como a propiciada pelo *prélèvement* brasileiro, mas não aceita a mesma solução quando originada da aplicação deste instituto alhures, não estaria dizendo que “a discriminação, se feita no Brasil, é compatível com os valores fundamentais do foro, mas se feita no exterior não é”? Não estaria mostrando duas faces, tal como o deus romano Janus?

Não há dificuldade em entender que nesses casos o instituto da OPI poderia afastar os efeitos da regra de *prélèvement* estrangeira, eis que uma discriminação não pode ser tolerada por contrária aos valores fundamentais do

Estado. Mas, como se disse, isso é uma tarefa que corresponderá ao juiz avaliar, conforme as circunstâncias do caso.

O princípio da igualdade resulta, como visto, da própria CF/88, e dos tratados de direitos humanos que complementam o catálogo de direitos e garantias fundamentais expressos na primeira (art. 5º, § 2º, da CF/88). Em virtude disso, a OPI inclui, nos seus parâmetros, valores superiores à mera preservação de um interesse nacional.

Na Europa, por exemplo, tem-se apontado que a OPI pode concretizar-se por meio de valores transnacionais, e isso se observa na obrigação dos juízes de ter em conta a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que no seu art. 14 proíbe a discriminação de forma geral e especificamente refere àquela decorrente em virtude da origem nacional.⁸³⁶ Assim, se fala em uma ordem pública comunitária, composta pela ordem pública nacional, reforçada pelos instrumentos internacionais ratificados pelo Estado do foro.⁸³⁷

No que respeita especificamente ao direito de igualdade no âmbito do DIPr europeu, veja-se que a não discriminação se coloca inclusive como um freio à invocação da OPI por parte dos Estados membros, constituindo uma espécie de “a exceção da exceção”. Manifestando-se especificamente no âmbito da matéria sucessória, o Considerando n. 58 do R650/2012 determina que:

Em circunstâncias excepcionais, por considerações de interesse público, os órgãos jurisdicionais e outras autoridades competentes para tratar matérias sucessórias dos Estados-Membros deverão ter a possibilidade de afastar certas disposições da lei estrangeira quando a sua aplicação num caso específico seja manifestamente incompatível com a ordem pública do Estado-Membro em causa. No entanto, os órgãos jurisdicionais ou outras autoridades competentes **não deverão poder invocar a exceção de ordem pública** para afastar a lei de outro Estado-Membro nem recusar reconhecer ou, consoante o caso, executar uma decisão já proferida, um ato autêntico ou uma transação judicial provenientes de outro Estado-Membro, **quando a aplicação da exceção de ordem pública seja contrária à Carta**

⁸³⁶ CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

⁸³⁷ JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995. p. 231. A Convenção Europeia de Direitos Humanos proíbe a discriminação por origem nacional no seu art. 14. UNIÃO EUROPEIA. Convenção Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial ao artigo 21º, que proíbe qualquer forma de discriminação.⁸³⁸

O art. 21 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia dispõe:

Artigo 21.
Não discriminação

(...)

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, **é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.**⁸³⁹

Em sintonia com tais preceitos, cabe recordar que o art. 18 do Tratado de Funcionamento da União Europeia dispõe que “no âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade”.⁸⁴⁰

No que refere ao Brasil, mais uma vez assinala-se a conformação do bloco de constitucionalidade referido no Capítulo 5 deste trabalho. Neste sentido confirma Araújo:

“a ordem pública e as normas de caráter imperativo estão subordinadas aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais. Sua valoração não prescinde de uma hermenêutica ligada à eficácia dos princípios, cuja positivação pode ser encontrada

⁸³⁸ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento n. 650, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:PT:PDF>>. Acesso em: 14/02/2016. (sem destaque no original).

⁸³⁹ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 14/02/2016. (sem destaque no original).

⁸⁴⁰ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Europeização do direito internacional privado: Caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 136-141. Conforme apontado *supra*, por causa desse artigo ocorreu, no processo de europeização do DIPr um redimensionamento da utilização da nacionalidade enquanto elemento de conexão, passando a ter um valor mais residual. UNIÃO EUROPEIA. Tratado de funcionamento da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

nas Constituições dos Estados – v.g. art. 5 da Constituição Brasileira e nos tratados internacionais de direitos humanos”.⁸⁴¹

Precisamente é na proteção aos direitos humanos que deve buscar-se este conteúdo para a OPI, pois ela se compõe de elementos de valor comuns internacionalmente, determinada pela formação de um corpo de convenções compartilhadas pelos sujeitos internacionais. O conteúdo da OPI nos tempos pós-modernos é preenchido de sentido através da máxima proteção aos direitos humanos.⁸⁴² Por isso, acerta Miragem quando afirma que: “institutos jurídicos adeptos à relação entre o direito internacional e o direito nacional, como a OPI, devem ser revisados de modo a emprestar-lhes um novo conteúdo, conforme aos novos valores emergentes de crise, característico da pós-modernidade”.⁸⁴³

Tal como antecipado, o optimismo dessa postura de considerar a OPI como a solução a muitos problemas de DIPr – ou, no entender de Carrascosa González, “as externalidades negativas”⁸⁴⁴ –, dissipa-se aqui no que refere ao *prélèvement*.

Embora a OPI carregue consigo valores consagrados constitucionalmente ou previstos em tratados internacionais de direitos humanos, ela não pode resolver o problema da discriminação do *prélèvement* em virtude da forma como atua no método conflitual.

O mecanismo que evicção resulta normalmente em uma substituição da aplicação da *lex causae* pela *lex fori*, o que não serve para atacar o âmago do problema. Toda vez que a reserva de OPI for invocada o resultado será a desconsideração do direito estrangeiro, por ser contrário aos valores fundamentais do foro. É o denominado *efeito negativo* da OPI. E uma vez

⁸⁴¹ ARAUJO, Nadia. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸⁴² MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional privado pós-moderno. In: MARQUES, Claudia L.; ARAUJO, Nadia de. (Orgs.). *O novo direito internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 308.

⁸⁴³ MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional privado pós-moderno. In: MARQUES, Claudia L.; ARAUJO, Nadia de. (Orgs.). *O novo direito internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 324.

⁸⁴⁴ CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. El orden público y las externalidades negativas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano 62, n. 2065, p. 2351-2378, 2008. p. 2356.

descartada a solução do direito estrangeiro, ocorrerá um efeito positivo, sendo “a outra cara da moeda”. Na maioria dos sistemas de DIPr, este efeito positivo está constituído pela aplicação ao caso da lei interna do foro.⁸⁴⁵

Ocorre que aqui, pelo menos no caso da Sucessão de Alfredo Saraiva, a discriminação não decorre da aplicação da *lex domicilii* (direito uruguaio) mas da própria regra de conflito brasileira! Aliás, não se observa no caso em exame quaisquer regras de direito material uruguaio que, além de distribuir a herança de forma diversa às regras do CC/2002, possa constituir uma violação da OPI brasileira. Tais regras materiais uruguaias apenas dispõem de forma diferente a divisão do patrimônio, e nem por isso podem ser censuradas por discriminatórias. Consequentemente, não deriva do direito estrangeiro qualquer discriminação aos herdeiros. Ainda, se fosse mais favorável aos herdeiros brasileiros resolver a herança conforme o direito brasileiro, a discriminação continuaria, e tudo porque o vício não se encontra no direito material a ser aplicado, mas na regra que determina a sua aplicação. Isso explica que a OPI, entendida como uma evicção à aplicação do direito estrangeiro, não resolva o problema. Não o resolve pois a solução não decorrerá de uma substituição da *lex causae* pela *lex fori*.

Por outra parte, não se concebe que a OPI afaste a norma conflito discriminatória, e a substitua por uma norma de conflito não discriminatória.

⁸⁴⁵ DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979. p. 131-140. Bucher considera que esse efeito positivo (aplicação da *lex fori* quando a *lex causae* é descartada) está além do objetivo de evicção da cláusula de ordem pública. Isso vale para o Brasil, eis que no art. 17 da LINDB não ordena tal substituição. A doutrina apresenta casos em que não haveria necessidade de aplicar a *lex fori*, podendo ser substituída por outra norma do direito estrangeiro que não se mostre contrária à ordem pública. BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des cours*, La Haye, v. 239, p. 9-116, 1984. p. 28-34. Isso pode ocorrer quando o direito estrangeiro é composto por uma norma específica que viola a OPI, que excepciona uma norma geral que não a viola. Neste caso o juiz poderá aplicar a norma geral. Também pode ocorrer nos casos em que é admitido o reenvio, quando o direito que resulta aplicável em virtude das normas de conflito do país estrangeiro é contrário à OPI do juiz do foro. Nesse caso pode o juiz desestimar o reenvio e aplicar o direito material indicado pelas suas próprias normas de conflito. BLOM, Joost. Public policy in private international law and its evolution in time. *Netherlands International Law Review*, The Hague, n. 50, v. 3, p. 373-399. dez. 2003. p. 375-377. Um desafio pode apresentar-se quando no direito do foro não se encontra uma norma que regule adequadamente a relação, ou nos casos em que a instituição é desconhecida. MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des cours*, La Haye, v. 217, p. 9-214, 1989. p. 124-126. A Itália prevê somente a aplicação da *lex fori* se não forem aplicáveis à hipótese normativa outros elementos de conexão previstos, cujo resultado se mostre compatível com a ordem pública italiana. (Legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, luglio 1995, art. 16).

Isso pode ser provado com um exemplo. Se o juiz brasileiro que está cuidando da Sucessão de Alfredo Saraiva resolvesse invocar a OPI para afastar o *prélèvement*, e considerasse adequado resolver conduzir a sucessão de acordo com uma norma de conflito materialmente neutra como o *caput* do art. 10 da LINDB, provavelmente pensará que teve sucesso na sua empreitada. Materialmente ele entenderá que a OPI não lhe permitia discriminar. Mas a surpresa dele será grande quando constatar que, havendo seguido a norma de conflito neutra, esta o conduziu a um direito material estrangeiro que promove algum tipo de discriminação injustificada de acordo com o conteúdo do princípio da igualdade do foro. Para utilizar a mesma metáfora, o juiz, verá a necessidade de utilizar “duas redes de contenção”, de invocar a OPI duas vezes.

Defendendo-se aqui uma eliminação do *prélèvement* do ordenamento jurídico brasileiro, a OPI continuará a exercer seu papel tradicional no direito sucessório, como em tantas outras áreas de atuação. Ou seja, haverá possibilidade de canalizar por meio dela a proteção de herdeiros que vejam comprometido seu direito de herança. Tal seria o caso de uma eventual discriminação por parte do direito estrangeiro – indicado pela norma de conflito do art. 10, *caput*, da LINDB – a algum filho do *de cuius* por motivos de sexo, religião, raça, primogenitura, e inclusive nacionalidade! Da mesma forma poderá ser invocada quando a aplicação do direito estrangeiro implique em uma desproteção patrimonial, no caso de tratar-se da lei de um país que desconheça a denominada reserva de legítima, diante da presença de herdeiros necessários.

Em tais casos, a utilização da reserva de OPI poderá embasar-se na garantia do direito de herança mencionado no inc. XXX, da CF/88. Cumprirá, desse modo, o seu papel de mecanismo de proteção dos valores fundamentais do Estado, independentemente da nacionalidade dos beneficiados. Lembra-se aqui o manifestado acerca do exógeno da OPI. Caberá ao juiz essa concretização da garantia do direito de herança, observando-se as circunstâncias do caso.

CONCLUSÃO DA TERCEIRA PARTE

Havendo-se constatado o caráter de privilégio com consequências negativas concretas, na terceira parte deste estudo buscou-se a comprovação do conflito entre o *prélèvement* e o princípio da igualdade consagrado na Constituição, por um lado, e o caráter imprescindível da sua eliminação do ordenamento brasileiro, por outro lado. Ao final dessa terceira parte observa-se que:

I – Uma interpretação pautada pelo princípio da unidade da Constituição revela um conflito entre a regra de *prélèvement* e o princípio da igualdade de tratamento. Embora o primeiro tenha sido considerado uma garantia institucional de caráter fundamental ao lado da garantia do direito de herança, em vistas a oferecer uma proteção patrimonial à família brasileira, utiliza um critério que não está de acordo com o conteúdo jurídico do direito de igualdade. Este último demanda a existência de razoabilidade entre o fator de discriminação escolhido – no caso, a nacionalidade –, com a finalidade da comparação. Esta razoabilidade falta na regra apresentada, depreciando injustificadamente, de forma geral, o direito de igualdade, e de forma mais específica, o tratamento isonômico entre herdeiros de diversas nacionalidades.

II – Diante da discriminação constatada, o problema não pode resolver-se com a incorporação de mecanismos de correção *a priori*. A preocupação em determinar com precisão qual o melhor direito para governar uma relação multiconectada derivou, nos últimos anos, na admissão do princípio de proximidade. No entanto, observou-se que essa correção impacta na eleição do elemento de conexão para determinada situação jurídica, sem necessariamente evitar os efeitos discriminatórios de uma regra preocupada por garantir um determinado resultado material.

Por outro lado, o intérprete não pode canalizar a resolução do problema recorrendo ao mecanismo *a posteriori* da OPI. Este instituto, tal como tradicionalmente entendido, implica um freio à aplicação do direito estrangeiro por ele ser contrário aos valores do foro. Embora o instituto da OPI possa

preencher-se materialmente pelo princípio da igualdade, a solução que oferece não ataca a raiz do problema, pois a discriminação não se encontra no direito material estrangeiro, senão na norma de conflito do foro.

Cumprе esclarecer que, em caso de eliminação do *prélèvement*, o mecanismo da ordem pública internacional pode servir para suprir uma eventual necessidade de proteção do patrimônio do herdeiro, que possa ver-se privado do seu direito de herança em virtude da aplicação do direito estrangeiro por força do disposto no *caput* do art. 10 da LINDB. O direito de herança, como se viu, está garantido pelo art. 5º, inc. XXX, da CF/88.

CONCLUSÃO GERAL

Ao final do presente trabalho, é possível concluir que *o instituto de prélèvement deve ser eliminado do ordenamento brasileiro* – tanto da Constituição quanto do elenco de normas de conflito presentes na LINDB –, pela sua capacidade de conduzir a soluções discriminatórias entre herdeiros nacionais e estrangeiros. Isso é assim em virtude das constatações registradas a seguir:

1) O campo de aplicação espacial da *lex successionis*, definido pela escolha do sistema da unidade sucessória e combinado com as normas de competência internacional dos juízes brasileiros, propicia os resultados discriminatórios do *prélèvement*.

Observou-se em primeiro lugar onde o *prélèvement* produz seus efeitos, ou seja, o cenário conflitual brasileiro. Este se revelou predisposto para que os resultados negativos do instituto se evidenciem. No que respeita à questão da lei aplicável, identificou-se que o Brasil filia-se a um sistema de unidade da sucessão, havendo escolhido como critério de conexão o último domicílio do defunto, depois de um longo período de vigência do critério da nacionalidade. Em virtude disso, a sucessão estaria governada por uma única lei, sem importar a situação dos bens.

No entanto, o princípio da unidade declarado no *caput* do art. 10 da LINDB, se encontra totalmente descaracterizado pela forma como o Brasil dispõe acerca da competência dos seus juízes para lidar com sucessões internacionais.

Segundo a doutrina brasileira, o principal motivo para a disposição de uma competência internacional exclusiva em matéria sucessória sobre os bens brasileiros seria, precisamente, garantir a aplicação do instituto aqui estudado, embora isso não tenha ficado suficientemente provado mediante o recurso a fontes primárias. Não entanto isso não impede de observar como na prática essa relação entre essas questões ocorre.

Ao fixar a competência exclusiva da justiça brasileira no que respeita a bens aqui situados, não permite que sentenças de partilha decorrentes de

processos sucessórios estrangeiros possam dispor sobre estes. Se assim o fizerem, encontrarão falta de homologação por parte do STJ.

Essa negativa da unidade sucessória por conta das normas de competência internacional, não se reduz apenas a recusar efetividade a decisões estrangeiras sobre bens situados no Brasil. Também, por uma interpretação *a contrario sensu* da regra da exclusividade, não é possível que herdeiros inventariem no Brasil bens situados no exterior. Deste modo, a unidade sucessória prevista nas normas de conflito de leis transforma-se, na prática, em pluralidade sucessória, no caso de patrimônios internacionalmente dispersos.

Ao cogitar-se a aplicação da regra de *prélèvement* e, conforme sustentado neste estudo, em sendo ela discriminatória, a distribuição dos bens aqui situados levará necessariamente a uma violação do princípio da igualdade. Os herdeiros eventualmente prejudicados por essa forma discriminatória de resolver a sucessão, não poderão escapar da aplicação da regra de *prélèvement* recorrendo a tribunais estrangeiros, nem pretender, aqui, compensar essa desequiparação com a atribuição a si de bens do *de cuius* situados no exterior.

2) O campo de aplicação material da *lex successionis* abrange um grande número de questões que devem ser levadas em conta na hora de comparar-se o direito material brasileiro com um estrangeiro, o que potencializa a incidência de soluções discriminatórias.

Por outro lado, cumpre notar do estudo do campo de aplicação da *lex successionis*, que ele abrange um leque amplo de matérias próprias da relação sucessória. Para o caso da Sucessão de Alfredo Saraiva foi importante identificar se os seguintes aspectos estavam submetidos a ela: a definição dos herdeiros legítimos e a ordem de vocação dos mesmos; a definição dos herdeiros necessários; a definição da porção legítima sucessória; as questões relativas à indignidade; e a validade substancial das disposições testamentárias. O único aspecto que poderia não resultar submetido à *lex successionis* seria a forma das disposições testamentárias, por considerar-se aplicável a lei mais favorável à validade do ato, embora o mesmo não tenha respeitado a lei do local da sua celebração.

O fato de o ordenamento jurídico brasileiro considerar um amplo campo material de aplicação da *lex sucessória*, tem a ver com a possibilidade de que muitas questões inerentes à sucessão devam ser levadas em conta na comparação entre a lei brasileira e a lei pessoal do *de cuius*. Conseqüentemente, poderá ocorrer que em determinado aspecto uma lei seja mais favorável a um herdeiro, e em outro aspecto, menos favorável. Assim, provavelmente, não existirá uma lei estrangeira que seja toda mais favorável ou toda menos favorável a determinado herdeiro. Ao levar-se em conta um conjunto de herdeiros, cada um com alguma particularidade no contexto sucessório, a complexidade e o risco de se adotar uma resposta que se mostre discriminatória aumenta exponencialmente.

3) O *prélèvement* brasileiro mostra-se como um desvio de rumo na aplicação da norma de conflito abstrata e um privilégio em favor de nacionais, características que compartilha com a versão francesa do instituto.

Na segunda parte do trabalho, o estudo esteve focado em compreender a lógica discriminatória que resulta do *prélèvement*, a partir dos motivos do seu surgimento, tanto na França quanto no Brasil, e seus resultados concretos nos dias de hoje. Diferentemente da primeira parte do trabalho – de lógica mais espacial –, ela se projeta em uma lógica temporal, que se inicia antes da Revolução Francesa com as proibições oriundas do direito de albinágio, dentre as quais se encontrava a proibição aos estrangeiros de participar da relação sucessória *mortis causae*.

Verificou-se que o *prélèvement* surgiu para compensar o cidadão francês dos efeitos do direito albinágio praticado em outro país que ainda não o tivesse abolido. No entanto, os únicos que puderam fazer uso desse mecanismo compensatório foram os franceses, sendo negado aos estrangeiros.

Deixado atrás o contexto histórico que motivou sua adoção na França, os casos de aplicação do *prélèvement* já não diziam respeito a situações em que os herdeiros franceses eram, em sucessões abertas no estrangeiro, prejudicados pela aplicação do direito de albinágio. Em realidade, a interpretação da regra de *prélèvement* foi alargada para abranger casos em

que o prejuízo decorria da simples aplicação das normas de conflito de leis sucessórias francesas, em sucessões abertas na França. Tratou-se de uma interpretação ampla da exclusão “por qualquer título que seja” (“*a quelque titre que ce soit*”), permitindo-se entender que essa exclusão não precisava ocorrer em partilhas ocorridas no estrangeiro, mas em partilhas ocorridas na França nas quais pudesse incidir o direito estrangeiro.

Desse modo, o que parecia ser um mecanismo compensatório que demandasse do juiz a tarefa de observar os resultados de uma sucessão aberta no exterior, serviu, na prática, para que se considerasse que os direitos garantidos pelo *Code Civil* constituíam um mínimo em favor dos franceses, excluindo-se a eventual aplicação da lei estrangeira indicada pela norma de conflito francesa na hora de partilhar os bens situados na França, a não ser que ela viesse oferecer maior vantagem ao herdeiro francês. A lei material francesa, então, sobrepunha-se à eventual aplicação da lei estrangeira quando o herdeiro fosse francês, permitindo a este extrair dos bens situados no país a parte que lhe correspondesse em virtude da primeira.

O fato do benefício se apoiar na condição de francês levou a que a constitucionalidade ficasse contestada naquele país. O Conselho Constitucional francês entendeu que não havia razoabilidade na distinção entre franceses e estrangeiros para a outorga do benefício hereditário e que, por isso, o princípio da igualdade estava sendo violado. Esse entendimento provocou a sua declaração de inconstitucionalidade no ano de 2011. Em países vizinhos à França, o *prélèvement* já vinha sendo abandonado, como já o tinham feito outros países europeus nas suas reformas de leis gerais de DIPr, algo que revela o anacronismo do instituto.

No caso do Brasil, observou-se que a adoção do *prélèvement* seu deu – ainda que com algumas alterações no texto legal –, mediante a adoção da sistemática implementada pela jurisprudência francesa, não pela lei. Ou seja, não se avaliaria o resultado de partilhas ocorridas no exterior, mas se determinaria que a lei brasileira fosse aplicada na sucessão de bens situados no Brasil, e que somente fosse aplicada a lei pessoal do *de cuius* no caso em que esta oferecesse um patamar maior de benefícios ao cônjuge ou aos filhos brasileiros.

Na época, tinha o Brasil preocupação com a quantidade de estrangeiros que viessem aqui residir e que tivessem, por força da aplicação das normas de conflito baseada no critério da nacionalidade, sua sucessão sendo governada por uma legislação estrangeira que preterisse a família brasileira. Dessa forma a aplicação da lei brasileira simplificaria, por um lado, a resolução da sucessão, e por outro, serviria de proteção patrimonial aos herdeiros brasileiros.

A presente busca por respostas na versão francesa do *prélèvement* serviu para conhecer dois pontos de contato principais com o *prélèvement* brasileiro. Por um lado, a ideia de um desvio de rumo da norma de conflito abstrata, para oferecer uma resposta de acordo com determinado interesse, nesse caso, a proteção do brasileiro independentemente de se, de fato, estaria precisando de proteção. O segundo ponto de contato, relacionado com o primeiro, é a ideia de um benefício oferecido ao nacionais e não aos estrangeiros, como se os segundos não fossem merecedores dessa proteção patrimonial. Trata-se, pois, de um verdadeiro privilégio de nacionalidade.

4) O *prélèvement* brasileiro elevou-se ao status de norma constitucional em virtude da necessidade de ser convalidado um tratamento desigual entre herdeiros nacionais e estrangeiros.

No caso da implementação do *prélèvement* no Brasil, a elevação ao patamar constitucional deveu-se, tal como denunciado pela doutrina, ao reconhecimento de que o instituto comportaria uma violação do direito de igualdade em favor dos brasileiros, algo proibido pelo art. 3º do CC/1916. Ainda, um motivo menor teria sido fazer uso do *status* de norma de ordem pública que o CBust concedia à normas constitucionais, o que tinha como resultado permitir ao Brasil poder escapar da regra abstrata prevista pelo tratado.

Surpreende que a doutrina brasileira tenha levando tão poucas vozes críticas acerca do fato de prever-se um privilégio em favor dos brasileiros. Parece, em verdade, como se ao adquirir status constitucional os doutrinadores tivessem aceito tranquilamente a discriminação aqui denunciada, preocupando-se mais com a própria redação da norma em si (se inclui o filhos ou o restante dos ascendentes, se a lei com que se compara

deve ser a lei do domicílio ou da nacionalidade, se deferir a “cônjuge e filhos” ou “cônjuge ou filhos”, etc.). No entanto, é posição do autor dessa tese que o *prélèvement* brasileiro é, por este motivo, tão discriminatório quanto o *prélèvement* francês.

5) O *prélèvement* apresenta resultados discriminatórios na sua aplicação ao caso concreto, não apenas quando da sucessão participam herdeiros nacionais e estrangeiros como também quando todos os herdeiros forem brasileiros.

Foi possível demonstrar concretamente essa discriminação no Capítulo 4. Em realidade, recriou-se o raciocínio do juiz que devesse aplicar a regra de *prélèvement* no caso da Sucessão de Alfredo Saraiva. Para tanto, primeiro isolaram-se as variáveis que deviam introduzir-se na comparação: a ordem de vocação hereditária, incluindo-se a vocação sucessória do cônjuge; determinação dos herdeiros necessários; a validade das disposições testamentárias; a porção reservada a título de legítima. Depois, estudou-se o direito brasileiro, base de comparação com a lei sucessória estrangeira.

O estudo da lei sucessória brasileira apresentou obstáculos à pesquisa, tendo-se em vista a divergência jurisprudencial enfrentada no país a respeito da posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária em concorrência com os descendentes. Com efeito, ocorre uma falta de clareza acerca dos regimes conjugais em que ocorreria a concorrência do cônjuge e, sobretudo, no que se refere ao patrimônio sobre o qual essa concorrência recai.

Em virtude deste trabalho apontar soluções referidas muito mais a um problema de ordem conflitual do que material, e levando-se em conta a importância da participação do cônjuge no cenário sucessório brasileiro, optou-se por tratar essa questão sem assumir uma posição acerca de sobre quais bens a participação do cônjuge deva ocorrer. Por isso, optou-se por apresentar os resultados decorrentes de uma e outra interpretação, o que reforça a ideia de que a solução pode depender não apenas da comparação entre o direito brasileiro e estrangeiro, mas de como se interpreta o direito brasileiro.

Depois, ao observar-se a *lex successionis*, foi possível perceber que o seu caráter discriminatório não acaba na questão de quem pode solicitar o benefício (brasileiro ou estrangeiro), em que claramente se nota o caráter de

privilégio dos detentores da nacionalidade brasileira instalado na CF/88. Ele avança até a questão de quem deve ser favorecido se todos forem brasileiros e exigirem o tratamento mais favorável. Assim, como se observou nos quadros ao final do Capítulo 4, o juiz poderá não saber qual lei aplicar se houver concorrência entre herdeiros brasileiros e estrangeiros bem como se concorrem à herança apenas cidadãos brasileiros.

Isso ocorre no momento em que o direito sucessório brasileiro é comparado com o direito estrangeiro, em situações em que a concorrência entre cônjuge e filhos brasileiros não é resolvida alhures da mesma forma que aqui. Essa circunstância demonstra que o problema revelado pela regra de *prélèvement* pode até não depender da questão da concorrência entre herdeiros brasileiros e estrangeiros, mas apenas da utilização de um mecanismo que exige a aplicação da lei mais favorável, por um lado, e uma ordem de vocação hereditária, por outro, na qual se elevou o cônjuge à condição de herdeiro necessário e concorrente com os descendentes.

6) Há conflito entre duas normas constitucionais: a regra de *prélèvement* e o direito de igualdade, sendo aqui defendido que a discriminação praticada pelo *prélèvement* não se encontra razoável de acordo com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

Havendo-se constatado o caráter de privilégio com consequências negativas concretas, na terceira parte deste estudo buscou-se a comprovação do conflito entre o *prélèvement* e o princípio da igualdade consagrado na Constituição, por um lado, e o caráter imprescindível da sua eliminação do ordenamento brasileiro, por outro lado.

Para o primeiro objetivo, destinou-se o Capítulo 5. Neste, levou-se em consideração o fato de se tratar de um conflito entre duas regras de hierarquia constitucional. Com isso, o princípio da unidade da Constituição deve ser levado em conta, segundo o qual todas as normas contidas na Constituição têm igual dignidade, não existindo qualquer relação hierárquica entre as mesmas. Neste caso o conflito se observa entre o *prélèvement* e o princípio da igualdade.

Para o adequado tratamento da questão, foi importante considerar o enquadramento que se fez da norma de *prélèvement* enquanto norma

integrante do texto constitucional, apesar das escassíssimas referências que a doutrina fez dela nesse sentido. Nessa pesquisa analisou-se a condição de “norma de garantia institucional de âmbito estritamente normativo” bem como se colocou em questão a sua “fundamentalidade”, apesar de integrar o catálogo de direitos e garantias fundamentais.

Após analisada a regra de *prélèvement* enquanto norma constitucional, passou-se à regra de igualdade prevista no *caput* do art. 5º da CF/88 e suas manifestações. O estudo da estrutura da cláusula geral de igualdade, bem como do seu conteúdo jurídico, permitiu deixar claro que tratamentos desiguais são tolerados e até obrigatórios em certas situações, pois o princípio da igualdade não ordena sempre o tratamento igual. No entanto, o que não pode ocorrer é uma falta de razoabilidade entre o critério de diferenciação e a finalidade da diferenciação. Nesse sentido, é possível perceber que o *prélèvement* viola o princípio da igualdade, pois se sustenta em um critério de diferenciação que não se revela razoável para atribuição de mais ou menos direitos sucessórios, sendo, portanto, discriminatório. Apoiase na nacionalidade dos herdeiros, algo que está proibido por manifestações concretas do direito de igualdade previstas no texto da CF/88 e em tratados internacionais de direitos humanos. Herdeiros estrangeiros não devem estar sujeitos a tratamentos discriminatórios em virtude da sua nacionalidade na hora de perceber herança.

7) A incorporação do princípio de proximidade ao ordenamento conflitual brasileiro não se mostra eficaz para evitar o tratamento discriminatório.

Tendo sido constatada uma violação do princípio da igualdade em virtude da norma de *prélèvement*, foi necessário averiguar a eficácia de algum mecanismo a disposição do juiz que pudesse neutralizar os efeitos nocivos do *prélèvement* na hora de resolver o caso concreto.

Um estudo da evolução da doutrina acerca da necessidade de buscar mecanismos aprimorados para a solução de conflitos de leis, derivou na consideração do princípio de proximidade como uma possível alternativa de solução à discriminação do *prélèvement*, embora ele ainda não esteja incorporado no direito conflitual brasileiro. Descobriu-se, no entanto, que o

princípio de proximidade não se mostra eficaz para tanto, devido a que sua implementação não visa garantir resultados materiais que de antemão favoreçam a determinado sujeito da relação, tal como ocorre com a regra de *prélèvement*. O princípio de proximidade preocupa-se com um imperativo de justiça conflitual, própria do DIPr. Já o *prélèvement* persegue um resultado material concreto, que o legislador e o constituinte se propuseram a alcançar, independentemente da proximidade do caso com outro ordenamento. Nesse sentido, são duas soluções que não guardam, aparentemente, nenhum ponto de contato, cabendo escolher se o que se deve priorizar é o resultado material que o *prélèvement* oferece ou a proximidade entre o direito e os fatos que o princípio de proximidade aporta.

8) A utilização da cláusula de reserva de ordem pública internacional não se mostra eficaz para neutralizar os efeitos do *prélèvement*.

Já no que respeita à OPI, o juiz não poderá canalizar a resolução do problema recorrendo a ela. Este instituto, tal como tradicionalmente entendido, implica um freio à aplicação do direito estrangeiro por ser contrário aos valores do foro. Embora o instituto da OPI possa preencher-se materialmente pelo princípio da igualdade, a solução que oferece não ataca a raiz do problema, pois a discriminação não se encontra no direito material estrangeiro, senão na norma de conflito do foro. Ainda, é de se considerar que tem sede constitucional.

Cumprido esclarecer que, em caso de eliminação do *prélèvement* do ordenamento jurídico brasileiro, o mecanismo da OPI pode servir para assegurar a proteção do patrimônio do herdeiro a quem a aplicação do direito estrangeiro por força do disposto no *caput* do art. 10 da LINDB possa privar do direito de herança, garantido pelo art. 5º, inc. XXX, da CF/88.

A presente pesquisa demonstrou a necessidade de uma eliminação do *prélèvement* do ordenamento jurídico brasileiro, tanto da Constituição quanto do elenco de normas de conflito presentes na LINDB, pelo impacto negativo que provoca nas sucessões internacionais processadas no Brasil, em virtude do tratamento desigual que promove entre herdeiros nacionais e estrangeiros.

O *prélèvement* brasileiro mostra-se como um desvio de rumo na aplicação da norma de conflito abstrata e um privilégio em favor de nacionais, características que compartilha com a versão francesa do instituto. No entanto, aqui opera sobre um campo de aplicação espacial e material que propicia seus resultados discriminatórios.

A elevação do instituto de *prélèvement* ao nível de norma constitucional no ordenamento brasileiro deu-se em virtude da necessidade de ser convalidado um tratamento desigual entre herdeiros nacionais e estrangeiros. No entanto, esse tratamento discriminatório não se reduz apenas ao caso de concorrência entre herdeiros nacionais e estrangeiros, senão também quando todos os herdeiros forem brasileiros. Descobriu-se um claro conflito entre duas normas constitucionais: a regra de *prélèvement* e o direito de igualdade. Aqui se defendeu que a discriminação praticada pelo *prélèvement* carece de razoabilidade de acordo com o conteúdo jurídico do princípio da igualdade. Por fim, vislumbra-se como inútil a implementação o mecanismo *a priori* de uma eventual incorporação o do princípio de proximidade ao ordenamento conflitual brasileiro, assim como é inócua a utilização da cláusula de reserva de ordem pública internacional para neutralizar os efeitos do *prélèvement*. Por tudo isso, cabe ao constituinte, em futura reforma da Carta Magna levar em consideração essas questões, fazendo prevalecer os Princípios Fundamentais da CF/88, Carta Fundamental de uma *República*, que apesar de ter abolido os privilégios de nobreza, ainda tem que conviver com o flagelo da discriminação e da exclusão.

Este trabalho surge no ano de 2016, em que se comemoram cem anos da entrada em vigor do Código Civil que introduziu de forma geral o *prélèvement* no Brasil. Espera-se que as reflexões aqui realizadas sirvam para desvencilhar-se de uma instituição tão anacrônica, quanto perniciosa.

BIBLIOGRAFIA

ALBORNOZ, Jorge. Sucesión hereditaria. In: FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (Org.). *Derecho Internacional Privado en los Estados del Mercosur*. p. 841-871. Buenos Aires: Zavalia, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional. Caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230). Julgamento: 15/01/1958. Publicação: BvR 400/51.

ALL, Paula M. Las normas de jurisdicción internacional en el sistema argentino. *DeCITA - Derecho del Comercio Internacional*, Buenos Aires, n. 4, Litigio judicial internacional, p. 422-444, 2006.

ALMEIDA, Silmara J. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1999.

ALVAREZ GONZALEZ, Santiago. La “*professio iuris*” y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria. In: GARCÍA RUBIO, Maria P. *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río*. p. 17-49. Madrid: Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

__. Sucesiones internacionales: ¿que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público? HERRERO OVIEDO, Margarita; DOMINGUEZ LUELMO, Andrés; GARCIA RUBIO, Maria Paz (org.) *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum”* Teodora F. Torres García. p. 117-142. Madrid: La Ley, 2014.

AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the Law Second*. Philadelphia: The American Law Institute, 1971. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest6.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

ANCEL, Bernard. Inconstitutionnalité du droit de prélèvement de l'heritier français dans les successions internationales. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 2, p. 457-463, avr.-jun. 2013.

ARAUJO, Nadia de (Org.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça*. Comentários à Resolução nº 9/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ARAUJO, Nadia de. *Contratos internacionais*. Autonomia da vontade. Mercosul e convenções internacionais. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

__. *Constituição brasileira e sucessão internacional: a aplicação da lei mais benéfica*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 747, p. 56-66, jan. 1998.

__. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

__. O princípio constitucional de proteção à família brasileira e o direito internacional privado: sucessão internacional e a aplicação da lei mais benéfica. In: MESSIAS PEIXINHO, Manoel; FRANCO GUERRA, Isabella; NASCIMENTO, Firly. *Os princípios da Constituição de 1988*. p. 587-599. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ARGENTINA. CCiv. y Com. Morón, sala 2, “Solimando, Francisco s. sucesión”. Relator: S. Calosso. Julgamento: 21/06/05. Publicação: 20/05/2005.

__. Código Civil de la República Argentina de 1871. Con notas del Codificador Vélez Sarsfield. Disponível em: <<http://www.consejosdederecho.com.ar/codigocivilnotado.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Disponível em <http://www.infojus.gov.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179/84. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/textact.htm>>. Acesso em: 14/02/2016

__. Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Corte Suprema de Justicia de la Nación. “Garcia Monteavaro c/Amoroso y Pagano”. Julgamento: 14/06/1957. Publicação: Fallos, 238:60.

__. Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. “Andersen, Pablo s. sucesión”. Julgamento: 10/09/1974. Publicação: El Derecho, t. 58, p. 541 ss.

__. Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo del 19 de marzo de 1940. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/200295/norma.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

ARISTOTELES. *Politeia (La política)*. Trad. de Manuel Briceño Jáuregui. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo, 1989.

AUBRY, Charles; RAU, Charles-Frederic. *Cours de droit civil français*. t. 9. 5 ed. Paris: Marchal et Billard, 1917.

AUDIT, Bernard. Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise des conflits des lois»). *Recueil des cours*, La Haye, v. 186, p. 219-397, 1984.

__. Le droit international privé en quête d'universalité. *Recueil des Cours*, La Haye, v. 305, p. 9-488, 2003.

AVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

__. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. de José Manuel Cardoso da Costa. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014

BALDUS, Christian. ¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo? Apuntes sobre la propuesta de un reglamento de sucesiones. *El Notario del Siglo XXI*, Madrid, n. 26. Disponível em: <<http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-26?id=1542:hacia-un-nuevo-derecho-sucesorio-europeo-apuntes-sobre-la-propuesta-de-un-reglamento-de-sucesiones-0-11989826720198456>>. Acesso em: 14/02/2016.

BALDWIN, Simeon E. The modern 'Droit D'aubaine'. *Science*, Washington, v. 21, n. 532, p. 361-373, mar. 1905. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1631663?seq=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

BARBOSA MOREIRA, José C. Relações entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, p. 51-70, jul. 1977.

BARBOSA, Rui. *Commentários à Constituição Federal Brasileira*. Corrigidos e ordenados por Homero Pires. v. V. São Paulo: Saraiva, 1934.

BARCELLOS, Ana P. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARREDA, Naiví C. Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 6, n. 1, p. 121-146, mar. 2014. Disponível em: <<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/1913/907>>. Acesso em: 14/02/2016.

BARROSO, Luís R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSO, Maristela. A determinação do regime de bens do casamento à luz do direito internacional privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 1, p. 43-51 jan.- mar. 2000.

__. *Curso de direito internacional privado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATELLO CALDERÓN, Silvio J. *El orden público en el derecho internacional privado del Mercosur*. Córdoba: Advocatus, 2012.

BATIFFOL, Henri. Le pluralisme des méthodes de droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 139, p. 75-148, 1973.

BEALE, Joseph. *A treatise on the conflict of laws, or Private International Law*. v. 1. Cambridge: Harvard University Press, 1916.

BELANDRO, Rubén B. Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo. *Revista de la Facultad de Derecho*, Montevideo, n. 8, p. 25-108, 1995.

BELMONTE, Cláudio P. O sentido e o alcance do princípio da igualdade como meio de controle de constitucionalidade das normas jurídicas na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 144, p. 157-175, out.-dez. 1999.

BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1936.

__. *Doutrina: a Constituição e o Código Civil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 34, p. 31-38, set. 1935.

__. *Em defeza do Projeto de Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

__. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1906.

BLOM, Joost. Public policy in private international law and its evolution in time. *Netherlands International Law Review*, The Hague, n. 50, v. 3, p. 373-399. dez. 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10 ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. 3. ed. Madrid: Tecnos, [1576] 1997.

BOGDANDY, Armin von. Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. In: CLÉRICO, Laura; CAPALDO, Griselda D.; SIECKMANN, Jan. (Orgs.). *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. p. 21-40. Buenos Aires: Eudeba - Fundación Alexander Von Humboldt, 2010.

BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado: En la estructura jurídica del mundo actual*. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONOMI, Andrea. Successions internationales: conflits de lois et de juridictions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 350, p. 71-418, 2010.

BORRAS, Alegria. Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir. *Recueil des cours*, La Haye, v. 317, p. 313-536, 2005.

BOTELHO MESQUITA, José Ignacio. Da competência internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 50, p. 51-70, abr. 1988.

BRASIL. Anais da Assembleia Constituinte (1946). vol. XXIII. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1950.

__. Anais da Assembleia Constituinte (1967). v. 4, t. 1. Brasília: Senado Federal, 1968.

__. Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. v. 22. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

__. Annaes da Assembleia Nacional Constituinte 1933/1934. v. 22. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937. p. 411-412. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Annaes do Senado Federal. Sessões de 1 a 30 de setembro de 1912. vol. V. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.

__. Anexo ao Relatório da Repartição dos Negócios Estrangeiros. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865.

__. Anteprojeto Constitucional, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n. 91.450, de 18 de julho de 1985, Diário Oficial. Suplemento Especial n. 185. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Atas da Comissão da Soberania, Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Décimo Primeira Reunião, em 29 de abril de 1987. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte, 20 anos. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008. 1 CD-ROM.

__. Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Atas da Comissão de Nacionalidade, Soberania e Relações Internacionais. Quinta Reunião, em 30 de abril de 1987. In: BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte, 20 anos. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2008. 1 CD-ROM.

__. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Código de Processo Civil Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 1.096, de 10 de setembro de 1860. Regula os direitos civis e políticos dos filhos de estrangeiros nascidos no Brasil, cujos pais não estiverem em serviço de sua nação, e das estrangeiras que casarem com Brasileiros, e das Brasileiras que casarem com estrangeiros. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=58876&norma=74732>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 1.839, de 31 de Dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929. Promulga a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=27764&norma=43270>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 2.433 de 15 de Junho de 1859. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80235&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - UNCITRAL, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Regulando as isenções e atribuições dos Agentes Consulares Estrangeiros no Império, e o modo por

que se hão de haver na arrecadação e administração das heranças de súbditos de suas Nações, dado o caso de reciprocidade. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-855-8-novembro-1851-539534-publicacaooriginal-81883-pe.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 2.433 de 15 de Junho de 1859. Manda executar o novo Regulamento para a arrecadação dos bens de defuntos e ausentes, vago e do evento. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=80235&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 58-A, de 14 de Dezembro de 1889. Providencia sobre a naturalização dos estrangeiros residentes na Republica. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-58-a-14-dezembro-1889-516792-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto n. 6.236, de 21 jun. 1876. Promulga a convenção sobre atribuições consulares, celebrada em 25 de Fevereiro de 1876 entre o Brazil e Portugal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=57054&norma=72906>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Decreto-lei n. 737, de 25 de novembro de 1980. Determina a Ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Emenda n. 1 de 1969 à Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1960-1969/emendaconstitucional-1-17-outubro-1969-364989-republicacao-28547-pl.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe Sobre A Situação Jurídica da Mulher Casada. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1962/4121.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Lei n. 5.709, de 7 de outubro de 1971. Regula a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no País ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5709.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e cria o Conselho Nacional de Imigração. Republicada pela Lei n. 6.964 de 09 de dezembro de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6815.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. *Ordenações Filipinas*. Livro III. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

__. *Ordenações Filipinas*. Livro IV. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

__. PLS Projeto de Lei n. 645 de 2004. Lei de aplicação das normas jurídicas (Pedro Simon - PMDB). Senado. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=42614&tp=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Projeto de Lei n. 255 de 1991. (Nilson Gibson - PMDB/PE). Câmara de Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173920>>.

__. Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado Nº 166/10 na Casa de origem (Senador José Sarney – PMDB/MA). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=147664&c=PDF&tp=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio entre O Senhor D. Pedro I Imperador do Brasil, e Carlos X Rei de França. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1826/paz-amizade-comercio-e-navegacao>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Tratado de Amizade, Navegação, e Commercio entre O Senhor D. Pedro I, Imperador do Brasil, e Jorge IV de Inglaterra. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/bilaterais/1827/paz-amizade-comercio-e-navegacao/>>. Acesso em: 14/02/2016.

BROWLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Trad. de Maria Manuela Farrajota (et. al.). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUCHER, Andreas. L'ordre public et le but social des lois. *Recueil des cours*, La Haye, v. 239, p. 9-116, 1984.

__. La dimension sociale du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 341, p. 1-281, 2009.

CAHALI, Francisco J. Da legitimação sucessória. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 117-143. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

__. Introdução ao direito das sucessões. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 21-36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 21.

__. Sucessão decorrente do casamento e da união estável. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 185-250. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

__. Sucessão em geral. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 37-57. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

__. Sucessão legítima. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 145-163. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

__. Sucessão na linha reta. In: CAHALI, Francisco J.; HIRONAKA, Giselda M. *Direito das sucessões*. 5. ed. p. 165-184. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 1, n. 2, p. 52-133, oct 2009.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. de Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

__. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

CARRASCOSA GONZALEZ, Javier. El orden público y las externalidades negativas. *Boletín del Ministerio de Justicia*, ano 62, n. 2065, p. 2351-2378, 2008.

CARVALHO NETO, Inácio. A evolução do direito sucessório do cônjuge e do companheiro no direito brasileiro: da necessidade de alteração do código civil. 2005. 244 f. Tese (Doutorado em Direito) Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde14082008080512/publico/Inacio_Bernardino_de_CarvalhoNeto.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

CARVALHO SANTOS, João M. *Código civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista pratico*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.

CARVALHO, Carlos A. *Nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1899. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>>. Acesso em: 14/02/2016.

CASSIN, René. La nouvelle conception du domicile dans le Règlement des Conflits de Lois. *Recueil des cours*, La Haye, v. 34, p. 655-819, 1930.

CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, n. 2, p. 211-260, dez. 2003. Disponível em: <<http://clacso.redalyc.org/articulo.oa?id=82400206>>. Acesso em: 14/02/2016.

CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CASTRO, Torquato. Exposição de motivos do Prof. Torquato de Castro sobre o Livro Direito das Sucessões no Anteprojeto de Código Civil. *Arquivos do Ministério de Justiça*, Brasília, p. 123-130. ano 32, n. 36, 1975.

CAVERS, David. A critique of the choice-of-law problem. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 47, n. 2, p. 173-208, 1933.

__. Contemporary conflicts laws in American perspective. *Recueil des cours*, La Haye, v. 131, p. 1-308, 1970.

__. *The Choice of Law Process*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965.

CERUTTI, Simona. À qui appartiennent les biens qui n'appartiennent à personne? Citoyenneté et droit d'aubaine à l'époque moderne. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, ano 62, v. 2, p. 355-383, 2007.

CLARO, João M. O princípio da igualdade. In: MIRANDA, Jorge. *Nos dez anos da Constituição*. Brasília: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1987.

COESTER, Michael. International aspects on German estate law. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Los Angeles, v. 4, p. 53-86, jan. 1981.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde*. Sucessões e testamentos. Bruxelas: Comissão Europeia, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_succes_pt.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Documento de trabalho dos serviços da comissão que acompanha a Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu. Bruxelas: Comissão Europeia, 2005. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SEC:2009:0411:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 14/02/2016.

COMPARATO, Fabio K. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, 1. trim.1993.

COMUNIDADE ECONOMICA EUROPEIA. Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais aberta a assinatura em Roma em 19 de Junho de 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:41980A0934&from=PT>>. Acesso em: 14/02/2016.

CONGRESSO SUDAMERICANO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. Tratado de Derecho Civil Internacional del 12 de febrero de 1889. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx /libros/2/666/33.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

CONJUR. Filha de Jânio não terá informações sobre contas do pai na Suíça. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-dez-04/stj_nega_filha_janio_informacoes_bancarias>. Acesso em: 14/02/2016.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ->

Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-dir>. Acesso em: 14/02/2016.

COOK, Walter W. The logical and legal bases of the conflict of laws. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 33, n. 5. p. 457-488, 1924.

COSTA, Dilvanir J. Filiação jurídica, biológica e socioafetiva. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 45, n. 180, p. 83-100, out.-dez. 2008.

COSTALUNGA, Karime. O cônjuge sobrevivente e direito a herança: uma interpretação orientada pela Constituição e pelo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *Modelos de direito privado*. p. 572-595. São Paulo: Max Limonad, 2014.

DAL RI JÚNIOR, Arno. Evolução histórica e fundamentos político-jurídicos da Cidadania. In: OLIVEIRA, Odete M.; DAL RI JÚNIOR, Arno (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade*. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais. p. 25-84. Ijuí: Unijuí, 2002.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro. Concorrência sucessória do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 128-143, maio 2005.

DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 5-139, out. 2013.

DE CLERQ, Jules. *Recueil des traités de la France*. t. I. (1713-1802). Paris: Amyot, 1864.

DEL'OLMO, Florisbal de S. *O MERCOSUL e a Nacionalidade*. Estudo à Luz do Direito Internacional. 1999. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1999.

DEMANGEAT, Charles. *Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*. Paris: Joubert, Librairie da la Cour de Cassation, 1844.

DEMOLOMBE, Charles. *Cours de Code Napoléon: traité des successions*. v. 13, t.1. Paris: August Durand, 1857.

DEUTSCHES NOTARINSTITUT. *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne*. Rapport final. Würzburg: Deutsches Notarinstitut, 2002. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

DIAS, Maria B. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

__. Ponto e vírgula. *Boletim do IBDFAM*, Porto Alegre, p. 6-7, jun. 2003.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

__. *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Luna, 1979.

__. *Direito internacional privado*. Parte geral. 7. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

__. *Direito internacional privado*. Contratos e obrigações no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DROZ, Georges A. *Regards sur le droit international privé. Recueil des cours*, La Haye, v. 229, 1991.

DUQUE, Marcelo S. *Direito privado e constituição*. Drittwirkung dos direitos fundamentais. Construção de um modelo de convergência à luz dos contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EEK, Hilding. *Peremptory rules on private international law. Recueil des cours*, La Haye, v. 139, p. 1-74, 1974.

ELHOUEISS, Jean-Luc. O elemento de estraneidade prévia no direito internacional privado. In: VIEIRA, Iacyr A. (Org.). *Estudos de direito comparado e direito internacional privado*. t. I e II. p. 173-219. Curitiba: Juruá, 2011.

ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Texto consolidado. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Tribunal Constitucional. Sentencia 75/1983. Pleno. Julgamento: 03/08/1983. Publicação: BOE n. 197 de 18/08/1983.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1925.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A lei de introdução ao código civil brasileiro - Dec.-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942: comentada na ordem de seus artigos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

ESTADOS UNIDOS. Constitution of the United States. Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html. Acesso em: 14/02/2016.

__. Court of Appeals of New York. Cooney vs. Osgood Machinery, Inc. Julgamento: 25/03/1993 Publicação: 81 NY2d 66. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/cooney_osgood.htm>. Acesso em: 14/02/2016;

__. Court of Appeals of New York. Babcock vs. Jackson. Julgamento: 09/05/1963. Publicação: 12 NY2d 473. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Court of Appeals of New York. Shultz vs. Boy Scouts of America. Court of Appeals of New York. Julgamento: 30/04/1985 Publicação: 65 NY2d 189. Disponível em: <http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/schultz_boyscouts.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Supreme Court. Chae Chan Ping vs. United States. Julgamento: 13/05/1889. Publicação: 130 US 581. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/130/581/case.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Court of Appeals of New York. Tooker vs. Lopez. Julgamento: 23/04/1969 Publicação: Co24 N.Y.2d 569. Disponível em: Disponível em: <http://www.leagle.com/decision/196959324NY2d569_1531.xml/TOOKER%20v.%20LOPEZ>. Acesso em: 14/02/2016.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. La obsolescencia del artículo 3.470 del Código Civil en materia de sucesiones internacionales. *Urbi Et Ius*, Buenos Aires, v. 1, n. 13, p. 63-74, jun. 2014.

FENET, Pierre A. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. t. 7. Paris: Marchand du Breuil, 1827.

FERACI, Ornella. La nuova disciplina europea della competenza giurisdizionale in materia di successioni mortis causa. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 291-314, 2013.

FERID, Murad. Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 142, p. 71-202, 1974.

FERNANDEZ ARROYO, Diego P. A new autonomous dimension for the Argentinian private international law system. In: BONOMI, Andrea; ROMANO, Gian P. (orgs) *Yearbook of Private International Law*, v. 16 (2014/2015), p. 411-428. Cologne: Otto Schmidt, 2015.

__. Competencia internacional exclusiva y exorbitante de los jueces de los estados miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo? *Jurídica - Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, n. 34, p. 59-80, 2004.

FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. Sucesiones internacionales y orden público constitucional: la sucesión mortis causa en España cuando la ley Aplicable es la de un país de tradición jurídica islámica. *Derecho privado y Constitución*, Madrid, n. 23. p. 149-199. jan.-dez. 2009.

FERNÁNDEZ-HIERRO, Marta. Panorama legislativo actual de la libertad de testar. *JADO. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, Bilbao, ano VIII, n. 19. p. 17-80, maio 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRER CORREIA, António. *Lições de direito internacional privado*. v. I. Coimbra: Almedina, 2000.

FONT i SEGURA, Albert. La ley aplicable a los pactos sucesorios. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 1-28, maio 2009. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/635_es.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

FRADERA, Véra J.; MEIRA MOSER, Luiz G. (Orgs.). *A compra e venda internacional de mercadorias: estudos sobre a Convenção de Viena de 1980*. São Paulo: Atlas, 2011.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno. Estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FRAGISTAS, Charalambos M. La compétence internationale en droit privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 104, p. 159-270, 1961.

FRANÇA, Rubens. L. *Hermenêutica jurídica*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, 1789. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Code civil. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT00000607072>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Conseil Constitutionnel. Décision n. 2011-159 QPC. Julgamento: 05/08/2011. Publicação: Journal Officiel 06/08/2011, p. 13.478. Disponível em: <www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2011/2011159qpc.htm>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Constituição de 1958. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Cour d'Appel d'Aix-en-Provence. RG. n. 11/00780. Première Chambre Civile – Section C. Relator: Marie-Annick Varlamoff. Julgamento: 03/03/2011.

__. Cour d'Appel de Lyon. 10/04742. Première Chambre Civile. Julgamento: 23/12/2011. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000025572496>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Cour de Cassation. «American Trading Company». Chambre Civile. Julgamento: 05/12/1910. Publicação: Revue de Droit International, 1911.

__. Cour de Cassation. «Dame Allouche». Chambre Civile. Julgamento: 06/07/1959. Publicação: Revue critique de Droit International Privé, 1959. p. 708;

__. Cour de Cassation. «Mercator». Chambre Civile. Julgamento: 25/03/1980. Publicação: Revue critique de Droit International Privé 1980, p. 576.

__. Cour de Cassation. «Pelassa» n. 58-10.628, 1er. Chambre Civile. Julgamento: 19/10/1959. Publicação: RCDIP, 1960, p. 215.

__. Cour de Cassation. «Arrêt Holzberg». n. 84-16168. Première Chambre Civile. Julgamento: 04/02/1986. Publicação: Bulletin 1985 I, n. 103, (2), p. 94.

- __. Cour de Cassation. «Arrêt Jeannin». Chambre civile. Julgamento: 27/04/1868. Publicação: Dalloz, 1868, p. 302.
- __. Cour de Cassation. Chambre des requêtes. Julgamento: 10/05/1937. Publicação: Revue Critique de Droit International Privé, 1937.
- __. Cour de Cassation. «Arrêt Labedan». Chambre civile. Julgamento: 19/06/1939. Publicação: Sirey, 1940 1 p. 49.
- __. Cour de Cassation. «Arrêt Stewart». Chambre civile. Julgamento: 14/03/1837. Publicação: Sirey, 1837, 1. p. 95.
- __. Cour de Cassation. Chambre Civile. Julgamento: 31/05/1932. Publicação: Clunet, 1933.
- __. Cour de cassation. Julgamento: 20/02/1882. Publicação: Sirey, 1882, 1, p. 146.
- __. Cour de Cassation. 11-40008. Première Chambre Civile. Julgamento: 01/06/2011. Sem publicação. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024119771&fastReql=518771874&fastPos=1>>. Acesso em: 14/02/2016.
- __. Cour de Cassation. 11-40010. Première Chambre Civile. Julgamento: 01/06/2011. Sem publicação. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024119772&fastReql=2006219195&fastPos=1>>. Acesso em: 14/02/2016.
- __. Cour de Cassation. 82-15033. Première Chambre Civile. Julgamento: 20/03/1985. Publicação: Bulletin 1985 I, n. 103 p. 93.
- __. Cour de Cassation. 95-18006. Première Chambre Civile. Julgamento: 03/06/1997. Publicação: Bulletin 1997 I, n. 180, p. 121.
- __. Cour de Cassation. 70-11911. Première Chambre Civile. Julgamento: 01/02/1972. Publicação: Bulletin 1972, n. 36, p. 33.
- __. Loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069447&dateTexte=20110805>>. Acesso em: 14/02/2016.
- __. Proposition de loi n. 645 relative au principe d'égalité en matière successorale. (Thierry Braillard - RDPP). Assemblée Nationale, 23/01/2013.

Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion0645.asp>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Tribunal de Grande Instance de Paris. RG. n. 10/14437. Deuxième Chambre Civile – Section 1. Relator: Françoise Lucat. Julgamento: 15/02/2011. Sem publicação.

__. Tribunal de Seine. «Arrêt Alfaro». Julgamento: 26/04/1911. Publicação: Clunet, 1911, p. 254-278.

__. Tribunal de St. Palais. Julgamento: 19/01/1884. Publicação: Clunet, 1885.

__. Constitution française de 1791. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

FRANCESKAKIS, Phocion. La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international. *Recueil Sirey*, Paris, n. 204, 1958.

__. Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois. *Revue critique de droit international privé*, Paris, n. 55, 1966.

GARCIA GARRIDO, Manuel. *Derecho privado romano: casos, acciones, instituciones*. Madrid: Dykinson, 2000.

GAUDEMET-TALLON, Hélène. Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). *Recueil des cours*, La Haye, v. 312, p. 9-488, 2005.

__. Le principe de proximité dans le Règlement Rome I. *Revue Hellenique de Droit International*, Athènes, n. 61, p. 189-203, 2008.

GAVIRIA GIL, María V. El derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica. *Revista de Derecho*, Barranquilla, n. 39, p. 30-57, ene.-jun., 2013.

GIL, Antonio C. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIORGIS, José. Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 88-127, 2005.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Derecho de la Tolerancia. 7. ed. Buenos Aires, 1997.

GOMES CANOTILHO, José J. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

GOMES, Joséli F. *Direito internacional privado no Brasil e na América Latina: análise da importância da obra de Augusto Teixeira de Freitas para o desenvolvimento da disciplina*. Curitiba: CRV, 2014.

GONZALEZ CAMPOS, Julio D. Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 156, p. 227-376, 1977.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

__. *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTIUS, Hugo. *De Jure Belli ac Pacis*. Trad. de F. W. Kelsey. Oxford: Oxford University Press, [1643] 1925, vol. II, p. 266

GUTZWILLER, Max. Le développement historique du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 29, p. 287-400, 1929.

HAGUE CONFERENCE. Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=62>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Status table Convention of 2 October 1973 Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=83>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Status table of the Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=62>. Acesso em: 14/02/2016.

HEALY, Thomas. Théorie générale de l'ordre public. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9-III, p. 406-579, 1925.

HERNANDEZ GIL, Felix. La indignidad sucesoria: naturaleza jurídica, declaración judicial y efectos. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, v. 45, p. 468-492, jun. 1961.

HERNANDEZ IBÁÑEZ, Carmen. La causa séptima de indignidad sucesora: una medida de protección jurídica para personas discapacitadas. *Revista de*

Derecho Uned, Madrid, n. 1, p. 171-198, 2006. Disponível em:
<<http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/10903/10432>>.
Acesso em: 14/02/2016.

HERTEL, Christian. Sistemas jurídicos del mundo. *Notarius International*, n. 1-2, 2009. p. 186;

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Sel. e trad. de Pedro Cruz Villalon. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

HIRONAKA, Giselda M. *Morrer e suceder*. Passado e presente da transmissão sucessória concorrente. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

__. O sistema de vocação do cônjuge concorrente e/ou do companheiro com os herdeiros do autor da herança, nos direitos brasileiro e italiano. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 45-87, maio 2005.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. De l'ordre public en droit international privé. Session de Paris, 30/03/1910. Disponível em:
<http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1910_paris_02_fr.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. Principes généraux en matière de nationalité, de capacité, de succession et d'ordre public. Session D'Oxford, 07/09/1880. Disponível em:
<http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1880_oxf_01_fr.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro, 2000.

ITALIA. Codice Civile del Regno D'Italia. Torino: Stamparia Reale, 1865.
Disponível em:
<<https://archive.org/stream/codiceciviledel00italgoog#page/n8/mode/1up>>.
Acesso em: 14/02/2016.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008.

__. *Europeização do direito internacional privado: caráter universal da lei aplicável e outros contrastes com o ordenamento jurídico brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2012.

JAEGER JUNIOR, Augusto; NORDMEIER, Friedrich C. Comunitarização do direito internacional privado: paulatina harmonização de um âmbito jurídico. In: DEL'OLMO, Florisbal de S.; COLET, Charlise P.; CERVI, Taciana M. *Direitos fundamentais e cidadania*. p. 131-156. Campinas: Millennium Editora, 2013.

JATAHY, Vera M. *Do conflito de jurisdições: a competência internacional da justiça brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

__. O direito sucessório como exceção ao princípio constitucional de isonomia. In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 175-182. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des cours*, La Haye, v. 251, p. 9-268, 1995.

__. Introdução. In: SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOR, Adriana D. El derecho internacional privado y las relaciones consumo. *Revista de la Facultad*, Córdoba, v. V, n. 1, p. 13-54, 2014.

KREICZER-LEVY, Shelly, Inheritance legal systems and the intergenerational bond. *Real Property, Probate and Trust Law Journal*, v. 46, n. 3, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2060184>>. Acesso em: 20/05/2015.

LAFUENTE SANCHEZ, Raúl. Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, v. 5, n. 2, p. 350-370, 2013.

LAGARDE, Paul. Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. *Recueil des cours*, La Haye, v. 196, p. 9-238, 1986.

LARENZ, Karl. *Metodologia de la ciencia del derecho*. Trad. e rev. de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Editorial Ariel, 2001.

LEANDRO, Antonio. La giurisdizione nel regolamento dell'Unione europea sulle successioni mortis causa. In: FRANZINA Pietro; LEANDRO, Antonio (Orgs.). *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*. p. 59-86. Milano: Giuffrè, 2013.

LEITE, Eduardo O. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LE SEUR, Louis; DREYFUS, Eugène. *La nationalité. (droit interne): commentaire de la loi du 26 juin 1889*. Paris: G. Pedone-Lauriel, 1890.

LEWALD, Hans. Questions de droit international des successions. *Recueil des cours*, La Haye, v. 9, p. 1-126, 1925.

__. Règles générales des conflits de lois (Contribution à la technique du droit international privé). *Recueil des cours*, La Haye, v. 69, p. 1-148, 1939.

LI, Haopei. Some recent developments in the conflict of law of succession. *Recueil des cours*, La Haye, v. 224, p. 9-122, 1990.

LIMA PINHEIRO, Luís de. *Direito internacional privado*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2001.

__. O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – uma introdução. p. 401-471. In: __. *Estudos de Direito Internacional Privado*. v. II. Coimbra: Almedina, 2009.

LÔBO, Paulo L. Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *A família na travessia do milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. p. 245-254. Belo Horizonte: IBDFAM, OAB-MG, Del Rey, 2000.

LORENZEN, Ernest G.; HEILMAN, Raymond J. The restatement of the conflict of laws. *University of Pennsylvania Law Review*. v. 38, n. 5, Pennsylvania, 1935.

MADALENO, Rolf. Inventário de bens situados no exterior e sua compensação para efeito de equilíbrio dos quinhões. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 221-234, abr. 2005.

MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Trad. de Ciro Mioranza. Ijuí: Unijuí, 2003.

MARCONI, Marina de A.; LAKATOS, Eva M. *Metodologia científica*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2006.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Claudia L. “La insuficiente protección del consumidor en las normas del Derecho Internacional Privado - De la necesidad de una Convención Interamericana (CIDIP) sobre la ley aplicable a algunos contratos y relaciones de consumo”. In: OEA. *La Protección del consumidor: aspectos de derecho privado regional y general, Cursos de Derecho Internacional Privado, Serie temática, vol I (parte 2): El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, Washington D.C: Comité Jurídico Interamericano. Secretaría General, OEA, 2002.

__. O direito internacional privado solucionando conflitos de cultura. Os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, n. 162, p. 91-113, abr-jun. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Art. 5, XXXI – a garantia da lei mais benéfica. In: GOMES CANOTILHO, José J. et. al. (Orgs.) *Comentários à Constituição do Brasil*. p. 342-346. São Paulo: Saraiva, 2013.

__. *O direito sucessório na Constituição: a fundamentalidade do direito à herança*. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 112, p. 79-87, jun. 2011.

MAVIDAL, M. J. *Archives parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats*. Deuxième série (1800-1860). t. XXIV. Paris: Librairie Administrative de Paul Dupont, 1873.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAZZUOLI, Valério de O. *Curso de direito internacional público*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

__. *Direito internacional privado*. Curso elementar. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

__. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 93-114, jul.-set. 2005.

MEIJERS, Eduard. L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 49, p. 543-686, 1934.

MEINERO, Fernando P. La expectativa humana de ingresar en territorio extranjero desde el derecho internacional y el ordenamiento brasileiro. 2005. 156 p. Dissertação (Mestrado), UFSM, Santa Maria.

__. Os cidadãos do mundo também precisam de passaporte. *Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha*, Caxias do Sul, v. 01, p. 65-77, 2007.

MELLO, Celso A. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

__. Princípio de isonomia: desequiparações proibidas e desequiparações permitidas. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 1, p. 79-83, 1. trim.1993.

MENDES, Gilmar. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. *Systemas*, Campo Grande, v. 2, n. 1, p. 64-100, 2010.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENICOCCHI, Alejandro A. Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el Código Civil y Comercial de la Nación. In: Anales del XXVI Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Orbe, 1955.

MILLS, Alex. The dimensions of public policy on private international law. *Journal of Private International Law*, Cambridge, v. 4. n. 2, p. 201-236, August - 2008.

MIRAGEM, Bruno. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional privado pós-moderno. In: MARQUES, Claudia L.; ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *O novo direito internacional*. Estudos em homenagem a Erik Jayme. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MIRANDA, Jorge. A Constituição de 1988. Uma Constituição de esperança. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 45, n. 179, jul.-set. 2008.

__. *Manual de direito constitucional*. Direitos fundamentais. t. VI. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MONACO, Gustavo F. Concorrência sucessória e conflitos de leis. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 172-184, 2005.

__. *Controle de constitucionalidade da lei estrangeira*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

__. Problema hermenêutico da lei mais favorável em direito internacional privado à luz do desafio kelseniano. *Revista IMES de Direito*, São Caetano do Sul, ano IV, n. 8, p. 50-57, jan.-jun. 2004. Disponível em: <http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/view/766>. Acesso em: 14/02/2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORELLI, Gaetano. *Derecho procesal civil internacional*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1953.

MOSCONI, Franco. Exceptions to the operation of choice of law rules. *Recueil des cours*, La Haye, v. 217, p. 9-214, 1989.

MOURA, Aline B. A marginalização do critério de conexão da nacionalidade em favor da residência habitual do indivíduo no direito internacional privado europeu. *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*, v. 1, p. 13-30, 2015 Disponível em: <<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2014/02/CUADERNOS-ASADIP-Final-version-lunes-3-de-agosto-Copy.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

MOURA RAMOS, Rui M. *Direito internacional privado e constituição*. Introdução a uma análise das suas relações. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NAZO, Georgette N. Direito sucessório internacional: a aplicação excepcional da lei brasileira em herança de estrangeiro – (o § 33 do art. 153 da C. F. de 1969). In: DOLINGER, Jacob. *A nova constituição e o direito internacional*. p. 147-173. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NORTH, Peter; FAWCETT, James. *Cheshire and North's Private International Law*. 20. ed. London: Butterworths, 1992.

NOTARIES OF EUROPE. Sucessões na Europa. Disponível em: <<http://www.successions-europe.eu/pt/>>. Acesso em: 14/02/2016.

OEA. Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais de 17 de março de 1994. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>>. Acesso em: 14/02/2016.

OEA. Versão simplificada da proposta final brasileira “Proposta Buenos Aires” Proposta Conjunta dos Governos do Brasil, Argentina e Paraguai. Disponível em <https://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-VII_working_doc_cp_simplified_version_final_brazilian_proposal_POR.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

OLIVEIRA, Arthur V. *Tratado de direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952.

OLIVEIRA, Euclides de. Concorrência sucessória e a nova ordem da vocação hereditária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 26-44, 2005.

OLIVEIRA, Renata F. O regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações

contratuais (Roma I). *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, ano 3, n. 12, p. 281-301. out-dez 2008.

OPERTTI, Didier. Competencia Internacional y jurisdicción exclusiva. *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, n. 1, p. 71-78, 2003.

PAMBOUKIS, Charalambos. Les clauses d'exception en matière de conflit de lois et de conflits de juridictions. *Revue Hellénique de Droit International*, Athènes, v. 47, p. 475-486, 1994.

PEREIRA, Caio M. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.

PICONE, Paolo. Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. *Recueil des cours*, La Haye, v. 276, p. 9-296, 1999.

PILLET, Antoine. *Principes de droit international privé*. Paris: Pedone, 1903.

__. *Traité pratique de droit international privé*. t. II. Paris: Sirey, 1924.

PIMENTA BUENO, José. *Direito Internacional Privado e aplicação dos seus princípios com referencia às leis particulares no Brasil*. Rio de Janeiro: Typographia de J. Villeneuve, 1863.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

POLIDO, Fabrício P. *Direito processual internacional e o contencioso internacional privado*. Curitiba: Juruá, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*, t. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

__. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1 de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

__. *Tratado de direito internacional privado*. t. II. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1935.

POSENATO, Naiara. A evolução histórico-constitucional da nacionalidade no Brasil. In: OLIVEIRA, Odete M.; DAL RI JÚNIOR, Arno (Orgs.). *Cidadania e nacionalidade*. Efeitos e perspectivas nacionais – regionais – globais. p. 211-245. Ijuí: Unijuí, 2002.

PRÉLÈVEMENT. In: *Le petit robert*. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris: Le Robert, 2012.

RABEL, Ernst. *The Conflict of Laws*. A comparative study. Michigan: University of Michigan Law School, 1958.

RAMOS, André de C. Evolução histórica do direito internacional privado e a consagração do conflitualismo. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Assunção, v. 5, p. 423-446, 2015.

RAMOS, André de C. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 106-107, p. 497-524, jan.-dez. 2011/2012.

REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith. Parecer. Direito. Sucessões. Casamento sob o regime da separação total de bens, voluntariamente escolhido pelos nubentes. Pacto Antenupcial de Separação Total de Bens e de Frutos. Código Civil, art. 1.829, inciso I. Interpretação. Compreensão do fenômeno sucessório e seus critérios hermenêuticos. A força normativa do pacto antenupcial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 24, p. 205-230, dez. 2005.

REALE, Miguel. O cônjuge no novo Código Civil. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 de abr. 2003.

REESE, Willis. From the old restatement of conflict of laws to the new. *Iura falconis*, Leuven, v. 9, p. 8-17, 1972-1973.

RÉGIS, Mario D. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Será que precisamos mudar o Código Civil? *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 7, n. 29, p. 191-222, maio 2005.

REINO UNIDO. Court of Appeals. *Chatenay vs. Brazilian Submarine Telegraph*. Julgamento: 1891. Publicação: 1 Q. B. 79.

__. Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975 Chapter 63. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1975/63>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Succession (Scotland) Act 1964. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/41>>. Acesso em: 14/02/2016.

REIS, Thiago. Teixeira de Freitas leitor de Savigny. *São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas Research Papers Series*, São Paulo, n. 21, mar. 2015. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2580501>>. Acesso em: 14/02/2016.

REQUEJO ISIDRO, Marta. A propósito de “Le déclin des problèmes internationaux de forme des testaments”: Observaciones para un reglamento comunitário. *Dereito: Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Santiago de Compostela, v. 16, n. 1, p. 393-408, 2007.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. Curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2006.

RIBEIRO, Elmo P. *O princípio da ordem pública no direito internacional privado*. Porto Alegre: [s. n.], 1966.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Lei n. 8821, de 27 de janeiro de 1989. Institui O Imposto Sobre A Transmissão “Causa Mortis” e Doação, de Quaisquer Bens Ou Direitos. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegisComp/Leinº08.821.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROCHA, Paulo Clóvis. Parecer. Testamento estrangeiro, segundo a lei local. Validade e exequibilidade no Brasil. *Revista de Direito*, Rio de Janeiro, n. 17, p. 228-237, 1962.

RODAS, João Grandino. Elementos de conexão de direito internacional privado relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Org.). *Contratos internacionais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10/01/2002) v. 7. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUEZ BENOT, Andrés. Approach to the proposal for a Regulation of the European Union on Succession. In: CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz et. al. (Orgs.). *Latest developments in EU private international law*. p. 133-152. Cambridge: Intersentia, 2011.

RODRÍGUEZ-URIA SUÁREZ, Isabel. La ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, n. 2, p. 1-58, 2013.

__. La ley aplicable a los pactos sucesorios. 410 p. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, USC, Santiago de Compostela, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10347/9811>>. Acesso em: 14/02/2016.

ROSSANI GARCEZ, José M. *Introdução à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e venda de Mercadorias – Viena 1980*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 1-19.

SABA, Roberto. (Des)igualdade estrutural. In: CAICEDO TAPIA, Danilo; PORRAS VELASCO, Angélica (Orgs.). *Igualdade y no discriminación*. El reto de la diversidad. p. 53-94. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.

SAHLINS, Peter. La nationalité avant la lettre. Les pratiques de naturalisation en France sous l'Ancien Régime. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, ano 55, v. 5, p. 1081-1108, 2000.

__. Sur la citoyenneté et le droit d'aubaine à l'époque moderne: Réponse à Simona Cerutti. *Annales: Histoire, Sciences Sociales*, Paris, v. 2, n. 63, p. 385-398, 2008.

__. *Unnaturally French: foreign citizens in the Old Regime and After*. Ithaca, NY: Cornell University Press, 2004.

SAMTLEBEM, Jürgen. Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 22, n. 85, p. 257-276, jan.-mar. 1985.

SANCHEZ LORENZO, Sixto. El derecho comparado del siglo XXI. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, p. 1099-1107, 2008. Disponível em: <<http://redalyc.org/articulo.oa?id=42723039034>>. Acesso em: 14/02/2016.

SANTANA HAGE, Fábio A.; PEIXOTO, Marcus; RIBEIRO VIEIRA FILHO, José E. Aquisição de terras por estrangeiros no Brasil: Uma avaliação jurídica e Econômica. *Textos para discussão*, Brasília, n. 114, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242670/TD114-FabioHage-MarcusPeixoto-JoseEustaquio.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

SANTOS, Joaquim F. *Projecto do código civil da Republica dos Estados Unidos do Brazil*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242342>>. Acesso em: 14/02/2016.

SANTOS, Luiz F. A sucessão dos cônjuges no novo Código Civil. *Migalhas*. 19/03/2003. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI1301,71043-A+sucessao+dos+conjuges+no+novo+Codigo+Civil>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Pontuações. *O Estado do Paraná*. Caderno Direito e Justiça, Curitiba, p. 1-2, 11 maio 2003.

SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

___. Direitos fundamentais e tratados internacionais em matéria de direitos humanos: revisitando a discussão em torno dos parágrafos 2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988. In: NEVES, Marcelo (Org.). *Transnacionalidade do direito*. Novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. p. 73-99. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SAVIGNY, Friedrich Carl. *Sistema de direito romano atual*. Trad. de Ciro Mioranza. v. VIII. Ijuí: Unijuí, 2004.

___. *Sistema del derecho romano actual*. Trad. de Jacinto Mesía e Manuel Poley. t. I. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1879.

SBALQUEIRO LOPES, Cristiane M. O direito a não discriminação dos estrangeiros. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 11, n. 37, p. 37-61, 2012. p. 39.

SCHAUL-YODE, Richard. British inheritance legislation: discretionary distribution at death. *Boston College International & Comparative Law Review*, Newton, v. 8, n. 1, p. 205-236, jan. 1985.

SCHMIDT, Torben. The incidental question on Private International Law. *Recueil des cours*, La Haye, v. 233, p. 305-416, 1992.

SCOTTI, Luciana. *Derecho internacional privado. Incidencias del Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.

SERPA LOPES, Miguel. *Comentários à lei de introdução ao código civil*. t. 3. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

SILBERMAN, Linda J. Cooney vs. Osgood Machinery, Inc.: A Less Than Complete Contribution, *Brooklin Law Review*, Brooklin, NY, n. 59, p. 1367-1384, 1993-1994.

SILVA, José A. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

___. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPIRE, Alexis. Faire payer les étrangers. L'avenir d'une vieille idée. *Plein droit*, n. 67, p. 3-5, 2005/4.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

__. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STF. ADIN n. 1.643-1. Tribunal Pleno. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: 05/12/2002. Publicação: DJU 14/03/2003.

__. ADIN n. 1.355-6. Tribunal Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Julgamento: 23/11/95. Publicação: DJ 23/02/96.

__. ADIN n. 815-3. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 28/03/1996. Publicação: DJ 10/05/1996 p. 15.131.

__. AI n. 851.587-AgR. Primeira Turma Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 19/06/2012. Publicação: DJE 01/08/2012.

__. Constitucionalidade de direitos sucessórios diferenciados para companheiro e cônjuge será discutida pelo STF. Notícias STF, Brasília, 20/04/2015. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289807>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. CR n. 9.970/Estados Unidos. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 18/03/2002. Publicação: DJ 01/04/2002.

__. Emb. RE n. 59.871/RS. Tribunal Pleno. Relator: Eloy Rocha. Julgamento: 26/05/1971. Publicação: DJ 12/11/1971.

__. EXT n. 633/CH. Tribunal Pleno. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 28/08/1996. Publicação: DJ 06/04/2001, p. 67.

__. HC n. 1.974. Relator: Alberto Torres. Julgamento: 14/01/1903. Publicação: *O Direito*, v. 91, p. 414-434.

__. HC n. 1.047. Julgamento: 29/01/1898. Publicação: *Jurisp. do STF*, 1898. p. 5.

__. HC 72.131/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 23/11/1995. Publicação: DJ 01/08/2003.

- ___. HC n. 94.016. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 16/09/2008. Publicação: DJE 27/02/2009.
- ___. HC n. 94.477. Segunda Turma. Relator: Gilmar Mendes. Julgamento: 06/09/2011. Publicação: DJE 08/02/2012.
- ___. Horn. sent. n. 676 Julgamento: 10/10/1914. Publicação: D.O. 17/10/1915.
- ___. MI n. 581. Plenário. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 14/12/1990. Publicação: DJ de 19/04/1991.
- ___. RE n. 5.396. Relator: Filadelfo Azevedo. Julgamento: 25/10/1943.
Disponível em:
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/9170/8272>>.
Acesso em: 14/02/2016.
- ___. RE n. 140.889. Segunda Turma. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: 30/05/2000. Publicação: DJ 15/12/2000.
- ___. RE n. 150.455. Segunda Turma. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 15/12/1998. Publicação: DJ 07/05/1999.
- ___. RE n. 18.983. Segunda Turma. Relator: Ribeiro da Costa. Julgamento: 06/11/1952. Publicação: ADJ 03/09/1953. p. 10620.
- ___. RE n. 181.371/SP. Primeira Turma. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 13/09/1994. Publicação: RTJ, v. 171. mar. 2000, p. 984-988.
- ___. RE n. 209.635/CE. Primeira Turma. Relator: Celso de Mello. Julgamento: 20/05/1997. Publicação: RTJ, v. 172, abr. 2000, p. 287-293.
- ___. RE n. 31.064. Tribunal Pleno. Relator: Luis Gallotti. Julgamento: 01/01/1970. Publicação: ADJ 24/07/1971.
- ___. RE n. 33.919 DF. Primeira Turma. Relator: Cândido Mota Filho. Julgamento: 12/09/1957. Publicação: RTJ, 3/566, DJ 07/11/1957 p. 14.488.
- ___. RE n. 34.273. Segunda Turma. Relatório: Antônio M. Vilas-Boas. Julgamento: 31/10/1958. Publicado: RTJ 16-01, p. 63.
- ___. RE n. 47.613. Segunda Turma. Relator: Hahnemann Guimarães. Julgamento: 16/04/1963. Publicação: DJ 12/12/1963.
- ___. RE n. 58.152: Tribunal Pleno. Relator: Victor Nunes Leal. Julgamento: 31/12/1969. Publicação: RTJ 033:050.

___. RE n. 59.871/RS. Tribunal Pleno. Relator: Antônio M. Vilas-Boas. Julgamento: 31/05/1966. Publicação: DJ 14/09/1966, p. 3.092.

___. RE n. 68.157. Primeira Turma. Relator: Luiz Gallotti. Julgamento: 18/04/1972. Publicação: DJ 26/05/1972.

___. RE n. 79.613. Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 25/02/1976. Publicação: DJ 08/07/1976.

STF. RE n. 80.004/SE. Tribunal Pleno. Relator: Xavier de Albuquerque. Julgamento: 01/06/1977. Publicação: RTJ 29/12/1977.

___. RE n. 81.458/SP. Segunda Turma. Relator: Cordeiro Guerra. Julgamento: 22/08/1975. Publicação DJ 10/10/1975. p. 7.352.

___. RE n. 99.230/RS. Primeira Turma. Relator: Rafael Mayer. Julgamento: 22/05/1984. Publicação: RTJ 110/750.

___. RE n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Publicação: 05/06/2009.

___. RE n. 466.343/SP. Tribunal Pleno. Relator: Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Publicação: 05/06/2009.

___. SE n. 7.401/Estados Unidos. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 11/06/2002. Publicação: DJ 20/06/2002.

___. SE n. 2.211 Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 05/12/1973. Publicação: DJ 02/01/1974 p. 934-01.

___. SE n. 2.396/Estados Unidos de América. Tribunal Pleno. Relator: Thompson Flores. Julgamento: 29/11/1978. Publicação: DJ 28/12/1978.

___. SE n. 2.446/Paraguai. Relator: Antonio Neder. Julgamento: 19/11/1979. Publicação: DJ 17/12/1979 p. 9507.

___. SE n. 2.883. Tribunal Pleno. Relator: Xavier de Albuquerque. Julgamento: 07/05/1982. Publicação: DJ 14/05/1982 p. 4572.

___. SE n. 2.289/Estados Unidos de América. Tribunal Pleno. Relator: Moreira Alves. Julgamento: 18/09/75. Publicação: RTJ 76/41.

___. SE n. 3780/Rep. Federal da Alemanha. Tribunal Pleno. Relator: Francisco Rezek. Julgamento: 06/05/1987. Publicação: DJ 22/05/1987.

__. SE n. 980/Portugal. Relator: Carlos Maximiliano. Julgamento: 21/09/1938. Publicação: Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 1938, v. 39/725.

__. SEC n. 4.944/Peru. Tribunal Pleno. Relator: Ilmar Galvão. Julgamento: 28/11/1996. Publicação: DJ 28/02/1997.

__. SEC n. 7.146/Estados Unidos de América. Relator: Ilmar Galvão. Julgamento: 12/06/2002. Publicação: RTJ 183:605-7.

__. SEC n. 4.512/Suíça. Relator: Paulo Brossard, Tribunal Pleno. Julgamento: 21/10/1994. Publicação: DJ 02/12/1994.

STJ. AgRg na SE n. 8.502/Argentina. Relator: Felix Fischer. Julgamento: 16/10/2013. DJE 23/10/2013.

__. AgRg no REsp. n. 1.073.860/PR. Quarta Turma. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 21/03/2013. Publicação: DJE 01/04/2013.

__. REsp. n. 37.356/SP. Quarta Turma. Relator: Barros Monteiro. Julgamento: 22/09/1997. Publicação: DJ 10/11/1997.

__. REsp. n. 1.117.563 SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento: 17/12/2009. Publicação: DJE 06/04/2010.

__. REsp. n. 1.294.404/RS. Terceira Turma. Relator: Ricardo Vilas Boas Cueva. Julgamento: 20/10/2015. Publicação: REJ 29/10/2015.

__. REsp. n. 1.346.324/SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento: 19/08/2014. Publicação: DJE 02/12/2014.

__. REsp. n. 1.377.084/MG. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrighi. Julgamento: 08/10/2013. Publicação: DJE 15/10/2013.

__. REsp. n. 1410958/RS. Terceira turma. Relator: Tarso Sanseverino. Julgamento: 22/04/2014. Publicação: DJE: 27/05/2014.

__. REsp. n. 275.985/SP. Quarta Turma. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento: 17/06/2003. Publicação: DJ 13/10/2003.

__. REsp. n. 302.767/PR, Quarta Turma. Relator: Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 05/06/2001. Publicação: DJ 24/09/2001.

__. REsp. n. 600.746/PR. Quarta Turma. Relator: Aldir Passarinho Júnior. Julgamento: 20/05/2010. Publicação: DJE 15/06/2010.

__. REsp. n. 753.261/SP Terceira Turma. Relator: Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 23/11/2010. Publicação: DJE 05/04/2011.

__. REsp. n. 828.616/MG. Terceira Turma. Relator: Castro Filho. Julgamento: 05/09/2006. Publicação: DJ 23/10/2006.

__. REsp. n. 974.241/DF. Quarta Turma. Relator: Honildo Amaral de Mello Castro. Julgamento em 07/06/2011. Publicação: 05/10/2011.

__. REsp. n. 992.749/MS. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrichi. Julgamento: 01/12/2009. Publicação: 05/02/2010.

__. REsp. n. 63.981. Quarta Turma. Relator: Aldir Passarinho Junior. Julgamento: 11/04/2000. Publicação: DJ 20.11.2000 p. 296.

__. REsp. n. 397.769/SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrichi. Julgamento: 29/11/2002. Publicação: RSTJ 168:327-331.

__. REsp. n. 1.472.945/RJ. Terceira Turma. Relator: Ricardo Vilas Boas Cueva. Julgamento: 23/10/2014. Publicação: DJE 19/11/2014.

__. REsp. n. 1.111.095/RJ. Quarta Turma. Relator: Carlos Fernando Mathias. Julgamento: 01/10/2009. Publicação: DJE 11/02/2010.

__. REsp. n. 61.434/SP. Quarta Turma. Relator: Cesar Asfor Rocha. Julgamento: 17/06/1997. Publicação: RSTJ 102:292.

__. REsp. n. 698.526/SP. Terceira Turma. Relator: Nancy Andrichi. Julgamento: 18/05/2006. Publicação: DJ 20/11/2006.

__. SE n. 1.621/Paraguai. Relator: Barros Monteiro. Julgamento: 11/10/2007. Publicação: DJ 22/10/07;

__. SE n. 10.926/Grã Bretanha. Relator: Francisco Falcão. Julgamento: 12/11/2014. Publicação: DJ 14/11/2014.

__. SE n. 14.373/Argentina. Relator: Francisco Falcão. Julgamento: 10/11/2015. Publicação: DJE 18/11/2015.

__. SE n. 6.322/Estados Unidos. Decisão Monocrática. Relator: Ari Pangendler. Julgamento: 25/11/2011. Publicação: DJE 05/12/2011.

__. SE n. 6.707/Portugal. Relator: Ari Pargendler. Julgamento: 14/16/2011. Publicação: DJ 14/09/11.

__. SEC n. 1.304/Estados Unidos de América. Corte Especial. Relator: Gilson Dipp. Julgamento: 19/12/2007. Publicação: DJE 03/03/2008.

__. SEC n. 1.397/Estados Unidos de América. Relator: Peçanha Martins. Julgamento: 15/08/2007. Publicação: DJ 03/09/2007.

__. SEC n. 3.269/Estados Unidos da América. Corte Especial. Relator: João Otávio de Noronha. Julgamento: 07/05/2012. Publicação: DJE 22/05/2012.

__. SEC n. 4.223/Suíça. Corte Especial. Relator: Laurita Vaz. Julgamento: 15/12/2010. Publicação: DJE 16/02/2011.

__. SEC n. 5.822/ Estados Unidos da América. Corte Especial. Relator: Eliana Calmon. Julgamento: 20/02/2013. Publicação: DJE 28/02/2013.

__. SEC n. 878/Portugal. Relator: Menezes Direito. Julgamento: 18/05/2005. Publicação: DJ 27/06/2005.

__. SEC n. 979/Estados Unidos de América. Relator: Fernando Gonçalves. Julgamento: 01/08/2005. DJ 29/08/05.

STORY, Joseph. *Commentaries on the conflict of laws, foreign and domestic*. Boston: C. C. Little and J. Brown, 1846.

__. *Commentaries on the conflicts of laws*. Boston: Little Brown And Company, 1957.

STRECK, Lenio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2000.

SUIÇA. Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987. Disponível em < <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>>. Acesso em: 14/02/2016.

SYMEONIDES, Symeon C. The American choice-of-Law revolution in the courts: today and tomorrow. *Recueil des cours*, La Haye, v. 298, p. 1-448, 2002.

__. The First Conflicts Restatement Through the Eyes of Old: As Bad as Its Reputation? *Southern Illinois University Law Journal*, Carbondale - Illinois, v. 32, 2007.

SZEINBLUM, Martha. Validez del documento proveniente del extranjero. *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, Montevideo, v. 79, n. 8, p. 37-50, jul. 1993.

TARTUCE, Flavio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 33, p. 155-177, 2007.

__. Sucessão do companheiro – O polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, ano VII, n. 39, 2010.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil - Esboço*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1864.

__. *Consolidação das leis civis*. v. 1. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1867. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242360/000056321.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14/02/2016.

TENORIO, Oscar. *Direito internacional privado*. t. II. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

__. Parecer. Sucessão – Universalidade – Domicílio do Defunto – Aplicação da lei brasileira. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 171-176, 1976.

TIBURCIO, Carmen. La condition de l'Etranger dans la Constitution Brésilienne de 1988. *Panorama of Brazilian Law*, ano 3. n. 3 e 4. p. 9-37, 2015.

TJDF. AI 20140020028778. Sexta Turma Cível. Relator: Esdras Neves. Julgamento: 02/04/2014. Publicação: 08/04/2014.

__. AI 2004.00.2.009630-8 Quinta Turma Cível. Relator: Dácio Vieira. Julgado em: 10/10/2005 Publicação: DJU 25/05/2006.

__. APL 20130111505689. Quarta Turma Cível. Relator: Maria Ivatônia. Data de Julgamento: 03/09/2014. Publicação: 01/10/2014.

TJMG. AI 10701130091625001 Primeira Câmara Cível. Relator: Geraldo Augusto. Julgamento: 03/12/2013. Publicação: 12/12/2013;

TJPR. Agravo de Instrumento n. 10247495. Décimo Segunda Câmara Cível. Relator: Rosana Amara Girardi Fachin. Julgamento: 29/01/2014. Publicação: DJ 30/03/2014.

TJRJ. APL 00099551220088190021. Quarta Câmara Cível. Relator: Paulo Mauricio Pereira. Julgamento: 30/12/2013 Publicação: 29/04/2014.

__. APL 857952020108190001. Sétima Câmara Cível. Relator: André Ribeiro, Julgamento: 06/06/2012. Publicação: DJE 12/06/2012.

TJRS. AI 70048625305. Oitava Câmara Cível. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgamento: 14/06/2012. Publicação: 18/06/2012.

__. AI 70055403067. Oitava Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 15/08/2013. Publicação: DJE 21/08/2013.

___. AR 70038425567. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: André Luiz Planella Villarinho. Julgamento: 10/06/2011. Publicação: DJE 12/09/2011.

__. Uniformização de Jurisprudência 70062220827. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Julgamento: 31/10/2014. Publicação: DJE 05/11/2014.

TJSP. Ag. de Instrumento 994.93.002939-4. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Marco Valente. Julgamento: 05/05/1994. Publicação: 09/05/1994.

__. AgIn. 369.085-4/3-00. Quarta Câmara. Relator: Carlos Biasotti. Julgamento: 27/1/2005. Publicação: RT 836:170.

__. AgIn. 249.984-4/0-00. Sétima Câmara. Relator: Oswaldo Breviglieri. Julgamento: 28/08/2002. Publicação: RT 809:203.

__. AgIn. 309.768-4/1. Segunda Câmara. Relator: Maia da Cunha. Julgamento: 07/10/2003. Publicação: RT 822:249.

__. AgIn. 20567832720138260000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Miguel Brandi. Julgamento: 02/04/2014. Publicação: 04/04/2014.

__. AI: 20534324620138260000. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Ana Lucia Romanhole Martucci. Julgamento: 05/08/2014. Data de Publicação: 05/08/2014.

__. Apelação 0002337-26.2013.8.26.0577 Segunda Câmara de Direito Privado, Relator: Álvaro Passos, Data de Julgamento: 11/03/2014. .

__. APL 00493780820138260506. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Francisco Loureiro. Julgamento: 28/08/2014. Publicação: DJE 29/08/2014.

TORNAGHI, Helio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

TORRES, Heleno. *Direito tributário internacional: Planejamento tributário e operações transnacionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TRF4. AG32610 PR 2005.04.01.032610-6. Relator: Vânia Hack de Almeida. Julgamento: 29/08/2006. Publicação: DJ 01/11/2006 p. 688

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Regulamento n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=PT>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Regulamento n. 650, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:PT:PDF>>. Acesso em: 14/02/2016.

__. Tratado de funcionamento da União Europeia. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/consolidated-treaties_pt.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT. World Map: Conflict of Laws in Successions. Mappemonde du rattachement en matière successorale. *Notarius International*, Würzburg, v. 10, n. 3, 2005. Disponível em: <http://212.63.69.85/DataBase/2005/notarius_2005_03_last.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

UOTTAWA. Juriglobe. Disponível em: <<http://www.juriglobe.ca/fra/sys-juri/class-poli/droit-civil.php>>. Acesso em: 14/02/2016.

URUGUAI. Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Disponível em: <http://www.oas.org/DIL/ESP/Codigo_Civil_Uruguay.pdf>. Acesso em: 14/02/2016.

VALENTE DOS REIS. Gabriel. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 13, p. 293-328, jan.-mar. 2009.

VALLADÃO, Haroldo. A lei reguladora do estatuto pessoal. *Revista de Direito*, Curitiba, v. 2, p. 19-43, 1954.

__. *Direito internacional privado*. Direito Intertemporal, Introdução e História do Direito. Material de classe. 10 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

__. *Direito internacional privado*. Introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.

__. *Direito internacional privado*. t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

__. Lei geral de aplicação das normas jurídicas. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 60, p. 121-131, 1965.

__. O direito internacional privado no projeto de Constituição de 1946. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 7-21, 1946.

__. O princípio da lei mais favorável no DIP. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 76, p. 53-61, jan. 1981.

__. Unidade e pluralidade da sucessão e do inventário e da partilha no Direito Internacional. In: CAHALI, Yussef S.; CAHALI, Francisco J. (Orgs.). *Doutrinas Essenciais Família e Sucessões*. v. VI. p. 57-97. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VALLINDAS, Petro. La structure de la règle de conflit. *Recueil des cours*, La Haye, v. 101, p. 325-380, 1960.

VEDOVATO, Luís R. *O direito de ingresso do estrangeiro*. A circulação das pessoas pelo mundo do cenário globalizado. São Paulo: Atlas, 2004.

VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 17, maio 2003.

VENOSA, Silvio. *Direito civil: Direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VESCOVI, Eduardo. *Derecho procesal internacional*. Montevideo: Idea, 2000.

VIANA FILHO, Luiz. *A lei reguladora da sucessão ab-intestato no direito internacional privado*. Bahia: Livr e Tip. do Comércio, 1930.

VIEIRA, Iacyr A. Plaidoyer por uma aplicação da Convenção de Viena de 1980, relativa à Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Brasil. In: VIEIRA, Iacyr A. (Org.). *Estudos de direito comparado e direito internacional privado*. t. I e II. p. 437-462. Curitiba: Juruá, 2011.

VIEIRA DE ANDRADE, José C. *Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

VILLALTA VIZCARRA, Ana E. La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Palestra realizada nas Jornadas ASADIP - Assunção, outubro 2013. Disponível em: <<https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/la-convencio3b3n-interamericana-sobre-derecho-aplicable-a-los-contratos-internacionales-ana-elizabeth-villalta-viscarra.pdf>>. Acesso em: 14/02/2016.

VILLELA, Anna M. *O divórcio no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

__. Um privilégio de nacionalidade: o Direito Internacional Privado na Constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 65, p. 131-146, jan.-mar. 1980.

VON MEHREN, Arthur T. Adjudicatory jurisdiction: general theories compared and evaluated. *Boston University Law Review*, v. 63, p. 279-340, 1983.

WALD, Arnaldo. A obra de Teixeira de Freitas e o Direito Latino-Americano. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 173, p. 249-260, jan.-mar. 1985.

WATERS, Donovan. Rapport explicatif sur la Convention-Successions de 1989. Tiré à part des Actes et documents de la Seizième session (1988). La Haye: HCCH, 1988.

WEISS, André. *Manuel de droit international privé*. Paris: Recueil Sirey, 1909.

WENGLER, Wilhelm. *Internationales privatrecht*. Berlin, New York: de Gruyter, 1981.

WITZ, Claude. Os vinte e cinco anos da Convenção de Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional e mercadorias: balanços e perspectivas. In: VIEIRA, Iacyr A. (Org.). *Estudos de direito comparado e direito internacional privado*. t. I e II. p. 413-435. Curitiba: Juruá, 2011.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZURILLA CARIÑANA, María Ángeles. ¿Es precisa la revisión de las causas de indignidad en el sistema sucesorio español? *Documento de trabajo 2012/1*. Cuenca: Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, 2012.