



Direito Brasileiro (*)

O lugar em que deve ser feito o inventario e leis que regem a successão.

I

1—São duas as questões a resolver:

a)—Onde se deve considerar aberta a successão e proceder ao inventario ?

b)—Que lei regula a successão ?

Por certo não relembrarei agora a estafada contenda entre os partidarios da lei nacional e os devotos da lei domiciliaria, para, depois de aturado e ardoroso debate, alcançar uma solução geral que illumine e decida as questões propostas. E' mister, porem, que de passagem, ao menos, remonte aos fundamentos da sciencia cujos dominios vou enfrentar e invoque alguns principios que sirvam de base ao que pretendo construir, dando valimento ao que se vae ler.

2—Assim como o direito publico internacional se destina a regular as relações dos Estados

(*) Communicação apresentada á Secção de Scieneias Juridicas do Congresso Latino-Americano.

entre si, considerando-os como pessoas juridicas soberanas, o *direito internacional privado tem por objecto as relações de ordem privada, da sociedade internacional.*

3—A existencia da sociedade internacional, formada com individuos de nacionalidades diferentes e ligados por interesses de ordem privada, economicos, familiares ou espirituaes, é um facto que já entrou para o dominio da observação dos pensadores (1) e deve ser tomado em consideração pelos sociologos e pelos juristas, para que lhes não escape a explicação de certos phenomenos menos sociaes e juridicos apparentemente anormaes.

A sociedade internacional não se compõe de Estados, organismos politicos soberanos; forma-se com individuos que se relacionam fóra do ambito juridico de seus paizes e offerece um novo campo de applicação á energia disciplinadora do direito.

Como, porem, esta sociedade se constitue com individuos pertencentes a Nações diversas; como a sua organização é puramente social e não tambem politica, em torno de um principio de autoridade; como, finalmente, não possui uma base physica especial, um territorio, extendendo-se por cima das fronteiras de todas as Nações cujos subditos possuem interesses communs, tem ella de recorrer ás leis, aos Tribunaes e aos tratados que formam o aparelho juridico dos Estados. Esta organização diffusa e incompleta, sob o ponto de vista juridico da sociedade internacional, tem a vantagem

(1) PILLET in CLUNET, 1893, pag. 6; FIORE—*Droit int, privé*, trad. Antoine 3.^a ed. pag. VII; DE GREEF—*Introduction à la sociologie*, I, pag. 74 e segs.; MARNOCO E SOUZA—*Execução extraterritorial das sentenças*, n. 15; E. CATALANI—*Revista italiana de sociologia* IX, p. 1—29.

de associar o sentimento de patria ao de humanidade, approximando os povos sem lhes pedir sacrificios, sem lhes diminuir o prestigio da soberania. Vicejam as leis nacionaes em todo o seu poder; unem-se e mais se dilata e revigora a sua autoridade. Não é mister crear novos Tribunaes; em cada Estado funcçionam os Tribunaes communs com jurisdição mais extensa.

4—No modo de conceber a sociedade internacional, afasto-me um pouco do illustre DE GREEF e do eminente MARNOCO E SOUZA (2). Não vejo tambem o que AUGUSTO COMTE chamava o superorganismo humanitario, pois a humanidade se não deixa apanhar sob a fórmula de um ser de existencia objectiva, é uma simples abstracção (3), descubro apenas um conglomerado de Estados que se associam para mais facilmente alcançar a realisação de seus fins e, principalmente, me prende a attenção um vasto amalgame de individuos que, independentemente das relações de amizade acaso existentes entre os grupos sociaes a que pertencem, effectuam os diversos actos da vida em commum, compras e vendas, doações, testamentos, matrimonios.

A aproximação dos Estados origina relações de ordem geral entre elles. Nessas relações a personalidade juridica dos Estados se revela com os seus predicados fundamentaes, soberania e independencia, age como unidade collectiva, é tratada como potencia. Esse é o dominio do direito publico internacional, tambem chamado direito das gentes.

(2) Ver a nota precedente.

(3) Expuz o meu modo de ver esse phenomeno sociologico, a proposito de R. DE LA GRASSERIE—*L'état fédératif* (Estudos de Direito, 2.^a ed.

Na sociedade internacional faz-se, até certo ponto, abstracção dos Estados, apparecendo os individuos e as pessoas juridicas de direito privado como sujeitos das relações a regular. Não são as organizações politicas, as nacionalidades, em seus contactos reciprocos, as forças que movem aqui a mecanica juridica: são os particulares, os individuos, as sociedades civis e commerciaes. Este é o campo de direito internacional privado.

5.—Os Estados concluindo tratados de amizade e commercio, convenções postaes, accordos referentes ao direito autoral e á extradicção, construindo estradas de ferro internacionaes, realisando outros actos de interesse humano, favorecem e protegem as relações da sociedade internacional, cujo direito atravessou as diversas phases de sua evolução e vae attingindo ao periodo definitivo da codificação. Foi inconsistente e amorpho, nos primeiros tempos, tornou-se costumeiro e empirico, e agora tende a fixar-se por meio de convenções como essas que surgiram do Congresso de Montividéo em 1888—1889, e do de Haya, que ainda não deu por finda a sua grandiosa missão. A acção dos congressos, aliás, não dispensa a intervenção das legislaturas nacionaes que, ou executam as idéas acceitas por essas associações de competentes, ou tomam por si a iniciativa de traduzir em fórmulas obrigatorias os principios elaborados pela sciencia.

Mostram estas considerações que a sociedade internacional não prescinde da tutela dos Estados, a cujos órgãos pede as funções que não pode por si executar. Mas, o seu direito offerece um caracter distincto, porque as relações individuaes travadas no seio della têm um campo de repercussão muito mais vasto do que os limites

de um Estado e por que as sentenças que applicam o direito a essas relações se alçam a uma região mais elevada do que a geralmente attingida pela relatividade da justiça original. Nesse dominio, aspirando a communhão de direito de que fallava SAVIGNY e que deve ser tomada como um dos principios cardaes do direito internacional privado, a justiça assume uma feição verdadeiramente grande e póde merecer o epitheto de humana, quando não de universal.

6—Eucarado assim o direito internacional privado e considerando as relações a elle submettidas como interesses particulares da sociedade internacional, todos problemas deste ramo do direito se esclarecem, desprendidos das prevenções do regionalismo ou da raça, e as soluções, inspiradas pelo ideal da justiça que paira soberana por cima dos povos e das instituições, como que surgem espontaneamente na consciencia de todos nós, que vemos, no membro da sociedade internacional, o homem e não simplesmente o subdito de um Estado, embora entrando para essa vasta aggremação não perca elle a sua nacionalidade com as consequencias juridicas inherentes a esse Estado.

7—LESTER F. WARD (4) sustenta que a humanidade, tendo partido de um só grupo ethnico, por acção do meio kosmico, da selecção sexual e de outras energias modificadoras, se differenciou em muitas raças e sub-raças. Mas, exgotada esta expansão polymorphica, as raças differentes de novo se vão mestiçando e então opera-se um momento regressivo para a homogeneidade ethnica, para a integração social. Por força desse retor-

(4) *La differentiation et l'intégration sociales*. Paris, 1903 pag. 21.

no demologico, «a grande familia humana será uma photographia composta, na qual certas phisionomias fortes dominarão o grupo, mas na qual se distinguirá a influencia amollentadora das feições caracterisadas por qualidades moraes requisitadas que reflectirão mais a alma do que o intellecto. Esta raça aperfeiçoada e ultima realizará o que o homem tem de grande e bom».

E' um sonho de sociologo que, de alguma fórma, reflecte a marcha das penetrações ethnicas, cada vez mais extensas, mais profundas e mais frequentes, porem, que deve ser recebido como uma conjectura, menos do que isso: como um devaneio da imaginação semelhante ao bello sonho de scipião na *Republica de CICERO*, á phantasia de CAMPANELLA na *Civitas solis*, ou de BACON em sua *Nova Atlântida*.

Essas creações, mais ou menos imaginosas, embora appellando para observações positivas e dados scientificos, demostram apenas que o escol da humanidade, os espiritos que pedem inspirações á fonte inexaurivel da bondade, almejam o congraçamento da familia hominal, o reinado da paz e do direito. E, como a sociedade aperfeiçoa-se lenta mas seguramente, devendo marchar para a realisação definitiva do direito, que é o seu modo de ser, do direito puro, da justiça integra e ampla bastante para abrigar todas as expansões da vida, ha sempre nessas utopias um reflexo de verdade, uma antecipação do futuro.

A concepção da sociedade internacional, mantendo-se no terreno solido da observação real, é um encaminhamento para esse mesmo reinado da paz e da justiça nas relações que se estabelecem fóra do circulo das soberanias locaes. A efficacia juridica restringia-se primiti-

vamente a um grupo social insignificante, dilatou-se abrangendo as grandes nacionalidades, agora quer, por um lado, cingir os Estados em suas relações publicas e os individuos nessa vastissima organização que ultrapassa as linhas nacionaes e apaga os matizes ethnicos, para os efeitos dos interesses economicos ou moraes e do direito.

8—O ponto de vista em que me colloco, é preciso dizel-o desde já, não é o de FUNK-BRENTANO *et* SOREL, para quem o direito internacional privado regula os interesses privados das Nações, como parte que é do direito das gentes e como antithese do direito internacional publico, destinado a regular as relações publicas dos Estados (5). Não me parece que o direito internacional privado seja um ramo dos direitos das gentes, ao lado do direito publico internacional, nem penso que se possa definir «o conjunto de direitos que cada Estado reconhece aos estrangeiros, ás suas pessoas e aos seus bens». Não meu entender, o direito internacional privado move-se em um circulo mais vasto do que as Nações e somente pela deficiencia organica da sociedade internacional tem necessidade de exprimir-se pelos órgãos do direito local e dos Tribunaes ordinarios (6). A sociedade internacional

(5) *Precis de droit des gens*. Paris, 1877, ns. 22—24.

(5) Neste ponto é que a doutrina de PILLET fornece um precioso criterio para que saibamos qual a lei applicavel, si a nacional, si a territorial. Dispenso-me, no emtanto, de fazer a exposição das idéas do eminente professor, porque não é isso agora indispensavel. Dellas já me occupei em outras occasiões e agora tomar-lhes-hei a orientação adequada nos momentos opportunos. Lembrarei apenas que o criterio extrahido da propria noção da lei deverá attribuir-lhes effeitos extraterritoriaes, sómente quando o seu fim immediato for a protecção dos individuos, protecção que incumbe mais directamente ao Estado de que o individuo é subdito. No caso da

é o campo de applicação do direito internacional privado e o seu norte é a communhão de direito entre povos que têm relações de ordem privada.

9—Desta concepção resulta: 1.º—que o direito privado estrangeiro está, em principio, collocado em pé de egualdade com o interno, por quanto o que se deve ter em vista é, como ensinou SAVIGNY, determinar o *direito mais conforme á natureza e á essencia de cada relação juridica*; 2.º—o direito estrangeiro deve ser applicado á relação de direito sempre que ella tiver nascido sob os seus auspícios e se mantiver por força delle, salvo os casos de offensa á ordem publica e aos bons costumes (7).

10—O principio da nacionalidade que, depois do grande MANCINI, forneceu base a uma brilhante escola e á reorganisação do direito internacional privado, é uma fórmula superior e atenuada de egoismo que, para affirmar-se, teve de sustentar luctas cruentas, porque em face de cada aggregado nacional, que pretendia abrir-se um lugar á luz do sol, outros se erguiam com pretensões semelhantes. A elle devemos, no pensar de NOVICOW (8), quasi todas as guerras que ensanguentaram a Europa no seculo XIX; e o choque tremendo a que agora assistimos entre a Russia e o Japão tem essa mesma origem. Mas, reconhecida a soberania das Nações, organizadas ellas segundo os interesses dos povos que as

abertura da successão o fim tutellar do individuo não apparece com caracter predominante. O que ha simplesmente é um facto juridico realizado em um momento e em um lugar determinado e produzindo consequencias que devem ser apreciadas pela autoridade competente.

(7) MEILI—*loc. cit.*, pag. 471.

(8) *Politique internationale*, pag. 4—5.

constituem e respeitadas ellas em sua actividade livre, nos seus direitos, o principio da nacionalidade será um regulador decisivo das relações entre os povos, será a alma do direito publico internacional.

Entretanto, no direito internacional privado o nacionalismo vae se mostrando insufficiente. Deu impulso á sciencia, alargou e fortificou as normas juridicas nesse dominio, porém, já não exprime o estado das aspirações, nem mesmo das necessidades da vida internacional, que busca um principio mais alto, um principio humano, e tendo para o universalismo juridico, que é a harmonia fecunda das necessarias divergencias das legislações nacionaes.

II—Este espirito de humanismo, de universalismo, que vivifica o direito internacional privado, não se oppõe ao desenvolvimento autonomico das nacionalidades e dos direitos nacionaes. Si os mesmos interesses materiaes e moraes repercutem em Nações diversas; si o commercio lança vinculos fortissimos entre os povos; si as artes e as sciencias offerecem um accentuado character de cosmopolitismo e o direito internacional privado procura reflectir essa feição da vida humana, é fóra de duvida que não pretende eliminar as Nações, antes as quer fortes e opulentas, illuminadas pelo saber e bem organizadas segundo os dictames da justiça. E' bem certo o que escreveu NOVICOW:

« Por maiores que sejam os laços intellectuaes entre as sociedades, por mais forte que seja a cohesão politica que um dia as combine, si tal for possivel, em grupos de civilisação, o organismo de nacionalidade não desaparecerá.

Elle é necessario, accrescenta o escriptor

russo, é indispensavel, por que é o individuo social chegando ao seu desenvolvimento mais completo. Todos os factos que podemos observar e a lei biologica da especialisação, cada vez maior das funcções, nos demonstram, ao contrario, que sua importancia augmentará todos os dias (9). »

12 — Aceita a concepção da *sociedade internacional* como tendo uma existencia real e devendo reger-se por prescripções especiaes, a resposta ao quesito simplifica-se. Assim como dentro de cada aggrupamento nacional o ultimo domicilio do *de cujus* é o lugar onde se lhe abre e liquida a successão (10), dentro da sociedade internacional nenhuma razão existe para que procuremos outra regra, outra norma reguladora.

A influencia do domicilio, neste caso, é manifesta, util e irrecusavel. O domicilio é a morada juridica da pessoa, é nelle que o individuo se reputa presente para todas as suas relações de direito. Consequentemente, é no domicilio do *de cujus* que o seu patrimonio se desprende de sua pessoa extincta pela morte. O lugar onde se opera esse acontecimento de ordem juridica, evidentemente não pode ser outro, e, portanto, o ultimo domicilio do autor da herança é determinador da competencia para a liquidação da mesma.

Este principio, de uma clareza quasi axiomática, autorisado pelo direito romano (11) e por

(9) *Op. cit.*, pag. 149.

(10) *Meu Direito das Successões*, § 7.º *Adde*; JOÃO MONTEIRO—*Processo*. I. § 38 e nota 4; PLANIOL—*Traité de droit civil*, III. n. 1703; HUC.—*Commentaire*, I, n. 391; lei Suissa de 25 de Junho de 1891, art. 23.

(11) D. 5. 1, fr. 19 pr. ; Cod. 3, 20, lei unica.

crescido numero de abalizados escriptores (12), tem a vantagem de manter a unidade da successão e de concentrar, em um ponto unico, os interesses hereditarios, submettendo-se ao mesmo Tribunal. Arrastada pela força dos principios, a jurisprudencia franceza acceita a regra quanto aos mōveis, mas, dominada pela tradição estatutaria, deixa-se ficar a meio caminho. Começam ahi as difficuldades, os embaraços, as duvidas. Mas, creadas por quem? Pela prevenção contra o estrangeiro, que não permite a applicação pura e simples de uma regra util e capaz de proporcionar ao direito a sua maxima efficacia. A escola italiana, por sua vez, não se rendendo á clareza das idéas, ainda que se não preoccupa com a natureza nem a com situação dos bens, acha que a questão de saber onde se deve liquidar a herança está subordinada a esta outra:— porque lei deve ser regulada a successão? E responde que á lei nacional cabe determinar qual o fôro competente para o inventario e partilha do *de cuius*.

Os escriptores tambem reluctam em reconhecer a luz que dimana do principio domiciliario applicado á abertura da successão (13). Entre estes, pelo desenvolvimento que deu ás suas idéas, merece ser considerado em particular o illustre WAHL.

13—« Tratando-se de acções hereditarias, é

(12) SAVIGNY—*Systema* 376; Faculdade de Direito da Universidade de Berlim, in CLUNET, 1893, p. 735, com restricções; HUC—*Commentaire*, V. n. 316; CHAMPCOMMUNAL—*Etude sur la succssion en droit int. privé*, pags. 518—538; DESPAGNET—*Droit int. privé*, n. 373. Vejam-me mais as notas 18 e 19.

(13) WESTLAKE—*Private international law*, § 146; WHARTON—*Private int. law*, § 560, nota 2, cita diversas autoridades scientificas da Inglaterra e da America do Norte.

a doutrina WAHL (14), o interesse dos herdeiros é que os pedidos sejam levados não perante os differentes Tribunaes na circumscripção dos quaes elles têm seu domicilio, mas diante de um Tribunal unico para todos os herdeiros, e escolhido de maneira a satisfazer os interesses de todas as partes em causa; esta solução evitará a necessidade de intentar a acção de partilha em muitos Tribunaes, o que é de uma realisação pratica impossivel; evitará tambem que o herdeiro accionado por um credor tenha de exercer perante outros Tribunaes seu recurso de garantia contra os coherdeiros; que o proprio credor tenha de solicitar a intervenção de tantos Tribunaes quantos forem os herdeiros; que o Tribunal chamado a tomar conhecimento da causa se ache privado dos dados mais elementares ácerca da consistencia da successão, do valor dos direitos reclamados e dos melhores expedientes a empregar para a liquidação da successão. »

Até aqui, de pleno accordo. Nestas palavras estão synthetisadas as razões mais valiosas que advogam o principio de unidade e universalidade da successão, sob o ponto de vista de sua liquidação. Mas, o douto civilista extrahe destas justas ponderações consequencias extranhas que, evidentemente, se não contêm nas premissas. Depois de affastar outras soluções possiveis, explica o escriptor francez; «Os Tribunaes competentes devem ser procurados nos paizes cujas leis regulam a devolução da herança. Por outros termos, os partidarios da opinião que se refere, para a solução deste problema, á lei da situação dos bens, quando se trata de immoveis e

(14) *Des principes de competence dans les conflits internationaux*, in CLUNET, 1895, p. 712.

á lei nacional do defunto quando se trata de moveis, deverão decidir que a liquidação de herança movel se fará sob a presidencia dos Tribunaes, ou deante das autoridades do paiz ao qual o defunto houver pertencido como cidadão, e que os Tribunaes da situação dos diversos immoveis conhecerão da liquidação, da partilha e da licitação desses immoveis. Ao contrario, os adherentes do systema segundo o qual a lei nacional do defunto regula a successão, deverão attribuir competencia aos Tribunaes do paiz, ao qual pertencia o defunto, para a liquidação integral da successão (15).»

Não é uma solução que se nos offerece nas palavras que acabam de ser textualmente transcriptas, por que a difficuldade subsiste intacta; não é uma theoria que se nos propõe, por quanto o espirito fica a vacillar entre doutrinas opostas, inclinando-se para uma ou para outra, á mercê dos ventos do acaso; e não está o que aconselha o jurisconsulto de accôrdo com o que precedentemente expuzera ao mostrar as vantagens de unificar a liquidação da herança, pois a espalha por tantos Juizes quantas forem as circumscriptões onde se acharem os immoveis e afinal não nos informa qual o Tribunal que, segundo a doutrina dos nacionalistas, deve presidir ao inventario e partilha da herança.

VAREILLES-SOMMIÈRES, depois de mostrar que a doutrina de WAHL é tão ousada quanto impraticavel, conclue de modo ironico: «M. WAHL nourrit sur les avantages de son systême des illusions paternelles qui sont excusables, et respectables, mais il est permis de ne point les par-

(15) WAHL.—*loco cit.* p. 715.

tager (16). Realmente o alludido systema estabelece a coincidência entre a competencia legislativa e a judiciaria, mas com sacrificio da certeza juridica e da unidade da successão, sendo esta a vantagem que pretendia alcançar.

14—A jurisprudencia patria, apesar de não ser uniforme, tem firmado por numerosos julgados, de seu mais elevado Tribunal, o principio de que o domicilio do *de cujus* deve firmar a competencia judiciaria em direito internacional privado como em direito interno (17), principio que, segundo já deixei affirmado, me parece o unico em condições de corresponder aos intuitos universalistas do direito internacional privado e á necessidade de unificar a liquidação da herança.

(16) *La synthese du droit international privé*, I, n. 940.

(17) *Accordão do Supremo Tribunal Federal* n. 6, de 4 de Maio de 1895:—é homologada a sentença estrangeira julgando partilha quanto aos bens situados no Brazil; *Acc. n. 146 de 17 de Agosto* de 1898: são sujeitas á homologação do Supremo Tribunal as sentenças de partilhas proferidas pelos Tribunaes estrangeiros; *Accordão n. 165 de 26 de Outubro* de 1898 (idem): sendo a herança e patrimonio coligido em diferentes paizes por meio de rogatorias ás justiças respectivas, se procede ás diligencias necessarias para a avaliação de bens sitos no estrangeiro, e assim se tem procedido e julgado; *Accordão n. 266 de 4 de Agosto* de 1900: tratando-se de herdeira de bens pertencentes a individuo aqui domiciliado e aqui fallecido, perante a justiça deste districto (o federal) competente para a arrecadação, deveria ter corrido o processo e habilitação. Ver a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, anno de 1895, pag. 247, anno de 1898, pags. 368—369 e 373—375, anno de 1900, pag. 352.

Em sentido contrario ha, sem duvida, outros julgados, mas ainda quando o Tribunal foge ao principio regulador do domicilio, no caso de que aqui se trata, ha protestos de votos vencidos, como se vê, por exemplo, no *Acc. n. 127* de 3 de Abril de 1898, onde a boa doutrina encontrou orgam expressivo no voto do Sr. Ministro Pereira Francisco. Ver a *«Jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal»* anno de 1898, p. 364.

O projecto primitivo, art. 37, da lei de introdução, consigna expressamente a regra de que, em direito internacional privado a successão se abre no ultimo domicilio do autor da herança.

15—Foi sem duvida inspirada nesse mesmo principio a redacção do art. 2 do Dec. n. 855 de 8 de Novembro de 1851, embora se alluda, no art. 24, á reciprocidade, pois que determina : *Logo que fallecer hum estrangeiro domiciliado no Brazil, intestado, que não tenha conjuge na terra ou herdeiros reconhecidamente taes, presentes, aos quaes conforme o direito pertença ficar em posse e cabeça de casal... procederá o Juiz dos defuntos e ausentes á arrecadação da herança etc.* (18). Não se deduz desse enunciado uma regra segura do sentido a que me refiro, mas a influencia do domicilio está manifestamente reconhecida em materia de liquidação da herança para o effeito de se não dispersarem os bens do espolio.

16—A doutrina dos escriptores norte-americanos (19) até certo ponto afaga este principio de competencia do fôro do domicilio para a decisão de todas as duvidas e esclarecimentos de todos os direitos referentes ao inventario e partilha. E si os americanos dão á lei de domicilio maior campo de applicação do que exigem os principios, não é razão para que os não in-

(18) A reciprocidade esta pactuada com diversas Nações. Vejam-se quanto á Allemanha, (Dec. n. 3.358, de 29 de julho de 1899; Belgica, (Dec. n. 2.546, de 9 de julho de 1897); França, (Dec. n. 10.379, de 28 de Setembro de 1889); Italia, (Dec. n. 10.217, de 30 de Março de 1889); Hespanha, (Dec. n. 10.323, de 27 de Agosto de 1889); Portugal, (Dec. n. 3.492, de 13 de Novembro de 1899); Suissa, (Dec. n. 2.169 de 21 de Novembro de 1895).

(19) WARTON—*International law* § 549:—Good when transferred as matters of bargain and sale are governed by the *ex situs*. But when they are massed for the purpose of maintaining the marital relation, or of preserving a family after the death of one of its heads, until the period of final distribution has passed, then the *lex domicilii* prevails as the only way by which the assets to be distributed can be brought under the dominion of an equal and consistent law. Veja-se mais o § 20 da mesma obra.

vôque sempre que as suas razões me parecerem boas.

Na Argentina também a competência do fôro do domicílio é suffragada pelas melhores autoridades (20), e na Suíça é objecto de artigo de lei. (21)

Já vimos que, em França, é este o principio dominante quanto aos moveis. E a escola italiana, estatuinto que a abertura da successão e a liquidação da herança hão de se verificar no lugar determinado pelo direito nacional do *de cujus*, não se affasta, na pratica, do principio que propugno, por quanto a lei nacional invocada estabelece, em regra, a competência do Juiz do domicílio do hereditario (22). O mesmo deve dizer-se do direito allemão após as innovações da lei de introdução ao Código Civil. (23)

(20) ESTANISLAO S. ZEBALLOS—*Bulletin argèntin de droit international privé*, Set. 1903 pag. 198 e 120—122.

E' certo que também na Argentina a força da *lex domicilii* tem extensão maior do que me parece justo, mas, no caso particular de que aqui se trata, tenho que a verdadeira doutrina é a do egregio ZEBALLOS e DR. BUSTAMANTE, por elle citado: Les juges argentins sont incompetents pour connaitre d'une succession dans laquelle le *de cujus* est mort hors de la Republique, sans y avoir son dernier domicile. A competência em materia de successão não é determinada pela situação dos bens nem tampouco pela nacionalidade do *de cujus*.

(21) *Lei federal de 25 de Junho de 1891*, art. 27: La succession s'ouvre pour la totalité des biens qui la composent, au dernier domicile du defunt.

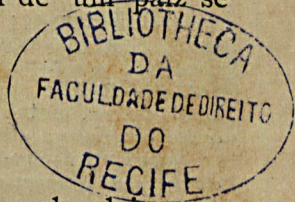
(22) ALBERTO DOS REIS—*Das successões em direito internacional privado*, n. 20 *in fine*.

(23) A lei de introdução ao Código Civil, arts. 24 a 26, dá preferéncia á lei nacional do autor da herança para regular todas as relações oriundas da successão. Por isso KEIDEL, *in* CLUNET, 1889, pag. 262, sustenta que é essa também a lei determinadora do momento e das condições da abertura da successão. Cnmpre, entretanto, observar que a citada lei de introdução, em alguns casos, afasta a lei nacional para deixar que a lei do domicílio reja o caso. Assim é que os herdeiros podem escolher para a determinação da responsabilidade da herança a lei do ultimo domicílio do *de cujus*.

17—Assim, por uma elaboração espontanea do direito, se vae desprendendo do embate das opiniões e das exigencias da pratica, a escolha do ultimo domicilio do autor da herança para nelle se considerar aberta a successão e se conferir competencia aos Juizes, afim de presidir ao inventario e partilha.

O essencial, nesta materia, é conservar a unidade da successão. E quanto á liquidação da herança, nenhuma solução melhor satisfaz a este *desideratum* do que a concentração da competencia judiciaria no fôro do ultimo domicilio do *de cujus*, porque assim se harmoniza até o direito interno com o internacional e não se faz distincção entre inventario e partilha de nacionaes e estrangeiros. Pelo simples facto de ser estrangeiro o hereditando não se desafora o Juiz competente, pelo direito interno, para funcionar na liquidação da herança. Nem se diga que o Juiz terá de applicar a lei estrangeira para conhecer qual o direito dos herdeiros, desde que entendermos que compete á lei nacional fixar esses direitos, por que tal circumstancia não tem alcance para nos desviar da solução proposta. Em muitos outros casos terá de fazel-o, e nem outra cousa é o direito internacional privado para muitos escriptores senão o complexo de principios segundo os quaes a lei de um paiz se applica em outro.

II



18—Resta agora examinar qual a lei reguladora da successão. Para ir mais directamente

Sobre a competencia da lei do domicilio veja-se a sentença do Tribunal de Aix-la Chapelle, em CLUNET, 1904 p. 864.

ao alvo, deixarei de parte a evolução historica das idéas a respeito (24), encarando sómente a variedade dos pareceres na actualidade.

Por diversos modos solvem as legislações a difficuldade:

a)—umas applicam a lei territorial á qual cabe o direito soberano de regular a successão dos estrangeiros como dos nacionaes. A legislação russa assim estatue (25). Não está, porem, isolada: diversos Estados da União norte-americana adoptam o mesmo rigor territorialista, aliás com a aggravante de pôr o estrangeiro numa situação de deprimente desfavor, recusando-lhe em absoluto a capacidade successoria, como o de Alabama e o da Carolina do Norte (26), ou cercando a successão dos estrangeiros de difficuldades incompatíveis com o estado de cultura do nosso tempo. Assim, é que no Kentucky, no Illinois, em Connecticut e ainda em outros Estados, somente os estrangeiros residentes podem adquirir immoveis; em Arkansas Delaware, Maryland e Carolina do Sul, exclusivamente os que se compromettem a adquirir a nacionalidade norte-americana. E em outros Estados outros preceitos de excepção existem (27).

19—b)—Um outro grupo de legislações

(24) Vejam-se; LAINÉ — *Introd. au droit international privé*; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* n. 2; TORRES CAMPOS—*Conditions juridiques des étrangers*, in CLUNET, 1891; E. ZEBALLOS—*Bulletin argentin*, Set. 1903, pag. 81 e segs; WHARTON—*Op. cit.* nota 1 ao § 554; CHAMPCOMMUNAL—*La succession en droit int. privé*, p. 1.

(25) LEHR—*Drois civil russe*, I n. 498; DESPAGNET—*Précis de droit international privé*, n. 364; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* pag. 21.

(26) WEISS—*Traité théorique et pratique de droit international privé*, II, pag. 474; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* n. 2.

(27) E' o que se pode ver em WEISS—*Traité* citado, pags. 474—476, e em ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* pag. 8. Veja-se também, quanto ao Código francez, a nota seguinte.

distingue os bens moveis dos immoveis, para submeter os primeiros á lei pessoal do fallecido e os segundos ao imperio da *lex situs*. Esta é a doutrina estabelecida pelo Codigo Civil francez, art. 3.º (28), segundo a interpretação da jurisprudencia corrente, pelo Codigo Civil hollandez, art. 7.º, pelo Codigo Civil mexicano, art. 13. Adoptaram-na igualmente as legislações sueca (29) e austriaca (30). A jurisprudencia ingleza adoptou a mesma orientação que foi transmittida aos Estados Unidos da America do Norte (31). Na America do Sul esta orientação, que está consagrada no Codigo Civil do Perú, art. V do titulo preliminar, e no Codigo uruguayano, art. 5.º, como que se generalisou com os tratados celebrados após o Congresso de Montevidéo em 1889 (32).

(28) E' certo que alguns escriptores, como DESCAURROY, MARCADÉ, BONNIER, ROUSTAND e outros sustentam que a devolução dos bens *mortis causa* é regulada em França pela lei da situação, mas a tendencia da jurisprudencia é a indicada no texto, como adeante se provará, e outra a orientação da doutrina.

(29) ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* p. 20; DESPAGNET—*Op. cit.* n. 364.

(30) Lei de 9 de Agosto de 1854; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* p. 19; DESPAGNET—*Op. cit.*, n. 364; SALEM, in CLUNET, 1898, p. 673, nota 1; BAR—*Lehrbuch des int. Priv. and Strafrechts*, § 42.

(31) WESTLAKE—*Privat. international law* §§ 54 — 55; WHARTON—*Op. cit.* §§ 560—578. No primeiro dos citados paragraphos, WHARTON escreve ;—the law both in England, the United States and France is clearly settled, that in those countries, in matters of succession, realty is governed by the *lex rei sitæ*.

(32) O tratado referente ao direito civil internacional, que foi assignado pelos representantes da Argentina, da Bolivia, do Paraguay, do Perú e do Uruguay, declara em seu 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.

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

a)—la capacidad de la persona para testar ;

E' sem contestação a doutrina mais generalizada, tendo para esse resultado contribuido o accôrdo de vista em que se collocaram a jurisprudencia de França, de Inglaterra e da America do Norte. Si na França muitos autores a combatem, alguns ha que a defendem, e a jurisprudencia é tradicionalista (33).

20—c)—A legislação suissa inclina-se para o systema que submette a successão á lei do domicilio do *de cujus*, seguido, tambem pela Allemanha, antes da promulgação do Codigo Civil (34)

O direito civil argentino (35), o chileno (36) o colombiano (37) e o paraguay (38) adoptaram o mesmo principio.

b)—la del herdero ó legatario para suceder;

c).....

g)—em suma, todo lo relativo á la sucesión legima ó testamentaria.

(33) Entre os autores a que alludo, está VAREILLES-SOMMIERES—*La synthese du droit int. privé*, II n. 1119.

A jurisprudencia pôde ser encontrada nos repertorios, como por exemplo, em CLUNET, 1885, p. 77; 1900, pag. 995—999; 1892, pag. 858—860.

No mesmo repertorio, aliás, se encontram alguns julgados em favor da lei nacional do fallecido, por exemplo: 1903 p. 375.

(34) Quanto á Allemanha, vejam-se: SAVIGNY—VII, §§ 375 e 376; BLUNTZSCHLI, UNGER, THOEL, etc. Quanto á Suissa: MEILI—in *Mitteilungen der Int. Vereinigung fur vergl. Rechtswissenschaft*, Jan. 1905, p. 494; CHAUSSE—in CLUNET, 1897, pag. 13.

(35) *Codigo Civil*, art. 3.283; ZEBALLOS—*Bulletin cit.* No entanto o tratado sobre direito civil internacional concluido na cidade de Montividéo, em 1889, como já ficou indicado (nota 30), estabelece a distincção dos bens moveis e immoveis para o effeito de, segundo a natureza delles, variar a acção da lei reguladora da successão.

(36) Arts. 995 e 997; FABRES, in CLUNET, 1887, pag. 299 e segs; DESPAGNET—Op. cit. n. 364.

(37) Arts. 1.012, 1018 e 1.053; *Anales diplomaticos de Colombia*, publicados bajo la dirección del Dr. ANTONIO JOSÉ URIBE, II, pag. 53—54.

(38) O codigo civil argentino foi perfilhado pelo Paraguay (ZEBALLOS) *loco citado*; CARLOS DE CARVALHO—(*Direito Civil Brasileiro*, pag. XXX.

21—d)—Si o systema dualista da jurisprudencia franceza, ingleza e norte-americana é, na pratica judiciaria, o mais generalizado no terreno puramente scientifico, o italiano da unidade pela lei nacional do autor da herança é o que reune mais largas sympathias. A' lei nacional do *de cujus*, proclama elle, compete regular a successão quer legitima quer testamentaria, tanto no que diz respeito á vocação hereditaria quanto no que concerne á extensão do direito dos herdeiros, á capacidade do disponente e á validade intrinseca das disposições (39).

Acceitaram-no: o Codigo Civil hespanhol, art. 10. 2.º alinea, a lei allemã de introducção do Codigo Civil, a legislação da Servia e o direito da Turquia com applicação aos estrangeiros fallecidos no Imperio Ottomano (40). O Codigo Civil de Zurich, art. 4.º e o dos Grisões, art. 1.º, n. 4, antecederam ao Codigo Civil italiano, pois que o primeiro é de 1855 e o segundo de 1862 (41).

Em Portugal não existe um dispositivo de lei consagrando a doutrina da lei nacional como re-

(39) *Codigo civil italiano*, art. 8.º das disposições preliminares; ASSER ET RIVER—*Elements de droit international privé*, § 62; FIORE—*Droit international privé* trad. Antoine, I n. 106 a 110; GRASSO—*Diritto inten. privato*, § 94; LAURENT—*Droit civil int.* VI, § 176; WEISS—*Manuel de droit int. privé*, pag. 555 a 556; DESPAGNET—*Precis de droit int. privé*, § 360; PILLET in CLUNET—1894, pag. 417 e 752—754, 1896, pag. 28; CHAMPCOMMUNAL—*La succession en droit privé*, pag. 495 e segs.; CH. ANTOINE—*La succession en droit int. privé*, pag. 67 e segs.; BAR—*Lehrbuch des int. Privat—und—Strafrechts*, § 41; PIMENTA BUENO—*Direito int. priv.* n. 142.

(40) Para a Servia, vejam-se DESPAGNET—*Op. cit.* n. 364; WEISS—*Traité*, IV, pag. 526 e ZEBALLOS—*Bulletin cit.*, pag. 93; para a Turquia, SALEN in CLUNET—1898, pag. 673 e 674.

(41) O projecto de codigo civil suizo, arts. 1.º e 2.º do titulo final, pronuncia-se pelo direito nacional do *de cujus* e assim o projecto belga, art. 6., sendo, porem de notar que o primeiro faz prevalecer a lei do domicilio, quando o estrangeiro o tem na Suissa desde, pelo menos, dez annos, e estabelece outras modificações no principio geral.

guladora das successões em direito internacional privado, mas parece que os melhores juristas portuguezes afinal a esposaram, depois de certa vacillação que os arrastara para o dualismo francez (42).

22—Vae assim pouco a pouco penetrando no campo fechado das legislações o systema que melhor satisfaz aos interesses da sociedade internacional, em harmonia com os das aggremações nacionaes. A sociedade internacional reclama que as relações creadas em seu seio sejam olhadas pelo prisma do universalismo. Esse universalismo foi o espirito que presidiu á formação dos congressos de Lima em 1847, de Montividéo em 1888—1889, de Washington em 1889, do Mexico em 1901—1902, de Haya a contar de 1893 até nos-
sos dias. Mas esse universalismo, como já ficou indicado, não pretende amortecer o sentimento de patria, nem combater o principio das nacionalidades. E' elle, ao contrario, a manifestação juridica dessa idéa, que está hoje no dominio common, mas que era uma alta novidade, em economia politica, no momento em que HUME a proclamou: «um paiz commerciante tem mais interesse em estar cercado de Nações ricas do que de Nações pobres, pela razão de que podem fazer-se melhores negocios com um homem opulento do que com um individuo sem recursos.» Sómente os cegos de espirito supporão que a pobreza dos vizinhos lhes trará vantagens. Tambem, no dominio do direito, é vantajoso a cada um dos povos cultos facilitar a expansão e a applicação, do direito estrangeiro, porque, do mesmo passo, rasgará horisontes novos ao direito nacional. E assim o interesse abre caminho e serve de escada

(42) ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* n. 10; DIAS FERREIRA—*Codigo civil, annotado*, I, pag. 54 da ed. de 1870.

ao progresso do direito, ao sentimento da justiça que fulge no horizonte dos tempos futuros como o ideal a que tende a civilização humana.

Depois de muito hesitar, perplexa em face do desconhecido ou do simplesmente obscuro, a intelligencia do jurista moderno volve á fonte aurea dos romanos que fundam «no Olympo, em vez de Zeus, a patria, e, no lugar de Minerva, o direito,—a patria, summa força; o direito, summa sabedoria» (43). O jurista de hoje tambem consorcia a idéa do direito ao sentimento de patria ao traçar os fundamentos do direito internacional privado, onde a lei nacional é o amicto em que o individuo se envolve para affirmar a sua personalidade no mundo internacional.

23—Os argumentos em que se apoia a doutrina que adopta a lei nacional para regular o direito successorio nas relações internacionaes de ordem privada são concludentes e satisfactorios.

O patrimonio transmittido por via de successão constitue um todo, uma *universitas*, na qual se unifica a variedade das relações de direitos. Esse complexo juridico é a projecção economica da personalidade do fallecido que se mantem emquanto se não effectua a partilha. Como projecção economica da personalidade do *de cujus* não pode o patrimonio, encarado no ponto de vista do direito successorio, ter uma situação determinada, e muito menos ter tantas sedes quantos forem os districtos jurisdiccioneaes onde existirem immoveis. E', portanto, á lei pessoal do *de cujus* que ha de estar submettido o patrimonio hereditario (44).

(43) OLIVEIRA MARTINS—*Historia da Republica* I, pag. XVI.

(44) E' a doutrina de SAVIGNY seguida por FIORE — *Droit int. privé*, trad. CH. ANTOINE, I, n. 103; DESPAGNET—*Op. cit.* n. 359; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* n. 6.

Depois, o herdeiro é o representante, o continuador da pessoa do succedendo e, consequentemente, o complexo das relações de direito que a successão envolve, deve ser regulado pela lei a que o *de cuius* estava submettido enquanto vivo (45).

Por fim a successão é a transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobrevivente, em virtude da lei ou da vontade expressa do transmissor (46). Si for a vontade a reguladora da transmissão hereditaria, essa vontade é a fracção da personalidade do *de cuius* e, portanto, não podia produzir effeitos judiciaes por meio de suas declarações, senão de accordo com a lei dominadora da mesma personalidade. O acto juridico é producto da vontade sob a sancção da lei, mas como envolve uma questão de capacidade, é bem de ver que essa lei deve ser a lei pessoal, a lei nacional do *de cuius*, porque sómente esta pode vivificar a vontade do testador, fazendo-a subsistir além da morte. No testamento concretisa-se a vontade, importa dizer a pessoa do disponente; antes de ser um acto de transmissão de direitos é o testamento um processo juridico de prolongar a personalidade da pessoa que actúa dispondo de seus bens, após a morte.

Se a distribuição dos bens resulta exclusivamente de prescripções da lei, bem claro é que não se pode suppor que seja esta a territorial, pois que o homem não é hoje um servo da gleba nem, após o desmoronamento de feudalismo, um vinculado no sólo. O principio da naciona-

(45) Vejam-se os escriptores citados nas notas prece-

(46) Ver o meu *Direito das successões*, § 3.º; D. 50, 16, frs. 24 e 72: *Nihil aliud hereditas quam successio in universum jus quod defunctus habuit.*

nalidade é o actualmente vigente; é ao grupo social de sua origem que o homem se sente preso por élos moraes inquebrantaveis; do seu Estado espera protecção nas emergencias difficeis e á sua Nação está prompto a prestar os serviços que as necessidades reclamarem. E o direito para dar uma expressão positiva a essa relação do individuo para com o seu grupo social, quando a actividade individual transpuzer os limites nacionaes, ha de fazel-o acompanhar por sua lei nacional.

Por outros termos, a personalidade do individuo não morre nem se deve modificar pelo simples facto de elle deixar, temporaria ou definitivamente, a sua patria, ha de manter-se integra no seio da sociedade internacional privada. Mas para respeitar essa integridade, é necessario reconhecer a efficacia extra-territorial da lei que presidiu á sua formação (47).

(47) Para mim a lei pessoal não deve ser a do domicilio e sim a da nacionalidade. Não é o momento asado para discutir essa divergencia de opiniões entre escriptores. Mas, para deixar consignados os argumentos essenciaes que me fazem abraçar a doutrina dos nacionalistas, nesta materia de successões, como em geral no que diz respeito ao estado das pessoas, sua capacidade e relações de familia, direi em resumo: 1.º—Que todo individuo ao nascer está vinculado ao seu paiz e ao seu grupo ethnico-politico pelo vigoroso laço da nacionalidade; 2.º—Que é a lei nacional do individuo que estabelece as condições da existencia da sua personalidade civil, tomando-o no berço e acompanhando-o através da vida; 3.º—Que deixando as fronteiras de sua patria não se despe o homem do conjuncto de sentimentos, direitos e deveres que o prendem ao grupo social que presidiu ao seu nascimento e á sua entrada na ordem juridica; 4.º—Que, sendo assim, elle entra para a sociedade internacional envolvido nesse complexo ethnico-juridico, através do qual tem de agir a sua personalidade civil; não se desnacionalisa, não soffre uma *capitis minutio maxima*; e como a sociedade internacional não dispõe de outras leis senão das que vigoram nos differentes Estados, é a lei nacional que deve regular o estado e a capacidade dos individuos que o compõem; 5.º—Que, por fim, a lei da patria é mais certa, melhor determinada e mais duradoura do que a do domicilio, pois que

24—RAMIREZ, professor de direito internacional em Montividéu, não comprehende «por que motivo perante o direito internacional e tratando-se de bens sujeitos ao dominio eminente de varias Nações, ha de imperar o principio da universalidade das successões com character indivisivel. Se um individuo possui em vida bens em territorios distinctos e esses bens são regulados pela lei territorial e não pela lei pessoal do proprietario, não ha razão juridica alguma para que a lei territorial não os continue a reger depois de sua morte em tudo o que se refere ao direito successorio» (48). E' a mesma idéa dos antigos juristas JOÃO VECIO (49), BINKER-SOEK (50), PAULO VECIO (51) reproduzida por FÉLIX e recentemente por VAREILLES SOMMIÈRES (52), para quem a successão é simplesmente um modo de adquirir, como se as dividas se não transmittissem hereditariamente.

Esta opinião é victoriosamente combatida por considerações incontrastaveis. O direito successorio está intimamente ligado ao direito da familia (53) quer se trate da successão legitima,

este se adquiere e perde com relativa facilidade. Vejam-se os meus *Estudos de direito*, 2.^a edição.

(48) Apud ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* n. 6.

(49) *Comm. ad Pand.*, XXXVIII, 17, n. 34: *Immobilia de ferri secundum leges loci in quo sita sunt, adeo ut tot censeri deb. ant diversa patrimonía, ac tot hereditates, quot locis jure diversa utentibus immobilia existunt.*

(50) *Quaest. privat. juris.* I, cap. XVI: *Immobilia enim de ferri ex jure quod obtinet id loco rei sitae, adeo hodie recepta sententia est ut nemo audiat contradicere.*

(51) *De statut.* § 9.^o: *Quid circa successionem ab intestato statutorum sit deformitas? Spectatur loci statutum ubi immobilia sita non ubi testator moritur.*

(52) *Sinthese cit.* II, ns. 1.137—1169. São sempre curiosos e, ás vezes impressionantes os argumentos deste notavel jurisconsulto.

(53) FIORE—*Droit international privé*, n. 104 e segs.; GRASSO—*Diritto internazionale*, § 95; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.* 6; DESPAGNET—*Op. cit.* 360; MANCINI havia dito: «a herança

quer da testamentaria. Quanto à successão legitima, a asserção dispensa qualquer commentario explicativo, porquanto a ordem da vocação hereditaria é organisada de accordo com as relações conjugaes e parentaes, de modo que o direito hereditario não é mais do que uma face, em desenvolvimento, do direito da familia. Quanto á successão testamentaria, para justificação do que fica affirmado, basta que tenhamos em attenção que a maioria das legislações impõe um limite á liberdade individual determinando a quota disponivel, para salvaguardar justamente os interesses da familia. Não é licito, portanto, separar as duas especies de successão; sobre ambas reflecte-se o direito da familia. Mas se, sob certo ponto de vista, a successão testamentaria se liberta da acção do direito da familia, é para deixar a descoberto a personalidade do *de cuius*, como se mostrou anteriormente. Portanto, ou como complemento do direito de familia, ou como expressão directa da personalidade do autor deve o direito successorio ser regulado pela lei nacional do *de cuius*.

E, depois, não é licito confundir as alienações entre vivos com as transmissões por causa de morte. No primeiro caso, ha simplesmente uma operação economica que se pode repetir indefinidamente entre os individuos sem que, a não ser excepionalmente, se ponham em jogo interesses da familia e da propria Nação. No segundo, não ha sómente uma transmissão de bens, aliás a titulo universal, ha uma substituição de personalidades, na qual vêm á tona interesses da familia e da collectividade a que pertence o *de cuius*.

não é outra cousa senão a combinação do principio da propriedade com o da familia. SAVIGNY—*Systema* § 375.

25—São por tal modo persuasivas estas razões, que não é sómente hoje a escola italiana que proclama a necessidade de regular a successão pela lei nacional do *de cuius*.

O Instituto de Direito Internacional reunido em Oxford em 1880, resolveu adoptar a regra seguinte: «*As successões a titulo universal pelo que respeita á determinação dos herdeiros, a extensão dos seus direitos, á medida ou quota da porção disponível ou da reserva e á validade intrinseca das disposições de ultima vontade, são regidas pela lei do Estado a que pertencia o defunto ou, subsidiariamente, pela de seu domicilio, qualquer que seja a natureza dos bens e a sua situação*» (54).

A Conferencia de Haya sancionou em 1900 vinte annos depois, o mesmo principio, já então amadurecido na mente dos juristas e experimentado pelo ataque dos adversarios em numero cada vez mais reduzido. Eis as palavras do projecto approved pela Conferencia de Haya: Art. 1.º—As successões são submettidas á lei nacional do fallecido, quaesquer que sejam a natureza dos bens e o logar onde estiverem. A validade intrinseca e o effeito das disposições testamentarias ou das doações por causa de morte são regidos pela lei nacional do disponente. Art. 3.º—A capacidade de dispor por testamento ou doação *mortis causa* é regida pela lei nacional do disponente. Art. 6.º—Não obstante os artigos que precedem, a lei nacional do fallecido não será applicada, quando importar violação das leis imperativas ou prohibitivas que, no paiz onde se

(54) Apud WEISS—*Traité*, IV, pag. 526; ALBERT DOS REIS—*Op. cit.*, pag. 79.

effectuar a applicação, consagrarem ou garantirem um direito ou um interesse social (55).

26—Em França, onde a jurisprudencia, em virtude do art. 3.º do Código Civil, se tem mantido fiel á theoria estatutaria (56), pode affirmar-se que a maioria dos internacionalistas é hoje pela lei nacional em materia de successão de estrangeiros. E' tal o entusiasmo com que os escriptores francezes defendem essas idéas, que WALTER PHILIMORE, esquecendo a prioridade e o muito intelligente esforço dos italianos, mostrou suas sympathias pela *more modern school of French jurist*, que se elle bem lhe alcança os intuitos *reject the lex domicilii and substitutes for it the national law* (57).

Na Allemanha, na Hollanda, na Hespanha, em Portugal, esta é a doutrina vencedora, como é tambem na Belgica e mesmo na Suissa.

27.—PILLET, embora partindo de principios diversos dos que servem de base á escola italiana, chega as mesmas conclusões. Depois de mostrar que a lei da abertura da successão, a da situação dos bens e a dos herdeiros devem ser afastadas, conclue :

«Sómente o soberano nacional do defunto tem, na devolução de sua successão, qualidade e interesse : qualidade, porque a elle incumbe velar

(55) S. ZEBALLOS—*Bulletin Argentin.* cit., pag. 94. Vejam-se tambem LAINÉ in CLUNET, 1894, pags 236—238 e 1895, pags. 740—744 ; e ainda CLUNET, 1895, pags. 206—207.

Em 1904, o assumpto foi de novo discentido pela Conferencia de Haya, assentando-se novamente a unidade da successão sob o dominio da lei nacional, salvo a competencia judiciaria, questão foi adiada para nova conferencia (MEILI—*Mitteilungen*, cit., pags. 488—490).

(56) No entanto, uma vez por outra os Tribunaes decidem no sentido da lei nacional do *de cuius*. (Apud DESPAGNET—*Op. cit.*, n. 364).

(57) Apud MEILI—cit. p. 495.

pelas vantagens particulares de seus nacionaes ; interesse, porque as successões entram no numero daquellas materias em que o bem dos particulares toca de mais perto ao bem do Estado a que elles pertencem. E', pois, o estatuto pessoal do defunto que deve reger a devolução de sua successão» (58).

28.—BAR explica muito bem por que ainda as legislações e a jurisprudencia de alguns paises não se renderam á evidencia dos argumentos que apoiam a unidade da successão sob o patrimonio da lei pessoal do *de cuius*. «A idéa da universalidade da transmissão dos bens pela successão, depois da idade média, sómente aos poucos foi dominando. Onde não existe a concepção do direito hereditario como de uma transmissão a titulo universal, a successão não passa de um dos differentes modos de adquirir a titulo particular e como tal dependente da *lex rei sitæ*. O direito anglo-norte-americano ainda não poudé, neste particular, libertar-se da tradição do feudalismo. Por outro lado, onde a successão é modo de transferir direitos a titulo universal, como é o caso para os Codigos Civis d'Austria e da França, a submissão da herança á *lex rei sitæ* dá logar a complicações das mais difficeis. Os pretextos para a applicação da *lex rei sitæ*, que ainda se invocam são : 1.º—que a soberania territorial não pode permittir que em seus dominios territoriaes seja applicado o estatuto pessoal estrangeiro ; 2.º—que o Estado tem um interesse particular na herança que recae sobre immoveis. Mas, os bens moveis que se acham no territorio do Estado estão, pelo mesmo titulo que os immoveis, submettidos á sua sobe-

rania, e não se comprehende que interesses possa ter o Estado em que o herdeiro seja A., B ou C.; interesse pôde ter, por exemplo, em que o bem deixe de ser partilhado. É isto se pode obter não pela determinação contraria do estatuto pessoal, mas por successão analoga á fideicommissaria, a qual, segundo a minha opinião, se regula pela *lex rei sitæ* (59).

Para tudo dizer em duas palavras: o systema da jurisprudencia franceza, ingleza e norte-americana resente-se da influencia do feudalismo, sendo que a primeira se colloca em face de uma contradicção essencial, pois, acceitando o character universal da successão, particularisa-a por tantas vezes quantas forem as jurisdicções da situação dos immoveis.

—Mas, o principio aqui advogado, comprehende-se, não pode ser absoluto. Sempre que a applicação da lei nacional do *de cujus* offender a ordem publica e os bons costumes do logar onde tiver de ser applicada, cumpre oppôr-lhes entraves. Assim, por exemplo, os fideicommissos, os morgados não podem ser instituidos por determinação testamentaria em um paiz cuja organização da propriedade está em manifesta antinomia com essas figuras juridicas (60). Da mesma forma, os pactos successorios não podem ter validade onde a legislação os prohibe, affirmam alguns. Mas, evidentemente, não ha paridade entre as duas situações juridicas, muito embora os pactos successorios sejam condemnados em muitos paizes por bem fundadas razões de moral. Assim, entendo que, por ana-

(59) *Lehrbuch*, cit., § 42, nota 4.

(60) FIORE—*Op. cit.*, I, n. 107; WEISS—*Manuel*, p. 554; BAR—*Op. cit.* § 42.

logia, devemos submeter os pactos successorios á lei pessoal do pactuante que fallece, lei que tambem edictará a validade dos testamentos conjunctivos (61).

A lei do succedendo não terá execução igualmente quando estabelecer certas incapacidades offensivas da liberdade humana em suas manifestações primordiaes. Consequentemente, a morte civil, a heresia e a escravidão de modo algum terão efficacia além do territorio do Estado que as considera causas de incapacidade hereditaria, activa ou passiva (62).

29.—A tradição do direito brasileiro é no sentido de entregar á lei nacional do *de cujus* a regulamentação da capacidade, das relações de familia e da successão hereditaria.

Dos antigos praxistas, cita-se VALASCO, em sua obra *Decisões*, como sectario da theoria estatutaria: «*Est communis et receptissima opinio, assevera elle, quod estatutum seu lex unius loci vel reliqui diversi non extenditur ad bona posita extra territorium statuentium.*»

Territorialista ainda era MELLO FREIRE; mas os seus discipulos LIZ TEIXEIRA, BORGES CARNEIRO E COELHO DA ROCHA, sobretudo este ultimo (63), acceitam abrandamentos á doutrina do mestre.

Dahi por deante é em documentos e escriptores brasileiros que devemos procurar a tendencia do nosso direito.

O Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 3. § 1.º, mandava applicar a lei es-

(61) BAR—cit. § 43; ALBERTO DOS REIS—cit. pags. 148—153.

(62) GRASSO—*Op. cit.*, § 94; WHARTON—*Op. cit.*, § 107; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.*, n. 23; WEISS—*Op. cit.*, p. 557.

(63) *Instituições*, § 31, escholio.

trangeira afim de determinar-se a capacidade, para contractar, do estrangeiro residente no Brazil; o Dec. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 deu um passo adeante e attribuiu plena efficacia á lei nacional do *de cuius* para o que diz respeito á vocação hereditaria, á extensão os direitos dos herdeiros, á validade das disposições (64).

A lei de 10 de Setembro de 1860 tambem veio dar força ao principio da personalidade das leis; portanto, já se havia firmado a transformação da doutrina territorial em pessoal, quando escreveu PIMENTA BUENO: «Todas as razões, assim philosophicas como de justiça e reciproca conveniencia, dictam que as successões dos estrangeiros sejam deferidas aos seus herdeiros, qualificados como taes pela lei pessoal do finado e nos termos della, salva alguma disposição especial do estatuto real que, por ventura, prohiba alguma particularidade (65).

Nem se affastou da restricta verdade o Conselheiro ANDRADE FIGUEIRA, quando, perante o Congresso de Montevideo, declarou que o Governo do seu paiz não podia celebrar tratados que se oppozessem ás normas fundamentais da legislação patria, que acceitava o principio da nacionalidade como regulador do estado e da capacidade geral das pessoas (66).

Depois de algumas hesitações pela influencia de TEIXEIRA DE FREITAS, que adoptava o principio savigniano do domicilio e pelo parecer de alguns notaveis jurisperitos, como CARLOS DE CARVALHO, JOÃO MONTEIRO, E BULHÕES

(64) Arts. 2.º e 4.º ; Conf.: CARLOS DE CARVALHO—*Direito Civil Brasileiro*, intr. pag. LXVIII.

(65) *Direito internacional Privado*, Rio, 1863, n. 142.

(66) Vejam-se os *Trabalhos da Comissão especial da Camara*, relativas ao *Codigo Civil* vol. VII, pag. 240.

CARVALHO, todos favoráveis ao domicílio, parece que a doutrina está definitivamente fixada, reatando-se o élo da marcha evolutiva do direito no sentido liberrimo da lei nacional como reguladora do estado, da capacidade, das relações e da successão.

E' esta, pelo menos, a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal (67) e a opinião vencedora nos ultimos projectos de Codigo Civil.

30.—Assim, pois, as razões mais valiosas militam em favor da doutrina que submete a successão do estrangeiro á sua lei nacional.

(67) Eis aqui alguns julgados do mais elevado Tribunal do paiz, reconhecendo a predominancia da lei nacional do *de cujus* para regular os direitos oriundos de successão: *Accordam* n. 57 de 13 de Dezembro de 1895 (*Jurisprudencia* do Supremo Tribunal, 1895, p. 136—138); *Acc.* n. 102 de 11 de Setembro de 1897 (*Jurisprudencia* do mesmo anno, pags. 359—360); *Acc.* n. 146 de 17 de Agosto de 1898. (*Jurisprudencia* do mesmo anno, pags. 368—369), do qual merecem transcripção os seguintes considerandos, por serem precisos e completos:—Considerando que o principio de direito da unidade e universalidade das successões está claramente formulado no art. 10 do Decreto de 27 de Julho de 1878; que a lei patria do defunto rege as condições da successão e que o facto do domicilio determina a séde do inventario e da partilha independentemente de qualquer outra circumstancia occorrente e qualquer que seja a situação dos bens; que esta doutrina baseia-se no principio incontestado de que o direito da successão se liga intimamente a pessoa do autor da herança, faz parte de seu estatuto pessoal e está, por conseguinte, subordinado á lei nacional e á jurisdicção do seu ultimo domicilio, etc., etc.; *Acc.* n. 202, de 2 de Setembro de 1899 (*Jurisprudencia* do mesmo anno, pag. 394 e 395), onde se reproduzem as palaras de PIMENTA BUENO: —Considerando que todas as razões, assim philosophicas como de justiça e reciproca conveniencia, dictam que as successões dos estrangeiros sejam deferidas aos herdeiros qualificados como taes pela lei pessoal do finado e nos termos della, salvo alguma disposição especial do estatuto *real* que, porventura, prohiba alguma particularidade, como si a sentença estrangeira a executar-se no Brazil contriver disposição contraria á ordem publica ou ao direito publico interno da União; *Acc.* de 9 de Janeiro de 1901, confirmando uma sentença do juiz federal DR. GODOFREDO XAVIER DA CUNHA, que proclamava a *lei pessoal do de cujus reguladora da successão do estrangeiro quer testamentaria, quer legitima* (O Direito vol. 87. pag. 291—303).

Dessas a que mais impressiona é, sem dúvida, a necessidade de garantir a unidade e a universalidade de successão, não só por que a logica do direito reclama que a successão conserve na vida internacional o seu character de conjuncto patrimonial universitario que tem no direito interno, como, principalmente, porque as vantagens praticas do systema são manifestas, pela simplificação das questões, pela egualdade dos direitos entre os herdeiros, pela harmonia das relações reciprocas entre estes e das que porventura existiam entre os credores e a massa hereditaria (68). E si alguma reluctancia ainda se encontra para a sua acceitação definitiva, quer da parte dos legisladores, quer da parte de certos escriptores, é porque estes ainda não attenderam bem á que as relações juridicas que se originam da successão de um estrangeiro não se movem no ambito de um paiz e muito menos de um domicilio, e sim dentro da esphera mais lata da sociedade internacional. Desde que nos des-

(68) O chamado *Projecto primitivo*, por mim redigido a convite do DR. EPITACIO PESSOA, então Ministro da justiça, art. 38 da lei de introdução assim se exprime: «A ordem da vocação hereditaria e o direito dos herdeiros legitimados regulam-se pelo direito nacional da pessoa de cuja successão se trata.» O art. 39 é do teor seguinte: «A forma do testamento é regulada pela lei do lugar em que é feito e a substancia pela lei nacional do testador, vigente ao tempo de sua morte». Os arts. 37 e 38 do *Projecto* revisto, titulo preliminar, reproduzem os artigos transcriptos, resalvando o direito do Estado ás heranças vagas. O *Projecto* em discussão no Senado, art. 14 da lei preliminar, dispõe, reproduzindo, em parte, o Codigo Civil Italiano: «As successões legitimadas e testamentarias, a ordem da vocação hereditaria, os direitos dos herdeiros e a intrinseca validade das disposições, qualquer que seja a natureza dos bens e o paiz em que se achem, serão regulados pela lei nacional do fallecido, salvo o disposto neste Codigo sobre heranças vagas abertas no Brazil». O *Projecto* COELHO RODRIGUES, arts. 21 e 22 da lei preliminar já adherira tambem ao systema da lei nacional.

prendemos do ponto de vista acanhado das soberanias nacionaes (69), em attitude desconfiada, quando não hostil, e nos elevarmos á contemplação da sociedade internacional, onde se harmonizam os interesses individuaes e onde é sómente solicitada a intervenção das soberanias politicas, porque fallece a essa aggremação principio organizador da autoridade, o qual os Estados fornecem nos momentos precisos, desde que por esse modo dermos uma feição concreta á communhão de direito no campo internacional, dissipar-se-hão todas as duvidas. Pois que a sociedade internacional não tem uma lei sua para regular a successão, que se abre em seu seio; permanecem as cousas como se o individuo de cuja successão se trata não tivesse deixado a sua patria. A concepção da sociedade internacional é de concordia e paz; no seu regaço as leis divergentes se congçam e os conflictos se desfazem.

31.—O assumpto está exposto em seus principios geraes, o que é sufficiente para o fim a que se propõe este relatorio. A titulo de exemplo farei, porem, applicação a alguns casos particulares.

E' a lei nacional do *de cuius* que determina a ordem da successão. Consequentemente della depende a determinação das pessoas com direito á legitima; das causas da desherdação; dos privilegios de sexo e idade, embora offensivos da egualdade da partilha prescripta pela lei local; dos direitos hereditarios dos filhos illegitimos, naturaes e espurios (70).

(69) CHAUSSE *in* CLUNET, 1897, p. 30, encarece a necessidade de dar maior largueza ao methodo do direito internacional privado (qui sans sacrifier complètement les prescriptions des lois particulières tient compte avant tout, du besoin d'assurer le developpement de la vie internationale).

(70) Esta ultima affirmação é controvertida. DES-

Mas, exgotadas as classes dos parentes successiveis, a qual dos Estados ha de passar o acervo hereditario, ao Estado de que é subdito o autor da herança, ou aquelle onde se abriu a successão? Os autores não se mostram accordes. Entendem uns que o direito do Estado a recolher as heranças vagas sendo um verdadeiro direito successorio, os Estados estrangeiros estão habilitados a reclamar os bens deixados por seus subditos em qualquer paiz (71). Este systema encontra um forte embaraço na reluctancia com que as Nações toleram que Nações estrangeiras possuam immoveis em seus territorios (72). Adoptam outros o pensamento de que é em virtude de seu direito de soberania que os Estados occupam os bens das heranças vagas, e por isso ensinam que, em caso algum, Estados estrangeiros podem recolher os bens que ficaram sem proprietario por que o fallecido não deixou conjuge ou parentes successiveis (73). Para Pi-

PAGNET—(*Op. cit.*, n. 365) entende que a successão dos espurios pode ser repellida pelo direito local sob o fundamento da ordem publica. No mesmo sentido se pronunciaram LAURENT, CHAMPCOMMUNAL e ROLIN. WEISS (*Manuel* p. 563) chega a identico resultado. A boa doutrina, porem, é a de BAR (*Op. cit.*, § 42) com a qual se conformou o texto: *auc die Erbfehligkeit der sogenannten lioken kinder ist lediglich maedem Personalstatut des Erblassers zu beurtheilen*. E' tambem essa a decisão de ALBERTO DOS REIS (*Op. cit.*, pag. 168).

(71) CHARLES ANTOINE—*De la succession en droit int. privé*, n. 79; MEIDEL in CLUNET, 1899, pag. 266; FEDOZZI—*Gli enti collectivi in diritto internazionale privato*, pag. 78 e segs.

(72) Por occasião do testamento de Zapa, em beneficio da Grecia, manifestou-se por varios órgãos esse receio das Nações de verem parte de seu territorio adquiridos por Estados estrangeiros. Vejam as respostas da Faculdade de Direito de Berlim, DESJARDINS, RENAULET, LE JEUNE e WOESTE in CLUNET, 1903, pag. 1009, 1126; 1894, pags. 724—754; FEDOZZI—*Op. cit. passim*.

(73) WEISS—*Man.* pags. 559—560; DESPAGNET—*Op. cit.*, pag. 587; LAURENT—*Droit civil international*, VI n. 388; ALBERTO DOS REIS (*Op. cit.*) não se pronuncia, mas parece incli-

MENTA BUENO, a melhor solução é a da reciprocidade (74).

Em direito patrio entende-se que o Estado recolhe as heranças vagas das successões abertas no Brazil (!) quer de nacionaes quer de estrangeiros (75), systema a que adheriu o *Projecto doCodigo Civil* em discussão no Senado, art. 14 da lei preliminar (76).

Esta é, sem duvida, a melhor solução, mas para adoptal-a não necessitamos de attribuir ao Estado um direito de occupação por força de sua soberania. Elle succede, na falta de outros herdeiros, em virtude de um direito de devolução ao patrimonio social dos bens sobre os quaes não exercem mais attracção os elementos individual e familiar.

32.—E' a lei do autor da herança que regula a amplitude dos direitos hereditarios. Portanto, a ella devemos perguntar qual a quôta disponivel, quando a herança se distribue *in stirpes*, se os filhos illegitimos recebem quinhão igual ou inferior ao dos legitimos, se os herdeiros são obrigados á collação e quaes os direitos do conjuge superstite.

33.—A capacidade para dispor de bens por testamento é determinada pela lei nacional do *de cuius*. Mas, pode acontecer que depois de feito o testamento o testador mude a sua nacionalidade, naturalisando-se cidadão de outro paiz. Neste caso, qual a lei applicavel? Embora autores tenham levantado controversias a respeito,

nar-se para esse ultimo systema. Resoluções das Conferencias de Haya relativas á successão, art. 10, in CLUNET, 1895, pag. 207.

(74) *Direito internacional privado* pag. 78.

(75) CARLOS DE CARVALHO—*Direito civil*. art. 1.914.

(76) Art. 14 da lei preliminar.

não é possível admittir duvidas. Não sómente para a determinação da capacidade do testador, mas ainda para resolução de quaesquer duvidas, que, por ventura, se suscitem na execução do testamento, a lei reguladora é a nacional do testador no momento de sua morte (77). Se, porem, o testador não tiver nacionalidade, vigorará a lei do seu domicilio (78).

A capacidade para receber por testamento e em geral succeder, apesar do que em contrario allegam BAR e ANTOINE (79), ha de obedecer á lei do herdeiro ou legatario (80).

Não é, porem, isso razão, para que recusemos capacidade hereditaria ás pessoas juridicas estrangeiras. Certo o Estado tem direito de tomar precauções contra as acquisições *inter vivos* ou *mortis causa* das pessoas juridicas do direito publico (81), mas não ha motivo de ordem politica ou moral, para não reconhecer efficacia extraterritorial na capacidade conferida pelo direito de cada Estado ás pessoas juridicas, agindo no circulo das relações de character privado.

34.—A fôrma do testamento é regulada pela lei do logar em que é redigido, mas o testador póde preferir a forma estabelecida por sua

(77) *Projecto primitivo* art. 39 da lei de introdução.

(78) *Projecto actual*, art. 9.º da lei preliminar; art. 15 do *Projecto primitivo*, lei de introdução.

(79) BAR—*Op. cit.*, § 42; ANTOINE—*Op. cit.*, pag. 98.

(80) LAURENT—*Op. cit.*, VI pag. 314; WEISS—*Man.* pag. 561
DESPAGNET—*Op. cit.*, pag. 590; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.*, pag., 201 e segs. Resoluções da conferência de Haya, em materia de successão, art. 6.º; *La capacité des successibles légataires ou donataires est régie par leurs lois nationales* (CLUNET, 1895 pag. 206).

(81) Vejam-se minhas *Observações para esclarecimentos do Projecto do Código Civil brasileiro* pag. XLV e segs. Adde: FEDOZZI—*Gli enti collectivi*, especialmente n. 14; ALBERTO DOS REIS—*Op. cit.*, pag. 215 e segs; CARLOS DE CARVALHO—*Direito civil brasileiro*, introdução, pag. LXXXVII e segs. O *projecto*

lei nacional, desde que lhe seja possível empregar-a (82).

Tambem as fórmulas da partilha obedecem ao preceito *locus regit actum*, podendo os herdeiros, se forem todos da mesma nacionalidade e maiores, recorrer ás fórmulas admittidas por sua legislação pessoal. Assim a partilha amigavel póde produzir effeitos internacionaes, quando realisada no estrangeiro, segundo os preceitos da lei nacional dos herdeiros, regulados os direitos successorios dos mesmos pelo estatuto pessoal do *de cuius*

35.—O direito de mutação da propriedade por direito successorio regula-se pela *lex rei sitæ*, quer se trate de immoveis, quer de moveis; mas tratando-se de direitos e acções, embora sejam qualificados de bens moveis ou immoveis, a lei brasileira de 31 de Março de 1874, art. 2, faz predominar a lei do *de cuius* (83).

36.—Em conclusão.

1.º—A successão deve considerar-se aberta no ultimo domicilio do *de cuius*, logar onde tambem se deve proceder ao inventario e partilha;

2.º—A lei reguladora da successão é a nacional do *de cuius*, admittidas, entretanto, as excepções impostas pelo respeito á ordem publica e aos bons costumes.

CLOVIS BEVILAQUA.

primitivo doCodigo Civil brasileiro, art. 23, estatue; *EsteCodigo reconhece as pessoas juridicas estrangeira, mas as de direito publico não poderão possuir immoveis no Brazil, sem previa autorisação do governo federal.*

(82) BAR—*Op. cit.*, § 14; WEISS—*Manuel*, pag. 564; DESPAGNET—*Op. cit.*, n. 378. Sobre a doutrina ingleza e norteamericana, veja-se WHARTON—*Op. cit.*, § 585; e segs.

(83) Ver o meu *Direito das successões*, §. 7, nota 2; DESPAGNET—*Op. cit.*, n. 366, 4.º.