

LUIZ VIANNA FILHO

---

A  
LEI REGULADORA  
DA  
SUCCESSÃO AB-INTESTATO  
NO  
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

---



BAHIA — 1930  
LIVRARIA E TYP. DO COMMERCIO  
AUGUSTO MOYSÉS  
RUA SILVA JARDIM, 35—TEL. C. 1260

LUIZ VIANNA FILHO

A  
LE REGULADORA  
DA  
**SUCCESSÃO AB-INTESTATO**  
NO  
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

These de concurso á docencia  
livre da cadeira de Direito  
Internacional Privado na Facul-  
dade de Direito da Bahia.



BAHIA — 1930  
LIVRARIA E TYP. DO COMMERCIO  
AUGUSTO MOYSÉS  
RUA SILVA JARDIM, 85—TEL. C. 1260



# CAPITULO I

## Direito Pré-estatutario

No vasto campo abrangido pelo triplice objecto do direito internacional privado, poucos assumptos têm, desde a antiguidade, despertado maior interesse do que o da successão. Aqui tratamos apenas da lei que rege dum modo geral a successão ab-intestato: o bastante para alentada these.

Impossivel, porem, um estudo cuidadoso do assumpto sem investigarmos primeiro as leis e costumes que em relação ao estrangeiro é á sua successão vigoraram nas antigas civilizações.

As sociedades nos seus primordios, antes de consolidado o vinculo de união e adquirida a plena consciencia do grupo social, viram sempre o estrangeiro como um elemento corruptor, Costume esse que por muito se prolongou. Luiz XII ao negar consentimento para o enlace de sua filha com um principe de outras terras, allegava: «sabia muito bem que no coração de um estrangeiro por mais elevado que seja, ha sempre a suspeita de algum veneno occulto, para nãa dizer traiçã». (1)

---

(1)—Bacquet, apud Gomes de Castro "Direito Internacional Privado" pag. 56.

Assim se olhava forasteiro. Era o que a maxima romana resumia dizendo: «adversus hostem aeterna autoritas esto.»

Animados por uma hostilidade reciproca, os povos antigos se olhavam como inimigos: e o odio ao estrangeiro foi o sentimento que traduziu esse estado de espirito, preponderante até o Christianismo, quando a palavra piedosa de Jesus fez nascer esse bello ideal de fraternidade humana que dia a dia se transforma, cada vez mais, numa realidade de paz e civilização.

Nega-se ao estrangeiro todo e qualquer direito. Mesmo a protecção á pessoa e aos bens. Fóra da religião, sob a guarda de outro Deus, invocando outro culto, o alienigena está fóra do direito, fóra da communhão social, que nada lhe concede. Assim, diz Surville, (2) começaram a Grecia, o Egypto, a India e tambem os povos modernos. O estrangeiro póde ser roubado impunemente, reduzido á escravidão, e morto.

Na marcha evolutiva, seguindo as proprias mutações das sociedades, apresenta-nos a propriedade quatro phases bem distinctas: a) communhão de bens; b) propriedade da tribu; c) patrimonio domestico; d) dominio individual. (3)

Somente nos dois ultimos periodos é que se esboça o direito das successões, Não tem, porém, de

---

(2)—F. Surville "Cours Elementaire de Droit International Privé", pag. 193. Setima edição.

(3)—Hermenegildo de Barros "Da successão em Geral", pag 11.

logo o caracter pessoal de que hoje se reveste, mas, longe disso, o seu motivo principal é o culto: seria o bastante para a exclusão do estrangeiro.

Vejamos porém destacadamente, cada uma das civilizações que existiram até o apparecimento da theoria estatutaria, e como nellas viveu e se desenvolveu o direito do estrangeiro, principalmente em relação à successão.

*India*—Não se avantajaria a lendaria India dos thesouros inestimaveis, aos seus contemporaneos. Nem mesmo acima dos animaes se conseguirá collocar o forasteiro. Tal é a lição de Nicolas Rascanu: «na hierarchia das creaturas, o estrangeiro vem após os elephants, os cavallos, e os sudras: apenas precede os leões, os tigres, e os javalis». (4)

Mas apesar da estreiteza de vistas com que era encarado o estrangeiro não se esqueceu o legislador hindú da sua herança, e assim é que nos Institutos de Narada encontramos o seguinte trecho citado por Zeballos: «Se um viajante chegado dum pais estrangeiro fallece, o rei deve guardar a sua propriedade até que o herdeiro se apresente. Se não se apresentar nenhum herdeiro em linha recta ou collateral, o rei guardará a successão por dez annos. Esses bens sem dono e não reclamados pelos herdeiros do defunto, após terem sido guardados dez annos, passarão a ser propriedade do rei: Assim não se violará a justiça».

Não se pense, porem, que havia ahi um abran-

---

(4)—Nicolas Rascanu "De la Succession Ab-Intestat en Droit International Privé" pag. 8.

damento á exclusão do alienigena, pois, se o herdeiro fosse natural da India, não poderia succeder, assim como não poderia ser succedido por quem não fosse seu irmão de culto. Era o que prescreviam as leis de Manú ao dizerem: «a pessoa que herda, seja quem fôr, fica encarregada de fazer as offerendas sobre o tumulo.» E' o ritual sagrado do culto aos mortos entregue a quem succede ao defunto no goso dos seus bens, do seu trabalho, da sua economia: e não pôde caber nunca a um forasteiro praticar actos religiosos, que longe de fazerem baixar sobre a terra as bençãos do céu, despertariam a colera divina.

Assim é a India mystica, que atravessa os seculos, como um Narcyso, debruçada sobre as aguas sagradas dos seus grandes rios a evitar o contacto impuro das outras civilisações.

*Hebreos* - «Sou o Eterno, vosso Deus, que vos separou dos outros povos para que me pertençaes.» Essas as palavras com que Deus entregou aos filhos de Israel a grande missão, de perpetuarem um culto. E, imbuidos no fanatismo, os hebreos permanecem quarenta annos na solidão do deserto para se livrarem de qualquer relação com os povos de outras tribus. São quatro décadas dispendidas na concentração de energias, na formação duma unidade perfeita, em busca duma homogeneidade absoluta, que lhes permittirá a conquista da Canaan.

E, ao emergirem desse insulamento trazem os hebreus uma unica idéa: a guerra.

Não podia medrar em tal ambiente o respeito á

justiça devida ao forasteiro, e máo grado a affirmativa em contrario de Estanislau Zeballos, o grande internacionalista americano, «nãq é de estranhar, que o estrangeiro estivesse privado de todos os direitos, e especialmente do de successão, posto que a successão se fundava essencialmente numa idéa religiosa e nacional.» (5)

E é tal esse sentimento de exclusão do estrangeiro, que os moabitos e ammonitas, filhos de Loth, mesmo após a decima geração, não podiam ser admittidos como Gher.

Segundo a licção corrente dos tratadistas eram os estrangeiros divididos, entre os hebreos em castas, ou especies, das quaes se tem por mais favorecida a dos Gher—verdadeiros naturalizados. Apresenta nesse ponto o direito hebreo a singularidade de serem pessoas todos os direitos adquiridos por um naturalizado, não se transmittindo aos descendentes. Assim é que o seu patrimonio só passará ao filho se este houver nascido após a sua conversão.

A um israelita pôde succeder um forasteiro, mas apenas sob a forma de usufructo, que se extingue no anno do jubileo.

Esse, em linhas geraes, o systema que vigorou entre os hebreos em relação ao direito successorio dos estrangeiros.

*Egypto*—No que se refere ao estrangeiro divide-se a historia do Egypto em duas épocas distinctas

---

(5)—M. J. Champcommunale. "La Succession Ab-Intestato en Derecho Internacional Privado" pag 7. Trad. Garcia Gongora.

e diversas, cujo marco de separação é a queda da theocracia e o desenvolvimento das relações commerciaes.

No primeiro periodo, sob o dominio exclusivo do regimen sacerdotal, o Egypto é uma nação fechada ao forasteiro, sempre visto como um ser desprezível e que só merece o castigo. O pensamento religioso domina inteiramente, e o egypcio sente-se orgulhoso da missão que lhe reservaram os deuses, destinando-o a governar o mundo. (6) Para não manchar a purpura do seu dominio evita todo aquelle qua não communga das suas crenças e não traz o sangue dos seus antepassados. «Não ha egypcio, diz-nos Herodoto, que queira beijar um grego, nem provar a carne dum animal que houvesse sido morto com a faca de um grego.» (7) E, para que se não perdesse com o passar dos seculos, essa idéa de desprezo ao estrangeiro, deixaram gravadas num dos monumentos que assignalam a grandeza dessa civilização extincta, as seguintes palavras: «Aqui não trabalhou um só homem do paiz.»

Dois factos viriam, porém, marcar uma nova era na vida do Egypto: a queda da theocracia e o desenvolvimento do commercio. Este ultimo principalmente, pondo em contacto os diversos povos, sempre reunidos para a troca de mercadorias, e para o

---

(6)—R. Weiss. "Manuel de Droit International Privé. pag. 229. Nona edição.

(7)—Herodoto. apud. Weiss. ob. cit. pag. 228.

intercambio commercial, modificaria completamente o pensamento regionalista.

Thebas e Memphis, os dois maiores emporios commerciaes, chegam a tal gráo de cosmopólitismo, que veem erguer-se, dentro dellas, bairros de estrangeiros, onde estes elegem as suas autoridades judiciaes.

Reconhece-se a personalidade civil do alienigena a quem é prestada toda assistencia judicial pelo Agoramono, (8) e no que respeita á successão, o estrangeiro, quando adoptado, póde participar dos seus beneficios. (9)

*Roma*--Nascida entre os barbaros e os etruscos a cidade eterna teve que ser nos primeiros seculos da sua fundação, a cidade fortaleza, onde nada é permittido ao estrangeiro, que é sempre um inimigo—*hostes*.

Não poderia, porém, permanecer tal situação, e Roma marchou para a conquista dos povos que a cercavam. E, ao domina-los, julgou de boa politica, attenuar o rigorismo das suas leis em relação ao estrangeiro, para melhor poder conservar sob o seu imperio os povos que as suas armas haviam derrotado.

Mas como as concessões não podiam ser feitas no campo do direito civil que formava «um circulo estreito em que não podia o estrangeiro penetrar», (10)

---

8 —E. Zeballos, notas a traducção de A. Weiss, pag. 86.

(9)—Clovis Bevilacqua, "Legislação comparada", pag. 239.

(10)—P. Flori, "Le Droit International Privé". Trad. de C. Antoine Vol. I pag. 9.

concedeu-se-lhes, o *jus gentium*. Era um liberalidade feita ao peregrino, pois, os barbaros que na phrase de Ortolan estavam fóra da civilização e da geographia, continuaram excluidos.

No campo das successões podemos bem sentir a sabedoria da legislação romana. Sendo a successão em Roma sujeita ao direito civil, ficariam os forasteiros privados do seu beneficio. Não foi no entretanto difficil ao espirito clarividente do romano contornar o obstaculo: sujeitou a successão do estrangeiro á sua lei nacional. E a unica excepção estabelecida era não poder o peregrino succeder ao parente que fosse romano no momento de fallecer. (11) Póde mesmo ser chamado um romano a succeder, como vamos no caso de Manlius, cidadão romano, herdando de seu irmão, peregrino da Sicilia, (12)

*Grecia*—Offerece-nos a civilização grega um typo raro na historia da humanidade:—é o agrupamento de cidades independentes, que se unem apenas na defesa commum contra os povos de outra raça mas que se degladiam quando estes lhes dão treguas.

Impossivel, pois, estudar a Grecia como um só bloco.

Temos que acompanhar as divisões caracteristicas par podermos vêr como existiu e como viveu.

Basta que confrontemos as leis e os costumes de duas de suas principaes cidades—Sparta e Athenas —

---

(11)—Champcommunale od. cit. pag. 17

(12)—Rascanu ob. cit. pag. 11.

para vermos de logo os profundos sulcos que as separam na maneira de encarar o estrangeiro.

Na primeira o territorio é vedado aos forasteiros pois, temem os seus dirigentes que venham corromper os costumes austeros da cidade. (13) Na segunda vamos presenciar a hospitalidade e o acolhimento ao estrangeiro que traz, com o commercio, o progresso e a prosperidade.

E na materia que estudamos, no direito de successão, é levado a tal extremo a idéa religiosa, que o grego filho duma cidade não pôde succeder ao grego filho de outra cidade—estrangeiro não é apenas o que pertence a outra raça, mas tambem aquelle que invoca outro Deus.

A successão obedece rigorosamente a um sentido religioso, e estando cada cidade sob a guarda de um Deus que a protege, de um culto que a defende, não é possível ao atheniense succeder ao spartano. Ensina Fustel de Coulanges: «As leis de successão, isto é, aquellas de entre as leis que testemunham mais fielmente as idéas que os homens formavam da familia, estão em flagrante contradicção quer com a ordem do nascimedo, quer com o affecto natural.» E mais adeante: «Não permittiam ao estrangeiro herdar do cidadão, nem ao cidadão do estrangeiro, porque toda a transmissão de bens levava comsigo a trasmissão dum culto e era tão impossível ao ci-

---

(13)—Fustel ob. cit. vol. I pag. 9.

dadão desempenhar o culto do estrangeiro como a este o do cidadão.» (14)

No que interessa ao estrangeiro propriamente dito, vamos encontrar em Athenas um systema que se ainda não pôde ser tido como liberal, já não traz a rudeza do direito spartano. Eram ali os forasteiros divididos em classes: isoteles, metecos e barbaros. Os primeiros são os que por um tratado politico obtêm o gozo de certos direitos: podem estar em juizo e usar das acções que se referem ao direito de familia, de successão e conservação dos bens. (15) Os metecos são aquelles autorizados pelo seu Areopago a fixar domicilio em Athenas. Decide das suas causas o Polemarca e quanto á successão, embora privados de succederem ou serem succedidos por testamento, gozam de successão *ab-intestato*, revertendo, porém para o fisco um sexto do patrimonio e mais os filhos dos seus escravos. (16) Privados de todo direito são apenas os barbaros, embora essa regrase amenizasse com o correr dos tempos,

Vê-se, pois, que em grao maior ou menor sempre existiu um espirito de desconfiança para com o filho de outras terras, e do que nos deixou testemunho o poeta hellenico ao dizer na Odysséa, quando Nestor recebe Telemaco e Mentor: «Estrangeiros, quem sois? Donde vindes atraves os mares? E' por algum negocio ou errais em busca de aventuras, como os pi-

---

(14)—Fustel de Coulanges. "Cidade Antiga" pag. 317. Trad. Souza Costa.

(15)—Zeballos ob. cit. pag. 106

(16)—Rascanu ob. cit. pag. 16.

ratas que percorrem os mares, levando o saquê a todos os logares? (17)»

*Barbaros*—Os seculos V e VI da nossa era assinalam-se pela invasão dos barbaros, que transpondo as margens do Rheno, a golpes de força vieram impor-se a civilizações mais adiantadas onde pairava o espirito de Roma. Povo nomade, dividido em tribus, deslocando-se constantemente como areias movediças, os barbaros trazem com as suas armas as suas leis.

O homem não tem a nacionalidade que lhe dá a terra do seu berço—tem a nacionalidade da sua tribu. Estrangeiro não é aquelle que nasceu em outro territorio, mas aquelle que se não aggregou a um grupo, que se não submetteu a um chefe: é o *warga meus* ou *warganei*. Não tem direitos politicos, nem civil: está fóra da lei e pôde ser condemnado á morte pela menor infracção. (18)

E, quando morre, todo o seu patrimonio passa para o dominio exclusivo da tribu. Ahi a origem do direito de albinagem, em torno do qual giram, até hoje, tão grandes controversias: não se acertaram os escriptores nem quanto á origem, nem quanto á etymologia.

Quanto áquella, viram-na uns como instituição emanada do direito romano, o que alias parece absolutamente inexacto. Outros a julgaram medida de *re-presalia* estabelecida pela França no seculo XIV, em

---

(17)—J. Valery "Droit International Privé" pag. 9.

(18)—Wells. Trad Zeballos pag. 139.

vista dum estatuto de Eduardo III, de 1328, que prohibia succederem os estrangeiros na Inglaterra, desde que se tratasse de immoveis: (19) Tão falsa quanto a primeira é esta explicação.

De referencia á etymologia não é menor a divergencia.

Sapey, citado por Fiori, (20) pretende derivar a palavra dum album em que eram inscriptos os estrangeiros. Pensam outros que designando, a principio apenas os escocêses, passasse por generalização a indicar todos os forasteiros, sendo palavra composta do latim *alibi natus*: nascido em outro lugar. (21)

Consistia o *jus albinagii* na dupla incapacidade para o estrangeiro de succeder e de transmitir, seja *ab-intestato*, seja por testamento, quer aos parentes quer a todos os outros. (22)

Ao occuparem, porém, os territorios conquistados, apresentam es barbaros um aspecto raro na historia: permitem aos vencidos que conservem as suas leis. Não faltam explicações para o facto, mas a verdade é terem firmado no campo do direito internacional privado a personalidade da lei, succedendo, ás vezes, se encontrarem no mesmo lugar varias pessoas sujeitas cada uma á sua lei pessoal. Assim é que os judeos continuam sujeitos, na Gallia, ao direito talmudico.

---

(19)—J. Devin "La Propriété Immobilière des Etrangers en France" pag. 92.

(20)—Fiori ob. cit. pag. 14 vol I.

(21)—Zeballos ob. cit. pag. 140.

(22)—Devin ob. cit. pag. 94.

os borgundios á sua legislação e os habitantes primitivos ao direito romano. (23)

Uma grande transformação viria, porém, traçar novo rumo á conquista: é o estabelecimento definitivo dos Francos na Gallia.

De nomades que eram, vivendo errantes, passam os Francos, ao se fixar na Gallia, a colonizadores.

Varia, então, a moção do estrangeiro, que já não é mais aquelle que se não ligou a uma tribu, mas o que nasceu fóra do territorio—é o predominio do *jus soli*. E a este estrangeiro applicam-se as mesmas normas referentes ao forasteiro primitivo, e ao morrer todos os seus bens revertem para o fisco: implanta-se na França o direito de albinagem, que vigorando no feudalismo, ainda existiria por muito tempo. (24)

*Secundum leges Francorum, res perigrinorum sunt propriae regis.*

*Feudalismo.*—Sobre os escombros da invasão barbara assignala a historia o nascimento do grande imperio de Carlos Magno, que no seu apogeo só era comparado á grandeza de Roma.

Morto, porém, em começos do seculo IX, o filho de Pepino, o Breve, iniciou-se a decadencia da monarchia, que assistiu impotente á partilha das suas terras. Cada senhor, cada barão, insulado na torre do seu castello, torna-se um verdadeiro rei dentro dos seus dominios, e o feudalismo levanta-se como um novo systema politico. Um profundo retrahimento se

---

(23)—Valery ob. cit. pag. 15.

(24)—Champcommunale pag. 19.

verifica então: estamos no seculo X. «Os senhores apaziguados por um momento, volvem á sua segregação com mais brutalidade do que d'antes. A propria Igreja se divide internamente e não poucos caudilhos, ecclesiasticos de espada, desobedecem ou relaxam a disciplina. Uma segunda dissolução politica sobrevem e a Humanidade torna pavorosamente ao ponto de partida.» (25)

E, sob tal systema, fortifica-se, cada vez mais, o principio da territorialidade absoluta: *todos os costumes são reaes.*

A lei passa a viver encarcerada entre os dois costumes que se completam: *intrastris urbem ambula juxta ritum ejus — Unaquaequae consuetudo suo loco clauditur.*

E', como diz Michelét, a religião da terra.

A' mutação do regimem politico acompanha tambem o criterio sobre o estrangeiro, que já não é apenas o que nasceu fóra do imperio, mas aquelle que pertenceu a outro senhor, que foi servo de outro feudo. E se porventura um vassallo se desloca do seu pouso é tido logo na condição de fugitivo, podendo ser reclamado pelo senhor. Mas se este o não requisita, torna-se servo do novo senhor,—nunca a liberdade.

No que tange, porém, ás successões não nos é possivel estudar o periodo do feudalismo, resumindo o num adagio ou maxima, pois, tal é a variedade de leis, e leis mais diversas que imperam em cada

---

(25)—Midy citado por Zeballos ob. cit. pag. 143.

territorio, que só um estudo especial do regimem de cada feudo nos permitiria o conhecimento seguro do direito dessa época.

Numa apreciação rápida, convem, porém, notar as diferenças entre o sul e o norte. Enquanto nas baronias do norte, máo grado tór cada uma a sua lei e o seu costume, o principio geral é o da sujeição do alienigena ao *jus albinagii*, no sul, só mais tarde eile se adaptou em substituição ás normas do *Breviarium Alarici*. (26) Assim foi em Beauvoisis, Aigues-Mortes e Agen. (27)

Causas varias vieram, no entretanto concorrer para que ao ser o mundo abalado pela quèda da Bastilha, já não existisse com o mesmo rigor o direito de albinagem.

O primeiro factor foi o fortalecimento da monarchia, que ao se sentir com energias sufficientes para impór a sua vontade, transformou o direito de albinagem em uma prerogativa da corôa. A luta iniciada por Luis, o Gordo, mantida por Felipe, o Bello, e continuada por Luis X, terminaria no reinado de Carlos VI, que em de Setembro de 1386 (28) firmava o direito do imperio, que teve dahi por diante varias decisões a seu favor. A innovação vinha livrar das garras da incapacidade successoria grande numero de vassallos, que se não encontravam no feudo de ori-

---

(26)—Rascanu ob. cit. pag. 40.

(27)—Rascanu ob. cit. pag. 41.

(28)—Champcommunale ob. cit. pag. 41.

gem, pois, a norma só era applicada aos que não fossem filhos do imperio.

Não fôra este o primeiro passo para a restricção do principio. Medidas outras já lhe haviam diminuido o circulo de accção. Assim, no seculo XIII, introduzira-se a norma de succeder ao forasteiro o filho nascido na França, o que representava um favor concedido não ao estrangeiro, mas ao regnicola. Outra excepção se estabeleceu para os principe e nobres estrangeiros, e que permittiu passarem as provincias da Normandia, Anjou, Turene, Máine e Guyena aos reis da Inglaterra. (29) Edictos e ordenanças continuaram na mesma marcha evolutiva a ampliar os direitos dos alienigenas. Em 1462, com o fito de proteger o commercio e a circulação dos estrangeiros em terras da corôa, Luiz XI abria excepções para os commerciantes e mercadores de outros países que occurriam ás feiras, já importantes nessa época. Mais tarde, em 1607, libertaram-se da incapacidade successoria todos os empregados das tapeçarias de Flandres, assim como os estudantes das universidades. E ao declinar do imperio já o *jus detractus* se substituíra ao *jus albinagii*. (30)

Causas externas tambem concorreriam para a ampliação dos direitos do estrangeiro. Factor importante e que muito se fez sentir foi o florescimento do commercio entre o Mediterraneo e o Levante, e entre o sul da Europa e a Inglaterra, Flandres e as

---

(29)—Champcommunal ob. cit. pag. 33

(30)—Devin ob. cit. pag. 99.

ciudades da liga Hanseatica. (31) Resultado de tal intercambio foi a formação, dentro do Santo Imperio, de cidades independentes, ricas e cada uma com os seus estatutos particulares. E, dentro desse ambiente prospero e farto surgiram as universidades, o amôr aos estudos e o desenvolvimento das letras e das sciencias, cuja consequencia maior, no campo das nossas investigações, é a theoria dos estatutos. (32)

(31)—Valery ob. cit. pag. 20.

(32)—P. Arminjon "Précis de Droit International privé" ...



## CAPITULO II

### Periodo estatutario

Impossivel collocar no tempo uma linha divisoria entre as theorias feudalistas e os principios estatutarios.

A lentidão com que estes se infiltraram nos habitos e leis da época fez com que só algum tempo após o seu apparecimento nas universidades de Florença e Bolonha (33) e nos debates dos juristas, viessem as sociedades sentir os seus beneficos efeitos.

Deu origem a nova doutrina que tão largos horizontes abriu ao direito internacional privado, o choque entre os estatutos das cidades livres do norte da Italia e o direito romano, que como um laço de solidariedade, ainda as dominava.

Quando imperar a lei romana? Quando vigorar o estatuto? E dessa duvida feliz surgiu todo um systema juridica, que sendo, como diz Pillet, já um dos mais importantes ramos do direito, será, talvez, no futuro, o maior de todos. (34)

Lainé que é, sem favor, uma das maiores autoridades no assumpto, não teve duvidas em dizer que é

---

(33)—Champcommunale ob. cit. pag. 145.

(34)—Antoine Pillet "Traite Pratique de Droit International Prive" vol. pag. 24.

na theoria dos estatutos que devemos procurar as origens do direito internacional privado.

Esboça-se assim, no seculo XIII, a doutrina estatutaria, quando procurando attenuar o principio da territorialidade absoluta, o imperio unico da soberania local, os juristas introduzem normas que melhor assegurem ao direito e á capacidade das pessoas a fixidez que lhes é necessaria. (35)

A divisão dos estatutos em reaes e pessoas é o primeiro passo á frente nessa cruzada benemerita, e a theoria iniciada no seculo XIII iria dominar até o seculo XVII toda a elaboração doutrinal, que se divide em quatro phases, assim assignaladas por Machado Villela, o illustre professor de Coimbra: «Uma phase de origens que vae de fins de seculo XIII até o seculo XVI, em que a theoria é esboçada pela escola estatutaria francesa do seculo XVI; uma phase critica, que abrange o seculo XVII e em que a escola italiana; uma phase da organização, que é representada pela escola estatutaria hollandêsa procurou determinar as bases logicas da theoria; e uma phase de transição, em que a escola estatutaria francêsa do seculo XVIII prepara o terreno para o advento das modernas theorias da communidade do direito.» (36)

No campo da successão profundas modificações se verificaram e sobretudo, no modo de interpretar o facto, procurando muitas vezes assenta-lo sobre uma base juridica.

---

(35)—Weiss. Trad. Zeballos. Vol I pag. 515

(36)—Machaso Villela. "Direito Internaciona Privado" Vol. I pag. 235.

Cabe-nos, porém, para um estudo mais systematizado apreciar separadamente cada um dos quatro periodos.

ESCOLA ITALIANA. A doutrina italiana, tambem conhecida como a dos post-glosadores, apresenta-se com a intuição da communiidade do direito (37) notando Niboyet que ella teve o pensamento de dar a cada lei o imperio que mais lhe convinha segundo a sua natureza. (38)

Grande foi o numero dos escriptores que concorreram para a elaboração dessa primeira phase que pelo desalinho e tumulto com que apparece, Pillet diz preferir compara-la a um deposito de materias do que a um edificio.

E se tres nomes se impõem entre todos — Bartolo, Baldo e Dumoulin—não podemos deixar de estudar primeiro as figuras de Albericus de Rosciate e de Saliceto, cujas avançadas idéas sobre a successão não encontraram, infelizmente, campo propicio para seu desenvolvimento. Pregaram ambos as mesmas ideas, batendo-se pela unidade da successão sob o imperio de lei nacional do *de cuius*. Rosciate expõe assim as suas idéas: «Morre uma pessoa possuindo bens em diversos logares. Pergunta-se, quanto á sua herança, se deve ser julgada segundo o estatuto do logar donde essa pessoa é originaria, ou conforme ao estatuto do logar onde cada bem está situado. Uns sustentam esta opinião, outros a primeira. E esta é a melhor. Visto como uma disposição dessa natureza é pessoal

(37)—Vilela ob. cit. pag. 327.

(38)—J. P. Niboyet. "Manuel de Droit International Privé" pag. 392.

e não real, *quia confunditur obligatio per successionem quasi sit factus credit oridem cum persona debitores*. Ha, no entanto outra opinião que é singular: deveria ter-se em vista o lugar do obito, pois, a successão *ab intestato* é uma especie de testamento tacito e que os actos da vontade são regidos pela lei do lugar onde são praticados. Penso mais acertado filiar-me ao lugar de origem; o lugar do fallecimento só deve ser considerado se o primeiro é incerto.» (39)

Taes as idéas logo continuadas por Saliceto e que muito mais tarde, no seculo XIX, vieram a inspirar Bachov e depois Mancini.

*Bartolo*.—Não pretendemos discorrer sobre a obra de Bartolo, mas apenas dizer o essencial para melhor alcançarmos o nosso objectivo.

Afim de explicar o seu pensamento, partiu Bartolo de duas interrogativas:—Póde um estatuto estender-se alem dos limites do territorio? — Póde um estatuto abranger os estrangeiros que estão dentro do territorio? (40) Para comprehendemos a idéa do jurista no que se refere ás successões, basta-nos acompanhá-lo na resposta á primeira interrogativa. Começou o autor dividindo os estatutos em permissoivos e prohibitivos.

Estes podem se referir á forma, e nesse caso são locaes; á cousa, quando o seu effeito se estende alem do territorio; e ás pessoas, bipartindo-se nessa hypothese em favoraveis e odiosos: aquelles extraterritório-

---

(39)—Rascau ob. cit. pag. 158.

(40)—Bartolo partia das glosas appostas ao Corpus juris.

riaes e estes territoriaes. Como exemplo dos primeiros cita Bartolo o estatuto que priva o menor de 25 annos de direito de testar, e incluye nos segundos o que veda a filha de succeder aos paes. Vê-se, pois, que segundo o eminente jurista, os estatutos prohibitivos são extraterritoriaes quando, referindo-se ás pessoas, são favoraveis.

Sobre os estatutos permissivos indicou que podem ser encarados como a faculdade de praticar no estrangeiro actos ali permittidos ou quanto ao effeito extraterritorial dos actos praticados em determinado logar conforme os seus estatutos. Nesta hypothese, contrariando Ravenna, respondia Bartolo pela affirmativa, dando assim validade extraterritorial ao testamento feito perante duas testemunhas, mesmo quanto aos bens sitos em logar onde tal não fosse a norma estabelecida para os testamentos. Ravenna apinava que taes bens deveriam passar ao svccessor *ab-intestado*. (41) Mais curioso é o pensamento de Bartolo sobre a successão *ab-intestato*: desprezando a lei da situação e a lei do logar da acceitação da herança, mandava apenas examinar a intenção do legislador ou do costume, afim de se saber se o estatuto era real ou pessoal.

Consistia, porém, a originalidade do professor de Pisa, no modo porque se devia descobrir tal intenção. Era um criterio verbalista. Se o estatuto começava por se referir ás cousas—*bona decedentium veniat in primogenitum*—era real. Se, porém, principiava falan-

---

(41)—Pillet ob cit. vol I pag. 33.

do das pessoas—*primogenitus succedat in omnibus bonis*—era pessoal. (42)

Tal a obra do *Pater juris* de Perugia e Pisa que apesar das criticas soffridas pela sua curiosa idéa sobre a successão *ab-intestato*, mereceu que delle dissesse Henry Beale, professor da universidade de Harvard: «é a figura mais importante entre os juristas da Idade Media. A elle particularmente se attribue a primeira exposição orientadora das doutrinas do conflicto das leis.»

*Baldo*. Contemporaneo de Bartolo e seu discipulo, Baldo foi o continuador da obra encetada pelo mestre, tão cedo colhido pela morte.

Muito embora ainda seja um adepto do methodo escolastico, já se apresenta com um espirito mais systematizador. Vendo na successão um direito que se refere aos bens e não ás pessoas, opina que se applique sempre a lei da situação aos immoveis, sendo os moveis sujeitos á maxima *mobilia sequuntur personam*. (43)

DUMOULIN. Vivendo no seculo XVI, contemporaneo de D'Argentré, e delle se approximando em alguns pontos, fez Dumoulin com que se levantassem duvidas acerca da sua escola: o ultimo dos estatuarios italianos ou um dos precursores da escola franceza? Ficamos com Lainé que o classifica entre os primeiros.

Dir-se-ia que o passar do tempo e uma melhor reflexão, faziam com que os juristas, embora inspira-

---

(42)—weiss. Trad. Zeballos vol. I pag. 521.

(43)—Niboyet ob. cit. pag. 239.

dos nos antecessores, se apresentassem com uma crescente preocupação pelo methodo—e Baldo já é mais systematico do que Bartolo, Dumoulin ainda é mais do que aquelle.

O ponto capital da obra de Dumoulin é a sua nova concepção sobre a autonomia da vontade, que, com exaggeros e desfallecimentos, vive até hoje como um dos melhores legados da escola estatutaria.

No que respeita ás successões foi Dumoulin, quanto aos moveis, partidario da regra *mobilia sequuntur personam*, mas apresentando a originalidade de encará-la como uma ficção referente ao ultimo domicilio do *de cuius*. (44) Os immoveis estavam sujeitos ao estatuto real: *Succesiones diversorum reputantur ob diversas consuetudines*. (45)

• ESCOLA FRANCÊSA DO SEculo XVI.—Profundamente impressionada pelo direito feudal—*Leges non valet extra-territorio*—appareceu a escola francêsa do seculo XVI como reacção ao pensamento italiano que vinha trazer novo sentido ao valor da lei no espaço. D'Argentré e Guy Cocquille são os seus nomes de maior vulto.

*D'Argentré*.—Enquanto os que o haviam precedido basearam os seus commentarios em textos do direito romano, preferiu D-Argentré erigir todo o seu systema em torno do artigo 218 dos costumes da Bretanha, e que autorizava ás pessoas disporcm livremente de um terço dos seus bens. Sobre a territoria-

(44)—Surville ob. cit. pag. 501.

(45)—Champecommunal ob. cit. pag. 169

lidade ou extraterritorialidade dessa norma fundou o magistrado bretão a sua theoria. Ainda imbuído dos principios do direito feudal, que tanto haviam dominado em sua terra, affirmou D'Argentré que todos os estatutos são territoriaes e que só por uma excepção reclamada pela justiça peler-se-ia admittir terem os estatutos referentes á pessoa valor lôra do territorio, e isso mesmo quando não produzam effeito algum sobre os bens. (46)

Deixemos, porem, falar ao proprio autor: após ter «observado ser um uso constante que as cousas componentes do sólo, como o immoveis, situados em logares de costumes differentes, estão submissos ás leis, aos costumes e aos estatutos da situação em tudo que concerne á sua aquisição e transmissão, nenhuma autoridade tendo em tal assumpto outra lei que não seja a do territorio; que assim é nos contractos, nos testamentos, em todos os actos de materia immobiliaria, nada podendo ser decidido em virtude dum consentimento privado, nem ser julgado contrariamente á lei de situação», acrescenta: o direito das pessoas—e ahi se incluem os moveis que não podem ter outro direito que não seja o da pessoa— é determinado pela lei do domicilio. Esse tem em mira a condição da pessoa e a capacidade de praticar actos civis... «Os moveis, facilmente transportaveis, não têm situação fixa, seu estatuto é pessoal.» (47)

(46)—Weiss. Trad. Zeballos pag. 325.

(47)—Arminjon ob. cit. pag. 51. vol. I.

Não se esqueceu, porém, D'Argentré de referir-se particularmente à successão e assim é que, como nota Pillet, o primeiro exemplo de estatuto real por elle apresentado é a divisão da herança immobiliaria e sujeitos os moveis ao estatuto pessoal.

*Cocquille*—Apesar de aliado de D'Argentré na fundação da nova escola, não se ateve como elle ao preceito absolutista da territorialidade. Julgou mais acertado pender para a intenção do legislador, sendo o seu systema mais favoravel á personalidade dos estatutos. No que tange, porém, as successões, professou dum modo absoluto o principio da realidade, levando Weiss a dizer—«como se a liquidação não fosse estabelecida pela lei visando o interesse geral das pessoas.»

Não logrou no entretanto a escola de D'Argentre e Cocquille, firmar-se de logo, e só mais tarde, no seculo XVIII, conseguiu dominar a doutrina, embora se impuzesse na Allemanha no seculo XVII e rapidamente a assimilasse a Hollanda. (48)

ESCOLA HOLLANDÊSA.— Contrastando com o mau acolhimento que tivera na França, na Italia e na Allemanha, encontrou a doutrina francesa, na região flamengã um vasto campo para proficuas incursões. Não só as idéas remanescentes do feudalismo como a luta mantida entre as diversas cidades que pugnavam pela sua independencia, explicam bem os motivos historicos que deram origem a esse ambiente

---

(48)—Villota ub. cit. vol. I pag. 310.

de *sympathia* com que foi recebido o pensamento gaulês. (49)

Não tardou muito para que logo na primeira metade do seculo XVII, surgisse na Hollanda uma nova escola estatutaria, apresentando caracteristicos proprios bastantes para lhe darem autonomia.

Estudemo-la atravez os seus representantes.

*Bourgoigne*.—E' o precursor do pensamento hollandês. Na ancia de ampliar o mais possivel o estatuto real, deixou-se fascinar pelas cousas, não vendo jamais a pessoa. Assim exprime a sua theoria: «a pessoa sem os bens que lhe pertencem seria um cadaver no meio de seres vivos; não é, pois, a pessoa que domina as cousas, são as cousas que attrahem a si as pessoas e que lhes impõem os seus estatutos.» (50)

*Paulo Voet*.—A innovação primeira trazida por Paulo Voet foi a respeito dos estatutos mixtos, que considerou como sendo os referentes á forma.

Estreitou o mais possivel o conceito sobre os estatutos pessoaes, que restringiu aos que visam exclusivamente a pessoa, sem nenhuma relação com os bens, pois, mesmo a maioridade e a intêrdicção quando tenham de actuar sobre bens situados fóra do territorio, perdem o seu valor.

*João Voet*.—Continuando a obra paterna tambem como professor de Utrecht, foi o mais illustre representante da escola hollandêsa. Debatendo-se entre

(49)—Valery ob. cit. pag. 29.

(50)—Bourgoigne, apud. Weiss. Trad. Zeballos vol. I pag. 528.

o pensamento da territorialidade e a necessidade da extraterritorialidade foi buscar na *comitas gentium* a justificação para admitir o efeito extraterritorial dos estatutos, resumindo nas seguintes palavras a sua doutrina: «quando um povo quer manifestar a sua cortesia para com um povo vizinho, os estatutos podem ter um efeito fóra do territorio em que foram dictados, desde que isso nenhuma perturbação acarrete.» (51)

Não podendo, porem, como outros, fugir á regra *mobilia...*, explica-a Voet dizendo que os moveis servem para uso da pessoa e como tal devem estar situados no seu domicilio, ao menos por uma ficção legal. (52)

*Huber.*—Fecha o cyclo dos escriptores da escola hollandêsa o nome de Ulric Huber cujas licções foram por elle mesmo, condensadas em tres axiomas:

a) as leis de cada Estado têm força no limite do seu territorio, não alem, e ahi obrigam todos os habitantes. b) Devem ser considerados como habitantes Os que se encontram no territorio do Estado, estejam ou não ahi definitivamente estabelecidos. c) Os representantes de cada Estado agem por cortesia ao admittirem o effeito da lei de outro povo em seu territorio, e isso quando não cause prejuizo á autoridade ao Estado ou aos cidadãos.» (53)

Tal foi, em resumo, o trabalho da escola hollan-

---

(51)—Arminjon ob. cit. vol. I pag. 54.

(52)—Champeauxmunal ob. cit. pag. 152.

(53)—Arminjon ob. cit. pag. 54.

dêsa, cujo traço principal consistiu em basear a extraterritorialidade num motivo de cortezia e utilidade: *ex-comittate gentium obereciprocã utilitatem*.

Não tendo duravel repercussão no continente, foram no entanto, levadas por estudantes escocêses, influir poderosamente sobre os autores anglo-americanos — Story, Burge, Phillimore — cujas idéas até hoje ainda se reflectem na doutrina e na legislação da Inglaterra e dos Estados-Unidos.

*Escola francêsa do seculo XVIII.*—Ao conseguir a primeira escola francêsa dominar o campo da doutrina, não lhe foi mais possivel firmar-se esteiada nos mesmos principios com que havia surgido, pois, não só os novos estudos, como a influencia dos pensadores flamengos, actuariam fortemente sobre os tres grandes juristas que pugnavam pelo seu renascimento: Froland, Bouhier e Boullenois.

Muito preoccupados com a pratica dos tribunaes a obra desses juristas caracteriza-se pelo estudo de casos insulados, o que alias lhes prejudicou o conjunto da obra.

Cabe-lhes, porém, terem assentado as bases para a victoria de novos e arrojados principios que iriam constituir o cyclo de ouro do direito internacional privado, formando um periodo de transição. (54)

Baseam-se todos na territorialidade como regra e na extraterritorialidade como uma excepção exigida pela cortezia e pelo diteito. (55)

---

(54)—Villela ob. cit. vol. I pag. 294.

(55)—Villela ob. cit. vol. I pag. 312.

## CAPITULO III

### Escolas Modernas

#### DOUTRINA

Seis seculos de estudos apaixonados, de discussões calorosas e de evolução lenta, permittiram surgir nos meados do seculo XIX, a primeira doutrina sobre a communitade do direito.

A' escola de transição dos escriptores francêses se seguiram as theorias allemãs, que marcam, na historia do direito internacional privado, o maior passo em prol dos grandes ideaes de fraternidade humana.

O campo estava arado: ficou aos tratadistas allemãs a missão de lançar a semente magnifica, que desabrocharia trazendo ao mundo uma éra de conquistas e victorias na luta pela grandeza e pela força do direito. Novos e largos horizontes se abriram á possibilidade do imperio da justiça.

As velhas theorias, até então dominantes, não puderam resistir ao embate, e as tres grandes doutrinas modernas empolgaram os espiritos moços, angariaram adeptos, conseguiram defensores e se diffundiram pelos continentes.

Cada vez mais as palavras de Von Tinhovel ao abrir a primeira conferencia de Haya, se firmam como promissora realidade: «acima das soberanias dos poros, eleva-se a soberania da justiça e do direito, perante a qual se inclinam todas as nações civilizadas.»

*Escola allemã.* Manifestou-se na Allemanha o primeiro movimento de rebeldia contra as antigas doutrinas estatutarias. Um ambiente francamente batido pelo direito romano era bem propicio á elaboração de novos principios, e alguns escriptores—Bachov, Wachter, Schäffner—iniciaram a obra que teria depois como patrono o nome do grande Savigny. Partindo da idéa de combate a classificação *a priori* dos estatutos em pessoas e reaes, chegou Savigny á sua doutrina baseado na communidade do direito entre os diferentes povos. A idéa de Savigny foi «determinar para cada relação jurídica o dominio do direito mais conforme á natureza propria e essencial dessa relação.» (56) Como determinar, porém, a lei mais em harmonia com dada relação jurídica? Opinava o autor do «Tratado de Direito Romano» pela séde da relação jurídica, que por sua vez era indicada pela submissão voluntaria a certa lei local.

Não nos cabe aqui estudar detidamente a theoria de Savigny, e por isso passamos a examinar como se reflectiu tal doutrina no campo das successões *ab-intestato*.

---

(56)—M. F. C. de Savigny. «Traité de Droit Romain» vol. VIII. Trad. de M. Guenoux pag. 30. Segunda edição.

Diz Fiori (57) que contribuiu poderosamente na formação das novas idéas sobre a successão o facto de terem os escriptores allemães admittido o principio romano, de ser o patrimonio, quando considerado no seu conjuncto, uma unidade idéal, uma *uninersitas*. Essa a conclusão de Bachov e Wachter (58).

Savigny ao procurar determinar qual a séde do direito de successão chegou ás mesmas conclusões que assim resume: «Esse direito (successão) consiste na transmissão do patrimonio dum defunto a outras pessoas, o que contitue uma extensão do poder e da vontade do homem alem do termo da vida; e essa vontade que continua a agir é ora expressa (successão testamentaria), ora tacita (successão *ab-Intestato*). Essa relação liga-se immediatamente á pessoa do defunto, como vimos acima para a capacidade de direito, e como veremos para a familia. Se essa exposição está conforme á natureza das cousas, devemos dizer que em geral o direito de successão se regula segundo o direito local do domicilio que tinha o defunto no momento da morte. E repetindo as expressões technicas acima explicadas, diremos que as leis sobre o direito de successão pertencem aos estatutos pessoaes; pois, têm por objecto a pessoa *principaliter*, e não se occupam dos bens senão accessoriamente.» (59)

---

(57)—Fiori ob. cit. vol. I pag. 141.

(58)—Téllet ob. cit. vol. I pg. 81

(59)—Savigny ob. cit. pg. 290

Estribando-se no conceito romano—*successio per universitatem*—Savigny combate o principio da *lex rei sitae* por quebrar a unidade idêal do patrimonio, assim como a divisão em moveis e immoveis, respectivamente sujeitos ao ultimo domicilio e á lei da situação, que embora reconheça como favoravel na pratica, aponta como inconveniente no que se refere as dividas, que devendo recahir sobre todo o patrimonio ficam sujeitas a serem supportadas desigualmente pelos herdeiros.

Publicada em 1849, a obra de Savigny despertou grande interesse, conseguindo formar discipulos, que até hoje se mantêm fieis aos ensinamentos do velho Mestre: Bar, Brocher, Rolin, Kahn, Lainé e, no Brasil, Teixeira de Freitas que procurou introduzir em nossa legislação as theorias do sabio romanista.

*Doutrina de Mancini.*—Pouco após a obra de Savigny surgiu na Italia a doutrina de Mancini, tambem assentada na comunidade do direito. Nota Pillet que enquanto o jurista allemão procurava revestir o seu pensamento com um fundo juridico, os principios de escola italiana appareciam sob a forma duma doutrina politica, visando sobretudo a consolidação da unidade italiana.

Exilado de Napoles, obteve Mancini uma cadeira na universidade de Turim, onde a 24 de Janeiro de 1851 expôs as suas idéss, que deram origem á doutrina conhecida sob o nome de theoria das nacionalidades.

O traço caracteristico da nova escola italiana era

a personalidade e conseqüente extraterritorialidade quasi absoluta de todas as leis, apenas limitada pela regra *locus regit actum*, pela ordem publica e pela autonomia da vontade.

A humanidade dividida em nacionalidades caracterizadas por laços communs de religião, raça, hábitos, clima e sentimentos, não podia ficar sujeita aos marcos das fronteiras, e o homem na sua marcha atravez territorio de legislações differentes continuava sujeito e protegido pela lei do berço ou do sangue.

Como Savigny, conseguiu Mancini crear uma escola de que são expoentes os nomes de Weiss, Fiori, Laurent, Castellani e outros.

No que se refere ás successões, trouxe a nova doutrina importantes modificações, sujeitando-as á lei nacional do defunto, conforme o pensamento de Mancini, que dizia, em 1874, no seu trabalho apresentado ao Instituto de Direito Internacional. «Nas successões á universalidade dum patrimonio, cabe á lei nacional determinar as pessoas successiveis, a medida da quota disponivel e da reserva, e as condições requisitadas para a validade intrinseca das disposições de ultima vontade.» (60)

Weiss que é um dos mais fieis discipulos de Mancini, após combater o criterio de dar ás leis de successão um caracter politico, e demonstrar que na successão *ab-intestato* a lei age com uma função

---

(60)—T. M. C. Asser. "Elements du Droit des lois" Trad. A. Rivier pg. 133.

interpretativa, conclue dizendo não se poder suppôr que o *de cuius* desejasse impôr á transmissãõ do seu patrimonio leis que variassem de accordo com os logares em que se encontrassem os differentes bens. Essa vontade deve expressar-se por uma formula unica, conforme aos seus sentimentos e aos seus affectos, e não podemos deixar de reconhecer a vantagem do *successio per universitatem*. E continua: «A unica lei que nos pôde indicar a vontade tacita do *de cuius*, a unica lei que pôde servir para interpretar as clausulas obscuras de um testamento,—é a lei pessoal, pois elle a conhecia ou se suppõe que a conhecia, e esta lei é applicavel onde quer que se encontrem os bens hereditarios.» (61)

Essa lei pessoal, segundo o criterio das nacionalidades não pôde ser outra senão a da bandeira do *de cuius*.

Nas mesmas idéas se louva Fiori: «quando alguém morre sem testamento, regula-se a successão pela lei, que é considerada como o testamento presumido do defunto. Cada legislador adopta nessa materia as presumpções que lhe parecem em harmonia com as tendencias naturaes do homem considerado nas suas relações de familia. Deve, pois, admittir que a soberania territorial nenhum interesse pode ter em applicar, em principio, aos estrangeiros as leis feitas para os seus proprios cidadãos, justificando essa applicação pela simples consideração de que os bens heredi-

---

(61)--Weiss ob. cit. pg. 599.

tarios se encontram no territorio do Estado. Si tudo deve depender da vontade presumida do proprietario, é mais razoavel que entre as differentes leis se prefira aquella que possa mais directamente exprimi essa vontade presumida; e ella não pôde ser revelada senão pela lei do Estado sob cuja protecção vive o individuo e sua familia.» (62)

E' esse um trecho que deixa bem claro o pensamento da doutrina, que vendo como um dos caracteristicos da propriedade o poder de sua livre transmissibilidade, (63) considera as leis da successão vinculadas á familia e ao individuo com exclusão do character politico de outros tempos.

Não é esse, porém, um criterio absoluto, pois, conforme o pensamento dos proprio doutrinadores da escola de Mancini, as leis, embora extraterritoriaes cedem sempre que se deffrontam com leis de ordem publica.

Apesar de dominante nas legislações européas, não escapou o principio das nacionalidades ás criticas severas de alguns escriptores. Niboyct (64) combatendo vigorosamente o principio do predominio do grupo social sobre o territorio, considera-o como um anachronismo, e Pillet julga o inexato. (65)

*Doutrina de Pillet.*—Das tres principaes doutrinas.

---

(62)—Flori ob. cit. vol. I pag. 146.

(63)—Flori ob. cit. vol. I pag. 143.

(64)—Niboyct ob. cit. pg. 408.

(65)—Teltet ob. cit. vol. II pg. 326

que assignalam o cyclò da communidade do direito, a mais nova é a professada por Pillet.

Transportando para o campo do direito internacional as duas características de que se revestem todas as leis internas—generalidade e permanencia—chegou o professor francês á conclusão de que não podiam, ahí, coexistir, pois, teriamos como resultado serem todas as leis territoriaes e extraterritoriaes ao mesmo tempo, o que faria com que na pratica prevalecesse sempre a *lex fori*.

Para estabelecer, porém, um systema de respeito as soberania e á communidade do direito julgou encontrar a formula juridica e conciliadora na lei do menor sacrificio, isto é, todas as vezes que se defrontam leis de soberanias diferentes, uma dellas será desprezada, obedecendo ao citado principio da lei do menor sacrificio. Como determinar, porém, a lei a sacrificar? Firma-se ahí todo o mechanismo da doutrina que responde tendo em vista o fim social da lei pois, diz o proprio autor: «uma lei qualquer é sempre um meio imaginado pelo legislador para attingir certo fim que se refere á sociedade collocada sob a autoridade desse legislador.» Dahí passa Pillet á divisão das leis segundo o seu fim, notando que umas visam sobretudo a sociedade e outras directamente o individuo. E como é norma geralmente acceita que o interesse de todos prevalece sobre o de cada um estabelece a base de sua theoria, concluindo que as leis dum Estado quando têm por fito a segurança da sociedade, a sua bôa ordem e a sua tranquillidade.

são territoriaes e abrangem todos aquelles que estejam dentro das suas fronteiras não lhe interessando mesmo que essas leis se prolonguem alem dos marcos dos seus limites, pois, ali encontram os que as transpuzerem outras normas, outras leis, e outros habitos, tambem protectores duma sociedade e duma soberania com iguaes direitos.

Quando se tratar, porém, de leis protectoras do individuo inverso é o phenomeno, pois, a lei do seu Estado deve segui-lo como um defensor leal, em todos os logares em que se encontre. (66)

Essa, em linhas geraes, a doutrina de Antoine Pillet que transportada para a materia das successões conclue pelo predominio da lei nacional do defunto por se tratar duma lei de protecção á familia. (67)

Mao grado caminharem por trilhas differentes e guiados por pensamentos diversos, Pillet e Mancini alcançaram, no termino da jornada, o mesmo ponto.

*Theorias territoriaes.*—Não conseguiram as grandes doutrinas que enchem os dois ultimos seculos, varrer do campo dos tratadistas e das legislações os velhos preceitos territoriaes em que assentaram outr'ora os alicerces do edificio das successões. Autores e legislações ha ainda que se mantêm fieis ás sedicões doutrinas.

Assim Marcadé, Merlim e Demangeat. (68) Este ultimo justifica o seu pensamento dizendo: Toda lei

---

(66)—Villola ob. cit. pg. 356.

(67)—Niboyete ob. cit. pg. 844.

(68)—Suiset Sela "Derecho Internacional Privado" pg. 91.

de successão é uma lei politica, uma lei que interessa a ordem pública, o direito privado em materia de successão se subordina sempre ao caracter do systema de governo em vigor; e segundo é um governo de privilegio, ou um governo nacional, veremos reinar na lei da successão a idéa de privilegio ou de igualdade.» (69)

Territorial tambem é a these anglo-americana, que apesar de Dicey e Westlake ainda se não libertou completamente da influencia da escola hollandesa.

### LEGISLAÇÃO

Disseminadas pelos escriptores, discutidas nas revistas, debatidas nos congressos, era natural que as novas doutrinas viessem influir poderosamente na elaboração das legislações. Difficilmente poderiam ser assimiladas de modo integral, mas um processo de caldeação premittiria que se fossem fazendo sentir nos codigos modernos.

Correspondendo ás antigas e modernas doutrinas que se defrontam, quatro systema se apresentam em campo, dispostos á conquista do direito positivo: o da lei nacional, o da lei do domicilio, o da territorialidade absoluta e o da distincção entre moveis e immoveis,

*Lei nacional.*—O principio defendido por Mancini e Pillet foi o que maior numero de legislações conseguiu invadir.

---

(69)—Demangeat, apud Fiori ob. cit. vol. I pg. 183

Em primeiro lugar a italiana, que estabelece no artigo 8 das disposições geraes do Cod. Civil:

«As successões legitimas e testamentarias seja quanto á ordem de succeder, seja quanto á medida dos direitos successiveis e á validade intrinseca das disposições, são reguladas pela lei nacional da pessoa de cuja herança se trata, qualquer que seja a natureza dos bens e em qualquer país que se encontrem» (70)

E' a assimilação integral de doutrina de Mancini, exposta, como vimos, ao Instituto de Direito Internacional, e que nas suas conclusões alcança o mesmo alvo fixado por Pillet.

Igual preceito foi adoptado pelo codigo civil espanhol, que diz no artigo 10:

«As successões legitimas e testamentarias, no que se referem á ordem de succeder, como á quantia dos direitos successorios e á validade intrinseca das suas disposições, se regularão pela lei nacional da pessoa de cuja successão se trate, quaesquer que sejam a natureza dos bens e o país em que se encontrem. (71)

Devemos dizer, porém, que muito antes de ser a doutrina da personalidade em materia de successões introduzida da legislação espanhola, já os seus

---

(70) — Fiori ob. cit. vol. pg. 148

(71) — Sela ob. cit. pg. 91

tribunaes haviam firmado nesse sentido a jurisprudencia. (72)

Coube ao legislador consolidar na lei o que era principio assente nos tribunaes.

Não teve Savigny a mesma ventura de Mancini— ver a sua doutrina consagrada pela lei da sua patria.

O direito allemão, até 1900, fraccionava-se em legislações diversas: o codigo de Baden estabelecia a competencia da lei nacional; na Baviera a *lex rei sitae* vigorava tanto para moveis como para immoveis; na Prussia adoptava-se a distincção estatutaria; apenas em Saxe dominava o pensamento de Savigny sujeitando a successão á lei do domicilio.

Unificou-se, porém, em 1900, o direito allemão dominado pelo codigo civil dessa data. O principio adoptado, com pequenas restricções foi o da lei nacional, assim condensada no § 25:

«A successão dum estrangeiro domiciliado na Allemanha no momento de sua morte, é governada pela lei do Estado a que pertencia nessa época. Um allemão póde, no entanto, fazer valer sua pretensão a essa successão...»(73)

Não se limitou, porém, á Europa o criterio da lei nacional, e, em 1890, adoptou-o o Japão, seguido pouco depois pelo Estado Livre do Congo. (74)

Por ser o principio que mais se coaduna com a

---

(72)—Ihampcommunale ob. cit. pag. 107

(73)—Surville ob. cit. pag. 522

(74)—Ihampcommunale ob. cit. pag. 416

verdade jurídica e com o direito, foi a doutrina da unificação da successão sob a lei nacional do *de cujus* a que maiores victorias tem, até hoje, obtido no terreno das legislações.

*Territorialidade absoluta.*—Reminiscencia infeliz do feudalismo, a doutrina da sujeição de moveis e immoveis á lei da situação parecc definitivamente banida das legislações européas. Por muito tempo foi a norma vencedora da legislação russa, onde a introduziu Catharina II com o fito de estabelecer a igualdade dos estrangeiros aos nacionaes, (75)

Ainda estabelecem o systema da territorialidade absoluta alguns paizes da America, como veremos no capitulo seguinte.

*Distinção entre moveis e immoveis.*—A divisão dos bens em moveis e immoveis sujeitos respectivamente á lei do domicilio e á lei da situação póde-se dizer que é a pedra angular do direito estatutario no assumpto. (76) E' como remanescente dessas velhas doutrinas que ainda a abraçam varias legislações.

A materia tem dado margem a maiores discussões na França, cujo Codigo Civil, no artigo 3, alinea 2, estabelecendo a competencia da *lex rei sitae* para os immoveis, silenciou quanto aos moveis, o mesmo fazendo o codigo. hollandez Deu isso logar a que, mesmo accordes no applicar a maxima *mobilia sequuntur personam*, dissentissem os autores quanto ao saber se devia ser um estatuto real ou um estatuto pessoal, pois

---

(75)—*l'hampecommunale* ob. cit pag. 397

(76)—Adoptaram-na Baldo, Dumoulin, D'Argentré, Vöet e outros.

no primeiro caso regeria o assumpto a lei da domicílio e no segundo a lei do estado e da capacidade.

A jurisprudencia acceitou a primeira hypothese. (77)

O Codigo hollandês determinando a *lex rei sitae* para os immoveis, tambem calou sobre os moveis e juristas houve que o quizeram collocar entre os pugnadores do territorialismo absoluto, o que foi rejeitado pela jurisprudencia.

Ainda influenciada pela escola hallandêsa, a Inglaterra mantem os mesmos principios estatutarios, (78). Ha porém, de curioso na legislação inglêsa, como nota Martens, o facto de ser sempre respeitada a ultima vontade do defunto, quando ditada em testamento, mesmo em relação aos immoveis sitos no Reino-Unido. (79)

Nos Estados Unidos tambem é geralmente adoptada a divisão estatutária, sendo que em relação aos immoveis, até a capacidade dos herdeiros fica submettida á *lex rei sitae*.

Muito interessantes na materia são as disposições do direito da Tchecoslavaquia, que submete a successão dos estrangeiros aos seguintes principios: Os immoveis sujeitos á *lex situs* e os moveis á lei nacional.

Si, porém, o estrangeiro reside no territorio da

---

(77) — Niboujet ob, cit. pag. 840

(78) — Westlake's "Private International Law" pag. 22

(79) — F. de Martens. "Traité de Droit International". Trad. A. Leo. vol. II pag. 455

Tchécoslovaquia, a regra para os moveis só é applicada existindo reciprocidade; em caso contrario prevalecem os principios vigentes para os nacionaes. (80)

*Lei do domicilio.*—A lei do ultimo domicilio defendida por Sanigny não teve acolhida nas legislações da Europa, e precisou atravessar o Atlantico para encontrar campo propicio ao seu desenvolvimento. Por isso della trataremos no capitulo seguinte relativo ao direito Americano.

### JURISPRUDENCIA

Por mais providente que seja o legislador, procurando talhar a lei de modo a adaptar-se aos conflictos que surgem diariamente, nunca lhe é possível um grau de previsão capaz de abranger a todos.

Incumbe-se sempre o destino de urdir situações novas e interessantes que só o manejo quotidiano com os autos e com a vida nos fazem crêr que realmente existem.

E, para melhor illustrar o assumpto, vertemos para aqui algumas decisões ultimamente proferidas pelas tribunaes européos, que nos darão idéa precisa da variedade e originalidade com que as questões se apresentam aos julgadores.

*A questão Caruso.* Ao fallecer tinha o cantor de fama mundial o seu domicilio na Italia, e legou toda a sua fortuna á sua filha menor Gloria, á sua mulher, mãe da menor, ao seu irmão e a dois filhos naturaes

---

(80)—Alfred Legal "Les conflits de loi en tchécoslovaquie", na "Revue de Droit International Prive" 1930 pag. 59

reconhecidos. O testamento, feito antes do nascimento da filha, foi impugnado. Um accordo de familia, homologado pelos tribunaes, encerrou a questão estabelecendo que metade caberia á filha, tocando um oitavo a cada um dos outros herdeiros.

Occorria, porém, que Caruso deixára bens incorporeos representados por um contracto com a «Victor Talking Machines Co.», sita em New Jersey, e que estipulava em seu favor o pagamento de direitos autoraes. Não se conformou a côrte de New Jersey com a decisão italiana e annulou o testamento mandando que se fizesse a partilha dos direitos autoraes em conformidade com os estatutos locaes: dois terços para a filha e um terço para a viuva. O tribunal italiano, ao ter conhecimento do julgado, declarou que se fosse o mesmo mantido ordenaria nova partilha para compensar a attitude americana. A viuva, na sua finalidade de titora, requereu á côrte de New Jersey que reconsiderasse a sentença, o que lhe foi negado sob a allegação de ser a lei local competente para a devolução de moveis situados do territorio do Estado, e que era vedado aos menores serem parte em contractos que lhes traziam prejuizos.

Deante disso o empasse continua... (81)

*Bek-Marmartcheff X Anne Cheremeteff.*—Tem da origem tambem a questões interessantes a posição internacional da Russia invadida pela bolchevismo.

No caso presente tratava-se duma senhora de nacionalidade russa, Nathalie Konsnetzoff, fallecida em

(81)—Nunet vol. 59 pag. 1166

Paris a 13 de Outubro de 1924, deixando como herdeiros o marido, Bek, e a filha, Anne, tida no seu primeiro matrimonio com Basile Cheremeteff.

O viuvo pretendia a applicação da lei russa como competente para regular a successão dos moveis, visto não ter a fallecida domicilio legal na França.

A filha allegando o decreto do comité executivo central panrusso de 15 de Dezembro de 1921, que privou da nacionalidade russa as pessoas sahidas da Russia depois de 7 de Novembro de 1917 sem autorisação do governo sovietico, caso em que se encontrava a *de cuius*—pedia o predominio da lei francêsa por ser a lei do domicilio de facto e applicavel aos apatridas.

O Tribunal do Sena por setença de 7 de Março de 1929 julgou competente a lei do domicilio de facto. (82)

*Marchi della Costa X Bagnen X — Ross X Waterfield.*—Dois casos de retorno julgados respectivamente pelas justiças francêsa e inglêsa.

Sem querermos entrar aqui no merito da questão que por si só daria margem a uma these, damos apenas duas sentenças, que mostram não terem ainda os tribunaes europeos variado de rumo: continuam a pender para a admissão da theoria do retorno.

O primeiro delles versa sobre a applicação da lei do domicilio conforme determinação da propria lei nacional. A côrte de Paris decidiu pela applicação

---

(82)—Nunet vol. 50 pag. 411

da lei nacional mas declarou que o fazia, sem rejeitar a theoria do retorno, e somente pelo facto de não ter o *de cuius* o seu domicilio legal na França, onde fallecêra. (83)

A demanda Ross V. Waterfield dizia respeito a lei competente para regular a successão dum inglês fallecido na Italia, onde tinha domicilio, A Alta Côrte de Justiça, da Inglaterra, decidiu pela lei nacional, pois, os tribunaes ao enviarem para uma legislação estrangeira «visam todas as suas disposições, tanto internas como internacionaes.» (84)

Não é isso mais do que um ligeiro lance d'olhos por sobre a moderna jurisprudencia européa e que servirá de documentação para este trabalho.

### REUNIÕES E CONFERENCIAS .

Na Europa têm as reuniões e as conferencias adoptado geralmente como norma a competencia da lei nacional do defunto para reger a successão. Assim o Instituto de Direito Internacional na sua sessão de 1880 em Oxford exarou na Regra VII:

«As successões á universidade de um patrimonio são regidas, quanto á determinação das pessoas successiveis, á extensão dos seus direitos, á medida quer da quota disponivel quer da legitima, e á validade intrinseca das disposições de ultima

---

(83)—Nunet vol. 57 pag. 405

(84)—Lapradeil vol. 25 pag. 130

vontade, pelas leis do Estado a que pertence o defunto». (85)

Não têm variado as convenções de Haya que de 1893 a 1928, vêm adoptando o mesmo systema.

Assim em 1893 no protocollo final sobre as successões, cujo artigo 1.º estabelecia:

«As successões são submettidas á lei nacional do defunto.» (86)

Em 1900:

«As successões são submettidas á lei nacional do defunto, qualquer que seja a natureza dos bens e o logar em que se encontrem...» (87)

Mantinha-se em 1904 a mesma direcção:

«As successões, no que concerne á designação dos successiveis, a ordem em que são chamados, a quota que lhes é reservada, ás collações, a quota disponivel e a reserva, são submettidas á lei nacional do defunto, qualquer que seja a natureza dos bens e o pais em que estão situados.» (88)

No anno seguinte repetia-se a mesma regra, (89) que, em 1928, era ainda mantida com o mesmo espirito e sob a inspiração da mesma doutrina:

---

(85)—Villega ob. cit. vol. I pag. 143

(86)—Albeto dos Reis "Das Successões no Direito Internacional Privado" pag. 80

(87)—Sela ob. cit. pag. 93

(88)—E. Audinet "Principe Elementaire du Droit International Privé" pag. 555. Segunda edição

(89)—E. Espinola "Direito Internacional Privado" pag. 688

«As successões, no que concerne á designação dos successiveis, á ordem em que são chamados, as partes que lhe são attribuidas, á obrigação de collação, a partilha, á quota disponível e á reserva, são sujeitas á lei nacional do defunto no momento da morte, qualquer que seja a natureza dos bens e o país em que se encontrem.» (90)

Não poderá haver melhor prova do prestigio e da influencia que têm conquistado as doutrinas que unificam a successão sob o imperio da lei nacional *de de cuius*. A sua homologação continuada pelas conferencias de Haya, onde se reúnem grandes pensadores, é argumento que pelo seu valor dispensa commentarios.

### COMO DECIDIR?

Posta a margem a doutrina territorial que dia a dia vê diminuir o effectivo dos seus adeptos, passemos a examinar as tres grandes escolas modernas, que tanto contribuíram para o progresso e desenvolvimento do direito internacional privado esteiado em novos principios de justiça e solidariedade humana e postergadas as velhas idéas que buscavam reduzir os povos a pequenos agrupamentos sociaes cada qual encarcerado pelo circulo estreito das suas fronteiras.

---

(90)—Niboyet e P. Goué "Recueil de Textes Usuels de Droit International", vol. II pag. 440.

Num confronto das tres doutrinas, no que se refere ás successões, temos logo a destacar dois importantes traços communs: a unidade da successão e a sujeição ao estatuto pessoal.

Seja Savigny, seja Mancini, seja Pillet, todos estão accordes em affirmar que a successão não pôde e não deve ficar sujeita a leis differentes, pois, o patrimonio, na sua transmissão *mortis-causa*, forma uma unidade ideal que a simples variedade da situação dos bens que o compõem não basta para quebrar.

Decorre isso, aliás, da preponderancia do estatuto pessoal, já estabelecido pelo direito romano, (91) e por todos julgado competente, embora variem as razões para tal.

Savigny opina pelo estatuto pessoal visto ser a pessoa o objecto principal das leis de successão, que se acham estreitamente vinculadas não só á vontade do *de cuius*, como á familia.

Outro não é o conceito de Mancini que vê tudo depender da vontade presumida do defunto e das relações de familia. (92). E, para Pillet que tudo explica pelo fim da lei, o objecto das leis de successão é «renforcer la famille et lui servir d'armature», (93) donde deriva que o unico legislador interessado na applicação da sua lei é o legislador nacional da familia—a lei nacional do defunto.

A unica divergencia se nota, pois, no que se

---

(91)—Asser ob. cit. pag. 132

(92)—Fiori ob. cit. pag. 144

93—Pillet ob. cit. pag. 356

refere á lei applicavel é a existente entre a escola de Savigny e as doutrinas de Mancini e Pillet: aquella a optar pela lei do ultimo domicilio, estas a preferirem a lei nacional do *de cuius*.

De quem a razão?

A resposta, se tivermos em conta as subtilezas de que vive rodeado o assumpto, é das mais difficéis, pois, gira muito mais em torno de especulações philosophicas defendidas por escriptores apaixonados, do que ao derredor de argumentos propriamente juridicos.

E' a velha questão da lei pessoal. Mesmo no Brasil foram acaloradas as discussões entre os discipulos de Teixeira de Freitas e os que se afastaram do credo do grande jurista bahiano.

Preferimos a lei nacional. E nesse ponto não nos filiamos inteiramente nem ao pensamento de Pillet e nem ao de Mancini: parece-nos que tanto as razões do estadista italiano, como os argumentos do sabio francês merecem acolhida, visto como, longe de se repellirem, são forças que sommadas servirão apenas para fortalecer a preferencia.

Em primeiro logar temos para nós que as leis de successão necessitam da maior estabilidade possível, o que apenas póde ser dado pela lei nacional do individuo, que embora mude domicilio com frequencia terá sempre a protegê-lo o estatuto de sua bandeira e adquire a segurança de que pela sua morte a transmissão dos bens se fará de conformidade com sentimentos que além de serem seus, foram os dos seus

antepassados e são os de sua familia. Supponhamos um individuo que fixa domicilio num pais estrangeiro; a sua successão continuará assegurada por uma lei, que, presumidamente representa, a sua vontade. E mais do que isso: a mudança de domicilio póde verificar-se seguidamente, repetidamente, e nem por isso se partem os elos moraes e affectivos que o prendem ao seu Estado, que attendendo ás condições do seu subdito (Mancini) continua a cumprir o dever de protege-lo e a zelar pelos seus proprios interesses. (Pillet)

Alem disso, sujeita, como nota Clovis Bevilacqua, a successão ao impulso harmonico de tres factores: o individual, o familiar e o social, (94) não podemos deixar de reconhecer que a lei nacional do defunto é aquella que mais intimamente se liga a esses tres elementos.

Sob o aspecto individual a successão representa a continuação da personalidade do defunto, que pela sua vontade tem o direito de exprimir como deseja que se realize esse prolongamento de sua individualidade. E si não o faz expressamente, cabe á lei investigar a vontade presumida, e isso nenhuma outra que não seja a de sua bandeira, a de sua nacionalidade. poderá fazer com relativa segurança. «Si o defunto não exprimiu a sua vontade, o legislador, escreve Rodière, deve procurar surprehende-la nas ultimas palpitações do seu coração, como o sacrificá-

---

(94)—Clovis Bevilacqua "Princípios de Direito Internacional Privado" pag. 285.

dor dos pagãos procura descortinar o futuro nas entranhas das victimas.» (95) Antes de tudo essa vontade deve ser uma só, pois, não se comprehende que varie conforme a situação geographica dos bens, e sendo unica deve ser a da patria do defunto, visto ser a que elle conhece, e a que já foi ditada obedecendo aos habitos, aos costumes e ás tradições duma nação.

As ligações dos elementos familiar e social, como que se confundem, pois não se póde visar um delles desfazendo o outro.

A herança, diz Mancini, não é outra cousa senão a combinação do principio de propriedade com o da familia. E dahi provêm as quotas do patrimonio que são geralmente reservadas aos herdeiros necessarios, independentemente da vontade do *de cuius*, pois, nesse caso, tem-se em vista o beneficiamento da familia e consequentemente do grupo social.

Mesmo contemplado atravez esse prisma o phenomeno successorio, deve prevalecer a lei nacional do defunto, que é aquella que melhor conhece os interesses da familia e do grupo social em que ella vive.

A nossa conclusão, pois, é pela unidade da successão sob o imperio da lei nacional do *de cuius*.

Muito propositadamente deixamos para o fim desse capitulo algumas palavras sobre as doutrinas que adoptam a territorialidade das leis de successão, mesmo

(95)—Rodieri, apud Alberto dos Reis ob. cit. pag. 44.

que seja apenas no que tange aos immoveis. Por que adoptar a *lex rei sitae*? A unica resposta é a da adopção como uma lei politico-social de restricção á propriedade. E se é uma lei politico-social deve ser encarada como norma de ordem publica internacional e nunca como principio de direito internacional privado. Isso nos leva a crêr que as leis que estabelecem a competencia de *lex rei sitae*, devem ser meramente territoriaes como o são todas as leis politicas, não podendo transpassarem as fronteiras do Estado que as estabelece, excepto, talvez, quando se trate dos bens pertencentes aos seus nacionaes.

Reconhecemos o quanto nos adiantamos no assumpto e as difficuldades existentes para transferir a idéa para o campo da pratica, mas nem por isso julgamos dever calar, ante o que pensamos ser a verdade juridica e a representação do direito e da justiça.



## CAPITULO IV.

### Direito Americano

#### SUA EVOLUÇÃO: TRATADOS E CONFERENCIAS

O direito internacional, na America, caracterizou-se sempre por um largo traço de liberalismo e de tolerancia para com o estrangeiro e para com os outros povos. Procuram os americanos marchar sem se preocupar com as velhas civilizações européas divididas a todo instante por antigos odios evocativos de conquistas e de victorias. Era diverso o pensamento do Novo Mundo. Cortando as amarras que os ligavam ás metropoles, os Estados da America surgiam na politica mundial com idéas novas, sadias, despidas de rancores, alheias ás rivalidades de vencidos e vencedores, e buscavam crear á sombra das florestas seculares uma nova civilização, que lhes servisse de escudo para evitar a continuação da preponderancia do Velho Mundo. Assim pensaram Washington e Jefferson, no começo do seculo XIX. (96)

Na America Latina, o precursor do movimento é o grande e immortal Bolivar, que avançando até

---

(96) A. Alvarez "La Codification du Droit International" pg. 172.

muito além das idéas do seu tempo, como diz N. Politis. sonhou com uma liga federal, uma verdadeira sociedade de nações irmãs. Sob esse pensamento realizou-ee em 1826 o Congresso do Panamá, onde o representante do Perú, José Maria Pando, propôs se incumbissem duas pessoas de formular um projecto de código do direito das gentes americanas, que não fosse contrario aos costumes europeós, (97)

Passemos, porém, ao estudo da evolução do pensamento latino-americano no que se refere á successão *ab-intestato* dos estrangeiros.

Adoptou nesse ponto o direito americano a mesma norma de liberalismo que o orienta em outros pontos.

Da Península Iberica herdamos aliás esses principios de tolerancia em relação á successão *ab-intestato* do estrangeiro, pois, tanto em Portugal como na Espanha nunca vigorou o direito de albinagem e nem mesmo o de defração. (98)

Coube ao Perú a iniciativa para a unificação do Direito Internacional Privado: Em nota circular de 11 de Dezembro de 1875, assignada pelo Ministro A. V. de la Torre, convidou o governo peruano, as paizes da America para se reunirem em Lima ou outra cidade afim de uniformizar-se a legislação dos Estados americanos. E dizia «As novas republicas tem em seu

---

(97) A. Bustamonte "La Commission des Jurisconsultes de Rio de Janeiro et Le Droit International". Trad. F. Goué pg. 9.

(98) Alberto dos Reis, ob. cit, pg. 7.—Rodrigo Octavio "Direito do Estrangeiro", pg. 22.

territorio grandes germens de riquezas, mantêm com muitos povos relações commerciaes e estão chamadas, em época não muito remota, a multiplicar essas relações para adquirir todo o vigor e toda prosperidade de que podem ser susceptiveis, E', pois, muito importante que os estrangeiros vejam com clareza as regras a que estão sujeitos quando venham a America e se essas regras lhe concedem a protecção compativel com os interesses americanos, (99)

O Brasil e os Estados-Unidos, entre outros, recusaram-se a comparecer. A resposta do primeiro foi dada de accordo com o parecer de Nabuco de Araujo lavrado nos seguintes termos « 1. Desde que não se trata sómente de interesses americanos, mas principalmente da uniformidade da legislação das differentes potencias, segundo os principios da pratica universal e attendendo que a mesma razão para frequencia e facilidade de relações de conflictos existe tanto na Europa como na America, um congresso geral seria mais apropriado do que um congresso americano. 2. Que o Instituto Internacional da Europa tendo tomado a iniciativa neste assumpto é conveniente, no interesse do fim desejado, que, para maior uniformidade possivel de principios, se espere ter os resultados do trabalho já começado e bastante adiantado do Instituto.» (100):

Da attitude dos Estados Unidos diz-nos F. J. Ur-

---

(99) Rodrigo Octavio "A codificação do Direito Internacional Privado", pg. 83.

(100) Pandectas Brasileiras. "Codificação do Direito Internacional" pg. 288.

rutia, membro da Côrte de Haya: «Na sua resposta, o Secretario d'Estado expunha que o direito costumeiro dos Estados Unidos era identico ao da Inglaterra, patria de origem da maior parte da população do pais, enquanto que a das nações latino-americanas era de proveniencia differente, que a Constituição Federal reservava certas faculdades aos Estados da Confederação ;e que por conseguinte certas iniciativas em materia de leis e tratados era da competencia exclusiva dos mesmos Estados, o que tornava difficil a participação effectiva do governo de Washington no Congresso de Lima.» (101),

Mas apesar das recusas reuniu-se o congresso na capital peruana, em 1878. Sete republicas se fizeram representar: Perú, Argentina, Chile, Bolivia, Equador, Venezuela e Costa Rica.

A 9 de Novembro do mesmo anno foi assignado o tratado composto de 60 artigos e cujo titulo III se occupa das successões.

Motivado talvez pela larga repercussão que tinha na Europa a doutrina lançada por Mancini, accordaram os plenipotenciarios na adopção da *lex patria defuncti* como reguladora da successão *ab-intestato*. Era um principio contrario á doutrina dominante em alguns dos Estados signatarios, sendo por isso recebido com desconfianças. Dizia o art, 24:

«A successão *ab-intestato* se regulará pela lei nacional do defunto, com as limi-

---

(101) Francisco José Urrutiá "Le Continent Americain et le Droit International" pg. 170.

tações contidas no art. 20. Na falta de parentes com direito á herança, os bens existentes na Republica ficarão sujeitos ás leis desta.»

As limitações estabelecidas pelo art. 20 referiam-se: uma aos actos juridicos contrarios á Constituição Política, ás leis de ordem publica e aos bons costumes; outra ao direito que assistia aos nacionaes, quando herdeiros dum estrangeiro, de herdarem em conformidade com a lei do Estado como se fôra dum nacional.

Diz Rodrigo Octavio que o Tratado de Lima ficou quasi desconhecido, deixando mesmo de ser observado pouco após a sua elaboração.

*Tratado de Montevideo*—Dez annos ainda não haviam decorrido e já a Argentina e o Uruguay, por circulares de Março de 1888, convidavam os países americanos para uma nova conferencia que se realizaria na capital uruguaya.

Installou-se o Congresso em 25 de Agosto do mesmo anno com a presença dos delegados do Uruguay, Argentina, Brasil, Bolivia. Chile, Paraguay e Perú.

A reunião, segundo as palavras do seu proprio pioneiro, visava principalmente uma reacção contra os preceitos firmados no congresso de Lima, que erigira o principio da lei nacional. (102)

Essa reacção foi levada até o extremo, e o Tra-

---

(102) R. Octavio "Cod. do Dir. Internacional Privado", pg. 52.

tado de Montevideo adoptou para as successões o conceito do territorialismo absoluto.

Era o estatuido no ari. 45 do «Tratado de Direito Civil Internacional,»

«A lei do logar onde estejam situados os bens hereditarios ao tempo da morte da pessoa de cuja successão se trate, rege a forma do testamento.

Não obstante, o testamento feito por acto publico, em qualquer dos Estados contractantes, será admittido em todos os demáis.»

E continuava o art. 46:

«A mesma lei da situação rege:

. . . . .  
g) em summa, tudo o que for relativo á successão legitima ou testamentaria.» (103)

Domingos de Andrade Figueira, fiel á doutrina dominante no paiz que representava não assignou o tratado. Expoz o delegado do Brasil as razões da sua attitude em fundamentado voto de que extrahimos os seguintes topicos: «a legislação patria, tanto antiga como moderna, adoptou a nacionalidade como reguladora, revestindo nos tempos antigos a forma dos estatutos pessoaes e reaes hoje condemnados por insufficiente, e, nos tempos modernos, constituindo base racional de sujeição nas relações de Direito Interna-

---

(103) Pandectas Brasileiras "Codificação do Direito Internacional" pg. 18.

cional Privado, sem distincção entre nacionaes e estrangeiros e sem dependencia de outra lei de caracter civil, alem da politica que exclusivamente a rege.»

«E' possivel que na nova codificação das suas leis civis, que tanto é para desejar-se, outro principio venha a adoptar o Imperio; mas por enquanto o da nacionalidade é a sua tradição legislativa, que a recente lei n. 1.096, de 10 de Setembro de 1860, veio confirmar e ampliar.» (104)

Deixava assim o Brasil de filiar-se á doutrina territorialista, defendido com muito brilho pelo illustre parlamentar e jurista Andrade Figueira.

O principio adoptado era contrario á doutrina e á legislação dos paises reunidos para a codificação. Parece-nos ter surgido como um meio de conciliar interesses diversos e opiniões apaixonadas que se mostravam irreductiveis: umas entrincheiradas na escola de Savigny, outras animadas pelo calor e pela eloquencia do verbo de Mancini.

Assim collocados em campos oppostos e irreconciliaveis, os representantes dos paises americanos não poderiam chegar a um accordo. O dissidio era profundo e até hoje continua. Buscaram, talvez, por isso, no principio egoista do territorialismo uma formula capaz de vencer a vaidade e o amôr proprio de cada um: com o sacrificio de todos se sacrificar tambem o direito. Mas o Brasil e o Chile não cederam: deixaram de assignar o «Tratado de Direito Civil Internacional.»

---

(104) Pandectas Brasileiras, ob. cit. pg. 15.

*Os projectos Lafayette e Candido de Oliveira*—  
Fruto da idéa de Blaide em 1881, veio em 1899 a reunir-se a primeira Conferencia Pan-Americana, que não tendo votado nenhuma convenção limitou-se a fazer recommendações.

Mais de dez annos já se haviam passado quando em 21 de Outubro de 1901 installou-se na capital do Mexico a segunda Conferencia Pan-Americana, onde o delegado brasileiro, Dr. José Hygino Duarte Pereira, por suggestão, do Ministro do Exterior Dr. Olyntho de Magalhães, propoz se nomeasse uma commissão de jurisconsultos afim de ser feita a codificação do direito internacional. Resava o art. 1.º do projecto de José Hygino:

«A Commissão Executiva da Secretaria Internacional das Republicas Americanas nomeará uma commissão de tres jurisconsultos encarregados de organizar no intervallo da actual para a futura Conferencia, umCodigo de Direito Publico Internacional e umCodigo de Direito Internacional Privado, que regerão as relações entre os diversos paises da America.»

Não teve, porém, andamento a proposta brasileira. José Hygino Duarte Pereira, notavel jurista, fallecia a 10 de Dezembro, antes de encerrada a Conferencia.

Sómente na Terceira Conferencia, reunida no Rio de Janeiro em 1906, voltou-se a ventilar o assumpto e a estabelecer-se a creação duma commissão de

jurisconsultos, composta de um representante de cada um dos desenove Estados signatarios.

Difficuldades varias vieram no entretanto embaraçar a marcha dos trabalhos da commissão.

Nota mesmo o insigne Bustamante a necessidade de serem os trabalhos collectivos dessa natureza precedidos por uma obra individual. Foi imbuido nessa idéa, que o governo do Brasil designou dois dos seus mais eminentes juristas, os Drs. Epitacio da Silva Pessoa e Lafayette Rodrigues Pereira, para prepararem respectivamente umCodigo de Direito Publico Internacional e outro de Direito Internacional Privado.

Foram ambos os trabalhos submettidos á primeira reunião da Commissão de Jurisconsultos, cujas sessões se iniciaram a 26 de Junho de 1912.

Mantendo a nossa tradição juridica, Lafayette Pereira, seguiu a escola da nacionalidade, formulando no art. 66 do projecto:

«A successão testamentaria e *ab-intestato* são regidas pela lei nacional do autor da herança.» (105)

Estabeleciá, porém, mais adiante, no art. 72, restricções referentes ao direito publico, á organização da propriedade e ás leis de ordem publica.

Não podia ser bem recebida pela commissão, cuja maioria se filiava a escolas oppostas, o esboço do Cons. Lafayette, e as delegações da Argentina e do Chile apresentaram uma proposta sobre a convenien-

---

(105) — Ministerio do Exterior. "A Codificação Americana do Direito Internacional" vol. III pg. 235.

cia de serem nomeadas commissões que estudariam os projectos brasileiros, devendo dar parecer na proxima reunião da commissão. Na sessão seguinte era approved o projecto creando seis commissões especiaes.

E na partilha das materias tocou á quinta dentre ellas o estudo e codificação da capacidade e condição do estrangeiro, direito de familia e successão. Candido de Oliveira, representante do Brasil foi o designado para o assumpto das successões.

Antes de passarmos ao projecto do Cons. Candido de Oliveira, seja-nos permittido deixar aqui as honrosas palavras com que Juan Zorrilla de San Martin distinguiu o Brasil na sessão de encerramento da primeira reunião da Commissão de Jurisconsultos: «Foi um cidadão brasileiro que, na segunda Conferencia Pan-Americana do Mexico, suggeriu, pela primeira vez, a idéa da codificação, e foi o Brasil que, escolhido como nucleo para o desenvolvimento desse fecundo apprehendimento, offereceu-nos os mais efficazes elementos para sua melhor execução.

As obras monumentaes dos escriptores deste pais, ao qual nenhum dos povos americanos supera em mestres e insignes cultores da sciencia do Direito; os notaveis projectos nos quaes os Srs. Epitacio Pessoa e Lafayette Rodrigues Pereira condensaram esta sciencia e que serviram de base para as deliberações presentes e servirão em grande parte para as futuras; o empenho, a resolução, a nobre paixão que todos temos observado no espirito brasileiro para que

se leve a bom termo esta idéa, são grandes pedras angulares sobre as quaes repousará o monumental edificio, cujos alicerces deixamos, e nos quaes ficará escripta para sempre a gloriosa lembrança da idéa brasileira.\* (106).

Terminaram assim os trabalhos da commissão.

Nem por isso cessou, a obra ingente da codificação do direito internacional privado. Impulsionado por espiritos abnegados e generosos, o ideal proseguia na sua marcha grandiosa.

A propria quinta sub-commissão, que tinha por sêde Montevidéo, não teve duvidas em se antecipar, reunindo-se no Rio de Janeiro a 27 de Julho de 1912 para a distribuição dos trabalhos, sendo designado o dia 15 de Fevereiro do anno seguinte para a installação das sessões na capital do Uruguay.

Sómente a 28 de Fevereiro de 1913, foi, porém, possivel a reunião, apresentando o delegado do Brasil um projecto sobre as materias entregues á sub-commissão.

Candido de Oliveira fez preceder ao seu trabalho uma exposição de motivos onde resumidamente fazia a defesa da doutrina da nacionalidade. Firmado na tradição brasileira, no projecto de Código Civil já apresentado ao nosso Parlamento, nas conferencias de Haya, nos codigos recentes de alguns países da Europa e na licção de autorizados tratadistas, não tinha duvidas em affirmar o insigne professor: que

---

(106) *Pandectas Brasilienses*, ob. cit. pg. 163.

«taes preceitos (lei do domicilio) são, for assim dizer a negação do direito internçional privado.»

No capitulo III tratava das successões submettidas coherentemente á lei nacional do autor da herança.

Era o art, 63:

«A sucessão *ab-intestato* e a testamentaria são regidas pela lei nacional do autor da herança»

Estabelecia, porém, uma restricção em favor dos nacionaes:

«Art. 68. Na sucessão de um estrangeiro, terão os nacionaes, a titulo de herança, quota conjugal, ou alimentos, os mesmos direitos que, segundo as leis do Estado, lhes corresponderiam sobre a sucessão de outro nacional, e se effectuarão em bens existentes no pais.»

Logo que foi conhecido esse projecto, que se inspirava fundamentalmente no principio da nacionalidade, diz Bustamante que o doutor José Pedro Varela, illustre delegado uruguayo, tomou a palavra para defender e sustentar o tratado de Montevidéo em suas linhas geraes e para expôr as vantagens, que no seu pensar offerencia a regra do domicilio. Apresentou, então, uma formula de transigencia assim redigida: «Será applicada a lei do domicilio, excepto se esta manda applicar a lei nacional, que se tornará então competente.» (107)

(107) —A. S. Bustamante, "A Comissão de Jurisconsultos" pg. 30.

Não cedeu no entretanto o delegado brasileiro, e a maioria decidiu que o doutor Varela apresentasse outro projecto que seria tambem remetido á commissão central. Neste, no que se refere á successão legitima, foi mantida a mesma directriz traçada em 1889 em Montevideo. Resumem-n'a os arts. 26 e 27.

*O Codigo Bustamante.*—Não somente a conflagração mundial de 1914 como motivos outros retardaram de muito a segunda reunião da Comissão de Jurisconsultos, e mesmo as conferencias Pan-Americanas.

Em 1924 installava-se, porém, em Santiago, a quinta Conferencia Pan-Americana em cujo programma figurava o estudo dos trabalhos realizados pelo Congresso de Jurisconsultos do Rio de Janeiro. Résolveu por isso a Conferencia de Santiago solicitar dos governos americanos que nomeassem cada um dois membros afim de se reunir em 1925 o Segundo Congresso de Jurisconsultos do Rio de Janeiro, Adiada no entretanto esta reunião resolveu o Conselho Director da União Pan-Americana solicitar do Instituto Americano de Direito Internacional a elaboração dum projecto de Codigo de Direito Internacional Privado. Aquiescendo ao convite nomeou o Instituto uma commissão composta dos juristas Antonio Bustamante, Rodrigo Octavio, José Mattos e Eduardo Espinola que ficou encarregada de apresentar o projecto. Esta por sua vez incumbiu o eminente professor Bustamante da elaboração do projecto que foi apresentado ao Instituto Americano de Direito Internacional na sua reunião de Havana, em 1925. Tendo presente a di-

vergencia das duas escolas antagonicas— do domicilio e da nacionalidade—procurou Bustamante uma formula conciliatoria assim expressa no art. 140 do projecto:

«As successões legitimas e testamentarias, incluindo a ordem de succeder, a quota dos direitos successorios e a validade intrinseca das disposições, reger-se-ão, salvo casos de excepção mais adeante estabelecidos, pela lei pessoal do *de cujus*, seja qual fôr o natureza dos bens e o logar em que se encontrem.»

Fez Bustamante preceder uma introdução onde assim explica o seu pensamento no que se refere ao presente art: «Entre essas formulas conciliatorias, a mais feliz parece ser uma que foi imaginada na Conferencia de Haya e modificada por um illustre autor sul americano. Segundo ella, ou se diria no Codigo que cada Estado applicará a sua lei nacional, sem prejuizo de acceitar a do domicilio para os nacionaes dos paises cujo direito a prescrevem, ou que cada Estado se regerá pela lei do domicilio, sem prejuizo de acceitar outra differente se a legislação nacional do estrangeiro a estabelece.» Segue o autor mostrando que a formula, embora efficiente quando se trate da legislação interna, não pôde ser adoptada numa convenção de varios paises com pensamentos oppositos. E continua: «Foi o que nos levou necessariamente a uma outra solução, que reserva a cada pais o direito soberano de regular como lhe pareça

a condição pessoal dos seus nacionaes, dentro do seu territorio e no estrangeiro, mas que o obriga respeitar igual soberania e igual exercicio dessa faculdade nas demais nações. Consiste simplesmente a formula em declarar, como o faz o projecto, que cada Estado applicará aos nacionaes dos demais as leis de ordem publica interna do seu domicilio ou de sua nacionalidade, segundo o systema adoptado pelo Estado a que pertencem.» (108)

Completando a materia diz o art. 141:

«E' de ordem publica internacional o preceito em virtude do qual os direitos de uma pessoa se transmitem no momento da sua morte.»

Acceito o projecto pelo Instituto, este o remetteu á União Pan-Americana em 1926, que o transmittiu á segunda Reunião da Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro, installada na Capital do Brasil em Abril de 1927.

Para maior facilidade dos trabalhos dividiu-se a comissão em quatro grupos cabendo á sub comissão *B* presidida pelo Dr. Rodrigo Octavio o estudo do Direito Internacional Privado. Iniciando os seus trabalhos teve por base das suas deliberações os projectos de Lafayette, Candido de Oliveira, Varela e muito principalmente a magistral obra do Professor Bustamante. (109)

---

(108) — A Bustamante "Projecto de Código de Direito Internacional Privado" Trad. P. Goulé pg. 35.

(109) — *Pandectas Brasileiras* ob. cit. pg. 536.

Discutidos os dois artigos do projecto Bustamante em que se condensam as normas da successão, a unica emenda approvada foi a substituição da palavra *legittimas* por *intestadas*.

Baseado ainda no plano Bustamante foi, então votado o «Projecto de Convenção Geral de Direito Internacional Privado do Rio de Janeiro approvado na Reunião de 1927,» cujos arts. 144 e 145 com a modificação acima assignalada tratavam da suscessão em geral.»

Foi esse projecto enviado para a União Pan-Americana, afim de recebidas os reservas dos paises que as tivessem, ser objecto da Sexta Conferencia Pan-Americana de Havana a realizar-se no anno seguinte.

Efectivamente em Fevereiro de 1928 inauguravam-se os trabalhos da Sexta Conferencia Pan-Americana, onde foram os artigos 144 e 145 acceitos sem nenhuma alteração. (110)

Nem por isso deixaram algumas delegações de apresentarem as suas reservas, das quaes veremos as que visam a successão *ab-intestato*. Assim a delegação Argentina fez constar o seguinte: «Acceita o systema da unidade das successões, com a limitação derivada da *lex rei sitae*, em materia de bens immoveis.» Identica declaração foi feita pela delegação do Paraguay. O Panamá, onde vigora o principio territorial, tambem resalvou a sua liberdade para

---

(110)— A Bustamante. "Le Code de Droit International Privé et la Sixieme Conference Panamericaine" Trad. P. Goulé pg. 171.

a applicação da sua propria lei que è a territorial. (111)

Até 1.º de Maio do corrente anno havia sido o Codigo Bustamante ratificado por dez Estados: Cuba Panamá, São Domingos, Costa Rica, Brasil, Perú, Guatemala, Nicaragua, Haiti e Honduras. (112).

Obedeceu o Codigo ao pensamento de considerar a successão *ab-intestato*, e diz-nos o seu proprio autor, como um acto fundamental de vontade tacita, cujas presumpções são substituidas ou interpretadas pela lei. Tendo em vista, porém, a divergencia existente entre as legislações do Novo-Mundo, buscou o insigne Bustamante uma formula conciliatoria, que mais pela sabedoria do que pelo fundo juridico, é uma grande prova da habilidade do autor, que tão bem soube contornar o dissidio, afastando do codigo as opiniões apaixonadas e irreductiveis, capazes, certamente, de o tornarem inaceitavel para alguns Estados.

Eis ahi a grande obra da Conferencia de Havana, que tornou realidade o grande ideal americano da codificação do Direito Internacional Privado.

### LEGISLAÇÕES INTERNAS

Reflexo da tradição que collocou em escolas contrarias o pensamento dos paizes americanos é a legislação interna de cada um delles.

---

(111)—Vide sobre o assumpto a "Convenção de Direito Internacional Privado" Ministerio das Relações Exteriores pgs. 123 e sgs.

(112)—Sociedade Cubana de Direito Internacional "Al Servicio de la Justicia. pg. 25.

Cuba e o Brasil seguem a doutrina de Mancini. A Argentina, o Chile e o Uruguay acompanham a theoria de Savigny. O Panamá e Venezuela ainda se aferram ao velho preceito territorialista, sujeitando moveis e immoveis á lei da situação. Outros como o Mexico e o Perú obedecem á norma estatutaria, distinguindo entre moveis e immoveis.

Apesar disso, porem, não é temeridade afirmar-se que as preferencias da America pendem para o systema do domicilio. Mesmo no Brasil, que tem sido um dos mais ardorosos defensores da escola italiana, já se forma, como veremos adeante, uma corrente favoravel a tal doutrina.

Felizmente não têm essas divergencias turbado a boa marcha do direito internacional privado na America, que vê, dia a dia, mais se consolidarem os laços de solidariedade humana, que a movem nessa luta pela victoria do direito.

# CAPITULO V

## Direito Brasileiro

### DOCTRINA E LEGISLAÇÃO

Apresenta o direito brasileiro na sua parte referente á successão *ab-intestato* do estrangeiro tres phases perfeitamente distintas que assim podem ser classificadas: 1.º) Dominio das Ordenações Affonsinas e Manuelinas que se estende até o começo do seculo XVII. 2.º) Dominio das Ordenações Filippinas, que vigorando até o Codigo Civil são no entretanto ampliadas por novos decretos e regulamentos promulgados pelo Imperio Brasileiro. 3.º) Phase do Codigo Civil.

1.º *Periodo* — Embora imperassem em Portugal as Ordenações Affonsinas e posteriormente as Manuelinas pôde-se dizer que nunca tiveram applicação no Brasil onde o systema das capitánias hereditarias fazia da vontade do donatario a unica lei.

Aliás as Ordenações, embora desconhecendo os preceitos do *jus albinagii* e do *jus detractus*, nunca se referiram á successão do estrangeiro, sendo de notar que na época das Ordenações Affonsinas, « mouros, christãos, judeus e os filhos descendentes

de colonos estrangeiros tinham cada um seu direito patrio proprio.»

2.º *Periodo.*—Em começos do seculo XVII, Felippe II mandava observar as novas Ordenações, que em homenagem ao promulgador e ao iniciador da confecção, tomaram o nome de Filippinas. (113)

Ensina-nos Alberto dos Reis que as Ordenações não continham dispositivos de direito internacional privado. (114).

Apenas os praxistas como Alvaro Velasco referiam-se ao assumpto, dizendo este: (115) «*statuta non possunt legitimare personam sibi non subditam, nec circa ipsam personam aliquid disponere... nec lex vel statutum unius loci vel regni intendit, nec dirigitur ad legitimandum forensem sibi non subditam, sed ad confectionem actus, qui geritur in illo loco et actus agentium non operantur ultra eorum intentionem.*»

E ainda: «*est communis et receptissima opinio quod statutum seu lex unius loci vel regni diversi non extenditur ab bona posita extra territorium statueritum.*»

Mello Freire pendeu para o estatuto real, e posteriormente Liz Teixeira e Borges Carneiro abrandaram o principio sujeitando apenas os immoveis á lei da situação. Dizia aquelle: «E' da natureza das coisas que as leis patrias sobre bens de raiz ou im-

---

(113) Ferreira Coelho, "Codigo Civil" vol. I pag. 218.

(114) Alberto dos Reis, ob. cit. pg. 112.

(115) Apud Godofredo Maciel, "Sucessão de Estrangeiros" pg. 18.

moveis devem ser observadas pelo estrangeiro tanto para adquirir e gozar, como para dispor de taes bens dentro em nosso territorio situados, ainda que nesse tempo elle não se ache entre nós, pois que taes bens nunca podem estar sujeitos á soberania estrangeira.» (116) Da mesma corrente fôí Coelho da Rocha.

Não podia ter deixado de se reflectir sobre o nosso direito o pensamento dos mais illustres doutrinadores portuguezes, mas felizmente reagimos a tempo de nos adaptarmos ás modernas theorias que foram cedo assimiladas pelo pensamento brasileiro, sempre prompto a acolher de bom grado as mais avançadas idéas liberaes.

Assim, antes mesmo da independencia encontramos o decreto de 3 de Janeiro de 1821, que bem mostra a nossa orientação em materia de herança do estrangeiro. Transcrevemo-lo na integra:

«Sendo-me presente que o mineiro sueco Clas Eric Hult, proximo ao seu fallecimento, no Hospital Militar desta côrte, declarára ser sua vontade que os seus bens fossem entregues a pessoa capaz de fielmente satisfazer as suas dividas e remeter o remanescente ao Ministro do Estado dos Negocios dos Éstrangeiros da Suecia Conde de Emgestrom ou ao chanceler do mesmo Conde, Barão de Welterfledt, para qualquer delles entregar a seu pae Clas

---

(116) Alberto dos Reis, ob. cit, pg. 114.

Widman, ferreiro, morador na provincia de Colmar, e, quando elle seja morto, a sua mulher e filhos; hei por bem, dispensando na falta de solemnidades que deviam intervir nesta ultima vontade, ratifica-la para que seja havida por valiosa e se execute como se fosse proferida em legitimo e solene testamento, sendo encarregado da execucao della o sueco Carlos Gustavo Hedeberg e na falta deste Jacob Frederico Fortes de Azambuja, official da secretaria dos Negocios da Marinha e Dominios Ultramarinos. A mesa do Desembargo do Paço o tenha entendido e o faça executar sem embargo de quaesquer ordens ou leis em contrario. El-Rey» (117)

Proclamada a independencia entramos nas directrices genuinamente brasileiras.

As Ordenações Filipinas foram postas em vigor mas no campo da successão *ab-intestato* do estrangeiro, por ellas ignorada, formou-se uma nova legislação composta não só de decretos e regulamentos como de tratados e convenções com paises diversos.

O tratado de amizade, navegações e commercio firmado com a Inglaterra em 17 de Agosto de 1828, estipulava no art. 3.º

«Os consules e vice-consules de ambas nações exercitarão, cada um no seu

respectivo lugar, o Direito de administrarem a propriedade dos subditos de sua nação que fallecerem *ab intestato*, a beneficio dos legitimos herdeiros da dita propriedade e dos credores á herança tanto quanto o admittrem as leis dos paises respectivos.» (118)

E, deante dessas disposições, sempre se reconheceu a applicabilidade da lei nacional, conforme o testemunho de Rodrigo Octavio.

A doutrina esboçada nas nossas relações internacionaes foi introduzida na legislação interna por intermedio do regulamento 737 de de 25 de Novembro de 1850, que preferiu a lei nacional como reguladora da capacidade em geral, e logo no anno seguinte o dec. n. 855 de 8 de Novembro «attribuiu efficacia á lei nacional do *de cuius*, para o que diz respeito a vocação hereditaria, á extensão do direito dos herdeiros e á validade das disposições de ultima vontade». Era a sagração da doutrina de Mancini.

No inicio da segunda metade do seculo XIX, em 1863, Pimenta Bueno, o primeiro jurista brasileiro que editou sobre o assumpto, louvava-se nas mesmas idéas: «Todas as razões de ordem philosophica; como de Justiça e de reciproca conveniencia, querem que as successões dos estrangeiros sejam attribuidas aos seus herdeiros, qualificados como taes pela lei pessoal do defunto e nos termos della, salvo alguma

---

(118)—Hermenegildo de Barros ob. cit. pg. 89.

disposição especial do estatuto real, que porventura, prohiba alguma particularidade,» (119) E nas convenções firmadas com Portugal, França e Suissa no periodo de 1860 a 1870, constava o seguinte: «A successão do estrangeiro fallecido no Brasil, e reciprocamente a do Brasileiro fallecido sobre o territorio do pais do estrangeiro respectivo, no que concerne á ordem hereditaria e á partilha dos bens, será regulada segundo a lei nacional do *de cuius*, qualquer que seja a natureza dos bens, respeitadas todavia as disposições especiaes da lei local sobre immoveis.» (120)

Embora a restricção final dêsse ao dispositivo uma grande reverencia pela lei da situação quanto aos immoveis, continuavamos, como temos visto, a navegar nas mesmas aguas das nossas tradições.

Por essas razões tanto o nosso representante em Montevideo. (1888) como os consolidadores das nossas leis civis, Teixeira de Freitas e Carlos de Carvalho, sempre proclamaram a lei nacional do *de cuius* como competente segundo a nossa doutrina e nossa legislação, muito embora fosse isso contrario ás suas convicções pessoaes. Assim diz Teixeira de Freitas no artigo 408 da Consolidação:

«As questões sobre o estado, e idade de estrangeiros residentes no Imperio, quanto á capacidade para contractar,

---

(119)—R. Octavio "Le Droit International Privé dans la Legislation Brésilienne" pg. 194.

(120)—R. Octavio *ob. cit.* pg. 194.

serão também reguladas pelas leis e usos dos países estrangeiros.» (121)

E', porém, interessante intercalarmos aqui uma excepção aberta pelo nosso direito no tratado celebrado com o Paraguay e cujo artº 7, estabeleceu que «para o nacional de qualquer das partes contractantes que fallecer no territorio da outra, tendo nella domicilio, será sua successão regulada pelas leis do pais em que tiver logar o fallecimento, qualquer que seja a natureza dos bens que a componham.»

Esse principio como nota R. Octavio (122) não obedece a nenhum sentimento de logica, pois, não sujeita o individuo nem á lei domiciliar nem a lei nacional, e sim a uma lei incerta que apenas a morte determina.

Prosigamos.

Carlos de Carvalho feriu o assumpto mais de frente, condensando-o assim:

«A successão legitima e testamentaria regula-se pela lei que rege o estado e capacidade civil do estrangeiro, qualquer que seja a natureza dos bens respeitadas as leis rigorosamente obrigatorias, fundadas em motivos de ordenm publica, as prohibitivas, as que regulão a organização da propriedade territorial e as da moral.»

---

(121)—Telxeira de Freitas. "Consolidação das Leis Civis" 3.ª edição pg. 280.

(122)—R. Octavio "Livro do Centenario dos Cursos Juridicos" pg. 292.

§ unico,—Ao herdeiro brasileiro é garantido o direito de preferir que o seu quinhão seja regulado nos termos da lei brasileira.» (123)

No § unico vê-se o esboço do que mais tarde se ampliou no final no artigo 14 da introdução do Código Civil.

Tal foi a marcha do direito brasileiro até o Código Civil.

3.º PERÍODO. A confecção dum Código Civil foi velha promessa feita logo após a independência.

Quasi um século durou, porém, o cumprimento.

E ao ser promulgado a lei 3.071 de 1.º de Janeiro de 1916, era a matéria da successão do estrangeiro tratada no art. 14 da introdução.

«A successão legitima ou testamentaria, a ordem da vocação hereditaria, os direitos dos herdeiros e a validade intrinseca 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 fallecido; se este, porém, era casado com brasileira, ou tiver deixado filhos brasileiros, ficarão sujeitos á lei brasileira.»

O artigo acima citado é a consequencia da elaboração lenta e vagarosa que caracterizou a marcha

do nosso Código Civil. Antes do projecto Bevilacqua quatro outros já haviam sido talhados por eminentes juristas.

O primeiro foi o de Teixeira de Freitas encarregado em 1859. Partidario da Escola de Savigny, procurou o insigne jurista, nos arts. 26 e 27 do seu «Esboço» introduzir na legislação brasileira, os principios da doutrina do domicilio. E, embora não convertida em lei, a licção do grande mestre teve proselytos entre nós: Carlos de Carvalho, Bulhões Carvalho, João Monteiro, João Vieira e Carlos Gusmão conseguiram mesmos assistir ao triumpho das suas idéas no Congresso Juridico reunido no Rio de Janeiro em 1900. Em 1905 no Congresso Scientifico Latino Americano diverso foi o resultado, mas em 1908, no Congresso Juridico da Capital do Brasil, nova victoria alcançaram os discipulos de Teixeira de Freitas.

Ao autor do «Esboço» succedeu o Cons. Nabuco de Araujo, que apesar de fallecer pouco tempo após iniciar a obra deixou o assumpto tratado no «Titulo Preliminar», art. 39:

«A disposição dos arts. 35 e 36 comprehende as successões legítimas e testamentarias quanto á ordem da successão, quota hereditaria e validade intrinseca das disposições, qualquer que seja a natureza dos bens que a herança comprehende, e o lugar em que se acharem situados.» (124)

---

(124) R. Octavio, "Direito do Estrangeiro" pg. 383.

Os arts. 35 e 36 referiam-se, o primeiro á lei nacional como reguladora do estado e da capacidade, e o segundo aos casos em que subsidiariamente impera a lei do domicilio ou da residencia. Como excepção á regra determinara Nabuco as disposições da lei local sobre immoveis e os direitos do credor hypothecario.

Coube, então ao dr. Felício dos Santos continuar o trabalho da codificação. Cuida da materia da successão do estrangeiro o art. 20:

«As successões legitimas e testamentarias, tanto pelo que respeita á ordem da successão, como á quota do direito sucesorio, e a validade intrinseca das disposições, são reguladas pelas leis do paiz a que pertence o autor da herança.

§ unico. Quando, porém, á herança de estrangeiro domiciliado no imperio, com herdêiro estrangeiro concorrer herdeiro brasileiro pôde este requerer que a seu respeito regule a lei brasileira.» (125)

Se a primeira parte do art. é inspirada na doutrina e na legislação vigorante no pais, já o § unico offerece semelhança com a lei francêsa de 1819.

Nunca, porém, os projectos foram levados até o fim: demoravam nas commissões, tropeçavam nas mudanças de governo, envelheciam e o codigo, como miragem seductora, continuava esperado.

---

(125)—Ferreira Coelho—“Codigo Civil” vol. II pg. 282.

Já na Republica recomeçou a ardua tarefa o dr. Coelho Rodrigues, que em 1893 terminou o seu projecto, precedido da «Lei Preliminar», cujo art. 21 assim dispunha :

«A abertura da successão, a ordem da vocação e os quinhões dos herdeiros legítimos são regulados pela lei nacional do defunto intestado.» (126)

Não teve, porém, o trabalho do juriconsulto piauihyense melhor sorte do que os que o haviam antecedido.

Veio por fim o «Projecto Bevilaqua.» Regulava a materia o art. 38:

«A ordem da vocação hereditaria e o direito nacional da pessoa de cuja successão se trata.» (127)

Nas suas «Observações para esclarecimento do Codigo Civil» diz o erudito Clovis Bevilaqua: «o actual *Projecto* do Codigo Civil brasileiro perfilhou a doutrina da personalidade do Direito subordinado á idéa superior da nacionalidade, mas não lhe quiz emprestar uma fôrma tão inflexivel que se não amolgasse onde as condições claramente indicassem que outra deveria ser a norma reguladora da relação de direito.» (128)

A commissão revisora alterou, porém, o art. transformando-o no art. 37 assim redigido:

---

(126)—Coelho Rodrigues "Projecto do Codigo Civil" 2.ª Parte pg. 5.

(127)—Trabalhos da Commissão Especial da Camara dos Deputados. "Projecto do Codigo Civil Brazlleiro" vol. I pg. 49.

(128)—Trabalhos da Commissão. ob. cit. vol. I pg. 16.

«A ordem da vocação hereditaria e o direito dos herdeiros legitimados regulam-se pelo direito nacional da pessoa de cuja successão se trata, salvo o que se acha disposto no liv. IV, tit. I, cap. VI (129) e tit. II, cap. II sobre heranças vagas abertas no Brasil.»

Acorde com tal enunciado foi o parecer de Azevedo Marques que assim se exprime: «Com a opinião de Asser, pensamos que as «objecções contra a applicação da lei da nacionalidade não tem tanto peso como as oppostas á lei do domicilio.» Bem fez, portanto, o Projecto -- a meu ver -- escolhendo como regra a lei da nacionalidade, inspirando-se nas resoluções da Conferencia de Haya, que lhe foi a fonte immediata, como diz o dr. Clovis Bevilacqua, mas abrindo algumas excepções indispensaveis e conciliadoras.» (130)

Andrade Figueira não se conformou, porém, com tal e apresentou um substitutivo em que respeitada a estrutura da emenda anterior acrescentava-se ainda como excepção o disposto na lei local sobre immoveis e sobre o regimen hypothecario.

A Commissão Especial adoptou no entretanto o seguinte:

«Art. 14. As successões legitima e testamentaria, a ordem da vocação hereditaria, os direitos dos herdeiros e a intrin-

---

(129)—Trabalhos da Commissão. ob. cit. vol. I pg. 165.

(130)—Trabalhos da Commissão. ob. cit. vol. III pg. 28

seca validade das disposições, qualquer que seja a natureza dos bens e o país em que se achem, serão regulados pela lei nacional do fallecido, salvo o disposto neste Código sobre heranças vagas abertas no Brasil.»

Assim seguiu o artigo para o Senado, onde o esmerilhou a penna augusta de Ruy Barbosa, sendo finalmente approved o actual art. 14 da «*Introdução*.»

Para um estudo acurado do disposto no nosso Código Civil podemos dividir o artigo 14 em tres topicos: o primeiro refere-se á regra geral que sujeita a successão á lei nacional do *de cuius*, o segundo e o terceiro resumem as duas excepções estabelecidas pelo nosso legislador—uma concernente ás heranças vagas abertas no Brasil, outra dizendo respeito ao caso de ser o autor da herança casado com brasileira ou ter deixado filhos brasileiros.

*A norma geral.* A directriz traçada pelo nosso Código Civil é coherente não só com a doutrina como com a jurisprudencia e a legislação anterior. Aliás Eduardo Espinola falando na ultima conferencia Pan-Americana sobre o dissidio entre a lei nacional e a do domicilio disse com a autoridade que todos lhe reconhecem: «Tem-se o habito de dizer que esse desaccordo é irreductivel, como o demonstram principalmente as declarações dos representantes brasileiros em momentos varios.

Essa observação attrahe uma outra; existe no Brasil certa divergencia entre a doutrina juridica e a

legislação no que concerne a essa materia; enquanto os juristas, salvo algumas excepções, Clovis Bevilacqua por exemplo, pretendem que a lei do domicilio é que mais convem aos interesses nacionaes, a lei se mantem fiel ao principio da nacionalidade.

E' somente por obediencia á lei em vigor no Brasil, que seus representantes, frequentemente contra suas proprias convicções, como Andrade Figueira e Rodrigo Octavio defenderam sempre com intransigencia o systema da lei nacional. Hoje não é temerario affirmar que mesmo nos centros parlamentares brasileiros verifica-se apreciavel movimento a favor da introducção da lei do domicilio.» (131)

E' apenas de estranhar que A. Figueira, tomando parte nos trabalhos do Codigo Civil, haja apresentado emenda favoravel á lei nacional.

*1.ª Excepção.* A primeira restricção feita pelo legislador ao principio que adoptou versa sobre a herança vaga aberta no Brasil.

Carlos de Carvalho no art. 32 da «Nova Consolidação» estabeleceu que os moveis e immoveis sitios no Brasil que forem parte de herança vaga, pertencerão a União qualquer que seja a nacionalidade do *de cujus*.

As divergencias no assumpto versão quasi sempre quanto ao se saber em que character herda o Estado—por um direito de soberania ou occupaçoão ou por um direito hereditario. Clovis Bevilacqua e

---

(131)—A Bustamante. "La Sixieme Conf. Panamericaine" pg. 127.

Hermenegildo de Barros pensam que o nosso código estabeleceu esta última norma.

Diferente é o código Argentino sobre cujo art. 3588 diz J. Machado: «Hemos sostenido en diversos lugares de esta obra que el fisco nos es un heredero sino señor de las cosas que no tienen dueño.» (132)

2.<sup>a</sup> *Excepção.* Mais importante do que a primeira é a última excepção estabelecida pelo art. 14, pois, aberra das normas usuas dos outros códigos. A these ali contida sob o fundamento de salvaguardar os interesses de subditos brasileiros parece-nos assás perigosa, visto como, desviando-se da boa doutrina, vem emprestar ao nosso direito duas características que não lhe são habituaes: o territorialismo e a quebra da unidade da successão.

Não é essa aliás a opinião de Eduardo Espinola: «systema legislativo, como o nosso, em que são manifestos as tendencias territorialistas...» (133)

Mantemo-nos, porem, no nosso ponto de vista. Esqueceu-se o legislador que dictava principios 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 principio juridico internacionalmente reconhecido, mas apenas em motivos de ordem politico-social, que absolutamente não reflectem a nossa tradição.

Alem disso mesmo se quizermos olhar como

---

(132)—J. O. Machado "Codigo Civil Argentino" vol. V pg. 339.

(133)—P. Espinola "Questões Juridicas" Nova Serie pg. 265.

Espinola «as condições especiaes do Brasil», vamos observar que é tão restricto o campo de actuação da parte final do artigo que não merece o sacrificio imposto á sã doutrina em holocausto a jacobinos sentimentos. Assim é que se attentarmos aos filhos vamos observar que nullo é o coefferente de legislações que os pospõem aos collateraes: caso visado pelo nosso Codigo.

Já quanto á mulher menos rara é a hypothese merecedora da intervenção brasileira. Mas todavia não é commum, pois, faz-se mister que o regimen de bens seja o da separação e que a lei pessoal do marido dê preferencia aos collateraes sobre a mulher.

Descabido parece-nos, portanto, o desvio traçado pela legislação brasileira, pois, como escreve o Ministro Hermenegildo de Barros, «a imprevista e injustificavel restricção da parte final, abandonou as conquistas já obtidas e, recuando sobre os seus proprios passos fez que o Codigo retrogradasse até a adopção do systema da territorialidade mais perigoso, sem duvida, do que o systema domiciliar.»

#### JURISPRUDENCIA

Não se desviou a jurisprudencia brasileira da mesma estrada palmilhada pela doutrina e pela legislação.

Mesmo os julgados do Supremo Tribunal anteriores ao Codigo Civil seguem o mesmo criterio da lei nacional.

Clovis Bevilacqua nos seus «Principios» publicou

extensa relação de accordams sobre a materia. Podemos accrescentar alguns: (vide «Revista de Direito» vcl. XII, pag. 81; vol. XIII, pag. 248; vol. XIX, pag. 348; vol. XVIII, pag. 395; vo LXPVIII, pag. 110; vol. LXXIX, pag 96; vol. LXXX, pag. 245; vol. LXXXIV pah. 65; vol LXXXV, pag. 437.

### CONCLUSÃO

Quem nos tiver acompanhado no desenvolvimento dessa these deverá ter notado que visamos sobretudo a systematização da materia. Examinamos a evolução do pensamento juridico através ás sociedades. Vimos como variou quanto ao tempo e quanto ao logar.

E foidesse estudo parcellado que concluimos pelo systema da lei nacional que, mão grado as innumeraras opiniões divergentes, pareceu-nos a que melhor attende aos dictames da justiça, do direito e da razão. Expuzemos os motivos que a isso nos levaram. Dissemo-los com sinceridade e convicção, embora conheçamos os perigos que offerecem, no terreno ainda duvidoso do direito internacional privado, as affirmativas, quasi sempre rebatidas por escolas e doutrinas antagonicas, tambem apoiadas em opiniões valiosas de mestres e professores afamados.

E' isso natural num campo novo do direito, onde as directrizes, mais do que em qualquer outro, ainda se não firmaram, Para a cristalização dos principios e das normas falta ainda o grande factor tempo Por isso no entretanto não deixa, esse novo ramo

da sciencia juridica de progredir vantajosamente, offerecendo-nos uma perspectiva promissora de victorias e conquistas.

Os dois ultimos capitulos referem-se ao direito americano e ao brasileiro, que destacamos pelo interesse que em nos devem despertar e pelo carinho que nos merecem.

A America, nos dois ultimos seculos, tem sido uma fonte constante de progresso para o direito internacional privado, e nessa contribuição bemdita não tem faltado o apoio do Brasil, que pelos seus juristas, pelos seus legisladores, pelos seus tribunaes, muito tem concorrido para que, inspirado nos principios da solidariedade humana, consiga o direito internacional privado ser poderosa força na evolução pacifica do mundo.

# ERRATA

Pag.	Linha	Onde se lê	Leia-se
1	20	nã	não
1	20	traliçã	tralição.
2	nota 2	rDroit	Droit
3	18	nos	nas
3	18	Institutos	Institutas
4	16	civilisações	civilizações
5	13	extrangeiros	estrangeiros
7	14	fundação,	fundação
7	20	Regorismo	rigorismo
8	6	legisiação	legislação
8	14	vamos	vemos
11	14	Sqbmetteu	submetteu
11	14	Wargameus	Warganeus
12	1	que	que
12	nota 19	Etrangers enFrace	Etrangers en France
14	18	Estrageiro	Estrangeiro
16	13	Euolvtiva	Evolutiva.
17	nota 32	Internacional	International
20	18 a 21	a escola italiana; uma phase da organização, que é representada pela escola estatutaria hollandêsa procurou determinar as bases logicas da theoria;	a escola italiana procurou determinar as bases logicas da theoria; uma phase de organização, que é representada pela escola estatutaria hollandêza;
20	nota 36	Machaso	Machado.
21	13	materias	materiaes
23	3	de	de
23	17	apinava	opinava
24	24	estatuarios	estatutarios
26	6	peder-se-ia	poder-se-ia
26	21	acressenta	e acrescenda
27	7	preceita	preceito
27	9	favoravsl	favoravel
28	4	Secula	Seculo
30	28	diteito	direito
32	4	poros	povos
33	5	universitas	universitas
33	11	contitue	constitue
33	nota 58	Teliet	Pillet
34	13	encinamentos	ensinamentos
34	22	de	da
35	nota 60	iouflit	Conflit
36	8	do	da
37	nota 65	Teliet	Pillet
39	4	encontrao	encontram
39	nota 68	Suicet	Saliceto
40	16	elaboração	elaboração
40	18	premitiria	permitiria
41	27	da	na
42	10	vigorava	vigorava
42	notas 72 e 74	hampcommunale	Champcommunale
43	nota 75	hampcommunale	Champcommunale
44	nota 78	Trivate	Private
45	nota 79	Truité	Traité.
46	nota 81	Nunet	Clunet
47	18	Bagnen X	Bagneux
47	nota 81	Nunet	Clunet
48	nota 83	Nunet	Clunet
51	27	se nota	que se nota
54	11	desfazendo	desprezando
60	5	a	o
64	2	1899	1889
76	10	Velasco	Valasco
76	14 e 20	regui	regni
76	19	resceptissima	receptissima
76	22	Statueritium	Statuentium
82	10	confecção	confecção
82	27	elaboração	elaboração
84	10	extrangeiro	estrangeiro
84	27	não deixa,	não deixa