







DIREITO DA FAMÍLIA

DIREITO

DA

FAMÍLIA

POR

CLOVIS BEVILAQUA

Ex-Lente Catedrático de Legislação Comparada

NA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Sétima edição correta e aumentada de acordo com o Código
Civil e a legislação posterior

CONSELHO REGIONAL DO TRABALHO
1ª REGIÃO

1943

Livraria Editora Freitas Bastos

Ruas { Belhencour da Silva, 21-A } Rio de Janeiro
{ 13 de Maio 74 e 76 }

Rua 15 de Novembro, 62-66 — S. Paulo

57645
2500109

T	NO 8
R	Class. 342.16
T	B 571

LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF TORONTO

DO AUTOR

DIREITO CIVIL

- CODIGO CIVIL COMENTADO, em seis volumes. Editora Livraria Francisco Alves.
- THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL, 2.^a edição. Editora Livraria Francisco Alves. 1 vol.
- EM DEFEZA DO PROJECTO DO CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Editora Livraria Francisco Alves. 1 vol.
- DIREITO DA FAMILIA. 7.^a edição. Livraria Freitas Bastos.
- DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. 5.^a edição. Livraria Freitas Bastos.
- DIREITO DAS COISAS. Livraria Freitas Bastos. 2 vols.
- DIREITO DAS SUCESSÕES. 3.^a edição. Livraria Freitas Bastos.
- PROJECTO DE CODIGO CIVIL BRASILEIRO. Publicação oficial. 1 vol.
- L'ÉVOLUTION DU DROIT CIVIL DU BRÉSIL de 1869 a 1919, no livro TRANSFORMATION DU DROIT, com que a *Sociedade de Legislação Comparada* celebrou os seus cinquenta anos de existência. Paris, 1923.

DIREITO PENAL

- CRIMINOLOGIA E DIREITO. Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, Baía. 1 vol.
- PROJECTO DE CODIGO PENAL para a Armada. Publicação oficial.

DIREITO INTERNACIONAL

- DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. 3.^a edição. Editora Livraria Freitas Bastos.
- DIREITO PUBLICO INTERNACIONAL. 2.^a edição. Editora Livraria Freitas Bastos. 2 vols.
- PROJECT D'ORGANIZATION D'UNE COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE. Opúsculo.
- DIREITO INTERNACIONAL BRASILEIRO. Conferência.

- ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA. Editor H. Garnier. 1 vol.
- COLLECTANEA JURIDICO-LITERARIA. Livraria Editora Freitas Bastos & Cia. 1 vol. publicado.
- JURISTAS PHILOSOPHOS. Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, Baía. 1 vol.
- ESTUDOS JURIDICOS. Editora Livraria Francisco Alves. 1 vol.
- LITERATURA E DIREITO em colaboração com Amelia de Freitas Bevilacqua. 1 vol.
- SOLUÇÕES PRATICAS DE DIREITO. Livraria Editora Freitas Bastos. 3 vols. publicados.

LEGISLAÇÃO COMPARADA

- LIÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA sobre direito privado. 2.^a edição. Editor José Luiz da Fonseca Magalhães, Baía. 1 vol.

FILOSOFIA, LITERATURA E HISTÓRIA

- ESBOÇOS E FRAGMENTOS. Editores Laemert & Comp., 1 vol.
- ÉPOCAS E INDIVIDUALIDADES. 2.^a edição. H. Garnier. 1 vol.
- PHRASES E PHANTASIAS. Editores Hugo & Comp., Recife. 1 vol.
- TRAÇOS BIOGRAPHICOS DO DESEMBARGADOR JOSÉ MANOEL DE FREITAS. 1 vol.
- SYLVIO ROMERO. Opúsculo.
- GUERRAS E TRATADOS (memoria historica para o *Livro do Quarto Centenario do Brasil*).
- HISTORIA DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE. Editora Livraria Francisco Alves. 2 vols.

TRADUÇÕES

- HOSPITALIDADE NO PASSADO, de R. von Jhering. Opúsculo.
- O BRASIL NA LEGISLAÇÃO PENAL COMPARADA (de Franz von Liszt). Contribuição de João Vieira de Araujo e tradução de Clovis Bevilacqua.
- JESUS E OS EVANGELHOS, de Jules Soury. 1 vol.

On ne saurait se faire une idée complète des relations sociales, sans en étudier la genèse; on ne saurait non plus se faire une idée complète des relations domestiques sans apprendre comment elles commencent; pour cela, nous devons remonter dans le passé aussi loin que l'histoire de l'homme le permet.

HERBERT SPENCER (Principes de sociologie, trad. Cazelles et Gerschel).

Quaeramus iisdem de rebus aliquid uberius, quam forensis usus desiderat.

CICERO (De legibus).

PALAVRAS INICIAIS DA PRIMEIRA EDIÇÃO

Possue a literatura jurídica brasileira um livro clássico sobre o direito da família, devido à pena de preclaro jurista, o Conselheiro LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA, cuja segurança de doutrina e lucidez de exposição cativam a todos os que o lêem. A ele solicitei, continuamente, subsídios para a composição do meu DIREITO DA FAMÍLIA, que não vem, absolutamente, pedir-lhe meças, porem, simplesmente, apresentar uma outra forma de pensamento.

O elemento histórico e o comparativo transformam, presentemente, o estudo do direito, e o meu pensamento tentou abeberar-se deles, para seguir a orientação do momento histórico atual.

A essa diferença de método, acrescentem-se as modificações fundamentais introduzidas pelo decreto de 24 de janeiro de 1890, que nos deu o casamento civil, e compreender-se-á, sem dificuldade, a razão de ser deste livro, que apenas irá prestando serviços, enquanto um jurista de maior competência não tomar a si a tarefa de escrever outro.

Recife, novembro de 1895.

CLOVIS BEVILAQUA



PREFÁCIO DA SEGUNDA EDIÇÃO

A edição deste livro, aparecida em 1896, foi recebida pelos competentes com tão fidalga generosidade que nem sei como lhes traduza aquí o meu profundo reconhecimento. Aceito-lhes as bondosas expressões, como encorajamento a um labor, que visa mais às recompensas de ordem moral do que a vantagens de outro gênero.

Em primeiro lugar, destacarei a Congregação da Faculdade de Direito do Recife, que, por unanimidade, aprovou o Parecer dos doutos colegas, DRS. HENRIQUE MILLET (relator), AUGUSTO VAZ e EPITACIO PESSÔA.

Deixo de honrar as páginas deste livro com a publicação do aludido Parecer, tão simpático à obra quanto gentil em relação ao escritor, porque já o imprimiu a Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, no volume correspondente ao ano de 1896, pág. 108-109.

JOÃO VIEIRA em artigo publicado no Jornal do Comércio, do Rio de Janeiro; ARARIPE JUNIOR, em longa e amavel carta que me dirigiu, assim como no prefácio dos Esboços e fragmentos; o DR. COELHO RODRIGUES, em carta escrita ao distinto livreiro-editor José Luiz da Fonseca Magalhães, da Baía, e por este publicada em opúsculo que é um punhado de flores colhidas por sua amizade transbordante de afetos; ADHERBAL DE CARVALHO, no Jornal do Comércio e nos Esboços literários; o SR. VISCONDE DE OURO PRETO, o Conselheiro BARRADAS, o DR. FREIRE DE CARVALHO, e ainda outros fizeram li-songeiras referências ao Direito da Família.

Mesmo fora do Brasil houve quem se manifestasse favoravelmente a respeito deste modesto livro. Refiro-me, particularmente, ao preclaro RAOUL DE LA GRASSERIE, que lhe dedicou uma ligeira análise tão inteligente quanto amavel (Revue internationale de sociologie).

A todos aproveito a oportunidade para me confessar profundamente agradecido.

Recife, 11 de agosto de 1904.

CLOVIS BEVILAQUA.

CAPÍTULO I
DA FAMÍLIA

§ 1.º

NOÇÃO DA FAMÍLIA

A palavra família, como já o notara ULPIANO (1), tem várias acepções jurídicas, que se desprendem do vocábulo, em gradações cromáticas, segundo a situação, em que se acha o observador. Compreende, num sentido, o complexo das pessoas, que descendem de um tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes. Nesta forma ampliada, a família corresponde à *gens* dos romanos, à *genos* dos gregos e, aproximadamente, a essas outras modalidades de expansão da sociedade doméstica, o *scept* dos celtas, a comunhão familiar indú, a comunhão familiar eslava, a parentela teutônica (2). Outras vezes, o círculo é mais es-

(1) D. 50, 16, fr. 195.

(2) SUMNER MAINE, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pág. 322; BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, I, tit. I, § 1.

treito, abrangendo um número consideravelmente mais limitado de parentes, porem, de envolta com eles, outras pessoas economicamente vinculdas ao grupo, como os escravos sujeitos à autoridade do chefe. É o verdadeiro sentido da palavra perante o direito romano, onde, aliás, a primeira acepção se encontra repetidas vezes, assim como outras muitas. É comum, por exemplo, que seja a palavra família empregada para significar um conjunto de pessoas e um acervo de bens. Esta é a significação etimológica da dição, pois que a raiz sânscrita — *dha*, a que se prende, designa uma comunhão de casas (3). E, para corroboração deste asserto, aí se acham os documentos relativos ao viver dos antigos povos da estirpe ária, os quais no-los representam agrupados em torno de um chefe, que é o administrador do patrimônio comum, e já presos ao solo pelos sentimentos religiosos, porque a casa era o templo do culto doméstico. “Se nos transportarmos, pelo pensamento, para o meio dessas antigas gerações de homens, acharemos, diz FUSTEL DE COULANGES, em cada casa um altar, e, em redor desse altar a família reunida. Ela congrega-se todas as manhãs, para dirigir, ao lar, suas primeiras preces, e todas as tardes, para invocá-lo uma última vez. No correr do dia, ela congrega-se ainda junto a ele para a refeição que, entre si, piedosamente reparte, depois da prece e da libação” (4). Daí a palavra grega — *epistion* — o que está junto ao lar, para designar a família.

No direito moderno, *família* é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, cuja eficácia se estende ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações. Outras vezes, porem, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progênie.

(3) PADELLETTI-COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, pág. 163, nota a.

(4) *La cité antique*, pág. 39. A família ateniense, é designada pelo nome *oikos*, casa (BEAUCHET, op. cit., pág. 13).

Os fatores da constituição da família são: em primeiro lugar; o instinto genesiaco, o amor, que aproxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole; que tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a filoprogênie e o amor filial, entre procriadores e procriados, emoções essas que tendem todas a consolidar a associação familiar.

Estes dois primeiros elementos, que são duas manifestações diferentes do mesmo instinto fundamental, a conservação da espécie, deparam-se tanto na família humana, quanto nos esboços de associação familiar, que nos oferecem os animais. Realmente, não vemos os moluscos e os aracnideos velar, solícitamente, pelos depósitos de onde vai surgir a futura propenie? Quem leu o livro *Sociétés animales* de SPINAS sabe de que admiráveis combinações é capaz o instinto maternal de seres minúsculos, que o nosso orgulho despreza, *maxime* das abelhas e das formigas.

A esses fatores biológicos e psíquicos se veem aliar outros de natureza sociológica. E sua indicação é fácil de apresentar a quem não pretenda descer a uma análise minuciosa. A família primitiva é vacilante, inconsistente, não toma um caráter fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligada que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervem, pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade doméstica se vai, proporcionalmente, afeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração é que alguns escritores querem que exista a família, que assim seria um produto seródico da vida social. Penso, ao contrário, que não passa ela de uma criação natural, que a sociedade amolda e aperfeiçoa.

Estudando as várias forma da família, achou efetivamente SPENCER que a evolução dos tipos familiares está em correlação com a evolução da inteligência e do sentimento; que as relações domésticas mais elevadas, sob

o ponto de vista ético, são também as mais elevadas, sob o ponto de vista biológico e sociológico (5).

§ 2.º

FORMAS DE FAMÍLIA

Os diferentes modos pelos quais se podem estabelecer as relações entre os cônjuges e os filhos determinam várias formas de família. Uma delas dependem, diretamente, da modalidade que reveste a união conjugal e daí a poligamia, ora monândrica, ora poliândrica, e a monogamia. Outras procedem já das relações de dependência, parentesco e autoridade que se tecem entre os membros da associação familiar. Daí as formas incoerentes dos primeiros tempos, o patriarcado, e o tipo da família atual, que se poderia chamar igualitário, embora a sociedade doméstica, à semelhança de todas as outras, tenha necessidade de um chefe, ao menos em algumas situações, e que esse seja o homem.

E' certo que, entre a dispersão e incoerência dos primeiros tempos e o rígido familismo patriarcal, medeou uma forma de transição — a família materna, de que alguns escritores quiseram fazer um tipo, distinto e completo, mas que só aparece, na realidade, como apresentando um modo de determinar o parentesco e as relações oriundas da filiação. Desde muito que espíritos graves se não mostravam submissos a essa concepção de um patriarcado, mas os trabalhos de WESTERMARCK parecem que vieram terminar a contenda em favor destes descrentes, em cujo número me havia eu inscrito (1).

(5) *Principes de sociologie*, II, págs. 210-211 e 402-404.

(1) WESTERMARCK, *Storia del matrimonio umano*, trad. de Giulio Rossi, caps. I e III. Vide minhas *Lições de Legislação comparada*, n. 97, da 2.ª edição.

Em vários clãs da África, da Oceania e da América, encontra-se a filiação com o carater de relação puramente feminil. Nas tribus túpis, pode-se afirmar que o parentesco unilateral uterino existiu em tempo anterior à conquista. Certos costumes, como a *couvada* (1a), certas lendas e mesmo algumas palavras (*jaci*, *coaraci*, *cunhã-membira*, etc.) induzem-nos a pensar assim. Abrahão poudesposar Sara, sua irmã paterna; Solon vedava os consórcios entre irmãos uterinos, permitindo-os entre irmãos consanguíneos; os lícios e os lócrios, segundo o testemunho de HERODOTO e POLYBIO, adotavam os nomes de suas mães e não os de seus pais. Fundados nestes e em outros fatos análogos, muitos escritores pressupuseram a preponderância da mulher na família primitiva e fantasiaram o matriarcado. Se, alguma vez, se depara, na história, com um exemplo, de ginecocracia, como se diz que há entre os *koechs* da Ásia; se, como acontece entre os bechuanas e bantús, a mãe de família toma parte no conselho administrativo, não é possível negar o carater excepcional desses fatos, sobre os quais é mais que aventuroso construir qualquer generalização. Porque Joanna d'Arc se pôs à frente de um exército francês, num momento angustioso de sua pátria, não é possível asseverar que os generais franceses, ao tempo de Carlos VII, eram entusiastas *dominicellas* como essa valorosa camponesa.

O patriarcado já constitue uma forma familiar mais consistente e definida. Repousa sobre a autoridade de um chefe despótico, sendo, ao mesmo tempo, o ascendente mais velho, ao menos em regra geral, e o pontífice do grupo a que preside. E', principalmente, nos povos arianos que o patriarcado se afirma de modo rigoroso; vemo-lo, porem, igualmente espontar em diversos outros ramos etnicos.

A forma igualitária atual, se não é a mais forte e se espera modificações do tempo para acentuar-se melhor,

(1-a) Sobre a *couvada*, leia-se CARLOS LIVINO DE CARVALHO, separata do tomo XVI da *Revista do Museu paulista*, S. Paulo, 1929.

é, certamente, mais própria do que as suas precursoras, para satisfazer às necessidades hodiernas da conservação da espécie, assim como para dar maior expansão à vida física, econômica e moral do indivíduo.

§ 3.º

DIREITO DA FAMÍLIA

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afetivos e pelo princípio da autoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fácil de ver que se torna ela potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que é preciso conhecer e firmar. E' um círculo dentro do qual se agitam e se movem ações e reações estimuladas por sentimentos e interesses especiais, que lhes emprestam feição suficientemente caracterizada, para exigirem classe à parte, na distribuição das matérias do direito privado.

A regulamentação do casamento, seus efeitos pessoais e econômicos, sua duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela, são os enfeixamentos de relações principais, que se originam da família e cuja exposição pertence a esta parte do direito civil, a que se dá o título de — *direito da família* (1).

(1) Vide SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, 1.ª parte, n. 9. e ENDEMANN, *Einfuehrung in das Studium des buergerliche Gesetz buch*, II, § 147. Os juristas alemães discutem se a tutela deve ser incluída no *direito da família*, ou se merece livro à parte.

Pode ser visto em ENDEMANN, cit. § 149, um eco dessa contenda.

O Código Civil alemão, no entanto, aceitou a doutrina tradicional.

A sucessão legítima é também um instituto, que se prende, mui diretamente, à família; mas, porque somente dela tira, por assim dizer, a sua base, desenvolvendo-se, depois, em outra esfera, segundo regras oriundas de outra fonte, e ainda porque não deve ela achar-se afastada da sucessão testamentária, que representa a consagração do elemento econômico individual, cumpre reservá-la para divisão diferente, a do *direito sucessório*.

Ainda no *direito das coisas* e no *das obrigações* se fazem sentir influxos das relações familiares, mas de modo accidental, como se terá de ver, mais de uma vez, no prosseguimento desta exposição.

CAPÍTULO II

ESPONSAIS

§ 4.º

NOÇÃO E HISTÓRIA DO INSTITUTO DOS ESPONSAIS

A família constitue-se pelo casamento, que, outrora, era regularmente precedido pelos esponsais, como ainda o é, certamente, no seio de limitado número de povos, e o pode ser no de muitos outros.

A palavra *esponsais* nos veio do direito romano (*sponsalia dicta sunt a spondendo*) e significa, em direito moderno, o contrato, pelo qual duas pessoas de sexo diferente se prometem uma à outra em casamento. *Sunt mentio et repromissio futurarum nuptiarum*, definiu FLORENTINO (D. 22, 1, fr. 1).

Se estudarmos a história deste instituto, veremos que ele nem sempre foi promessa recíproca, tendo apresentado diversas fases em sua evolução, a qual, depois de completar-se, vai, hoje, tornando-se acelerada involução senil.

Devemos considerar este pacto a transformação da compra das mulheres para o casamento. A princípio, realizou-se entre o grupo familiar do noivo e o da noiva, ou entre os chefes das respectivas famílias e, só mais tarde,

apresentou-se em forma de contrato entre os futuros consortes (1), para reduzir-se, em alguns sistemas jurídicos, a um simples ajuste de casamento, que não transpõe, senão indiretamente, as raias das relações extra-judiciais.

Alguns povos celebram sponsais, desde o momento em que nasce a criança. FRANKLIN, citado por WESTERMARCK, refere que, entre os esquimós, apenas vem ao mundo uma criança do sexo feminino, "apresenta-se na tenda do pai um pretendente; se é bem aceito, firma-se uma promessa, que é verdadeira obrigação jurídica e, na idade conveniente, a rapariga é consignada ao noivo". Semelhantemente, procedem muitas tribus africanas e americanas. Os turcos, os samoiedas e os hebreus da Rússia oriental conhecem costumes análogos; estes últimos usam mesmo fazer promessas sponsalícias em relação a filhas, que esperam ter (2). A civilização precolombiana da América não desconhecia os sponsais, como se depreende de muitas passagens de cronistas e historiadores (3).

No dreito hindú, eslavo, talmúdico, helênico, fizeram aparição os sponsais, como entre celtas e germanos. Na Germânia, os prometidos em casamento eram, sob muitas relações, equiparados aos cônjuges. Aí, como nos ensina SOHM, eram os sponsais um contrato pelo qual o mundialdo, o *Gewalthaber*, se obrigava a transmitir, ao marido de sua filha ou da mulher, que estava em seu *mundium*, o poder que sobre ela tinha, mediante uma soma de dinheiro, que era, ao mesmo tempo, o *wergeld* e o *withum*. Mais tarde o *withum* apresenta-se, exclusivamente, sob o carater de doário.

(1) H. POST, *Grundlagen des Rechts*, página 235 e segs.; *Ethnologische Jurisprudenz*, II, pág. 54 e segs.

(2) WESTERMARCK, *Matrimonio umano*, pág. 184 e segs.

(3) HERMANN POST, *Grundlagen*, pág. 235 e segs.; PRESCOTT, *Conquista de México*, II, pág. 339.

Quanto aos aborígenes brasílicos, veja-se ROCHA POMBO, *História do Brasil*, II, pág. 271 da primeira edição.

Os anglo-saxões, transportando-se para a Inglaterra, não olvidaram o costume de contrair esponsais, pelo sistema, do *pretium uxoris*, sendo o instituto minuciosamente regulado por uma lei atribuída a Edmundo. Mas, ao tempo desse documento legislativo, já desaparecera a idéia de compra e preço, para dar espaço às de presentes como o dote, o doário e o morgengabe (4).

Considerando a eficácia deste instituto em vários sistemas jurídicos, determinou HERMANN POST as curvas de sua variação (5). O pacto é munido de uma sanção enérgica: a coação ao casamento ou a vindita da família, que, com o passar dos tempos, tolerou a substituição de qualquer pena criminal, a privação da liberdade ou da vida do infrator, por uma composição econômica. Mais tarde, essa coação ao casamento desaparece, porem, a re-tratação de um dos desposados cria, para o outro, o direito a uma indenização. Finalmente, extingue-se a eficácia jurídica dos esponsais.

Mas encaremos a história dos esponsais no direito romano, onde, claramente, se apresentam as fases dessa evolução extintiva. Pelo que sabemos dos outros povos arianos, desde tempos remotíssimos, praticavam-se aí os esponsais. E PLAUTO nos dá testemunho desse fato, quando afirma — *moris fuit veteribus stipulare et spondere sibi uxores futuras*. Certas formalidades subsistentes, os presentes esponsalícios, como se usavam também na Grécia (5a), a palavra *manus* aplicada para designar a auto-

(4) GLASSON, *Hist. du droit et des institutions de l'Angleterre*, vol. I, pág. 115 e segs. Aí vem transcrita, *in extenso*, a lei de Edmundo.

(5) POST, *Ethnologische Jurisprudenz*, II, pág. 55 e segs.

(5-a) Segundo BEAUCHET, a *engyesis* ateniense, contrato pelo qual a pessoa, que exercia autoridade sobre a mulher, combinava o seu casamento, não corresponde aos esponsais romanos (op. cit., pág. 120 e segs.). As semelhanças são dignas de nota entre os dois institutos, porem, BEAUCHET considera a *engyesis* a forma normal do casamento.

ridade marital, depõem, convincentemente, que, também, ali, a evolução passou da captura à compra, a princípio real, depois simbólica, e finalmente, ao acordo das partes.

Contratavam-se os sponsais, na época do direito clássico, entre pessoas maiores de sete anos; mas fatos nararam-se, que nos fazem crer que, muito mais cedo, ainda, era permitido trocar promessas de futuros casamentos, em épocas anteriores. Já no tempo do império, não se vê Tibério desposar Agripina *vix annicula*?

A confirmação do compromisso de futuras núpcias materializava-se pela dação de arras ou pela simples troca de anéis. Sua sanção apareceu, no domínio do direito, com a *actio de sponsu*. Mas, desenvolvendo-se o princípio de que às relações matrimoniais deve presidir a máxima liberdade, ao menos antes de serem elas firmadas e para o efeito de firmá-las, preceituou, em breve, o direito romano que — *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia abstringi, sive futura sive jam contracta*: e mais ainda: *sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*. Diante desses preceitos, nenhum valor jurídico tinham mais os sponsais, podendo ser rescindidos, ainda sem justa causa, por uma das partes, que apenas ficava obrigada às indenizações estipuladas.

Algumas vezes a dação das arras era selada por uma troca de beijos (*osculo interveniente*), e, em tal circunstância, tornando-se impossível o casamento por superveniência da morte de um dos futuros cônjuges, mandava a L. 16 Cod. 5, 3, que as arras se restituissem somente pela metade. Essa intervenção do ósculo radicou-se nos costumes da idade média, como forma, não direi mais solene, porém, mais garantidora da persistência do compromisso.

O direito canônico distinguia os *sponsalia de praesente* que, antes do concílio tridentino, constituíam uma verdadeira forma de matrimônio indissolúvel, embora dispensando a assistência de um sacerdote, e os *sponsalia de futuro* que eram a promessa de futuro casamento. Deviam estes ser contraídos por pessoas hábeis, isto é, maiores de

sete anos e desimpedidas para o enlace matrimonial. Sendo os contraentes menores, podiam seus pais realizar, em nome deles, os esponsais com a condição de prestarem os interessados seu consentimento; mas permitia a lei eclesiástica, a esses menores, a celebração de seus esponsais, independentemente da intervenção dos progenitores (6).

Dos esponsais do direito canônico, resultam as conseqüências seguintes: 1.º obrigação de cumprir a promessa feita, isto é, de celebrar o casamento; 2.º um impedimento de honestidade pública, inhabilitando os desposados a contrair consórcio com outra pessoa, e, em particular, com parentes do seu prometido, em primeiro grau de qualquer das linhas, reta ou oblíqua. Dissolvem-se por mútuo consenso, por profissão em religião aprovada, pela recepção de ordens sacras, pelo casamento validamente contraído, embora ilicitamente e contra vedação proibitiva, com outra pessoa que não o desposado, e pela recusa de uma das partes, fundada em justa causa.

Foi o direito canônico a fonte próxima da teoria dos esponsais, tal como se acha objetivada na lei portuguesa, de 6 de Outubro de 1784, que foi, antes da República, a reguladora do assunto, em direito pátrio. Mas, aí mesmo, se faz sentir a ação do direito romano, como é fácil reconhecer com a exposição, que se vai seguir.

§ 5.º

TEORIA DOS ESPONSAIS PELO DIREITO PÁTRIO ANTERIOR À CODIFICAÇÃO CIVIL

Legislação comparada

Podiam contrair esponsais, por direito pátrio, as pessoas maiores de sete anos, entre as quais não houvesse impedimento para o casamento futuro. Os menores, porem,

(6) MONTE, *Direito eclesiástico*, II, § 874.

deviam ser autorizados por seus pais ou tutores, com recursos para o juiz (lei de 6 de Out., § 4.º). Aos maiores de vinte e um anos ocorria o dever de solicitarem o consentimento de seus pais, para a efetuação de tão grave compromisso, mas a recusa deles nenhum efeito produzia (lei cit., § 6.º).

O contrato sponsalício pedia escritura pública, assinada pelos contraentes, seus pais ou tutores e duas testemunhas, designação da idade, da naturalidade, o lugar da residência e do nascimento dos desposados. Devia a escritura consignar o livre consentimento dos contraentes, se fossem maiores, ou de seus pais ou tutores, se menores, ou o suprimento dessa autorização, dado pelo juiz (lei §§ 1.º e 3.º).

Não havendo tabelião no lugar da residência dos contraentes, nem até duas léguas de distância, era permitida a escritura particular, mas com a condição de ser reduzida à forma autêntica dentro de um mês. Decorrido esse lapso de tempo, sem que o casamento se efetuassem ou sem que houvesse a redução, perdia todo o seu valor o escrito.

Era facultada a troca de arras sponsalícias; e também a estipulação de indenização pelo não cumprimento da promessa, quando não o motivava uma causa justa. Não repugnava à natureza desse contrato a estipulação de condições, contanto que não fossem impossíveis, torpes, ou ilegais, porque, então, o vício delas invalidaria o contrato.

Dos sponsais válidos resultava ação para a celebração do casamento, dentro do prazo estipulado, ou a pena convencionada, ou, não existindo esta, satisfação das perdas e danos (lei § 8.º). Essa ação, pela lei de 6 de Outubro de 1784, era de assinação de dez dias, se a indenização fosse estipulada e seria ordinária se fosse ilíquida (§ 6.º).

O contrato sponsalício dissolvia-se por mútuo dissenso, por morte de um dos contraentes, por superveniên-

cia de impedimento, pelo não implemento da condição estabelecida, pela expiração do prazo, pela retratação fundada em justa causa. Consideravam-se justas causas para esse efeito, o aparecimento de moléstias contagiosas ou vício repugnante em um dos prometidos, a ausência prolongada, a infidelidade, os desregramentos. O desposado que, sem justa causa, se retratava ou dava lugar, por culpa sua, à retratação justa do outro, incidia sob a pena convencional ou tornava-se responsável por perdas e danos, perdendo as prendas com que houvesse gratificado o outro e devendo restituir as que dele recebera. Não havendo culpa, os donativos restituiam-se reciprocamente (1).

E' fora de dúvida que os sponsais se tornaram obsoletos entre nós, como sabem todos e já o testemunhara TEIXEIRA DE FREITAS (2). O dec. de 24 de Janeiro de 1890 não fez menção deste contrato, mas de seu silêncio não se pode concluir abrogação (3), até porque faz referência à lei de 6 de Outubro, que regula essa matéria.

Lançando os olhos para os códigos vigentes, melhor se convence o jurista de que se acha em frente a um instituto em decomposição.

O Código Civil francês fez silêncio a respeito, desalojando assim esse gênero de convenção dentre as formas jurídicas em vigor. Outros Códigos, porem, não pretendendo galvanizar um instituto fenecido, providenciam, exclusivamente, sobre os prejuizos, que dos contratos de futuro casamento possam provir. O Código Civil português refere-se aos donativos recebidos do futuro esposo, para mandar restituí-los, e às despesas autorizadas

(1) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 7.º; COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, § 212.

(2) *Consolidação das leis civís*, nota 1 ao art. 76.

(3) O projeto COELHO RODRIGUES, arts. 1.835-1.836, não quis erradicar, de modo completo, essa instituição que já desaparecera dos costumes em nosso país, o que veio a fazer, afinal, o Código Civil.

para algum preparativo de consórcio, as quais devem ser indenizadas (art. 1.057). Mas é possível que se efetuem despesas não positivamente autorizadas, e que não ocorreriam, se a promessa de próximo casamento não intervisse. Os princípios gerais das obrigações são suficientes para estabelecer o equilíbrio jurídico nesses casos; mas alguns Códigos consagram disposições especiais garantidoras dessas indenizações. Assim o italiano, artigos 78 e 79 atuais; assim o holandês, art. 113.

Outros prejuízos, outros danos resultantes da inexecução da promessa de casar devem ser igualmente garantidos por lei? Por exemplo, uma senhora, por achar-se vinculada por uma promessa esponsalícia, recusa um partido, que se lhe apresenta; mas seu prometido, mudando em seguida de sentimentos, dá por não existente o pacto celebrado, e prossegue no caminho da vida, sem mais se preocupar com esse acontecimento, página voltada que não pretende reler. Deve a desposada em abandono ser autorizada a pedir indenização? E' escabrosa a questão, porque, se respondermos abertamente pela afirmativa, obedecendo aos princípios gerais do direito obrigacional, parece que mercantilizamos uma relação, que repugna, por natureza, a quaisquer apreçamentos. Além disso, abriremos uma fonte perene de dúvidas e demandas. E elas tem aparecido na União americana, onde a lei as tolera (4). O Código Civil espanhol também dá guarida a essas pretensões (art. 44), como dava a nossa lei de 6 de Outubro de 1784, § 8.º. Se respondermos negativamente, iremos, não raro, cavar a ruína de quem depreca embalde a proteção da justiça. Mas o legislador argentino, preocu-

(1) SMITH, *Elements of the laws*, pág. 139: If two persons of opposite sexes enter into a valid agreement to marry, and either shall afterward refuse to perform the engagement, he or she will be answerable to the other, for such damages as may have been sustained by the non performance of the contract.

Veja-se também WALKER, *American law*, § 102.

pado com extirpar um instituto considerado perturbador da eurtmia do direito matrimonial, não recuou perante esta segunda solução e declarou que não são admissíveis, demandas sobre tal matéria, seja para indenização de prejuizos causados, seja para outro intuito (lei de 2 de Novembro de 1888, art. 8.º).

Entre os povos germânicos é que este contrato conserva ainda alguma vida; mas aí mesmo, vai ele, incontavelmente, marchando para o desaparecimento. Assim é que a lei de 24 de Abril de 1854, § 22, revogou, para a Prússia, as disposições do *Landrecht*, que garantiam aos *Brautkinder* (filhos de desposados), direitos de filhos legítimos. Assim é que o Código Civil de Zurich, ainda que mantendo, sob certas condições, os direitos dos *Brautkinder*, e estatuinto (art. 576) que os esponsais criam, entre os desposados, relações de família (*Familienverhaeltnisse der Brautleute*), contudo garante-lhes inteira liberdade, para, à sua vontade, retirarem sua promessa, não permitindo mais que uma indenização por perdas e danos, fixada pelo juiz, quando a retratação não for suficientemente motivada. Em outros cantões suíços, os esponsais conservam mais rigor, sendo que, em Berna, o desposado, que repudiar o outro, caprichosa ou escandalosamente, incorrerá em pena de 2 a 20 dias de prisão.

O Código Civil suíço, arts. 90 e 95, occupa-se com os esponsais. Eles não produzem ação nem para obrigar ao casamento, nem para exigir as penas convencionais. Fundamentam, porem, ação de indenização no caso de rutura sem causa, e de restituição dos presentes. Prescreve essa ação em um ano.

No reino da Saxônia, existia até uma espécie de legitimação *per subsequentia sponsalia* (Cód., art. 1.578). Mas, para confirmar a convicção da decadência em que vai o instituto, mesmo na Alemanha, bastam os artigos que lhe consagra o *Código Civil* (1.297-1.302). Não se pode propor ação fundada em esponsais, para obter a celebração do casamento. As cláusulas penais para coagir a

vontade dos desposados é nula. Entretanto, aquele que, sem justa causa, rompe uma promessa de casamento, deve indenizar a outra parte, de todas as despesas razoáveis, que tenham sido realizadas na previsão desse ato. Se, porém, a ruptura dos esponsais foi determinada por culpa de um dos desposados, é a este que incumbe ressarcir os prejuízos ocasionados ao inocente. A ruptura determina a restituição recíproca dos presentes esponsalícios. A noiva que permitiu ao seu noivo coabitar com ela, pode, em caso de rompimento, reclamar indenização, se outra falta se lhe não pode arguir.

As ações fundadas em esponsais prescrevem dentro de dois anos.

As disposições da lei húngara de 9 de Dezembro de 1894, arts. 1.º a 5.º são muito semelhantes às do Código Civil alemão (*Annuaire de lég. étrang.*, 1894, páginas 355-356).

O Código Civil mexicano, arts. 139 a 145, e o chinês, arts. 972 a 979, regulam o contrato de esponsais.

O moderno Código Civil do Perú (promulgado em 1936) consagrou sete dispositivos (75 a 81) ao instituto dos esponsais. Da promessa de casamento não resulta obrigação de contrair matrimônio; porém o que se recusar a cumprir os esponsais sem justa causa, é obrigado a ressarcir as despesas, que a outra parte, os pais ou terceiros tiverem feito, de boa fé, e os prejuízos decorrentes da promessa de casamento. A esta matéria EMILIO VALVERDE, *El derecho de familia*, Lima, 1941, consagra interessante explanação.

CAPÍTULO III

DO CASAMENTO

§ 6.º

NOÇÃO DO CASAMENTO

O casamento é a regulamentação social do instinto de reprodução, trabalhada de um modo lento, através de muitas e diversíssimas vicissitudes, até à acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos. Mas parece fora de dúvida que, caracterizando-se o matrimônio pela duração mais ou menos prolongada da união, em que se acham o homem e a mulher, suas formas rudimentares e grosseiras apareceram com os primeiros homens, que tiveram de viver em agrupamentos sociais, urgidos pelas necessidades, e que, aliás, encontravam exemplos a seguir entre os animais, que, em torno deles, andavam aos pares, cuidando da prole, enquanto fragil e incapaz de subsistir entregue aos próprios esforços (1). Deixando, porem, de lado essas variações do instituto, considerá-lo-ei, neste parágrafo, somente em sua feição última.

(1) WESTERMARCK, *Storia del matrimonio*, pág. 12.

Os romanos deixaram-nos duas definições notáveis do matrimônio. Uma, dada por MODESTINO (D. 23, 2, fr. 1), exprime-se nestes termos: *Nuptiae sunt conjunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio*. Outra, contida nas Institutas de JUSTINIANO (1, 9, § 1.º), fala assim: *Nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens*. Há, nessas definições, alguma coisa de elevado e nobre, capaz de bem traduzir a santidade dos sentimentos, que devem existir entre os que se conjugam pelo matrimônio, alguma coisa que vibra, como se fossem dísticos solenes de poema antigo. Mas falta-lhes rigor científico para serem mantidas. Não é somente para completar a vida dos cônjuges e legalizar suas relações que existe o casamento; é também para proteger a debil existência da prole, que dele há de surgir, a qual exige desvelos assíduos e prolongados de seus progenitores, a qual sucumbiria em sua fragilidade, se o amor materno não fosse um verdadeiro culto como disse MICHELET. Julgo, por isso, mais completa esta outra definição: *O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer* (2).

Tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o cristianismo elevado este ato à categoria de sacramento, ainda hoje há juristas, que se arreceiam de declará-lo um contrato (3). Co-

(2) Comparem-se as definições dos Códigos Civís da Austria, art. 44, português, art. 1.056, chileno, 102, e mais as de LITTRÉ, *Dictionnaire de médecine*, vb. *Mariage*; TEIXEIRA BASTOS, *A Família*, Porto, 1884, pág. 201; e ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 150.

(3) SAVIGNY, *Système de droit romain*, III, § 42; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 8.º; D'AGUANO, *Genese e evoluzione del diritto civile*, n. 97; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, 1.ª parte,

mo era impossível manter, hoje, no direito definitivamente secularizado, esse exotismo de sacramento, dizem que é um ato. Mas o contrato é também um ato jurídico, diferenciado, especificamente, dos outros por se constituir mediante acordo de interesses, coincidência de vontades. E, justamente, esse consentimento recíproco é, *atualmente*, o ponto central da celebração do casamento.

Será um contrato mais solene do que qualquer outro, pois que envolve, como dizia lord ROBERTSON, a mais importante de todas as transações humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilizada; terá efeitos mais estensos, valor social maior, pois que legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres; mas, em todo o caso, é um contrato. Não tenhamos os escrúpulos de SAVIGNY, e coloquemos o matrimônio “ao lado da venda como um contrato consensual”, pois não é a posição dada a um rebento jurídico, que lhe empresta importância e elevação; esses atributos são-lhe algo de mais íntimo (4).

§ 7.º

PRIMEIRAS FORMAS DO CASAMENTO

Querem muitos antropologistas e etnólogos, depois de MAC LENAN e MORGAN, que a evolução familiar te-

págs. 397-404. Este último escritor, não pretendendo esconder a evidência, recorre a um subterfúgio, dizendo que o casamento não é um contrato e sim uma convenção jurídica. HAURIU e BONNECASE propõem que se veja no casamento uma instituição em vez de um contrato (PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *Traité de droit civil français*, II, n. 69).

(4) Em apóio da doutrina do texto, vejam-se HUC, *Commentaire*, II, n. 4; CIMBALI, *Nuova fase del diritto civile*, n. 63 e segs.; PLANIOL, *Traité de droit civil*, III, n. 3 e 4; CHAMPEAU e URIBE, *Derecho civil colombiano*, I, pág. 156; A. HERCULANO, *Casamento civil, passim* e, especialmente, pág. 268; MARTINHO GARCEZ FILHO, *Direito de família*, I, pág. 31 e segs.

nha começado pela comunhão das mulheres, e que o casamento, união mais ou menos permanente, mais ou menos transitória, proceda de um estado anterior de hetairismo.

Este postulado, por satisfazer as necessidades lógicas da construção de uma teoria da evolução da família e por apoiar-se, aparentemente, em documentos esparsos de um extremo a outro do mundo habitado, obteve um verdadeiro sucesso nos arraiais científicos (1).

Povos de vários matizes étnicos guardaram reminiscências ou vestígios mal apagados de uma antiga promiscuidade sexual, ou, antes, de uma originária comunhão de mulheres. Na China, dizem que devia ter perdurado esse estranho regime social até o reinado de Fu-hi; na Grécia, viam-no, esfumado e confuso, para além da época do lendário Cecrops. Para a Índia, há textos do Mahabarata, que são mais positivos do que essas tradições vacilantes em relação aos chins e helenos. "Outrora não era um crime ser infiel a seu esposo, ressoa o cantar desse vetusto poema, era mesmo um dever. Este costume ainda existe entre os kurús do norte. As mulheres de todas as classes são comuns sobre a terra". HERÓDOTO fala-nos da comunhão das esposas entre os lídios e messagetas, e narra

(1) Vide GIRAUD TEULON, *Les origines du mariage et de la famille*; D'AGUANO, *Genese* cit.; HERMANN POST, *Grundlagen des Rechts, Ethnologische Jurisprudenz*, etc.; LUBBOCK, *Les origines de la civilisation*, etc.; BASCHOFEN, *Das Mutterrecht*; além dos citados MAC LENAN e MORGAN. SPENCER, embora não repila formalmente a hipótese do hetairismo primitivo, não se pode afirmar que o aceite, francamente.

Vejam-se mais: TEIXEIRA BASTOS, *A Família*; GAMA ROSA, *Biologia e sociologia do casamento*, Rio de Janeiro, 1887; ABEL Hovelacque, *Les débuts de l'humanité*; SALLES Y FERRÉ, *Estudios de sociologia*; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, 1.^a parte, págs. 60 e segs., faz um substancioso resumo das diversas teorias sobre as origens da família.

Num belo estudo, transbordante de simpatia, feito a propósito da quinta edição deste livro, ODYLO COSTA FILHO (*Ensáio*, n. 1) opõe objeções à teoria evolucionista quanto à origem da família.

casos de prostituição religiosa, dados em Babilônia em honra a Mítila. DIODORO SICULO, STRABÃO e outros historiadores antigos referem costumes semelhantes observados entre os cíprios, assírios e baleares.

Para alguns povos incultos, o casamento é alguma coisa de inatural e ilícito. Por ocasião de grandes catástrofes, como que para aplacarem a cólera celeste suscitada pela *imoralidade* do casamento, voltam-se, pussilânimes e contritos, para os costumes dos maiores, e, ao menos temporariamente, quebram essas cadeias com que pretendiam subjugar a natureza (2). Assim, os locrios recorriam à prostituição das mulheres no templo de Afrodite, por ocasião de perigos ameaçando a população inteira; pelo mesmo impulso, alguns australianos entregam-se a uma promiscuidade transitória, para afastar de si uma epidemia devastadora ou outra calamidade, que igualmente os aterre. Outros casos semelhantes podem-se ainda respigar entre narrações de viajantes e exposições de sociólogos.

Mas o que importa saber é se o hetairismo teve a generalização, que se lhe atribue. E é somente contra os que o afirmam que se levantam objeções sérias; a promiscuidade temporária ou como fato observado, algumas vezes, na história destes ou daqueles povos, seria estulto, negar. Em primeiro lugar, é fácil apontar, entre selvagens contemporâneos, seja em tribus brasileiras atuais ou das que ao longo de nosso país vagabundeavam, no tempo da descoberta, o uso da monogamia, ao lado da poligamia. Dir-se-á que são os inferiores, os inaptos para a vida social, como esses míseros habitantes da Terra do Fogo, pois caiu em graça perante os etnologistas a proposição de GIRAUD TEULONS "é uma consequência lógica do estabelecimento da vida social que ninguém possa monopolizar, em seu proveito, uma mulher da comunhão". Mas, como lembrou DARWIN, dado o ciúme de todos os machos mamíferos, é extremamente improvável a promiscuidade

(2) H. Post, *Ethnolog. Jurisprudenz*, I, pág. 19 e segs.

no estado de natureza. “E, a julgar pelos hábitos sociais dos homens de hoje e pela poligamia de quase todos os selvagens, acrescenta o eminente observador, a opinião mais provável é que o homem primitivo viveu em pequenas comunidades, cada macho tendo tantas mulheres quantas podia obter” (3).

Assim exclama orgulhoso S. MAINE, também adversário da hipótese do hetairismo primitivo, “o maior nome da ciência contemporânea apoia a teoria patriarcal” (4). LE BON igualmente combateu essa hipótese, e WESTERMARCK, depois de acumular fatos e argumentos para destroná-la, conclue declarando-a “essencialmente anti-científica (5). Realmente, não se pode obscurecer que nenhum estado é mais impróprio para a fecundação do que a promiscuidade, o hetairismo.

A verdade está, por certo, com SPENCER, quando escreve: “Nos grupos humanos mal unidos, como são originariamente, não há ordem alguma estabelecida, nada é definido, nada é organizado. As relações entre homens e mulheres não o são mais do que as relações de homem a homem. Nos dois casos, os guias únicos são as paixões do momento, sem freio algum, a não ser o medo das consequências” (6). Em tais condições, pode-se afirmar que a característica desses primeiros momentos da evolução das relações conjugais foi a indisciplina, a irregularidade, a transitoriedade, a existência de modalidades diversas; e o hetairismo, de que se fala, é uma regulamentação rigorosa, inflexível. A comunhão da posse territorial compreende-se como necessária; porque, para defender o terreno, de que a tribo haure a sua subsistência, é forçoso que todos se alinhem prontos para o combate. A mesma exigência não se dá, senão excepcionalmente, em relação às mulheres.

(3) *Descendance de l'homme*, II, págs. 380-381.

(4) SUMNER MAINE, *op. cit.*, pág. 274.

(5) WESTERMARCK, *op. cit.*, pág. 114.

(6) SPENCER, *Principes de sociologie*, II, pág. 213.

Há, incontestavelmente, povos atrasadíssimos que são monogamos (os fogueanos, por exemplo), e há povos, relativamente adiantados, que são poliândricos (os tibetanos, por exemplo); mas parece de contestação difícil que a transitoriedade nas uniões sexuais fosse a nota predominante nas sociedades primitivas. Não nos diz outra coisa um transunto generalizado das notícias colhidas por historiadores e viajantes; nada se ajusta mais adequadamente com a psicologia humana. Se por promiscuidade se estendem relações de pouca duração, monógamas ou polígamas, podemos ter por certo que foi essa a manifestação incongruente de onde surgiram as formas disciplinadas posteriores. Mas, se comunhão de mulheres importa em direitos iguais e simultâneos, só podemos crer que ela existisse, anormal e passageiramente, pois, se fosse estabelecida como regime único, ocasionaria a esterilidade, além de outras consequências danosas, de cujo concurso resultaria, dentro em pouco, a supressão do grupo, que a praticasse de um modo sistemático.

Já assinala a ação de uma certa disciplina a forma polígama, adotada como regime comum. Apresenta ela duas feições, a poliginia monândrica, e a poliandria monogínica, algumas vezes poligínica. Mais brevemente, a poliginia e a poliandria.

Esta última forma, a poliandria, tem sido assinalada nos usos de certos povos incultos, os caraibas, os esquimós, os aleucianos, os cossacos zarápagos e entre esses pacíficos e felizes tibetanos, a que fazia alusão ainda há pouco. CEZAR afirma que os bretões praticavam uma poliandria fraterna que põe revoltas na consciência moderna (7), e STRABÃO conta que, nas tribus da Arábia feliz, havia também o casamento poliândrico.

(7) *De bello gallico*, V, 13: Uxores habent deni duodenique inter se communes, et maxime fratres cum fratribus, parentesque cum liberis; sed, si qui sunt ex his nati, eorum habentur liberi, quo primum virgo quæque deducta est.

A poliandria poligínica é mais comum do que geralmente se imagina. É grande o número dos povos incultos, entre os quais, muitos homens, principalmente irmãos, possuem, com direitos de co-senhores, um harém de esposas (8). E, não cause estranheza, em certos momentos e em certos países, a poliandria foi vantajosa. No Tibet, por exemplo, pensam WILSON e TURNER que, em vista da esterilidade do solo, somente uma forma conjugal pouco prolífera seria tolerável. Encontraram-na os tibetanos na poliandria, e com ela vivem felizes.

Sobrevivência da poliandria fraterna, fortificada pelo sentimento de solidariedade familiar, é esse costume do *levirato*, pelo qual o irmão do marido premorto deve esposar sua cunhada viuva. Na Nova Caledônia, entre os índios da América do Norte, entre os ostiaks da Sibéria e entre os afghans, depara-se esse costume. O Código de Manú prescreve-o, quando o irmão premorto não deixa posteridade para satisfazer o ceremonial do culto doméstico. A mesma preocupação inspira usanças semelhantes aos helenos e aos hebreus, que, nos seus livros santos, nos deixaram muitos exemplos deste costume (9).

Mais geral do que a poliandria é a poliginia monândrica. “Ela existe em todos os climas, nas regiões árticas, nos países áridos e abrasados pelo sol, nas férteis ilhas oceânicas, sob os trópicos, onde o sol é asfíxiante” (10). Mas, como é sabido que, embora o contínuo tributo de vidas pago às guerras incessantes, jamais o número dos homens se mantem, de um modo permanente, em nível muito inferior ao das mulheres, porque muitos fatores,

(8) H. POST, *Ethnol. Jurisprudenz*, I, pág. 55 e segs.

(9) Todo o livro de RUTH é instrutivo a respeito. Consultem-se, acerca do *levirato*: SUMNER MAINE, *L'ancien droit et la coutume primitive*, pág. 138 e segs.; DARESTE, *Études historiques*, I, pág. 61, (nota 1), 87 e segs.; 144; POST, *Rechtswissenschaft*, pág. 55; VARNHAGEN, *História geral do Brasil*, pág. 46 da 2.^a ed. e 86 da 3.^a. Veja-se ainda *Evang. de S. Matheus*, cap. XXII, ver. 25 a 30.

(10) SPENCER, *Principes de sociologie*, II, pág. 278.

entre os quais o infanticídio das meninas, eram postos em ação para restabelecer o equilíbrio, torna-se indubitável que, onde prepondera esta forma de casamento, as mulheres são atribuídas somente a alguns, os notáveis, os dominadores, os chefes, os valentes, ficando muitos sem glórias, e sem mulheres (11).

Apesar desse e de outros inconvenientes, que viciam esta forma de relações conjugais, incontestavelmente ela é superior às outras até agora consideradas. Como observa SPENCER, na poliginia é que a paternidade e a maternidade começam a ser igualmente consideradas, é com ela que se estabelece uma linha direta de ascendentes masculinos, de geração em geração, obtendo assim a família uma coesão mais forte (12).

Afinal, prepondera a monogamia, que é a forma de união conjugal de mais forte coesão entre os consortes, a melhor organizada para a manutenção da prole, a mais consentânea com a dignidade da mulher e com a moralidade social, finalmente, "a mais adaptada ao desenvolvimento da simpatia humana", como diz D'ÁGUANO.

São essas as formas principais do matrimônio. Mas, examinando com tem sido elas praticadas pelos povos, encontram-se modificações, combinações especiais, que é mister indicar.

Umaz vezes, os enlaces matrimoniais devem ser realizados, obrigatoriamente, dentro do mesmo grupo. Outras, é justamente o contrário que se estatue. No primeiro caso, dá-se a endogamia, e, no segundo, exogamia. Os grupos, cujas raias servem de órbita ao giro da seleção sexual, variam tanto na endogamia quanto na exogamia.

Tem-se observado que, preocupados com a pureza do sangue, os povos restringem os casamentos a um círculo estreito de consanguinidade. Assim fizeram deuses e heróis nos inícios de todas as civilizações, assim tem ge-

(11) SPENCER, op. cit., pág. 271.

(12) SPENCER, op. cit., pág. 286.

ralmente, praticado as famílias reinantes, em todos os tempos e em todos os países, sejam cultos, sejam de broncos selvícolas.

No Japão, outrora, o casamento com a irmã mais moça era obrigatório, pelo que se deduz de certas narrações e do nome (*imo*) dado às mulheres, o qual significa — irmã mais jovem (13). Muitos dos selvagens bralicos, assim como os caraíbas, praticavam a endogamia, efetuando casamentos, mais ou menos necessários, os tios maternos com as sobrinhas. Esse dever de desposar parentas próximas se reproduz, em grande número de regimes jurídicos, na Índia, na Arábia, por vários outros países.

Mais estensa é, certamente, a prática da exogamia. Muito comumente, o membro de uma família totemista, de um parcelamento de tribo, de uma agregação familiar, está inibido, de tomar, por mulher, uma consócia do mesmo grupo, e terá necessidade de ir além, ao agrupamento vizinho, para efetuar seu casamento (14).

A primeira explicação que ocorre à mente, em relação a estes usos da endogamia e da exogamia, é a seguinte. É provável que os povos de índole pacífica se tenham sempre contentado com as mulheres de suas respectivas nações; se abundantes, seriam monógamos ou poligínicos; no caso contrário, poliândricos. Mas acontecia, muitas vezes, maxime nas agremiações belicosas, que os chefes e os anciãos, estabelecendo a poligamia em seu proveito, deixavam os jovens solteiros e sem esperança de consórcio. O recurso, que lhes restava, era o de irem procurar mulheres em outros bandos, ainda que nessas excursões amorosas compromettessem, não raramente, a tranquilidade e a própria existência de sua ação. O roubo das sabinas, o rapto de Helena e o daquela índia baiana, a que se referem as crônicas de nossa pátria, relatando a guerra implacável, que se ateou entre duas tribus estanceadas nas proximidades

(13) HERMANN POST, *Ethnol. Jurisprudenz*, I, pág. 35, nota 1.,

(14) HERMANN POST, *op. cit.*, pág. 37.

da baía de Todos os Santos, são amostras de como as coisas se faziam. Ainda hoje, os raptos de moças devem ser reminiscências persistentes das façanhas desses rudes primitivos.

Assim, a exogamia teve, naturalmente, por primeira manifestação, a catura, da qual se conservam tenazes recordações nos símbolos dos ritos matrimoniais, em tempos em que, já de muito, se apagara a prática dessas empresas.

Nas guerras travadas por qualquer razão ou pretexto, os vencedores tomavam conta dos despojos dos vencidos, e no meio deles estavam as mulheres. SUMMER MAINE chama a atenção para um exemplo frisante dessas apropriações após a derrota. É uma inscrição egípcia, conservada numa estela do museu de Berlim, que no-lo oferece. Há cinco diversas comemorações de vitórias. Em todas elas, à carnificina segue-se a tomada dos bens e das mulheres, geralmente poupadas (15).

Mais tarde, vai-se introduzindo um elemento de pacificação. Os raptos são pagos por multas, e, por último, o roubo das mulheres transforma-se em compra. Mas, ainda ao tempo em que o casamento já era precedido de acordo, entre o noivo e o chefe da família da noiva, havia raptos simulados e amúos fingidos entre as duas famílias. Principalmente a sogra não falava, de frente, ao genro, em sinal de arreliamento. Não sei se nessas malsinações das sogras, com que se entreteem os galhofeiros de gazetas e almanaques, haverá alguma sobrevivência dessas antigas usanças.

A compra efetuava-se por bens, por moedas, mais tarde, por prestações de serviço. Desta última forma é clássico o exemplo de Jacob. Mas, na Califórnia, no Yucatan, entre os maias, repetiram-se, ameudadamente, casos semelhantes.

Estabelecida a exogamia e firmada por costume inveterado, é um crime não se submeter às suas injunções;

(15) *Études sur l'ancien droit*, pág. 283.

é mesmo uma ignomínia capaz de acarretar infortúnios. Os delinquentes devem ser exemplarmente punidos; e não é raro vê-los condenar à morte. Entretanto, combinam-se os dois sistemas, e endógamo e o exógamo. Dentro da mesma tribo endógama se estabelece a exogamia, porque ela se divide em secções, e os membros dessas divisões são obrigados a casar fora de um grupo especial, mas dentro de uma das outras secções da mesma tribo. E' natural acreditar que, para esse modo de proceder, haja contribuído a repugnância do mesmo sangue, além de princípios de moral doméstica já em formação.

Finalmente, diluem-se esses diferentes sistemas, subsistindo apenas os impedimentos matrimoniais provenientes do parentesco. Em Roma, nos tempos clássicos, essa combinação atenuante dos exageros da endogamia e da exogamia se nos revela no *jus connubii*. O cidadão romano, para casar, validamente, devia escolher sua esposa entre suas concidadãs; mas não podia, com seu direito de seleção, transpor os limites de certo grau de parentesco. A idéia do *connubium*, explica RUDOLF VON JHERING, "repousa sobre o *horror alieni*, que é o reverso de uma união de família estreita, e sobre a tendência da *gens* a afastar todos os elementos estranhos e a completar-se por si mesma" (16).

Essas mesmas idéias repontam em outros muitos povos. O hindú, por exemplo, não pode esposar mulher que pertença ao mesmo *gatra*, mas é seu dever não aspirar consorte de casta estranha à sua, porque lh'o vedam as leis e a religião (17).

Modalidades curiosas de casamento são ainda as de prévia experiência e a título de ensaio, que usam povos bárbaros. Em Ceilão, a experiência, narram viajantes, dura quinze dias. Decorrido esse prazo, confirma-se o casa-

^o (16) *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 3.^a ed., volume II, pág. 15.

(17) S. MAINE, op. cit., pág. 295.

mento ou separam-se os contraentes, indo cada qual para seu lado, como se se tratasse de uma compra ou de outro contrato, sobre o qual não chegassem a acordo. Os índios do Canadá, os árabes, os otomios do México praticavam também esse sistema de consórcio. Os tártaros alongavam o prazo da experiência até um ano, o que faz lembrar o matrimônio romano pelo *usus*.

Diferentes são os casamentos temporários, que, ainda hoje, os judeus de Marrocos acariciam, os casamentos parciais dos naires, e os de aluguel dos persas.

§ 8.º

CERIMONIAIS DO CASAMENTO ANTIGO

Não é de estranhar que aos homens mais chegados à animalidade sejam desconhecidas quaisquer cerimônias, com que solenizem os seus conúbios. Em sua maior parte, as tribus dos chamados tupís assim praticavam, e é bem certo que não se acham isoladas nesse modo de proceder (1).

Entretanto, à proporção que a disciplina social começa a se exercer sobre as uniões sexuais, por meio dos costumes, da religião e do direito, os cerimoniais introduzem-se, alastram, avassalam a celebração do matrimônio, envolvendo-a num complicado formalismo, que, depois, vai-se, pouco a pouco, diluindo até deixar ao ato a sua natural gravidade e simplicidade.

A ficção da catura, quando ela já não mais uma realidade, é, sem dúvida, o mais antigo cerimonial dos

(1) Sobre o casamento dos índios do Brasil, vejam-se: GONCALVES DIAS, *O Brasil e a Oceânia*, pág. 196 e segs.; VARNHGEN, *História geral*, 3.ª ed., págs. 86-87; ROCHA POMBO, *História do Brasil*, I, págs. 268 e seguintes; ANCHIETA, *Revista do Instituto Histórico*, VIII, págs. 254-262; e as minhas *Contribuições para a história do direito*, na *Revista do Norte*, Recife, 1891, págs. 68-69.

casamentos. Os chineses, os romanos, os gregos e vários outros povos usaram-na, como é geralmente sabido. Depois vão aparecendo outras idéias mais complexas, simbolismos religiosos de purificação, indicações da natureza e fins de casamento. Entre essas cerimônias, é notável, por sua generalização, o banquete em comum, ou um simples bolo que os esposos teem de comer conjuntamente. Não foram somente os romanos e os helenos que usaram dele na celebração do casamento; muitos outros povos procediam do mesmo modo, como sejam os macedônios entre os antigos, e os iroqueses, em tempos recentes. Na Índia, a noiva prepara uma bebida especial para o seu casamento. Na ocasião da solenidade nupcial, senta-se ao lado do noivo, empunha uma taça, em que derramou porção do licor preparado por ela, bebe a metade e entrega o restante ao noivo, que, avidamente, o sorve até a última gota. É simples, mas é expressivo.

Estes costumes persistem, sob a forma de bodas nupciais, ainda em nossos dias.

Em um certo momento, a religião tomou, exclusivamente, a si a presidência das cerimônias do casamento, principalmente na família indo-européica, que, desde muito cedo, considerou o matrimônio o ato mais solene da religião doméstica. O direito, entretanto, não se deixa, por muito tempo, no segundo plano, e, penetrando pelas disjunções dos sistemas religiosos, vai, pouco a pouco, intervindo no ato da celebração do casamento, até secularizá-lo de todo. Mas esta é já a feição última da evolução jurídica, bem que o civilismo se manifeste em períodos remotos e entre povos de baixa cultura.

Em Sumatra, deparam-se três formas de casamento, todas contratuais: o *jugur*, pelo qual o homem faz aquisição de sua mulher, como de uma propriedade; o *ambe-lanak*, que produz o efeito inverso, submetendo o marido ao poder da mulher; e o *semando*, que é a associação conjugal a título igualitário. Nas ilhas Malgraves, todo casamento deve ser aprovado pelo clã reunido, como devera

ter sido em Roma, antes que se inventasse a representação das tribus pelas testemunhas.

No Egito, onde, aliás, gozaram as idéias religiosas de alta preponderância, o casamento adquiriu feição contratual. Havia, no país dos faraós, um casamento servil, cujas fórmulas se podem ler nos livros dos egiptólogos, o igualitário e o dotal, sem as peculiaridades romanas este último.

No México antigo, era o casamento um ato soleníssimo, que o direito não abandonava, exclusivamente, aos ritos religiosos. "Celebravam-se com tanta solenidade, escreve PRESCOTT, como em nenhum país cristão, e era tida em tanta veneração esta instituição que havia um tribunal especialmente destinado a resolver as questões a elle referentes" (1).

No Perú, antes da descoberta da América, os casamentos eram puramente civís. O rei, de dois em dois anos, convocava, em Cuzco, os súditos, que haviam atingido a idade matrimonial, unia-lhes as dextas por pares e mandava-os ir embora. Nas províncias, efetuavam os governadores a mesma operação (2).

A forma jurídica da celebração do casamento, no antigo direito germânico, era a compra da noiva feita ao seu pai ou ao seu sippe, e assim a mulher entrava para *mundium* do marido. Algumas vezes, o casamento se efetuava pelo rapto de uma estrangeira, mas não era esta uma forma simpática aos espíritos. Nas solenidades, com que se procurava cercar de prestígio e significar o valor social do casamento, aparecia a apresentação da lança como símbolo de poder e domínio (3).

(1) *Conquista de Mexico*, nueva ed., pág. 23.

(2) WESTERMARCK, op. cit., pág. 376. ver em EMILIO VALVERDE, *El derecho de familia*, I, p. 24 e seguintes, a história do matrimônio, na época incáica, onde se descrevem outras formas de casamento.

(3) ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 154.

§ 9.º

DIREITO ROMANO

Nos tempos históricos de Roma, era o casamento um ato, ao mesmo tempo, civil e religioso, como, anteriormente, parece ter sido um ato, em que, exclusivamente, preponderaram influências sacerdotais. Mas, em breve, esse povo enérgico e viril, desenvolvendo, mais do que qualquer outro, os princípios da jurisprudência, revestiu o casamento de um carater puramente secular e profano.

O *matrimonium juris gentium*, próprio dos peregrinos, e o *contubernium*, especial dos escravos, são modalidades excrescentes, que não gozam da suprema sagração do direito. Este as tolera, é certo; mas não lhes atribue os consideráveis efeitos que faz brotar das justas núpcias, contraídas entre pessoas que gozam do *jus connubii*.

Havia três formas de casamento, que devem ser destacadas pela importância das consequências, a que davam lugar: a *confarreatio*, a forma matrimonial dos patrícios, segundo VOIGT e GLASSON, ou, antes, a forma religiosa, como asseveram PADELLETI, COGLIOLO e RUDOLF VON JHERING; a *coemptio*, em que a secularização já se faz dominante; e o *usus*, em que os elementos profanos são exclusivos (1).

A *confarreatio* era celebrada perante o *pontifex maximus* e o *flamen dialis*, com assistência de dez testemunhas representando as *dez gentes* da cúria ou as dez cúrias da tribo, a que pertencia o marido. O nome *confarreatio* provinha de um bolo de trigo (*pannis farreus*) que aparecia na ocasião da celebração para ser dividido e comido pelos dois contraentes.

A *coemptio* era uma venda simbólica *imaginaría venditio*, da mulher, realizada pelo *pater-familias*, em cujo

(1) Vejam mais: GAIO, *Inst.*, I, §§ 111 e 114; e ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 154.

podet ela se achava. Bem claro, por trás desse curioso simbolismo, patenteia-se um costume antigo de compra real, que deviam ter praticado os romanos, como praticaram os babilônios, os gregos, os hindús, os judeus.

O *usus* era simplesmente a *usucapio* aplicada à posse da mulher. Se a posse durava um ano, a propriedade estava adquirida, como se se tratasse de qualquer objeto móvel, e a mulher estava sob a *manus* do marido. Mas era-lhe facultado interromper a continuidade da posse, pernoitando fora do teto comum, por três noites seguidas durante o ano.

Essas formas, de que resultava sempre a *manus*, foram-se tornando obsoletas e tomando seu lugar os casamentos por mero consenso, acompanhados da *mens matrimonii*, da *maritalis affectio* e concretizado na *traditio* e na *deductio uxoris in domum mariti*, casamentos que, nos primeiros tempos, apareceram sob um aspecto injurídico (2), e só com o abrandamento dos costumes e melhor compreensão da sociedade conjugal, receberam a consagração do direito. Com a transformação, ganhou, por certo, a causa da civilização, pois elevou-se a condição da

(2) E' indubitavel que, originariamente, existiram casamentos sem *manus*, resultando esta, exclusivamente, das três formas apontadas no texto. Muitos escritores falam desta espécie, acrescentando que há dois gêneros de mulheres: as *matres familias* (*cae quae in manum convenerunt*) e as que são designadas simplesmente pelo nome de *uxores* (*tantummodo uxores habentur*). Mas, como observa COGLIOLO (*Storia*, pág. 165, n. f), deveriam ser nulos, perante o direito, esses casamentos, e só o seu grande número fez, afinal, reconhecer a sua validade. SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, prim. parte, págs. 134-137. Vejam-se imais: ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 145; DERNBURG, *Pand.*, III, § 6.º, nota 2; ED. CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, I, págs. 58-59, e II, págs. 85-86; BONFANTI, *Istituzioni di dir. romano*, § 58. No casamento livre, a mulher considerava-se ainda ligada à sua família de origem e, embora sujeita às ordens do marido, no que concernisse à direção da vida conjugal, conservava a livre disposição da sua pessoa e de seus bens.

espôsa, e o casamento não perdeu sua elevada importância social, continuando a ser o *consortium omnis vitae*, e tendo, por principal fim, o nobre sentimento, que os romanos souberam, tão belamente, traduzir em linguagem expressiva, a *cupido sobolis procreandi*.

As solenidades costumeiras, com que eram celebrados os casamentos em Roma, e que subsistiram, muito tempo após o desaparecimento das formas matrimoniais, que costumavam acompanhar, a *confarreatio* e a *coemptio*, são semelhantes às que se usaram na Grécia. Podem ser colhidas, em resumo, nos escritores, que se ocuparam do assunto (3).

O cerimonial começava pelos preparativos nupciais, Marcado o dia, em época apropriada e propícia ao casamento, a noiva despia seus trajes de virgem (*toga pre-texta*), vestia uma *tunica recta*, apertada por um cinto de lã (*singulum*), e oferecia aos deuses lares da casa paterna seus brincos infantís. No dia do casamento efetuavam-se os *nuptiarum auspicia*, a consulta aos deuses, desde as primeiras horas da manhã. Era também usado fazer o sacrificio de uma ovelha, cujas entranhas eram consultadas pelos arúspices, cerimônia esta obrigatória na *confarreatio*, porque a pele da vítima tinha de servir no momento da celebração do matrimônio. Depois, congregados os amigos e convidados, compareciam os noivos. A jovem trazia um véu rubro (*flammeum*), que lhe caía da cabeça coroada por uma grinalda de flores redolentes, os cabelos se achavam penteados de um modo particular e nobre, presos por um grampo simbólico, a *hasta celibaris*. Seguia-se a troca dos consentimentos e a redação das *tabulae nuptia-*

(3) FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, págs. 41-48; GLASSON, *Le mariage civil et le divorce*, págs. 168 e segs.; MICHELET, *Les origines du droit français*, págs. 19 e segs.; BEAUCHET, *Hist. du droit privé de la république athénienne*, I, págs. 112 e segs., que é minucioso quanto às formas e solenidades do casamento ateniense.

les, uteis para a prova do dote, mas desnecessárias para a perfeição do ato, e tanto que não apareciam nos tempos anteriores, por falta de objeto, não havendo absolutamente um dote a constituir. Para o completo acabamento e perfeição do ato, era assáz o mútuo consenso. *Nihil obstat etiamsi tabulae signatae non fuerint . . .*

Era nesse momento que a mulher, para testemunhar que sua existência se tranfundia na de seu marido, pronunciava a célebre fórmula antiga: *Quando tu Gaius, ego Gaia*. Intervinha uma senhora casada, que não tivesse passado a segundas núpcias (*pronuba*) e aproximava os dois esposos, que se davam as mãos (*dexteratum junctio*).

Seguiam-se as formalidades, da *confarreatio* ou da *coemptio*, conforme o caso, enquanto não caíram em desuso essas formas, como já ficou observado.

Concluídas essas cerimônias, davam-se a aclamação dos noivos e o festim nupcial (*coena*), em casa do pai da noiva, findo o qual, ao tombar da noite, procedia-se à *deductio uxoris in domum mariti*, simbolismo que recorda, lucidamente, o rapto primitivo. Com simulada violência, arrancavam a noiva do regaço da mãe aflita, e conduziam-na em ruidosa passeata, com música, descantes e archotes, até à porta da casa conjugal, cujos umbrais ela transpunha soerguida pelos braços de outrem. Penetrava a mulher no *atrium*, onde ia participar da *água* e do *fogo*, para afirmar sua entrada na posse do novo lar e da nova família.

No dia seguinte, compareciam, novamente, os amigos, que já encontravam a dona da casa no exercício de suas funções, efetuado o sacrifício aos deuses do marido, e celebrava-se, então, um outro festim, a que era dado o nome de *repotia*.

E essas solenidades, inventadas para revestirem de pompa e grandiosidade o casamento, reproduziam-se em todos os consórcios dos cidadãos romanos, mesmo depois dos casamentos livres, e embora se prendessem, por origem, aos antigos ritos da *confarreatio*, não lhes re-

conhecia a lei nenhum efeito jurídico. O *pater familias* era, nas núpcias ordinárias, o sumo sacerdote, cujas funções tinha um culto privado, de que o seu chefe era o pontífice.

Desde os mais afastados momentos da história conhecida, no mundo romano, o casamento foi monógamo. Encontram-se fatos, como o de Catão, o moço, emprestando sua esposa, Martia, e que LUBBOCK aproxima de usos semelhantes entre esquimós e outros povos bárbaros, que se não pejam de oferecer aos hóspedes a própria mulher, ou, mais comumente, a filha. A exquísita aquiescência de Catão, a seu amigo Hortêncio, foi determinada pela necessidade de obter esta a produção de filhos de boa estirpe, a julgar pela narração, que nos tranmitiu PLUTARCO (4), a quem não maravilhou o estranho fato.

E era tão imperiosa, no entender dos romanos, a necessidades de deixar descendentes, que, ainda nos tempos clássicos, o espírito público e os magistrados, seus intérpretes, reagiam, energicamente, contra o celibato, impondo-lhe multas e censuras. Já no começo do império, a lei *Julia de maritandis ordinibus* retirava, aos celibatários, o *jus capiendi*, direito de entrar na propriedade dos bens que lhes fossem deixados em testamento. Mesmo os *orbi*, os casados estéreis, gozavam do *jus capiendi*, somente para a metade da sucessão testamentária, que lhes fosse deferida (5).

A faculdades de contrair justas núpcias (*jus connubii*) era, a princípio, muito restrita, dominando idéias de uma endogamia temperada. Os patrícios deviam casar dentro de sua própria classe. Mais tarde houve conúbio entre eles e os plebeus; depois dilatou-se, gradualmente, a faculdade, abrangendo os latinos, os italiotas, os provincianos.

(4) *Vie des hommes illustres*, trad. Al. Pierron, vol. III, páginas 468-469.

(5) BONJEAN, *Institutes*, I, págs. 686-687.

Desde então, os impedimentos matrimoniais referem-se a um casamento anterior subsistente; à condição civil, porque o casamento com escravo era impossível; à idade, somente aos púberes sendo permitido contrair núpcias, ao parentesco, consanguíneo, afim ou puramente civil, dentro de certos graus; a determinadas funções ou encargos públicos, visto como eram vedados os consórcios entre os magistrados provinciais e as mulheres que residiam dentro da circunscrição, territorial de sua autoridade, entre tutores e suas pupilas, entre curadores e suas curateladas, proibição que atingia aos descendentes masculinos dos tutores e curadores (D. 23, 2, frs. 36, 37 e 59). Acrescente-se que o *alieni juris* necessitava, para casar-se, da autorização do *pater familias*; que a viuva, somente decorridos doze meses depois da dissolução de seu casamento pela morte do marido, podia contrair segundas núpcias (D. 3, 2, fr. 10, § 1.º); e que os peregrinos se não enlaçavam com os romanos por justas núpcias, mas, simplesmente, por um *mattimonium non legitimum* (6). Pela ação do cristianismo, aparecem impedimentos novos: a diferença de religião, o rapto, o parentesco espiritual. Como se verá depois, muitas dessas figuras de impedimentos reproduzem-se no direito moderno.

Quanto ao adultério, era primitivamente punido pela relegação de cada cúmplice para uma ilha diferente, e mais a confiscação da metade do dote da mulher e de um terço dos bens do codelinquente. Constantino elevou esta penalidade à morte de ambos os criminosos. Dado o adul-

(6) Ao tempo de JUSTINIANO, peregrinos são, exclusivamente, os bárbaros, que marginam e apertam o império romano, em constante ameaça de esfacelamento, o que afinal se realizou por inteiro. O casamento com os bárbaros fora punido com a pena de morte por VALENTINIANO e VALENTE. Mas JUSTINIANO deixou de inserir em suas compilações essa penalidade excessiva.

Sobre o casamento segundo o direito romano, veja-se ainda NETTO CAMPELLO, *Prel. de direito romano*, liç. XVI.

tério, era dever do marido divorciar-se, senão podia arriscar-se a incorrer nas penas do lenocínio (D. 48, 5, fr. 2, § 2.º, e fr. 26).

§ 10

DIREITO CANÔNICO E PÁTRIO

A Igreja, mesmo depois de vitoriosa e elevada às sumidades do poder em Roma, não tratou, com precipitação, de eliminar o caráter civil que, ao casamento, havia atribuído o direito. Teve de temporizar com as idéias romanas, como devia fazer concessões aos bárbaros. E foi concessão considerar o casamento completo pela simples troca do consentimento por parte dos nubentes, independentemente da benção do sacerdote e da publicação dos proclamas, condições, aliás, prescritas por concílios locais, porque a ausência dessas solenidades privava o casamento da necessária publicidade. Mas, assim procedendo, não só agiam os diretores do cristianismo no sentido da propaganda religiosa, como conseguiram tornar desnecessário o concubinato. Se entre o homem e a mulher havia considerável diferença de posição social, em vez de concubinato regulado pelo direito germânico e tolerado pelo romano, podia efetuar-se o casamento *morganático*, da mão esquerda, particular aos povos germânicos, e que não constituía uma família com os direitos comuns à herança, à comunicação dos bens e à consideração civil do seu chefe (1).

Os povos tedescos, avassalando a Ibéria, nela introduziram o casamento morganático de que usaram também portugueses. Em Portugal, nos primeiros séculos da monarquia, subsistiam três formas de casamento, deixando agora de lado o morganático. São elas: 1.º, o casamento celebrado segundo as solenidades todas do ritual, o

(1) SHULTE, *Institutions de l'Allemagne*, § 174.

que o elevava à categoria de vero sacramento; 2.^a, o casamento realizado sem essas solenidades mas com a aprovação da família; 3.^a, o casamento sem a sanção do direito canônico e sem a aprovação dos parentes, constituído somente pelo consentimento das partes, acompanhado da intenção de viverem os consortes como casados (2).

Mas o concílio reunido em Trento (1563), tomando uma atitude mais firme que os seus antecedentes, decretou a rigorosa observância de certas solenidades externas, tendentes a dar ao casamento toda a necessária publicidade e conseqüente garantia. Assim foi préscrito por essa assembléa religiosa: 1.º, que o casamento fosse precedido por três enunciações feitas pelo pároco do domicílio de cada um dos contraentes; 2.º, que fosse feita, de modo inequívoco, diante do pároco celebrante, a manifestação livre do mútuo consentimento; 3.º, que a celebração fosse realizada pelo pároco de um dos contraentes ou por um sacerdote devidamente autorizado, na presença de duas testemunhas, pelo menos; 4.º, finalmente, que o ato se concluísse pela solenidade da benção nupcial. O livre consentimento dos contraentes, a presença do pároco e das testemunhas é que são essenciais para que haja casamento católico.

Foi esta, por longo tempo, a forma de matrimônio, exclusivamente recebida pelo direito pátrio. Enquanto a quase totalidade dos brasileiros era católica, ao menos por tradição, nenhum grave inconveniente havia em mostrar-se o Estado desconhecedor ou descurado de seus direitos nesta matéria. A imigração, porem, e o derramamento de novas crenças vieram impor a necessidade de ser decretada uma forma de casamento, mais ampla e mais compatível com os reclamos da civilização.

Houve um choque de opiniões divergentes, e desse combate, que é o período inicial de toda evolução jurí-

(2) VITERBO, *Elucidario*, verbo: marido conhecido.

dica, surgiu a lei de 11 de Setembro de 1861, estabelecendo o chamado casamento *acatólico*, entre pessoas pertencentes a seitas cristãs não católicas, e celebrado segundo o rito respectivo. Foi uma concessão, por certo, mas ainda muito limitada, pois a competência da religião ainda permanecia integral, em matéria de casamento, e todos aqueles que não pertencessem ao grêmio da cristandade continuavam na impossibilidade de contrair, no país, matrimônios com efeitos civis, perante o direito nacional.

Com a publicação dessa lei e seu decreto regulamentar, de 17 de Abril de 1863, três formas de matrimônio contou o direito pátrio: 1.º, o católico, celebrado segundo as prescrições do concílio de Trento e disposições constitucionais do arcebispado da Baía (*Ord.*, 4, 46, § 1.º, e lei de 3 de Novembro de 1827); 2.º, o casamento misto, contraído segundo essas mesmas disposições e preceitos, porem conjugando um católico e um cristão dissidente; 3.º, finalmente, o casamento acatólico da lei de 11 de Setembro de 1861. Deu-se assim um passo, meticoloso é certo, para a intervenção da autoridade civil em matéria de casamento, pois que a citada lei dava aos juizes seculares, competência para resolverem sobre o conhecimento e as dispensas de impedimentos, assim como sobre a nulidade do ato.

Fazia-se, dia a dia, mais urgente uma reforma legislativa mais radical. Desde 1854, apareceram tentativas de secularizar-se o casamento. Uruguai, Nabuco, Diogo de Vasconcellos, Tavares Bastos, Taunay, Araripe, Saldanha Marinho, Maciel, Eufrasio Correia, esforçaram-se pela realização desse ideal, no Conselho de Estado, no parlamento, em panfletos (3); mas, somente com a transformação do sistema de governo, com a proclamação da

(3) Pode ser lida a história dessa campanha em HERCULANO DE SOUSA BANDEIRA FILHO, *Comentário à lei de 11 de setembro de 1861*; em ESCRAGNOLE TAUNAY, *Casamento civil*; e em MACEDO SOARES, *Casamento civil*.

República, é que tivemos o decreto de 24 de Janeiro de 1890, criando o casamento civil, como uma consequência necessária da separação dos poderes, o temporal e o espiritual, objetivada no decreto de 7 de Janeiro de 1890. Completou essa evolução o Código Civil, regulando o casamento de acordo com os princípios estabelecidos na Constituição republicana.

§ 11

CONDIÇÕES PARA A VALIDADE DO CASAMENTO

O nosso, como todos os direitos, exige condições especiais para a validade do casamento. Essas condições são estabelecidas de modo a firmar e salientar a moralidade, a segurança, a publicidade e a importância do casamento e das relações, que dele promanam. Distribuem-se elas por três categorias: 1.^a, requisitos exigidos à pessoa, que pretende contrair justas núpcias; 2.^a, solenidades preliminares tendentes à verificação desses predicamentos e à publicidade do ato; 3.^a, a celebração segundo as prescrições legais.

§ 12

DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Parentesco

A ausência dos requisitos essenciais às pessoas que se pretendem casar constitui os impedimentos matrimoniais.

Segundo o Código Civil, art. 183, os impedimentos matrimoniais compreendem dezesseis figuras. Oito deles são dirimentes, tornando nulos, de pleno direito, os casamentos, em que são eles infringidos (§§ I a VIII); os restantes meramente impedientes, no sentido, ou de que são apenas anuláveis os casamentos celebrados em oposi-

ção a seus preceitos (§§ IX a XII), ou de que contra a sua celebração se decretam penas, respeitando-se, todavia, a sua eficácia e validade (§§ XIII a XVI). Não tem, portanto, estes qualificativos — dirimente e impediante — significação completamente idêntica a que lhes atribue o direito canônico, mas podem ser mantidos com vantagem pela técnica jurídica.

O primeiro impedimento, de que nos fala o Código Civil, art. 183, é o que resulta do parentesco em linha reta, quer seja legítimo, quer natural (1). Seguem-se: a afinidade em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo; e o parentesco civil (ns. I e II).

A afinidade resultante de filiação espúria (2), explica o art. 184 do Código Civil, somente pode provar-se por confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, que a podem fazer em segredo de justiça. A afinidade resultante de filiação natural não reconhecida, também pode ser provada por confissão espontânea dos ascendentes.

A adoção impede o casamento entre o adotante e o cônjuge do adotado, assim como entre o adotado e o cônjuge do adotante.

Na linha colateral, não se tem que atender à afinidade, mas, simplesmente, à consanguinidade, legítima ou natural; irmãos e os outros colaterais, até o terceiro grau,

(1) O decreto-lei n. 3.200 de 19 de abril de 1941, art. 1.º, alterou o Código Civil, permitindo o casamento de colaterais, legítimos ou ilegítimos, do terceiro grau. E, no art. 2.º, instituiu o exame prenupcial para o cônjuge menor desta classe.

(2) O Sr. senador RUY BARBOSA censurou a expressão afinidade ilícita, usada em documentos legislativos (emenda do artigo 188 do *Projeto de Código Civil*), mas que, aliás, tem por si o uso jurídico e a autoridade de conspícuos escritores, como demonstrou OLIVEIRA FONSECA em suas eruditas *Observações*, Rio, 1904, página 26, onde transcreve trechos do abade ANDRÉ (*Cours de droit can.*, vb. *affinité*) e de MANOEL DO MONTE, *El. de direito eclesiástico*, § 971.

inclusive (n. IV); assim como à adoção, sendo proibido o casamento do adotado com o filho do adotante (n. V).

Parentesco é a relação que vincula entre si as pessoas procedentes de um mesmo tronco ancestral (*cognação*, *consanguinidade*) ou aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (*afinidade*). Muitas vezes essa relação é criada artificialmente sob os auspícios da lei e por intermédio da adoção. Toma, então, o nome de parentesco civil.

O parentesco por cognação ou afinidade pode ser legítimo ou ilegítimo, conforme provem de justas núpcias ou de união sexual ilícita (2-a).

Difunde-se em linhas o parentesco, e as linhas compõem-se de graus. *Linha* é a série de pessoas provindas, por filiação, de um tronco ancestral comum; é toda a irradiação de relações consanguíneas, que se expande desse foco. *Grau*, elemento das linhas de parentesco assim como os pontos o são das geométricas, deixa-se definir — a distância que medeia entre cada duas gerações, que se tocam.

A linha é *reta*, quando a série de pessoas, que a constituem desce diretamente do progenitor aos procriados, ou diretamente sobe destes àqueles. Na primeira hipótese, toma o nome de *descendente*, e, na segunda, o de *ascendente*. É *transversal*, *colateral*, ou *oblíqua*, quando se consideram pessoas, que proveem do mesmo tronco, mas que dele se afastam para os lados, como linhas oblíquas baixadas do mesmo ponto, porque essas pessoas não são entre si procriadores e procriados. Na linha colateral, tendo-se em vista estabelecer o parentesco de duas pessoas, pode uma delas distar mais e outra menos do progenitor

(2-a) Não existe nenhum laço de afinidade entre os parentes dos cônjuges: *affines inter se non sunt affines; affinitas non parit affinitatem*.

Na Itália, em virtude da definição dada pelo art. 76 do Código Civil, não existe afinidade ilícita. O vínculo da afinidade resulta exclusivamente do matrimônio.

comum, e, então, dir-se-á que é *desigual*, como será igual se a distância for a mesma.

Para estabelecer os graus de parentesco, na linha reta, contam-se as gerações; e quantas forem elas, tantos serão os graus. Nesta contagem, coincidem as operações aritméticas do direito romano com as do canônico. Na linha transversal, porem, há desacordo. O direito romano remonta do indivíduo ao tronco ancestral comum, e depois, desce pela outra ramificação genealógica, até encontrar o outro indivíduo cuja relação de parentesco, para com o primeiro, tem de ser determinada. O canônico limita-se à metade dessa operação, mas adotando sempre a linha mais longa, se houver desigualdade entre as duas consideradas. De modo que os irmãos, que se acham em segundo grau, pelo direito romano ou civil, são parentes em primeiro grau pelo canônico; os primos, filhos de irmãos, acham-se no quarto grau civil e em segundo canônico.

No parentesco transversal, cumpre ainda assinalar algumas relações que tem valor para o direito. Quando os irmãos descendem dos mesmos progenitores (3), pai e mãe, chamam-se *germanos*, isto é, irmãos completos, bilaterais. Quando somente se vinculam por um progenitor, são *unilaterais*; *uterinos*, se esse progenitor é a mãe; *consanguíneos*, se é o pai.

E' *duplicado* o parentesco transversal, quando os indivíduos considerados procedem de outros que já eram parentes. Assim os primos, filhos e dois irmãos, que se casaram com mulheres que são também irmãs entre si, acham-se no quarto grau duplicado, porque, tanto pelo lado paterno quanto pelo materno, há um mesmo procriador comum, e na mesma distância.

(3) Da discussão filológica provocada pelo *Projeto de Código Civil*, resultou a legitimidade do emprego desta palavra no sentido em que aqui é tomada (OLIVEIRA FONSECA, *Observações*, páginas 15-20).

Por estas noções, evidencia-se que o sangue paterno e o materno, mesclando-se, transfundindo-se para o produto da geração, o parentesco deve ser, aproximadamente igual para ambas as linhas, a paterna e a materna. Neste ponto, o direito moderno acha-se em acordo com a biologia. Mas nem sempre se entendeu assim.

Primitivamente, em consequência da predominância da coletividade, encontra-se o parentesco de classe ou de grupo, sem, aliás, excluir o individual. MORGAN, LUBBOCK, POST, estudando essas relações antigas, adotaram a distinção entre o sistema classificatório e o sistema descritivo de parentesco. O *descritivo* assinala a relação parental por um número de gerações até um *stamm-parens*, um progenitor de tribu, umas vezes masculino e outras feminino, segundo parece. O *classificatório* distribue os indivíduos em classes de parentela ou séries de gerações, e, dentro dessas classes ou séries, não se distinguem os graus, porque todos são considerados como estando no mesmo grau.

Por outro lado, a transitoriedade das uniões sexuais e o hetairismo, onde e quando existiu, faziam enxergar melhor o parentesco pelo lado feminino. Realmente, vemos-lo vigorar, exclusivamente, ou quase, em alguns povos, outras vezes, ladear o sistema de parentesco agnático, com o qual, afinal, se combina. O sistema de parentesco maternal é usado, em parte, na Oceania, e deixou vestígios entre povos americanos, do que nos dá testemunho a *couvada*, assim como entre congolezes e outros bárbaros africanos. Não foi também estranho aos fenícios, lícios, hebreus, egípcios, etruscos, árabes e indogermânicos de várias feições. O sistema paternal preponderou entre japoneses, chineses, hotentotes e grande número de outros povos. Na supremacia dos agnados, nos tempos clássicos do direito romano, está um exemplo desta espécie de parentesco, e, se aí vemos a cognação ter algum valor, podemos crer que, por toda a parte, por preponderar um sistema, não era condição que o outro fosse completamente

eliminado. Assim é que os eslavos distinguem o parentesco de *grande sangue* e de *pequeno sangue*. O primeiro resulta da descendência, que entronca em um antepassado comum, seja natural, seja adotivo. E o segundo resulta, exclusivamente, da descendência pelas mulheres.

Afinal, assim como, antecedentemente, se havia individualizado a relação parental, combinam-se os dois sistemas, de que acabo de falar, e constitue-se o vigente, hoje em dia, nas legislações dos povos cultos.

O parentesco de consanguinidade em linha reta e na colateral, até ao segundo grau, é um impedimento matrimonial imposto pela necessidade de sentimentos castos e elevados, de estrita moralidade, que devem dominar no regaço da família. Sua infração constitue o incesto que a consciência moderna considera ato nefando.

Na linha reta, sempre foi assim entendido (4), bem que se possam apontar os persas e outros povos, aos quais não repugnavam conúbios entre pais e filhas (5). Naturalmente, onde preponderava o parentesco maternal, o pai era quase um estranho, e, pois, não é de pasmar sua conjunção matrimonial com as filhas.

Na linha colateral é que os escrúpulos são de data muito mais recente, mormente se o parentesco é unilateral. A Bíblia está repleta de casamentos fraternos (6), e, como é, sem dúvida, esse livro uma das bases da constituição moral do cristianismo, e, portanto, da humanidade culta atual, pode-se dizer que foi, apesar dela, que as idéias

(4) Sobre a evolução dos impedimentos é digno de consulta HERMANN POST, *Grundlagen*, págs. 245 e segs.

(5) SANCHES ROMAN, *Der. civil*, V, prim. parte, pág. 111. Também aos hebreus não foi estranho esse transviamento de costumes, como prova o que se passou entre Loth e suas filhas (*Genesis* XIX, págs. 31 a 36).

(6) SANCHES ROMAN, op. cit., pág. 117, nota 5; H. Post, *Ethn. Jurisprudens*, II, § 21, nota 4; *Genesis*, XX, 12: Sara era irmã paterna de Abraão; os filhos do primeiro casal não tiveram onde escolher companheiras senão entre irmãs.

e sentimentos contrários a esses enlaces tem prevalecido. Seja, porem, como for, e a despeito da abundância de exemplos de casamentos incestuosos, que deparamos nas origens da civilização, é fora de dúvida que a disciplina social os relegou para a classe das imoralidades raras, no que foi, certamente, auxiliada pela própria natureza. Podem ser repetidas as palavras de WESTERMARCK: "O horror do incesto é um sinal característico quase universal do gênero humano, porque os casos, em que este sentimento de repulsa não dá indício de existir são tão raros que podem considerar-se como desvios anormais de uma regra geral" (7). Não, talvez, por esse modo raros; mas, certamente, a conclusão é verdadeira como a afirmação em seu ponto fundamental.

Encarando, agora, a questão em seu aspecto fisiológico, cumpre dizer que não são absolutamente concludentes as observações dos doutos. LACASSAGNE, VOISIN, PÉRIER, MICHEL, afirmam que os males atribuídos aos casamentos entre parentes próximos não estão demonstrados. WESTERMARCK, apoiado em dados estatísticos e até em observações de naturalistas como DARWIN, e psicologistas de alto coturno, afirma que "a repugnância ao incesto não tem relação alguma com os dados da experiência e da educação". PLATÃO, SCHOPENHAUER e MANTEGAZZA dão-lhe razão. Eis um debate que não pode o jurista decidir. E' forçoso que se abstenha de emitir opinião, antes que os especialistas se ponham de acordo.

Mas julgo que é necessário tornar conhecida a distinção que sobre esta matéria propõem LACASSAGNE e outros biologists. Nos meios urbanos, sempre doentios, afirmam eles, parece que o comércio restrito a um círculo de parentes próximos, torna-se, com a continuação, fecundo em perigos. Mas nos meios salubres, no campo, muito pelo contrário, essa restrição auxilia a seleção e apu-

(7) WESTERMARCK, op. cit., pág. 252.

ra a raça. Assim não é a consanguinidade que é sadia ou doentia, é o terreno onde ela se produz, escreve LACAS-SAGNE. Mas convem, igualmente, ponderar, com ALEX, BAIN, que o amor procura o contraste na compleição e na estatura, sendo essencialmente dominado pelo prestígio da dissemelhança, o que também dissera SCHOPENHAUER, como antes, dele, BERNARDIN DE SAINT-PIERRE, e esses contrastes não se deparam tão facilmente na mesma família quanto algures, é palpavel (8).

Examinarei agora como nos códigos modernos se tem refletido esta questão do incesto (9), ou, em termos mais positivos, do impedimento por parentesco de consanguinidade, de afinidade e de adoção.

Quanto ao impedimento entre parentes consanguíneos e afins, em linha reta, não há discrepância nas legislações dos povos cultos (10). A adoção também é, geralmente, considerada impedimento matrimonial; porem há legislações que não reconhecem esse instituto, e outras que não lhe adjetivam a qualidade de impedimento (11).

(8) *La grande encyclopédie*; verbo — *consanguinité*; WESTERMARCK, op. cit., caps. XIV e XV; SCHOPENHAUER, *Le monde comme volonté et comme représentation*, vol. III; BAIN, *Les émotions et la volonté*, págs. 130-134.

Ver também GAMA ROSA, op. cit., págs. 221 a 238, e PINHEIRO GUIMARÃES, *A hereditariedade normal e patológica*, páginas 103 e segs.).

(9) O direito romano proibia o casamento entre ascendentes e descendentes até ao infinito, e, na linha colateral, entre irmãos e entre tio e sobrinha (*Inst.* I, 10, §§ 1.º-5.º); BONFANTI, *Istituzioni di diritto romano*, § 59; ED. CUQ, *Institutions jur. des romains*, II, pág. 89; NETTO CAMPELLO, pág. 285; HUC, *Commentaire*, II, n. 58.

(10) E' certo que o direito canônico permite o casamento entre o padrasto e a viuva do enteado (*Concil. Trid.*, sess. 24). Mais moralizadora doutrina seguiu o direito romano, condenando tais enlances (D. 23, 2, fr. 15). E o princípio romano prevalece, atualmente, entre nós.

(11) Assim é na Áustria, por exemplo, como pode ser visto em ROTH, *System.*, II, pág. 6.

E' com o parentesco em linha transversal que as diferenças se acentuam.

O direito canônico, vigente ainda em muitos países, estabelece impedimentos na linha colateral entre consanguíneos e afins, salvo dispensa, até ao quarto grau ou somente até ao segundo para a afinidade ilícita.

Alem disso, o parentesco espiritual, o vínculo resultante de esponsais válidos, e a quase afinidade da mesma fonte oriunda, são outras tantas relações, que o direito canônico considera impedimentos. E' um sistema de grandes restrições, do qual se distancia, consideravelmente, a tendência atual do direito civil: lei argentina de 1889, art. 9.º; §§ 1.º a 3.º; Código Civil alemão, arts. 1.310 e 1.311; o nosso decreto de 24 de Janeiro de 1890, e o Código Civil.

O direito francês (Cód., arts. 162-163) e o italiano (Cód., art. 85) mantem-se no meio termo. Na linha colateral, o casamento é proibido entre irmãos e irmãs legítimas ou naturais, entre afins do mesmo grau, entre tios e sobrinhas ou tias e sobrinhos, entre irmãos adotivos (12).

Na Áustria, são vedados os casamentos entre primos (4.º grau civil), entre sobrinhos e tio (3.º grau civil),

(12) Convem notar que estes Códigos (franc., art. 348; italiano, art. 85) também falam, em termos expressos do impedimento existente entre o adotado e a mulher do adotante e reciprocamente, do mesmo modo que o Cód. espanhol, art. 84, § 5.º. Esta proibição baseia-se na moral, na pureza dos costumes, e a doutrina romana, exposta nas *Institutas*, I, 10, §§ 1.º e 2.º, lhe dá apoio. Na Alemanha, porém, a adoção é impedimento somente entre o adotado, o adotante e os descendentes do primeiro (Cód. Civ., art. 1.311). O Cód. italiano ainda acrescenta a interdição de casarem-se, entre si, os filhos adotivos da mesma pessoa. Não está em nossa lei este último impedimento.

O Código Civil brasileiro, art. 183, III e V, consigna o impedimento entre o adotado e o cônjuge do adotante, entre o adotante e o cônjuge do adotado, assim como entre este e o filho sobrevivendo ao adotante. Foi sua fonte o Cód. Civil italiano.

quer o parentesco seja legítimo, quer natural. O cunhadio é também uma vedação para casamento que o *allgemeines Buergerliches Gesetzbuch* consagra (§§ 64-65). Mas os judeus do ex-império austro-húngaro se regulam, nesta matéria, por seu direito próprio (§ 125), pelo que não se referem a eles os aludidos impedimentos.

Os judeus, dispersos, como se acham, pelo mundo inteiro, mantem sua religião e seus costumes com admirável pureza e tenacidade. Os impedimentos na linha colateral, segundo a lei hebráica, limitam-se aos irmãos e aos filhos ou netos de irmãos (14). Na linha colateral afim, em vez de impedimento, existe o *levirato*, direito e dever do irmão sobrevivente ou, em falta dele, do parente mais próximo do marido premorto.

Na Rússia, havia vários regimes. A religião do Estado, que era grego-russa, não reproduzia todos os impedimentos do direito canônico. Eram impedidos de contrair núpcias os colaterais até ao quarto grau canônico, os cunhados, e os afilhados com os padrinhos. As outras proibições canônicas, se acharam colocação no velho Código russo, foi sem carater obrigatório; aí se inscreveram para que os bispos as dispensassem, diz LEHR (14). Quando o casamento se tinha de efetuar entre obsequentes de outras seitas, que não a grego-russa, os respectivos ritos determinavam os impedimentos (15).

(13) Turpitudinem sororis tuae ex patre sive ex matre, quae domi vel foris genita est, non revelabis (*Lev.*, 18, 9). Nos primeiros tempos, assim não era, como se vê da nota 6 acima. É o direito talmúdico não tem por incesto a ligação, quando a irmã é filha de escrava ou estrangeira, porque, em tal caso, desconhece todo vínculo parental (CASTELLI, in *Clunet*, 1893, págs. 1.112-1.115). Compreende-se, entretanto, que a opinião pública se revoltará, certamente, contra um tal casamento, no seio de uma sociedade civilizada.

(14) LEHR, *Éléments de droit civil russe*, I, pág. 21.

(15) LEHR, op. cit., págs. 31 e 36. Para mais particularidades, consulte o leitor curioso o livro citado.

O Código atual, das leis sobre os atos de estado civil, o casamento, a família e a tutela, proíbe o casamento entre ascendentes e descendentes e entre irmãos, provenha o parentesco de casamento ou não (art. 60).

No direito português, não podem contrair casamento entre si os parentes por consanguinidade ou afinidade na linha reta, ainda que o casamento, causa da afinidade, tenha sido dissolvido; os irmãos legítimos ou ilegítimos (dec. de 25 de Dezembro de 1910, art. 4.º). Os parentes em terceiro grau, na linha colateral, podem obter dispensa para contrair casamento (art. 8.º). Da adoção o Código Civil português não se ocupa.

Pelo direito espanhol, as proibições se estendem, falo do casamento civil, até ao quarto grau em linha colateral consanguínea ou afim, se a família for legítima, e até ao segundo, se for natural (Cód. art. 84).

Na Inglaterra, dominam os princípios religiosos, assimilados e algo modificados pelo Estado. E' proibido o casamento entre irmãos, tios e sobrinhos; mas é facultado entre primos germanos. O cunhadio, em parte, desapareceu dentre os impedimentos matrimoniais (16).

Nos Estados Unidos da América do Norte, diz STORY que a união entre cunhados é não somente permitida, mas julgada moral e conforme à doutrina cristã. Na Alemanha, também não existe semelhante impedimento.

Pelo direito norte-americano, o impedimento da linha colateral alcança os primos segundos (WALKER, *American law*, § 102, n. 2).

O Código Civil japonês, art. 769, transporta o impedimento matrimonial entre colaterais até o terceiro grau, e não se refere aos irmãos adotivos.

(16) GLASSON, *Hist. du droit et des institutions de l'Angleterre*, VI, pág. 176; leis de 28 de Agosto de 1907 e de 28 de Julho de 1921. A lei inglesa não permite ao divorciado casar-se com a irmã da sua ex-mulher, nem à divorciada com o irmão de seu ex-marido (*Annuaire de législation étrangère*, 1921, pág. 13).

O chinês proíbe o casamento entre parentes na linha reta, inclusive afins, assim como entre colaterais até ao oitavo grau, ou até ao quinto por afinidade (art. 893). Aliás, há distinção entre colaterais pelo lado masculino e pelo feminino.

O Código Civil do Perú (art. 83, ns. 2.º e 3.º), proíbe o casamento entre colaterais por consanguinidade até terceiro grau, inclusive, e entre o adotante com o adotado, entre qualquer deles com o viuvo do outro, e do adotado com o filho, que sobrevenha ao adotante.

§ 13

OUTROS IMPEDIMENTOS DA LEI BRASILEIRA

Prosseguindo na exposição dos impedimentos, declara o Código Civil, art. 183, que também não podem contrair justas núpcias:

1.º *As pessoas casadas*, ou, como dizia a lei anterior, *que estiverem ligadas por outros casamento ainda não dissolvido* (n. VI). Esta vedação da bigamia e, mais forçosamente, da poligamia, é geralmente consagrada nas leis dos povos cultos. É uma conquista definitiva da disciplina social, que a biologia aprova, diga embora o contrário GUSTAVO LE BON. Exceções, que apresentavam os muçulmanos e mormões, não infirmavam a regra. E estes, já hoje, se são polígamos na realidade, são-no contra a lei e contra expresso compromisso tomado.

O fato de contrair dolosamente, novas núpcias, sem que o vínculo matrimonial das anteriores esteja dissolvido, constitue crime de bigamia ou poligamia (Código Penal, art. 135,) (1).

(1) Sobre a possibilidade de se casarem no Brasil os estrangeiros legitimamente divorciados, veja-se § 62 deste livro.

2.º *Nem o cônjuge adúltero com o seu co-réu como tal condenado* (n. VIII). Este impedimento, que depara similar no direito romano, e a que o canônico imprimiu a feição, que hoje lhe conhecemos, não se encontra em muitos regimes jurídicos. No direito francês, Cód., artigo 298, modificado pelo lei de 27 de Julho de 1884, existia o impedimento de que agora nos ocupamos: o condenado por adultério não se podia casar, depois de dissolvido o casamento, com o seu cúmplice no crime de infidelidade conjugal; mas a lei de 6 de Dezembro de 1904 abrogou esse dispositivo. No sentido da nossa lei, legislaram o Código austríaco, § 167, o alemão, art. 1.312, o espanhol, art. 84, § 7.º, o português, art. 1.058, § 3.º; a lei chilena, art. 7.º, o Cód. do Japão, art. 768, e o mexicano, art. 156, V. Mas, no italiano, argentino, peruano e vários outros, essa interdição não foi contemplada. Na França, há muito haviam aparecido tentativas para eliminá-la (2). E na Inglaterra, “julga-se até que faltou aos princípios da honra o homem, que, depois de haver seduzido uma senhora casada, não repara sua falta desposando-a” (3).

3.º *O cônjuge sobrevivente com o condenado como delinquente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra seu consorte* (n. VIII). Veio-nos do direito canônico este impedimento que muitos códigos modernos (4) repro-

(2) Em 1891, M. CLICHÉ propôs a supressão do art. 298 do Código Civil francês (*Annuaire de législation française*, 1891, página 11. V. PLANIOL, RIPPERT et ROUAST, *Droit Civil français*, III, n. 105, n. 1.

(3) GLASSON, *Le mariage civil*, pág. 261.

(4) Cód. Civil austríaco, art. 68; italiano, 84; espanhol, 84, § 8.º; português, 1.058, § 4.º; lei argentina, art. 9.º, § 6.º; chilena, 6.º; Cód. Civil urug., 91, n. 6; mexicano, 156, n. 6, peruano, 83, 4.º; no Paraguai, vigora o Cód. Civil argentino.

O direito canônico pressupõe convivência do cônjuge, no crime: *qui mutua opera physica vel morali etiam sine adulterio, mortem*

duzem, como um aditivo penal à punição daqueles a quem a paixão amorosa arrastou até aos atentados sanguinários, através da lama, em que se iam rebolando. Mas, embora baseada em ditames da moral, não se encontra essa interdição no Código Civil francês, nem no russo, nem na lei alemã.

4.º *As pessoas por qualquer motivo coatas e as incapazes de consentir, ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento* (n. IX). O casamento, como todos os contratos, baseia-se no consentimento recíproco, o qual deve ser tanto mais extremo de vícios quanto constitue um enlace de gravíssimas consequências, assim para os cônjuges como para terceiros. O coato consente; mas sob a ação deprimente do medo, da violência. Não há, entre a declaração, que faz e as tendências espontâneas do eu, uma concatenação natural e contínua. Não é esse o consentimento psicologicamente livre, sério e convicto, que se deve exigir para o casamento. Entretanto, está no poder dos constrangidos inutilizarem o efeito da coação, promovendo a anulação do ato, a que foram arrastados, do consórcio, a que foram compelidos. É a providência tomada pelo Código Civil brasileiro (art. 210); é o remédio que, igualmente, oferecem os Códigos modernos. A coação deve *ser grave e atual*, como pondera LUDGERO COELHO, com apoio no D. 4, 2, frs. 5 e 9, para viciar o consentimento e tornar o casamento anulavel (5).

Os loucos, tomada esta expressão em sua significação mais lata, isto é, os alienados de qualquer matiz, são incapazes de consentir; por isso que lhes falece a inteireza da mentalidade, a identidade da psiquê. Mas, se essa men-

conjugi intulerunt (*Codex Juris Canonici*, can. 1.075, 3.º). São três as figuras de impedimento considerado neste artigo do *Codex juris canonici*: o adultério com promessa de casamento; adultério e homicídio do cônjuge; homicídio do cônjuge.

(5) *Casamento civil*, Rio de Janeiro, 1899, págs. 48-49.

talidade for fracionada por intervalos de lucidez? (6). Penso que, ainda durante esses intervalos se deve impedir o casamento de tais pessoas, pois que, dentro em pouco terão de volver à dolorosa condição de onde somente emergiram para mais, agora, lhes doer a própria miséria. Além disso, em que base repousariam as gravíssimas responsabilidades próprias da vida conjugal? O direito civil brasileiro, anterior ao Código Civil tinha por suspensa a incapacidade na constância dos lúcidos intervalos (Ord. 4, 103, § 3.º). O projeto Felício dos Santos pôs clara a capacidade matrimonial nos periódicos recobros da razão (art. 685), e é também essa a doutrina do direito inglês, como do canônico (7) e do espanhol, art. 83, § 3.º. No direito francês, dada a interdição por enfermidade mental, é duvidoso que se possam casar os indivíduos a ela submetidos, embora gozem de intervalos de discernimento, pois que a incapacidade não se suspende (8). No direito argentino, se faz especial menção da loucura como impedimento matrimonial (lei, art. 9.º, § 7.º), do que se deve concluir, por uma clara hermenêutica, o desprezo dos lúcidos interstícios (9). O italiano, art. 83, proíbe o casamento do interdito por enfermidade mental; e durante o processo de interdição, o ministério público pode pedir que se suspenda a celebração do matrimônio.

(6) “Não se deve tomar por lúcido intervalo a tranquilidade superficial ou, na frase de CELSO (D. 41, 2, fr. 18, § 1.º), a sombra do repouso, *inumbata quies*, que, algumas vezes, não é mais do que a prostração produzida pela própria enfermidade; só como tal deve considerar-se o pleno restabelecimento da luz da razão, eclipsada pelas trevas da demência; este é o estado que JUSTINIANO denomina *perfectissima intervalla*” (Cód. 5, 70, I, 6). São palavras de RIBAS em seu *Curso de direito civil brasileiro*, II, pág. 72.

(7) MONTE, *Direito eclesiástico*, § 945.

(8) LAURENT, *Cours élémentaire*, I, pág. 222, não tem essas dúvidas que, aliás, assinalam outros, como GLASSON, por exemplo.

(9) O direito pátrio atual não suspende a curatela do louco durante os lúcidos intervalos.

Entre os que não podem manifestar o seu consentimento, de modo inequívoco, estarão os surdos-mudos que não sabem ler nem escrever? E' uma interrogação que, em face do direito anterior, levantara o Dr. Materno (10), sem respondê-la, querendo, assim, mostrar que a lei era obscura e vacilante. Não há dúvida que estávamos diante de um edito gerador de perplexidade. O direito romano permitia ao surdo-mudo contrair justas núpcias. Diz, abertamente, o fr. 73, D. 23, 3: *Mutus, surdus, coecus dotis nomine obliquatur, quia et nuptiis contrahere possunt*. E em geral, os códigos não se referem aos surdos-mudos no capítulo dos impedimentos para o matrimônio, ou quando o fazem é para exigirem a autorização de seus pais ou tutores, o que é natural, uma vez que estejam eles equiparados aos menores. Assim o faz, por exemplo, a lei argentina, art. 10, e a mesma doutrina é para seguir-se em todos os regimes em que essa incapacidade é assinalada. Seja, porem, assim, parece incontestavel que o decreto brasileiro de 24 de Janeiro teve em vista os surdos-mudos (11), que não se sabem dar a entender por escrito, quando vedou o casamento aos que não podem manifestar seu consentimento *por palavras ou por escrito, de modo inequívoco* (12). Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade, são absolutamente incapazes por nosso direito atual (13); seus tutores ou seus pais ou o juiz inquando o fazem é para exigirem a autorização de seus tervirão com suas luzes, com sua proteção para evitar quaisquer inconvenientes da fraqueza mental desses infelizes, mas não podem substituir o seu consentimento para

(10) *Prontuário da lei do casamento civil*.

(11) Outros casos patológicos se podem dar, em que a comunicação de pensamentos se dificulte ou torne impossivel; mas a surdo-mudez entrará na mesma categoria.

(12) O Código Civil, art. 183, IX, diz: *ou não puderem manifestar, de modo inequívoco, o consentimento*, suprimindo as expressões — *por palavras ou por escrito*. Tornou-se, assim, mais claro e mais amplo o dispositivo.

(13) Código Civil, art. 5.º, III.

o matrimônio. Como, porem, há surdos-mudos educados, capazes de exprimir, inequivocamente e com acerto, a sua vontade, a estes será permitido o consórcio matrimonial (13-a).

5.º *O raptor com a raptada ,enquanto esta não se ache fora do seu poder e em lugar seguro* (14). E' um caso especial de coação, que o nosso legislador, *ad instar* do direito canônico, entendeu de conveniência destacar, como igualmente o fizeram outros. Sirva de exemplo o austríaco, §§ 55-56 e o peruano, 83, 5.º. E' ociosa, entretanto, a particularização, uma vez que esta figura de coação não produz efeitos especiais. Se não há, propriamente, coação, é porque os dois noivos, de acordo, pretendem escapar à vontade inflexível de um pai, ou de um tutor que, por boas razões ou por mero capricho, se recusa a anuir no consórcio almejado. E, neste caso, basta o impedimento resultante da falta de consentimento do ascendente, ou tutor, sob cujo poder se acha algum dos noivos, ou ambos. Se, finalmente, não há coação, nem se trata de menores, o rapto é escusado, difficilmente se dará; mas, surgindo, não obstante, motivado por uma compressão, que transpôs os limites do jurídico, por que erigí-lo em vedação matrimonial, quando o raptor é justamente o marido indicado para a raptada?

(13-a) Muito acertadamente, o atual Código Civil do Perú distinguuiu os que não podem contrair casamento, art. 82, e os que não o podem contrair entre si. Na primeira categoria estão: 1.º Os varões menores de idade e as mulheres menores de dezoito anos; 2.º Os que padecem, habitualmente, de enfermidade mental, ainda que tenham lúcidos intervalos; 3.º Os que sofrerem moléstia crônica contagiosa, transmissível por herança, ou vício, que constitua perigo para a prole; 4.º Os surdos-mudos, que não souberem exprimir sua vontade de maneira inequívoca; 5.º Os casados.

A segunda categoria será considerada nos casos correspondentes aos do direito brasileiro.

(14) Código Civil, art. 183, X.

Compreende-se que se afastam as hipóteses do Código Penal, arts. 222 a 219. Alí o que caracteriza o rapto não é o *fim de casar, mas sim o fim libidinoso*, que tanto pode visar as solteiras, quanto aos casadas; e, se a mulher maior de vinte e um anos prestar seu consentimento, não haverá crime de rapto.

Não há razão plausível para que essa figura de impedimento seja mantida como no-la transmitiram os direitos romano e canônico. E, realmente, na generalidade dos códigos modernos está ela obliterada (15).

6.º *Os sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, enquanto não obtiverem, ou lhes não for suprido o consentimento do pai, tutor, ou curador* (16). Trata-se aquí dos que se acham sob o poder paterno, tutelar ou mesmo curatelar. Esta necessidade do consentimento dos pais ou tutores nos vem do direito romano, ou de legislações ainda mais antigas, e teve consagração especial em leis portuguesas. O direito canônico, se não tratava com favor os casamentos contraídos pelos filhos-famílias ou menores sob tutela, contra a vontade de seus pais ou tutores, cominava anatema contra aqueles que — *falso affirmant matrimonia a filiis familias sine consensu parentum contracta, irrita esse et parentes ea rata vel irrita facere posse*

(15) Sejam apontados, o Código Civil francês, o italiano, o espanhol, o português, o alemão e a lei argentina. O *Projeto* primitivo, art. 218, n. 9, assim conciliava a tradição com a lógica: “Não, podem contrair casamento: — As pessoas que, por qualquer motivo, se acharem coatas, incluindo-se entre estas a raptada, enquanto não se achar em lugar seguro e fora do poder do raptor”. Não foi aceito, porem, esse alvitre. As penas editadas pelo direito canônico contra o rapto (*condução violenta da mulher com o fim de casar ou não*) são severíssimas: excomunhão *ipso facto*, perpétua infâmia, incapacidade para todas as dignidades e, se forem cléricos os raptadores, deposição do próprio grau (MONTE, *Dir. eclesiástico*, § 92). Vejam-se os arts. 2.553 e 2.554 do *Codex juris canonici*.

(16) Código Civil, art. 183, XI.

(17). O direito moderno, porem, guia para outro rumo as suas disposições, exigindo o consentimento dos pais para a validade mesma do casamento e dando aos progenitores contrariados o direito de pedir a sua anulação.

Aos filhos-famílias, o consentimento deve ser dado por *ambos os pais, se forem casados, ou no caso de divergência entre eles, ao menos pelo pai*. Sendo separado o casal, por desquite ou anulação do casamento, prevalecerá a vontade do cônjuge, com que estiverem os filhos. Sendo, porem, ilegítimos os pais, bastará o consentimento do que tiver reconhecido o menor, ou, se este não for reconhecido, o consentimento materno (18). Sufragam a doutrina seguida, pela lei pátria, no atinente à necessidade da permissão dos dois progenitores, para que se casem validamente os filhos-famílias, o Código Civil francês, art. 158, o italiano, art. 63, e o russo antigo (19). Outros sistemas jurídicos, ao contrário, pedem apenas a autorização do pai, e somente em falta deste poderá intervir a mãe. Assim dispõem o Código alemão, arts. 1.305 e 1.306, a lei argentina, art. 10, o Código austríaco, §§ 52 e 162 e o direito inglês; mas apartam-se da sã doutrina.

Da recusa de consentimento dos pais, concede o nosso direito recurso para o juiz, que, na qualidade de órgão do direito em função, intervem para mitigar as desastrosas consequências do desvio caprichoso da autoridade paterna (24). Há, porem, alguns regimes jurídicos, que não

(17) Vide MONTE, op. cit., §§ 225-228. Artigos 1.081 e 1.082 do *Codex juris canonici*.

(18) Código Civil, arts. 185 e 186.

(19) LEHR, op. cit., I, pág. 19. O Código soviético da família não faz referência a este ponto.

(20) Código Civil, art. 188. Consideram-se justos motivos para a denegação do consentimento dos pais e tutores: a existência de impedimento legal, algum perigo ameaçando a saúde do menor; costumes desregrados; e incapacidade para obter com que alimentar a família (CORREIA TELLES, *Digesto português*, art. 352; C. DA ROCHA, *Instituições*, § 223, escholio; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 27, nota 3).

toleram essa intervenção do poder público, receosos de enfraquecer a autoridade dos pais como responsáveis pela direção da sociedade familiar. Assim o Código Civil português, art. 1.062, edita: "Da concessão ou denegação da licença (dos pais), em nenhum caso, há recurso". E o espanhol, art. 49: "Nenhuma das pessoas chamadas a dar sua autorização, ou seu consentimento, é obrigada a indicar os motivos sobre os quais se funda para concedê-la ou recusá-la. Contra sua recusa não se faculta recurso algum". No mesmo sentido, a lei argentina, art. 13.

A idade, em que esse consentimento é necessário, varia nos diversos sistemas jurídicos. Nosso direito exige-o somente até à extinção da menoridade, salvo tratando-se de maiores inibidos do governo da própria pessoa e bens. Na mesma doutrina se abeberam o Código português (artigo 1.058), o austríaco (§§ 21 e 172), o alemão (artigos 1.304 e 1.305), a lei argentina (art. 10), e o direito inglês. Este sistema é o mais justo e razoável, pois não se compreende bem que o indivíduo tenha plena capacidade para empreender, por si e segundo o seu alvedrio, todos os atos da vida civil e não a tenha para contrair casamento. O Código Civil italiano, art. 88, aderiu ao mesmo sistema. O direito francês estabelece a mesma idade que o italiano (art. 148); mas, além dos 21 até aos 25 anos, se não é mais precisa autorização dos pais para a validade do casamento, contudo se fazia necessário que o filho pedisse conselho ou assentimento a seus ascendentes. E' a isso que se chamava ato de respeito (artigo 151), revogado pela lei de 7 de Fevereiro de 1924. O ato de respeito devia ser repetido, por três vezes, se a filha maior de 21 anos ainda não tivesse passado dos 25, ou o filho maior de 25 ainda não tivesse transposto os 30. Daí em diante bastaria um ato respeitoso e denegado o assentimento, podia o casamento efetuar-se (arts. 152-153). A lei de 20 de Junho de 1896 revogou o art. 153 do Código Civil. Desapareceu o *ato de respeito*, do artigo 151, mas há necessidade de notificação aos pais, não podendo o casamento ser realizado.

senão depois de quinze dias da recusa de assentimento, por parte dos ascendentes (lei de 17 de Julho de 1927). Essa antigualha inútil, que os redatores do Código italiano rejeitaram, sobrevive no Código espanhol, embora sem o rigor e sem o formalismo primitivo da legislação francesa. Se os filhos maiores não obtem resposta de seu pai ou de sua mãe, quando solicitam seu consentimento para casarem-se, ou se essa resposta lhes é desfavoravel, não se poderá celebrar o matrimônio senão três meses após o pedido, eis o que estatue o Código Civil espanhol, art. 47. Na Rússia imperial, não havia época, em que fosse ocioso o consentimento dos pais. Em todas as idades ele era necessário; bem que, em algumas províncias, houvesse certo abrandamento ao rigor deste preceito (21).

Os menores sob tutela e os maiores sob curatela necessitam, igualmente, do consentimento dessas pessoas, que sobre eles exercem o aludido munus público, para que possam, validamente, contrair núpcias, facultado o recurso para o juiz em caso de denegação. determina o direito pátrio. Há aquí uma inovação ao direito preexistente. O curador não era chamado a dar seu consentimento para o matrimônio dos curatelados. Os dementes, durante a morbose patente, não se podiam casar, e, nos lúcidos intervalos, achava-se em suspensão a curatela; os pródigos podiam casar, porque estava a sua incapacidade limitada à gerência dos bens, e entendia-se que o casamento era uma relação envolvendo, somente ou preponderantemente, disposição de pessoa (22). Hoje, usando a lei da expressão genérica — os sujeitos à curatela, está claro que o pródigo interdito não se pode casar, sem o consentimento do curador (23).

(21) LEHR, op. cit., I, 19-20.

(22) LAFAYETTE, *Dir. de familia*, § 169.

(23) Podia casar-se o pródigo; mas não podia celebrar pactos antenupciais, sem intervenção do curador, ou do juiz, Ord. 4, 107, § 6.º. Ora, em qualquer casamento há regime de bens, ou expresso em pacto ou pressuposto em lei; e este último não é mais do que

Alem dos menores e dos interditos, há ainda pessoas que necessitam da autorização de outrem para se poderem casar. O casamento dos militares está sujeito a normas especiais (24). Os funcionários diplomáticos e consulares, devem pedir licença ao Governo (24-a).

7.º Os menores de 16 e 18 anos, salvo se o casamento for realizado com o fim de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal (25). Neste caso, porem, o juiz de orfãos *poderá ordenar a separação dos corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal* (art. 214).

Pelo direito romano e canônico, antes da Codificação de Bento XV (25-a) a idade nupcial era de 12 anos para a mulher e de 14 para o homem. Hoje a tendência é exigir maior idade, porque um menino apenas púbere, casado com uma criança apenas nubil, há de produzir progênie fraca, e não terá ainda capacidade para assumir a direção da casa e dos negócios da família (26). Eis uma lista in-

um pacto subentendido. Consequentemente, havia uma contradição na doutrina antiga. Acrescente-se ainda que, de envolta com o casamento, vai um acervo de obrigações econômicas de máxima importância, nas quais pode o pródigo comprometer a sua fortuna. De tudo isso resulta que, ou devemos abrir mão dessa obsoleta interdição por prodigalidade, ou, mantendo-a, cumpre que não seja illusória.

(24) Decreto-lei n. 23.806, de 1 de março de 1941 (Estatuto dos militares), arts. 110-115.

(24-a) Dec. n. 24.239, de 15 de maio de 1934, art. 52. Este decreto veda aos funcionários diplomáticos e consulares contrair matrimônio com pessoa de nacionalidade estrangeira.

(25) Código Civil, arts. 183, XII, e 214.

(25-a) O *Codex juris canonici* de 1917, art. 1.067, exige 16 anos para o homem e quatorze para mulher.

(26) O *Projeto* primitivo, art. 218, n. II, elevava a idade matrimonial a 15 anos para as mulheres e a 18 para os homens, parecendo, aliás, ao seu autor, que, em relação às mulheres, era ainda muito baixa essa idade. Aos dezesseis, a puberdade já se acha completa e o espírito pode compenetrar-se da gravidade das obrigações, que se contraem pelo casamento. E' no interesse da sociedade, da família e dos próprios cônjuges que a lei deve exigir

dicando a variação da idade matrimonial em diversos Estados modernos (27).

<i>Estados</i>	<i>Idades para ho- mens</i>	<i>Idades para mu- lheres</i>	
Inglaterra	16 anos	16 anos	(Age of marriage act, 1929)
Espanha	14 anos	12 anos	
Grécia	14 anos	12 anos	
República Argentina	14 anos	12 anos	
Colômbia	14 anos	12 anos	
Uruguai	14 anos	12 anos	
México	16 anos	14 anos	
Itália	17 anos	14 anos	(Cód. vigente, art. 82)
Japão	17 anos	15 anos	
Brasil	18 anos	16 anos	
Portugal	18 anos	16 anos	(lei de 1910)
França	18 anos	15 anos	
China	18 anos	16 anos	
Hungria	18 anos	16 anos	
Turquia	18 anos	17 anos	
Rússia	18 anos	16 anos	
Rumânia	18 anos	16 anos	
Alemanha	21 ou 18	16 anos	
Suíça	20 anos	18 anos	
Estados Unidos da América, varia de	14 a 21 e de	12 a 21	
Perú	21 anos	18 anos	(Cód. Civ. de 1936)

idade mais elevada da parte dos nubentes, pois importa exigir desenvolvimento físico e moral correspondente ao bom êxito do casamento.

Vejam-se as minhas *Observações* para esclarecimento do *Projeto de Código Civil*, reeditadas no livro *Em Defesa do Projeto de Código Civil*, págs. 90-92; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 17 e 18, e TH. HUC, *Commentaire*, II, n. 25; CHAMPEAU e URIBE, *Derecho civil colombiano*, I, pág. 161; MARTINHO GARCEZ FILHO, *Direito de família*, I, ns. 74 a 77 do Cap. II.

(27) Entre os povos antigos e os selvagens contemporâneos, é notável a precocidade, com que se celebram os casamentos. O Código de Manú contentara-se com a idade de oito anos para a mulher, os groenlandeses casam-se antes da puberdade. Muitos, porém, são mais discretos e julgam necessário que os noivos atinjam uma idade mais adequada à vida conjugal, do que podemos ver exemplos numerosos em WESTERMARCK, *Matrimonio umano*, pág. 118.

(28) WALKER, *American law*, apresenta como idade nubil, nos

Na Inglaterra, como naqueles Estados da União norte-americana, onde ainda persiste intacta a *common law*, o casamento contraído antes dos 12 ou 14 anos valia como esponsais, que os desposados podem desfazer, logo que cheguem à puberdade (29).

8.º *O viuvo ou a viuva que tiver filhos do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros* (30). É uma especialidade da lei brasileira, digna de encômios, esta disposição. O Código Civil francês retira do pai ou da mãe, que se casa antes do inventário dos bens do casal, por ocasião e em consequência do falecimento do cônjuge predefunto, a administração e o usufruto dos bens dos filhos do primeiro leito. Pelo direito alemão (Cód. Civil, arts. 1.314 e 1.669), assim como pelo chileno (Cód. Civ., arts. 124-127), o peruano (Cód. Civ., art. 86), e em alguns outros regime jurídicos, há também a exigência da partilha prévia; mas a providência da lei brasileira tomou um torneio mais preciso e eficaz. Impôs a vedação do casamento sem a apresentação da prova de que o inventário está feito e puniu (art. 225) o infrator desse preceito com a perda do usufruto dos bens dos filhos. O dec. n. 181, de 24 de

Estados Unidos, 18 anos para o homem e 14 para a mulher, sendo necessário o consentimento dos pais ou tutores para aqueles, quando menores de 21 anos, e para estas, quando menores de 18.

A lei de 13 de maio de 1896, para o Distrito Federal da Colúmbia, art. 1.º, diz simplesmente: "O homem menor de 21 anos e a mulher abaixo de 18, que não tenham sido anteriormente casados, não podem contrair casamento sem autorização de seu pai ou de seu tutor. Na falta de pai ou de tutor, o consentimento da mãe é necessário".

Deixou de indicar a lei com que idade podem as pessoas, autorizadas por seus pais ou tutores, contrair núpcias.

Recentemente, alguns Estados fixam a idade nupcial, para ambos os sexos, aos 21 anos.

(29) GLASSON, *Inst. de l'Angleterre*, VI, páginas 171-172; SMITH, *op. cit.*, pág. 139.

(30) Código Civil, art. 183, XIII.

Janeiro de 1890, art. 99, era mais rigoroso. Privava o cônjuge infrator de duas terças partes dos bens, que lhe deviam caber no inventário do casal.

9.º *A viuva ou a mulher, cujo casamento se desfez por ser nullo, ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se, antes de findo esse prazo, der à luz algum filho* (31). As últimas palavras destas disposições revelam-nos a sua razão de ser. Preocupa-se, legitimamente, o direito com evitar a confusão de sangue, por isso assinala o prazo máximo da gestação, trezentos dias, para que somente depois dele possa ter lugar o novo casamento. Realmente, passado esse prazo, não pode mais ser atribuído, ao primeiro marido, o filho, que sobreviver. Se, a despeito da vedação legal, a mulher se casasse antes de esgotado o lapso do tempo, que a lei estabelecera, *não podia fazer testamento nem comunicar com o marido mais da terça parte de seus bens presentes e futuros* (dec. cit., art. 110). Esta cominação editada pelo direito pátrio em salvaguarda dos direitos eventuais do filho do leito anterior, não foi mantida pelo Código Civil, por excessivamente rigorosa.

Este mesmo impedimento é consagrado pelo Código Civil francês, art. 228; espanhol, art. 45, § 2.º; italiano, art. 87; alemão, art. 1.313; peruano, 85; lei argentina, art. 99; acrescentando-se o caso do divórcio, onde ele é admitido.

Alguns escritores acham vexatória essa inibição, e alguns regimes jurídicos deixaram-na de parte. Mas a providência, tendente a evitar a *turbatio sanguinis*, a *generationis incertitudo*, tem por si a tradição doutrinal, teve ingresso no direito romano, no qual o prazo era de um ano (32), e apoia-se, além disso, em razões de alta conveniência. O Código Civil da Áustria, § 120, determina que, no caso de anulação do casamento, ou de morte do

(31) Código Civil, art. 183, XIV.

(32) D. 3, 2, fr. 11, §§ 1.º e 2.º; Cód., 1, 3, 1, 53, § 3.º.

marido, ou de divórcio, a mulher, que ficar grávida ou sobre cuja gravidez apareçam dúvidas, não se possa novamente consorciar, antes de decorridos 180 dias, prendendo-se, por tal modo, ao prazo mínimo da gestação, que termina pela expulsão de um ser viável. Se, porém, as circunstâncias afastarem a possibilidade de gravidez, o prazo de espera será encurtado para três meses.

10. *O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna, manifestada em escrito autêntico, ou em testamento* (33). O infrator deste preceito era obrigado a dar ao cônjuge do pupilo ou curatelado quanto bastasse para igualar os bens daquele aos deste, estatuiu o art. 101 do dec. de 24 de Janeiro. O Código Civil dispõe diferentemente; impõe o regime da separação de bens, não podendo o cônjuge infrator fazer doações ao outro (34).

Esta proibição foi estabelecida no intuito: 1.º, de evitar que o tutor ou curador procurasse, no casamento, ocultar a dilapidação da fortuna, cuja administração lhe fora confiada; 2.º, de por freio à sua cobiça; 3.º, de prevenir coação sobre o ânimo da pessoa em relação à qual tenha adquirido ascendência por suas funções. Vemo-la consagrada em muitos códigos (35); outros, porém, julgaram-na ociosa (36).

(33) Código Civil, art. 183, XV. O projeto COELHO RODRIGUES, art. 1.848, § 12, para maior clareza, substituiu a palavra *curatelado* pela — *interdito*.

(34) Código Civil, art. 226.

(35) D. 23, 2, frs. 66 e 67, § 3.º; Cód. Civil espanhol, artigo 45, § 3.º; chileno, 116; uruguaio, 113; peruano, 84; mexicano, 170 e 173; lei argentina, art. 12.

(36) O direito francês, o italiano e o austríaco, por exemplo, não conhecem este impedimento. No Código Civil alemão, também

11.º O juiz, ou o escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com órfão ou viuva da circunscrição territorial, onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior (37). Perda do emprego com inhabilitação para exercer outro por dez anos e a obrigação de dar ao cônjuge do órfão ou viuva, na situação a que se refere a lei, quanto baste para que sua fortuna iguale à do outro cônjuge, eis a pena cominada ao infrator desta disposição pelo art. 102 do dec. n. 181, de 1890. Mas o Código Civil é menos duro. Impõe apenas o regime da separação, como no caso do número anterior (38).

O direito romano vedava ao funcionário civil ou militar de uma província e a seus filhos, o casarem-se com qualquer mulher originária dela, ou, sequer, nela domiciliária. Tinha-se em vista afastar, desses funcionários, influências locais, que se firmassem pelo entrelaçamento de parentesco e assim os tornassem tíbios na administração ou ambiciosos de poderio (D. 23, 2, frs. 38, pr. 57, e 65, § 1.º). Mas os esponsais eram facultados (D. 23, 2, fr. 38), assim como o concubinato (D. 25, 7, fr. 5). As leis portuguesas também continham disposições análogas em relação às suas colônias de ultramar, menos quanto ao concubinato; mas caíram elas em desuso.

Hoje, os códigos ou exigem de alguns funcionários civis a autorização dos seus superiores hierárquicos, como acontecia na Rússia e acontece na Alemanha, ou nada dispõem a respeito, como é a regra geral do direito civil moderno. Quanto ao militares, geralmente é exigida a licença ou autorização, como já foi dito em relação ao Brasil, neste mesmo parágrafo.

não está contemplado, e a lei de introdução, art. 64, expressamente revoga o art. 37 da lei de 6 de fevereiro de 1875, que o consagra.

(37) Código Civil, art. 183, XVI.

(38) Código Civil, art. 226.

§ 14

DE ALGUNS IMPEDIMENTOS ESTRANHOS
À NOSSA LEI

Desapareceram do direito pátrio, com a reforma do dec. de 24 de Janeiro de 1890, e com o Código Civil, que manteve a mesma orientação, muitos dos impedimentos nele anteriormente enxertados pelo direito canônico. Todos aqueles que se fundavam em motivos ou preconceitos puramente religiosos não podiam, em verdade, ser mantidos. Assim não se encontram, na lei vigente, os impedimentos concernentes ao parentesco espiritual; ao voto de castidade, simples e solene; à disparidade de culto; à recepção de ordens sacras maiores. O voto solene e as ordens maiores ainda eram impedimentos exarados nos Códigos Civís de Portugal (artigo 1.058; § 5.º) e Espanha (art. 83, § 3.º), para o casamento civil. Na França, diante da mudez do Código Civil, a jurisprudência tinha-se revelado titubeante, ora declarando a *prêtrisse* um impedimento matrimonial aconselhado pela moral, ora adotando a doutrina contrária, que, afinal, parece ter prevalecido (1). A Bélgica, apesar desse exemplo, tomou, desde logo, a orientação liberal da não intervenção do Estado na economia e nos interesses íntimos do culto, e, conseqüentemente, os tribunais civís se recusaram a prestar apoio judicial às oposições de impedimentos de ordens. E com exceções raras, esta é a doutrina vitoriosa em toda a parte, onde há casamento civil, muito embora vá ela chocar preconceitos de alguns crentes.

O direito russo interdizia o matrimônio aos membros do clero regular, enquanto perdurassem as suas funções eclesiásticas. Mas aos membros do clero secular, do clero

(1) TH. HUC, *Commentaire*, II, n. 78.

branco, era facultado obter uma consorte antes da consagração. Até pouco tempo, era mesmo uma obrigação imposta por lei, era uma necessidade legal esse consórcio (2). O Código soviético da família, porem, expressamente declara que o estado monástico, o sacerdócio ou o diaconato não impedem o casamento (art. 72).

A disparidade de cultos, outro impedimento canônico, mas certamente comum a todas as religiões, e a todos os regimes jurídicos, influenciados pelo elemento religioso, não podia ter entrada em nossa legislação atual, mas persiste em outras. Naqueles sistemas jurídicos em que o direito canônico é mantido, a *cultus disparitas* é impedimento em pleno vigor e eficácia. No direito judaico, vivaz em muitos países ou secções de países asiáticos, africanos e europeus, igualmente, esse horror do sectarismo, pela crença alheia, ostenta-se intratável.

Mas não são somente os motivos religiosos que abrem cláusulas impiedentes ao matrimônio, estranhas ao nosso direito vigente. Como entre nós, os agentes diplomáticos de alguns países não se podem casar com estrangeiras. Assim acontece, nomeadamente, na Alemanha e em outros países (3). Mas há casos, com que as divergências são bem pronunciadas.

Na Rússia, havia uma figura de impedimento, que merece ser lembrada: Quem pela terceira vez enviuvava não tinha direito de tentar novamente a quarta experiência (4).

O ódio, a repugnância étnica, entre pretos e brancos nos Estados Unidos, criou um curioso impedimento. A lei de 5 de Julho de 1894 interdiz, sob pena de nulidade absoluta, o casamento na Luiziania, entre brancos e pes-

(2) LEHR, op. cit., I, pág. 21.

(3) *Clunet*, 1893, pág. 257.

(4) LEHR, op. cit., I, pág. 20.

soas de côr (5). Na Pennsylvania, é proibido o casamento entre primos germanos (6).

O Código Civil italiano, edição de 1938, proíbe o casamento entre pessoas de raça diferente, ou, antes, submete-as a disposições limitativas estabelecidas em leis especiais. Essas mesma leis estabelecem as condições a serem observadas no casamento de italiano com estrangeira.

§ 15

OPOSIÇÃO DOS IMPEDIMENTOS

Para o efeito de sua oposição, a lei pátria distribue os impedimentos em dois grupos. Os do § 12 e os dos números 1 a 7 do § 13 deste livro podem ser opostos pelo oficial do registro civil, por quem presidir à celebração do casamento (1), ou por qualquer outra pessoa (2). Os outros indicados nos números 8 a 11 do citado § 13 da presente obra só poderão ser opostos pelos ascendentes, descendentes e colaterais, ou afins, dentro do segundo grau civil, de um dos contraentes, sejam uns e outros consanguíneos (3).

(5) *Annuaire de lég. étrangère*, leis de 1894, pág. 907.

(6) *Annuaire* cit., 1904, página 566 (lei de 24 de junho de 1901).

(1) Os impedimentos de incesto, bigamia, adultério e homicídio consumado ou meramente tentado, *podem ser opostos pela autoridade que presidir ao casamento, no próprio ato da celebração dele. No mesmo ato, antes de proferida a fórmula do casamento pelos contraentes, a mesma autoridade pode receber qualquer impedimento legal, cumpridamente provado e oposto por pessoa competente.* São disposições do decreto n. 181, de 1890, arts. 12 e 13, que, por sua justeza, continuam a ser observadas. V. MARTINHO GARCEZ FILHO, op. cit., Cap. III, n. 11.

(2) Código Civil, art. 189.

(3) Código Civil, art. 190. A pessoa de cujo consentimento depender o casamento, poderá retratar-se, embora tenha anterior-

As pessoas que pretenderem opor impedimentos deverão declará-lo à autoridade, *sob sua assinatura devidamente reconhecida, com as provas do fato que alegarem, ou indicação precisa do lugar onde existam, ou a nomeação de duas testemunhas residentes no lugar, que o saibam de ciência própria* (4). Sendo o próprio oficial do registro quem suscite o impedimento, é claro que não estará adstrito a essas formalidades, mas terá de dar aos nubentes ou a seus procuradores, uma declaração dos motivos, que teve, para assim proceder, instruindo as suas alegações das provas necessárias e assumindo, com a sua assinatura, a responsabilidade do ato (art. 10) (5). Essa mesma declaração será dada, quando o oponente for outra pessoa, cujo nome e residência serão indicados nela, assim como os nomes e residências das testemunhas (6).

Para provar os impedimentos, a lei aponta os meios, ora especiais, ora os comuns do direito. Prova especial tem o parentesco (legítimo, natural e civil) e a afinidade legítima ou natural. A afinidade ilícita prova-se, exclusivamente, por confissão espontânea. A paternidade natural também poderá ser provada, além de outros modos (7), por essa confissão, aliás somente permitida a um ascendente da pessoa impedida a quem é, além disso, facultado reclamar segredo de justiça, quando não lhe quiser dar outro efeito mais do que evitar um incesto iminente, por ignorância dos que o vão cometer (art. 7.º al. e artigo 8.º) (8). O parentesco legítimo consanguíneo ou afim, quando não for notório ou confessado, tem meios de prova naturais e convincentes no ato do nascimento dos con-

mente consentido, sendo sempre possível o suprimento pelo juiz (Código Civil, artigo 188). Ver PLANIOL, *Traité*, III, n. 86.

(4) Cód. Civil, art. 189, III, e parágrafo único.

(5) Cód. Civil, art. 191.

(6) Cód. Civil, arts. 189, parágrafo único, e 191.

(7) Vide os §§ 67 *usque* 79 deste livro.

(8) Cód. Civil, art. 184.

traentes ou no de casamento de seus ascendentes (9). O parentesco civil só pode ser provado pela escritura de adoção.

Para outros impedimentos as provas usadas no processo civil são aplicáveis.

A época idônea para a apresentação dos impedimentos é aquela em que tem lugar as formalidades preliminares do casamento, as quais visam, principalmente, investigar se os pretendentes estão em condições de receber-se, legalmente, na qualidade de marido e mulher. Mas, ainda na ocasião de serem celebradas as núpcias, serão aceitas as oposições de impedimento, pois que, ainda nesse último instante, é tempo de evitar uma união contrária ao direito.

Conhecido o impedimento pelos interessados, cabe-lhes promover, no foro comum, a destruição das provas apresentadas, assim como a responsabilidade civil pelos danos sofridos em consequência da oposição e mesmo a criminal se existir (10). Tratando-se de confissão de paternidade, o juiz procedia de acordo com a lei de 6 de Outubro de 1784, § 5.º. Esta lei, no parágrafo citado, queria que as informações, obtidas pelos juizes, as inquirições de testemunhas e contestações feitas “não pudessem sair das mãos dos respectivos juizes, ou dos seus escrevães; que as sentenças proferidas se referissem, indistintamente, às provas do processo, “sem que se individuassem fundamentos alguns”; que, nos recursos interpostos, fossem os processos entregues pessoalmente pelos juizes inferiores aos superiores e remetidos pelo correio em segredo de justiça; e que, finalmente, passados seis meses depois das decisões e de haverem as partes tomado conhecimento delas, “fossem mandados queimar os processos, pelos presidentes dos tribunais ou pelos magistrados que houvessem

(9) Vide os §§ 64 a 66.

(10) Cód. Civil, art. 191, parágrafo único.

proferido as últimas sentenças". Tal deve continuar a ser o processo.

O direito canônico atribuía a qualquer pessoa essa faculdade perigosa de opor impedimentos. Por ocasião de serem lidos os proclamas, concitavam-se os fiéis a que declarassem os impedimentos de que tivessem notícia, sob pena de excomunhão. O direito moderno restringiu, em geral, essa atribuição, e, ao mesmo tempo, cercou-a de formalidades garantidoras dos direitos daquelas pessoas, a que poderiam prejudicar as leviandades ou os infundados estorvos caprichosamente erguidos.

A lei brasileira não permite dispensa de impedimentos, a não ser em relação ao juiz ou escrivão que pode pedir licença ao presidente do tribunal de apelação de seu Estado, quando pretender consorciar-se com alguma órfã ou viuva da circunscrição territorial onde tiver exercício (11). Realmente, é um luxo legislativo injustificável esse de criar impedimentos para solver os quais se apresenta, em seguida, o fácil expediente das dispensas (12).

§ 16

OUTRAS EXIGÊNCIAS PERMITIDAS

Alem da isenção de impedimentos matrimoniais, a lei brasileira autorizava os pais, tutores ou curadores a exigirem, do noivo ou noiva de seu filho, pupilo ou curatelado, garantia de sanidade comprovada por um atestado de profissional que afirmasse estar o pretendente vacinado e não ter lesão, que pusesse sua vida em perigo próximo,

(11) Cód. Civil, art. 183, art. 183, XVI.

(12) Sobre a matéria deste parágrafo vejam-se: Cód. Civil francês, arts. 172-179; italiano, 100-103.

nem moléstia incurável ou transmissível por contágio ou herança (dec. n. 181 de 1890, art. 20). Além disso, podiam ainda exigir do pretendente documentos comprobatórios de sua moralidade e de sua estabilidade domiciliar.

Tais documentos são: 1.º *a folha corrida passada no domicílio atual e naquele em que tiver passado a maior parte dos últimos dois anos, se dele se mudou depois de púbere*; 2.º, *certidão de isenção de serviço público, que o sujeito a domicílio necessário incerto e por tempo indeterminado* (dec. cit., art. 21).

Eram essas exigências tendentes a precaver a vida, o bem estar e a felicidade do futuro casal, e mormente da mulher, a quem visavam beneficiar as últimas providências legais, de que me ocupei. Demais havia recurso para o poder judiciário verificar até que ponto eram legítimas as retutâncias dos pais, tutores ou curadores, e, finalmente, é claro que não eram, propriamente, impedimentos essas exigências, o que vem a dizer que sua infração não produzia consequências do mesmo valor. Todavia, o Código Civil não as manteve. Apareceram, depois do Código Civil, projetos de exame prenupcial; mas não tiveram seguimento.

A Constituição de 1934, no art. 145, estatuiu: *A lei regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do país*. A de 1937, porém, não se refere a essa matéria.

Mas o decreto-lei n. 3.200, de 10 de Abril de 1941, art. 2.º, estabeleceu, para os colaterais do terceiro grau o direito de requererem, por si ou por seus representantes legais, se forem menores, exame de sanidade, afim de verificar que o casamento não trará inconveniência para o outro cônjuge ou para a prole.

Na Alemanha, permite a lei que se tomem cautelas semelhantes e até que se exija garantia de uma certa fortuna. Na Inglaterra, muitas vezes, os pais obrigam os

gentlemen, que se lhes apresentam, como aspirantes à mão de suas filhas a constituírem *settlements* à futura consorte, os quais serão seus *alfinetes* (*pin money*) (1).

Certas legislações proibem o casamento aos alcólatras, aos loucos e aos tuberculosos (2), outras o vedam aos epiléticos (3).

§ 17

SOLENIIDADES PRELIMINARES DO CASAMENTO

Afim de dar divulgação ao casamento, cuja realização se projeta, e verificar se os nubentes se acham limpos de impedimentos e em condições de juridicamente consorciarse, preceitua a lei que sejam publicadas enunciações ou proclamas indicadores dessa pretensão. Estes proclamas consistem num ato, em forma de edital, redigido pelo official do registro, à vista dos documentos, que os pretendentes apresentarem, por si ou por seus procuradores, em prova de que se acham habilitados para o casamento, segundo as prescrições legais (1).

(1) TAINE, *Notes sur l'Angleterre*, pág. 96.

(2) AFRANIO PEIXOTO, *Revista da Faculdade de Direito*, do Recife, 1901, pág. 107.

(3) SANCHES ROMAN, op. cit., pág. 46 (nota 1). Mesmo aos povos ainda pouco desenvolvidos culturalmente, não tem passado despercebida a necessidade dessas precauções. Sirvam de exemplo a legislação árabe (SANCHES ROMAN, op. cit., pág. 196) e do Annam (PAUL D'ENJOY, in *Clunet*, 1904, pág. 96).

(1) Os documentos exigidos pelo direito pátrio são: 1.º a prova da idade matrimonial por certidão ou documento que a substitua; 2.º a declaração de estado, do domicílio e da residência não só dos pretendentes como de seus pais; se estes não forem conhecidos ou residirem em lugar não sabido, a explicação dos motivos do desconhecimento de ambos os fatos; se tiverem morrido, a declaração do lugar onde se deu o óbito; 3.º a autorização dos pais, tutores ou curadores, se os nubentes forem menores ou interditos; 4.º a declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou estranhos, de que não tem impedimentos, que lhes iniba o matrimônio; 5.º a certidão de óbito do cônjuge falecido, se tiver precedido algum casamento válido, ou da anulação, se o casamento precedente tiver sido anulado (Cód. Civil, art. 180).

O edital será afixado, durante 15 dias, em lugar ostensivo do edifício, onde se celebrarem os casamentos, e se publicará pela imprensa, onde houver (2). Decorrido esse prazo, sem reconhecimento ou oposição de algum impedimento, o oficial do registro *certificará às partes que estão habilitadas para casar-se dentro dos três meses seguintes* (3). Se, descuidando os seus deveres, der tal certidão antes de apresentados os documentos do art. 180, ou na pendência de algum impedimento, incorrerá em culpa que a lei pune com Cr \$ 100,00 a Cr \$ 500,00 de multa (4).

Na hipótese de não morarem os contraentes na mesma circunscrição territorial, deve haver uma publicação dupla de proclamas. E' possível ainda que um dos contraentes haja residido, grande parte do último ano anterior à publicação do edital, em outro Estado. Como não é mais alí a sua residência, não produziriam o efeito desejado as publicações dos bandos, bem que não sejam para desprezar. Mas o legislador entendeu obviar as dificuldades exigindo que, em tal emergência, o contraente vindo de outro Estado provasse que saíra dele desimpedido (5).

Os proclamas podem, excepcionalmente, ser dispensados pelo juiz. Em primeiro lugar, quando algum dos contraentes achar-se em perigo iminente de vida, ou for obrigado a ausentar-se precipitadamente, no desempenho de serviço público obrigatório, apresentados os documentos, que a lei exige para a organização do edital, verificado que não há impedimento, que obste à realização do casamento, e justificada a urgência por meio de provas docu-

(2) Cód. Civil, art. 181, pr.

(3) Cód. Civil, art. 181, § 1.º.

(4) Cód. Civil, art. 227. Na mesma punição incorre o oficial que publicar proclamas sem autorização de ambos os contraentes ou deixar de declarar os impedimentos, que lhe forem apresentados ou lhe constarem com certeza e puderem ser por ele expostos. (Código Civil, art. 227).

(5) Cód. Civil, arts. 180, § único e 181, § 2.º.

mentais ou depoimentos de testemunhas, autorizará o juiz ao oficial do registro a passar o certificado de habilitação (6).

Leis estrangeiras concedem, igualmente, dispensa de proclamas (7), mas creio que não é chauvinismo dizer que nenhuma apresenta providências tão particularmente acertadas quanto a brasileira. De uma rápida vista de olhos sobre as legislações de alguns povos cultos, ressaltará a verdade dessa asserção.

O direito inglês exige três publicações de banhos feitas aos domingos, na paróquia de cada um dos contratantes, segundo prescreve o direito canônico, e mais outras três feitas, em nome da autoridade secular, pelo secretário da tutoria dos pobres. Estas últimas serão, porem, dispensáveis, todas as vezes que o casamento se celebrar perante a igreja anglicana (8).

O direito italiano (Cód., art. 70) e a lei argentina (art. 22), pedem duas publicações. O Código alemão contenta-se com uma só publicação (art. 1.316), e semelhantemente dispõem o Código francês, art. 63 (lei de 8 de Abril de 1927), o espanhol (art. 89) e o português (art. 1.066).

Havendo causa grave, o Cód. Civil francês (art. 169 cit lei de 1927) permite hoje a dispensa da publicação e do prazo. Assim, porem, não era antes da reforma de 1927.

Quanto à duração da eficácia dos proclamas, é de três meses, pela lei brasileira (art. 181, pr.); de cem dias, pela argentina (art. 25); de cento e oitenta dias, pelo Cód. italiano (art. 97); de seis meses, pelo direito alemão

(6) Cód. Civil, art. 182, § único, e 199.

(7) Cód. Civil francês, art. 169; italiano, 98; lei alemã, artigo 50; argentina, art. 52; Cód. espanhol, arts. 91-95, além do direito canônico.

(8) GLASSON, *Droit et institutions de l'Angleterre*, VI, página 164.

(Cód. Civil, art. 1.316); de um ano, pelo francês (Código, art. 65); e espanhol (Cód., art. 96, 2.^a parte).

§ 17 A

A CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO POR DIREITO PÁTRIO

Para a conveniente solenidade do casamento, publicidade ampla e perfeita autenticidade, não basta, evidentemente, que o poder público, em sua qualidade de representante da sociedade, intervenha, exigindo as formalidades preliminares, de que tratou o parágrafo antecedente. São inícios, que estão a solicitar complementos. É necessário que esse contrato especialíssimo do casamento se conclua de um modo correlativamente solene, perante a autoridade pública, assistida por testemunhas, e tanto quanto possível, *coram populo*. A perpetuidade do enlace, os importantes interesses que aí se jogam, a própria moralidade do grupo social, a que os nubentes pertencem, assim o reclamam.

O Código Civil, art. 192, confiou a celebração do matrimônio a um juiz privativo, onde existe essa entidade, e a outra autoridade, onde não tiver sido criado esse órgão especial da vida jurídica. Sendo, porém, este assunto matéria da competência dos Estados confederados, não tem estes adotado a mesma norma, atribuindo a função de celebrar o casamento a autoridades de categorias diferentes.

O casamento deve, além disso, celebrar-se na casa das audiências, durante o dia, a portas abertas, presentes, pelo menos, duas testemunhas que podem ser parentes dos contraentes. É concedido, entretanto, o casamento em outro edifício público, ou particular, convindo nisso o juiz celebrante, ou sendo necessário, por não poder um dos contraentes sair de casa (1). Sendo a celebração realizada em

(1) Cód. Civil, art. 193.

casa particular, as portas deverão estar francamente abertas, durante o ato, e o número das testemunhas elevar-se a quatro, se algum dos contraentes não souber escrever (2). Serão seis testemunhas, se algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, e o casamento se celebrar, sem a presença da autoridade, a quem incumbe presidir ao ato (3).

Onde quer que se celebre o casamento, presentes os nubentes, em pessoa ou procurador especial, as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, ouvida dos nubentes a afirmação de que persistem no propósito de casar, por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nestes termos:

“De acordo com a vontade, que ambos acabais de afirmar, perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados” (4).

A celebração do casamento será, imediatamente suspensa, se algum dos contraentes recusar a solene afirmação da sua vontade; declarar que esta não é livre e espontânea; ou manifestar-se arrependido (5). Nem admite a lei retratação no mesmo dia, porque traria aparências de uma sugestão, atuando, poderosamente, contra a espontaneidade, que se procura apurar, na medida do possível.

Em seguida, será lançado, no livro do registro, um termo circunstanciado do ato (6). Permite a lei que um dos contraentes se faça representar no ato da celebração por um procurador, com poderes especiais (7); se o

(2) Cód. Civil, art. 193, § único. Permite o Cód. Civil, artigo 198, que, no caso de moléstia grave de um dos contraentes, o casamento se celebre à noite, se houver urgência. Nesse caso, o juiz terá obrigação de ir à casa do doente, e as testemunhas serão quatro.

(3) Cód. Civil, art. 199, § único.

(4) Cód. Civil, art. 194.

(5) Cód. Civil, art. 197.

(6) Cód. Civil, art. 195.

(7) Cód. Civil, arts. 194 e 201. A lei anterior somente permitia o casamento por procuração, em caso urgente e de forças maior. O Cód. não alude a essas circunstâncias.

nubente for estrangeiro, só poderá usar dessa faculdade se a sua lei pessoal admitir a validade do casamento por procuração, dizia o Código Civil, mas a nova lei de introdução ao Código Civil (decreto-lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, art. 7, revogou essa norma com preferir, para o direito internacional privado, a lei domiciliar à nacional, de longa tradição entre nós (8).

Quando um dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não sendo possível obter com a necessária urgência, a presença da autoridade competente, nem de seus legítimos substitutos, para a celebração do casamento, poderá ser ela dispensada. Celebrar-se-á, então, o casamento, em presença de seis testemunhas, que não sejam parentes em linha reta, ou colateral em segundo grau. Dentro em cinco dias, estas testemunhas deverão apresentar-se à autoridade judiciária mais próxima, para que esta faça tomar por termo as suas declarações referentes ao casamento celebrado com sua assistência (9). Essas declarações devem afirmar a existência das condições necessárias para que o casamento seja possível sem as formalidades preliminares dos proclamas e sem a presença da autoridade competente para funcionar como celebrante. É necessário que um dos contraentes se ache em perigo de vida, sem que, entretanto, a enfermidade lhe perturbe a lucidez do espírito; que as testemunhas tenham sido convocadas para o ato, e tenham ouvido, de ambos os contraentes, a declaração livre e espontânea, de se receberem por marido e mulher (10). O juiz procederá a uma investigação cuidadosa da idoneidade dos contraentes para o casamento. Verificada a idoneidade dos cônjuges, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes (11). Solvidos os recursos, que porventura forem opostos, será o casamento registrado no livro com-

(8) Cód. Civil, art. 8 da Introdução.

(9) Cód. Civil, art. 200.

(10) Cód. Civil, art. 200, § 1.º.

(11) Cód. Civil, art. 200, § 2.º.

petente, com efeito retroativo, em relação aos cônjuges, desde a data do casamento, e, em relação aos filhos comuns, desde o nascimento (12). Se o enfermo convalescer, será ratificado o casamento perante o juiz e o oficial do registro, e as testemunhas ficarão dispensadas de levar as suas declarações perante a autoridade, pelo modo exposto (13). Dada a convalescença e o restabelecimento sem a ratificação, não terá valor o casamento assim celebrado, visto como se trata de uma providência excepcional e unicamente admissível *in articulo mortis*.

Era facultado aos cônjuges sancionar, religiosamente, a sua união antes ou depois do ato civil. Esta foi a doutrina primitivamente estabelecida (dec. n. 181, de 1890, art. 108, § único). Em breve apareceram os inconvenientes dessa liberdade incondicionada e o decreto de 26 de Junho de 1890, corroborado pelo Código Penal, art. 284, proibiu a celebração religiosa do casamento antes da civil. Mais tarde, promulgada a Constituição, entendeu o governo que pelo art. 72, §§ 4.º e 7.º desta se havia restabelecido a doutrina anterior (av. circular de 15 de Abril de 1891). O apoio dessa interpretação são as palavras do art. 72, § 7.º, da Constituição: — *nenhum culto ou igreja terá relações de dependência com o Governo da União ou dos Estados*. No Congresso federal a questão foi, por várias vezes, debatida, sem se chegar a um resultado prático (14). Mas, não tendo o Código Civil feito qualquer referência ao ato religioso, é claro que ele podia anteceder ou não ao ato civil.

A Constituição de 1934 alterou, profundamente, nesta matéria, o sistema da Constituição de 1891 e do

(12) Cód. Civil, art. 200, §§ 3.º e 4.º.

(13) Cód. Civil, art. 200, § 5.º, CHAMPEAU Y URIBE, *Derecho civil colombiano*, I, págs. 171-172, levanta objeções a esta disposição que de certo modo corresponde ao art. 136 do Código Civil colombiano.

(14) Vejam-se JOÃO BARBALHO, *Constituição federal*, com. ao art. 72, § 4.º; SYLVIO ROMERO, *Discursos*, pág. 42 e segs.

Código Civil, que somente reconheciam, como válido, o casamento civil, por isso que era completa a separação entre o temporal e o espiritual.

O art. 146 dessa Constituição preceituava: — *O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório.*

E, pois, somente a celebração do casamento, depois de cumpridas as formalidades preliminares, que se realiza perante ministro da confissão religiosa dos nubentes.

A inovação constitucional foi amplamente explanada por WALDEMAR FERREIRA, no livro — *O casamento religioso de efeitos civis*. V. o dec. n. 379, de 16-1-37, que regula esta matéria.

A Constituição de 1937 não se referiu a essa forma religiosa do casamento, mas o decreto-lei n. 3.200, de 19 de Abril de 1941, regulando-a nos arts. 4 e 5, mantém-na com pequenas alterações. São reconhecidos efeitos civis ao casamento religioso.

A doutrina da precedência do ato civil ao religioso foi considerada necessária na França, cujo Código Penal, arts. 199 e 200, pune o sacerdote que transgredir esse preceito. Na Itália, em homenagem ao princípio de completa independência entre os poderes, o civil e o eclesiástico, consagrou o Código a doutrina da ampla liberdade a esse respeito; porem, aí mesmo, “as sugestões e instigações, representando o casamento civil como um ato irreligioso e contrário à igreja”, fizeram com que se haja tentado, por várias vezes, modificar a doutrina que primeiro vencera. Assim é que, em 1879, passara vitoriosa na Câmara dos Deputados e seguira para o Senado um projeto de lei comi-

nando penas ao sacerdote que celebrasse o casamento religioso antes do civil (15). Na Suíça, na Alemanha, na Holanda, na Argentina, adotaram as leis a doutrina da precedência do casamento civil.

Mas, se o marido se recusar a receber a benção nupcial, apesar de se ter comprometido a isso para com a mulher, antes da celebração do casamento civil? Há, por certo, aí um sobressalto de consciência que merece acatamento e um abuso que pede correção. A jurisprudência francesa firmou o princípio de que há, na hipótese, injúria grave, capaz de autorizar um pedido de separação, o que é perfeitamente justo. Se, porem, não houve promessa alguma, não há a que atender.

O Código Civil do Uruguai, art. 91, n. 7, considera impedimento dirimente, melhor fora dizer causa de nulidade absoluta, — *a falta de consagração religiosa quando estipulada no contrato de casamento*, se o cumprimento dessa cláusula for exigido no mesmo dia da celebração.

No Equador, o casamento civil deve preceder ao religioso, mas a autoridade civil pode permitir que este último seja celebrado imediatamente depois do primeiro (16).

§ 18

CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Sem querer que a inscrição deste parágrafo induza o leitor em erro, pois não pretendo esgotar o assunto, nem

(15) GLASSON, *Le mariage civil*, págs. 287-289. Em 1919, uma lei admitiu a forma religiosa do matrimônio. E o Código Civil em vigor declara, em seus arts. 80 e 81, a validade da celebração do matrimônio perante ministro do culto católico, segundo a Concordata com a Santa Sé e leis especiais sobre a matéria, e, também, perante ministro de culto admitido no Estado, de acordo com o mesmo Código e leis especiais.

(16) Lei de 28 de outubro de 1902 (*Annuaire étrang.*, 1903, pág. 732).

percorrer toda a gama da legislação comparada, entendi de bom método destacar o assunto agora enfrentado, para que, em melhor relevo, pudesse o leitor fazer o confronto entre as disposições de algumas legislações estrangeiras e as do direito pátrio.

O Código Civil português reconhecia duas espécies de casamento, o religioso para os católicos e o civil para os não católicos, sendo este último celebrado pelo oficial do registro civil (arts. 1.057 e segs.). O casamento católico, para produzir efeitos civis, devia ser celebrado em conformidade com as leis canônicas recebidas no reino, que são justamente as editadas ou roboradas pelo Concílio tridentino. O casamento civil era realizado em Portugal, como que por favor e a contra-gosto; mas as suas formalidades nada encerravam que peça menção especial.

Em 1910, porem, sob o regime republicano, foi publicado o decreto de 25 de Dezembro, que declara ser o casamento um contrato puramente civil (art. 2). A procuração para a celebração do casamento civil era admitida (art. 1.081 do Cód Civil).

O sistema adotado pelo Código Civil português não era lógico, nem justo. Não era lógico, porque considerava o casamento um contrato, reconhecia a necessidade da intervenção civil e do registro, e, ao mesmo tempo, entregava-o, de modo completo, à autoridade eclesiástica, sempre que os contraentes pertencessem ao grêmio da religião preferida. Não era justo, porque os súditos portugueses não católicos deviam, com iguais direitos aos que professam o catolicismo, merecer que se lhes atendessem aos escrúpulos de consciência (1). A verdadeira doutrina é a que

(1) SANCHES ROMAN, V, primeira parte, págs. 420-422, combatia o sistema português, com argumentos valiosos, acusando-o: 1.º de desconhecer que o estabelecimento do casamento civil é uma consequência necessária das funções do Estado e não mero arbítrio político e legislativo; 2.º de derivar a idéia do matrimônio civil de um fundamento errôneo, qual é o direito do indivíduo, debaixo do

tem sido adotada pela maioria dos povos cultos e, hoje, pela lei portuguesa citada. O casamento civil é o que o Estado reconhece e celebra, exclusivamente. Aos crentes cabe procurar a intervenção religiosa, de acordo com as suas convicções. A secularização do direito é imperiosa necessidade, que já se acha completamente traduzida em fato.

O Código Civil espanhol, onde ainda se encontra a dualidade das formas de celebração, a canônica e a civil, regulou mais racional e previdentemente esta última do que fizera o outro legislador ibérico, antes da república.

Quem preside ao ato é o juiz municipal de ambos os contraentes ou, sequer, de um deles, perante o qual comparecerão (2) acompanhados de duas testemunhas maiores e capazes (arts. 87, 88 e 100). O juiz lê os artigos do Código referentes aos deveres dos cônjuges e à posição do marido na sociedade conjugal, consulta se persistem na resolução de contrair casamento; recebida a resposta afirmativa, efetua a celebração e lavra um termo, em que se mencionarão todas as circunstâncias comprobatórias de que a lei foi fielmente cumprida.

Para os que se acham em perigo iminente de morte autorizará o juiz municipal o casamento, sem as formalidades comuns preliminares e concomitantes da celebração. Mas esse casamento será condicional, até que se faça a prova da liberdade dos contraentes por ocasião do ato (artigo 93). A bordo dos navio de guerra ou de mercância, os respectivos comandantes teem competência para dar essa autorização, assim como os chefes de corpos militares em campanha, em falta de juiz municipal (arts. 94-95 (3)).

ponto de vista do respeito à crença religiosa *preferente*, por ser a mais generalizada no país; 3.º de, por isso mesmo, não respeitar o princ"pio da liberdade de consciência, concedendo privilégio a uma certa fé religiosa; 4.º de criar uma causa de desigualdade civil, moral e social; 5.º de ser ocasião de violências morais, quando houver discordância nos sentimentos religiosos dos contraentes.

(2) A representação é aceita para um dos cônjuges, havendo constituição especial de poderes.

O movimento de secularização do casamento que vai avassalando o direito civil moderno, partiu da França revolucionária, nos fins do século passado, pois que a laicidade romana havia, desde muito desaparecido, para dar lugar à competência exclusiva da Igreja. A Constituição de 1791, art. 7.º, dizia: "a lei considera o casamento como ato civil", e esse princípio fecundo caiu na consciência moderna como boa semente em torrão ubertoso.

Na república francesa, o matrimônio deve ser celebrado perante quatro testemunhas, efetuando-se as solenidades comumente prescritas nas leis reguladoras desta matéria, a consagração do enlace pela autoridade e a redação do termo, em que se especificam todas as circunstâncias, que, de fato, se deem, assim como aquelas que constituem base de algum direito.

Embora em muitos pontos semelhante ao nosso, contudo apresenta o direito francês assinaláveis diferenças, as quais, em geral, indicam um progresso realizado e cujos frutos soube colher o legislador brasileiro, aproveitando a lição dos fatos e da doutrina, para inserir cláusulas não contidas no velho Código Napoleão, mãe fecunda de vasta progênie. Entre as dissemelhanças, apontarei as seguintes: calou o Código francês o casamento por procuração, aliás acolhido pelo antigo direito. Desse fato, concluem os juristas que foi intenção do legislador abolir a espécie (4). Quanto aos casos urgentes, foi também mais completa e melhor orientada a lei brasileira, eliminando, excepcional e condicionalmente, solenidades estorvantes, diante da gravidade da situação.

O Cód. Civil Italiano, reforma de 1936, arts. 104 a 114, determina que o matrimônio seja celebrado publica-

(3) Veja-se em *Clunet*, 1896, pág. 60, e 1898, pág. 212, o que a respeito prescreve o direito grego.

(4) DEMOLOMBE, III, n. 210.

mente na casa comunal, perante o official do estado civil, estando presentes duas testemunhas. As testemunhas serão quatro, se um dos nubentes não puder comparecer na casa comunal. Os militares e as pessoas que, em razão de serviço, seguem as forças armadas em tempo de guerra, podem celebrar o casamento por procuração. O casamento do rei e da família real terá por official o Presidente do Senado. O lugar da celebração será fixado pelo rei, e esta pode realizar-se por procuração.

Na Alemanha, regulava-se a matéria do casamento pela lei de 6 de Fevereiro de 1875, que generalizou, para todo o império, a obrigação de contraí-lo perante a autoridade civil. Mesmo escritores franceses opinam que as formalidades preliminares da lei alemã são melhor organizadas do que as do direito francês. Atualmente, vigora o Código Civil, art. 1.303 e segs., subsistindo da lei anterior os artigos não revogados pela lei de introdução (artigo 46) (5).

O casamento é celebrado perante duas testemunhas e o official do registro civil, que recebe as afirmações dos nubentes, declara-os legitimamente casados e inscreve, no registro competente, o ato da celebração do casamento. Não é admitido o casamento por procuração (art. 1.317).

A lei alemã simplificou, incontestavelmente, com vantagem, as melindrosas providências referentes aos casos de muita gravidade, contentando-se com o atestado médico (6); mas a lei brasileira e a argentina (art. 52) são mais completas a este respeito.

Na Áustria, subsistem, mesmo depois das últimas reformas, e da lei de 25 de Maio de 1868, as duas formas de casamento, a civil e a religiosa, intimamente coligadas e constituindo um tipo compósito (Cód., § 75 e segs.).

(5) A citada lei, art. 46, abrogou os arts. 28 a 40, 42, 43, 51 a 53 da lei anterior e substituiu por outros os arts. 41, 44, 50 e 55.

(6) Lei de Introdução, art. 46; ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, §§ 155-157.

Mas, se o pastor evangélico se recusar a celebrar o casamento por causa de um impedimento não reconhecido pela lei civil, a união conjugal se poderá realizar perante a autoridade secular. Além disso, o casamento religioso não é exclusivamente concedido aos cristãos. Os judeus também participam dessa regalia, realizada a cerimônia nupcial perante um rabino (§§ 127-131). Para aqueles que não professam alguns dos cultos reconhecidos pelo Estado, estabeleceu-se o casamento civil (lei de 9 de Abril de 1870) (*).

Na Hungria, a secularização do casamento foi realizada pela lei sancionada a 9 de Dezembro de 1894 e promulgada a 18 do mesmo mês. O casamento é celebrado perante o oficial do registro civil e duas testemunhas, comparecendo, pessoalmente, os nubentes, que declaram ter combinado casar-se um com o outro (arts. 29 e 39). Em caso de se achar um dos contraentes em perigo de vida por moléstia, o casamento pode ser celebrado independentemente de publicações, declarando os dois futuros cônjuges que não sabem da existência de impedimento algum ao seu consórcio (art. 36).

Na Dinamarca, o sistema aceito é mixto, como na Áustria e na Rumânia. Quanto à forma, o casamento é religioso, na Dinamarca; é a lei civil, entretanto, que lhe regula os efeitos e os casos de nulidade, estabelecendo até sua dissolução por divórcio.

Na Rumânia, o Código Civil reconhece o casamento sob sua forma leiga, mas a Constituição considera a benção religiosa como requisito para a sua validade.

Na Suíça, foi a lei de 24 de Dezembro de 1874 que regulou, zelosa e sabiamente, o estado civil e a celebração do casamento, livre de toda a interferência religiosa, e firmando um preceito único para toda a confederação, em substituição à legislação católica anterior. O Código Ci-

(*) Ver *Arq.*, vol. VI, pág. 198 e segs.

vil, arts. 116 a 118, regula a celebração, a publicidade e o certificado do casamento, pelo oficial do estado civil.

Na Inglaterra, o casamento religioso mantem-se ao lado civil, para que os contraentes, a seu alvedrio, escolham a forma que lhes aprouver. Mas o casamento religioso não é independente de certas formalidades civis, ainda quando celebrado segundo os ritos da igreja anglicana, que é a privilegiada. Assim é que, para efetuar-se a celebração, se faz indispensavel um atestado do *registrar*, referente às proclamações civis e ausência de impedimentos, e, depois da benção nupcial, lavra-se um termo do ato no registro da paróquia, e mais outro no civil. A lei de 12 de Agosto de 1898 equiparou, sob o ponto de vista da celebração do casamento, as religiões não conformistas à religião do Estado. Celebram-se os casamentos nos lugares inscritos, que são os estabelecimentos destinados aos cultos não conformistas, perante duas testemunhas e a pessoa autorizada. Os contraentes fazem a declaração solene de que não existe impedimento matrimonial entre eles e de que se recebem um ao outro por legítimos consortes (7). O casamento civil celebra-se em presença do *registrar*, com assistência de duas testemunhas.

Note-se ainda que, na Escócia e na Irlanda, se encontram formas divergentes. Na Escócia, conservaram-se as formas do casamento cristão, anteriores ao Concílio tridentino. Hoje não há mais os chamados casamentos de *Greetna-Green*, tão célebres, e cujo nome veio de uma localidade na fronteira escocesa, para onde afluíam os ingleses, que encontravam qualquer embaraço, em receberem-se matrimonialmente, e que o vinham fazer perante um ferreiro arvorado em ministro religioso, ou, antes, em

(7) *Annuaire de lég. étrangère*, leis de 1898, págs. 73-79. Os judeus e os quakers dispensaram os favores da nova lei, porque, antes dela, já podiam casar-se na Inglaterra segundo os seus ritos. Também não se applica a lei de 1898 à Escócia, nem à Irlanda.

mera testemunha, porque a intervenção sacerdotal era escusada (8).

O casamento civil tornou dispensavel esse recurso; mas a Escócia tomou, ainda assim, uma providência, exigindo a residência de três semanas a quem se queira utilizar das facilidades de sua legislação (18 e 20, Vitória, cap. 96). E são grandes essas facilidades, visto como é, nesse país, tolerado o casamento irregular sem formalidades preliminares, sem autorização dos ascendentes e sem a presença do pároco, sendo suficiente o concurso da vontade dos contraentes (*verba de praesenti*). Esta forma de casamento é facultada aos escoceses como a quaisquer outras pessoas, ainda que estrangeiras (9).

Na Irlanda, há diversas espécies de casamentos, o anglicano, o católico, o dos *quaquers*, todos eles com efeitos civís reconhecidos.

Na Rússia, celebravam-se os matrimônios na igreja, presentes os dois futuros cônjuges, que não podiam ser substituidos por procuradores, diante de duas ou de três testemunhas, com a troca dos anéis e segundo o rito greco-russo. Mas, havendo grave motivo, o bispo concedia que a cerimônia se realizasse em casa particular. Depois da celebração, devia o ato ser inscrito no registro da paróquia.

Os súditos russos, não cristãos, podiam livremente, contrair núpcias, segundo seus costumes e crenças, não tendo que intervir no ato a autoridade civil, nem a eclesiástica, salvo quando havia algum impedimento. Assim é que os muçulmanos e os judeus eram obrigados a esperar a idade legal fixada pela lei russa para o matrimônio. A não serem essas limitações, muito restritas aliás, era amplo o respeito à consciência dos crentes.

(8) GLASSON, *Le mariage civil*, pág. 315 e segs.; *Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre*, VI, pág. 162 e segs.

(9) GLASSON, *Hist.*, cit., pág. 166.

Quando somente um dos futuros cônjuges era sectário do rito greco-russo, o divergente devia comprometer-se, de modo solene, a respeitar as convicções religiosas do outro, em ato escrito que era entregue ao bispo da paróquia. Na Finlândia, entretanto, esses casamentos celebravam-se, duplamente, devendo o filho seguir a religião do pai (10). Pelo Código Soviético da família, os casamentos se celebram perante os órgãos locais do registro dos atos civis (art. 53).

Na República Argentina, o Código Civil só conhecia o casamento religioso. Veio, depois, a lei de 22 de Novembro de 1888 que estabeleceu o casamento civil, celebrado pelo oficial do registro civil, em seu escritório ou em casa particular, se algum dos cônjuges tiver impossibilidade para ali comparecer. São duas as testemunhas, na primeira hipótese, e quatro na segunda. No ato da celebração, como é adotado por muitos outros sistemas jurídicos o oficial público faz a leitura dos preceitos legais; em que se estabelecem os principais direitos e deveres dos cônjuges. Depois do ato civil, mesmo em seguida, é permitido bendizer a união por um ministro do culto, a que pertençam os cônjuges. A representação de um dos cônjuges por procurador especial é aceita (lei cit., arts. 44-45).

A legislação norte-americana considera também o casamento como ato civil, embora de natureza especial. As formas solenes, assistência de um sacerdote ou de um magistrado, são usadas e servem para prova do ato, mas não as exige o direito, que se satisfaz com o simples acordo das partes (11).

(10) LEHR, *Droit civil russe*, I, págs. 22-36.

(11) SMITH, *Elements*, pág. 138. WALKER, *American law*, § 102, n. 4, ainda que declare que somente os ministros das religiões existentes no Estado e os juizes de paz, nos seus distritos, são competentes para celebrar casamentos, cita autoridades que sufragam

No Perú existia, a princípio, somente o casamento católico. A lei de 23 de Dezembro de 1897, porem, estabeleceu ao lado dele o casamento civil para os que não professam a religião católica (12). Hoje a matéria está regulada pelo Código Civil, de 1936, art. 114, que assim dispõe: "O matrimônio celebrar-se-á na Municipalidade, publicamente, perante o alcaide que recebeu a declaração, comparecendo os contraentes, na presença de duas testemunhas maiores de idade e vizinhas do lugar. O alcaide depois de ler os arts. 158 a 164 do Código (deveres dos cônjuges), perguntará a cada um dos contraentes, se persiste na resolução de celebrar o matrimônio, e, respondendo ambos afirmativamente, lavrará o termo de casamento. O termo será assinado pelo alcaide, pelos contraentes e pelas testemunhas".

O art. 124 dispõe: — O casamento civil poderá celebrar-se, tambem, perante o pároco ou o ordinário do lugar, ou perante o sacerdote a quem algum dos dois dele-

a opinião transcrita no texto e dá noticia de julgados, que declaram válidos casamentos não contraidos perante pessoas autorizadas.

Nota-se, entretanto, uma tendência no sentido de cercar o matrimônio de solenidades garantidoras do direito individual e da regularidade das relações familiares. E' assim que a lei de 13 de Maio de 1896 (*Annuaire de lég. étrangère*, leis de 1896, págs. 748-749), somente reconhece competência, para celebrar casamentos, aos juizes de paz, ou de um tribunal de *record*, e aos ministros de cultos, ou outros representantes de seitas, mas estas pessoas estranhas às funções judiciais devem ser autorizadas pelo tribunal. Esta lei é especial para o distrito da Colômbia, mas, por isso mesmo, é significativa. Alem disso, em Massachusetts há disposições semelhantes (*Annuaire* cit., pág. 756). Em New York, o casamento pode ser celebrado por contrato assinado pelas partes e duas testemunhas.

(12) *Annuaire de lég. étrangère*, leis de 1897, pág. 971. ExPLICANDO esta lei, declaram a de 25 de Outubro e a de 23 de Novembro de 1903 que, para ser admitido ao beneficio desta reforma da legislação basta que um dos nubentes declare perante o alcaide que nunca pertenceu ou não pertence mais à religião católica (*Annuaire*, cit., 1904, pág. 746).

gou essa faculdade. Ao ato assistirá o funcionário do registro civil, para efetuar a imediata inscrição do matrimônio. No Equador, em consequência da lei de 28 de Outubro de 1902, somente o casamento civil é reconhecido (13). No Paraguai, aplica-se o disposto na lei argentina, que entrou para a legislação dessa república (14). Na Bolívia, também, o casamento é exclusivamente civil, depois da lei de 11 de Outubro de 1911 (*Revue de l'Inst. de droit comparé*, 1912, ns. 259 a 262).

§ 19

DAS SEGUNDAS NÚPCIAS

Nas sociedades selvagens, onde a mulher é propriedade do marido, e nas outras mais cultas, em que predominam os rigores do familismo, alentados pela crença numa existência de além-túmulo, é costume generalizado imolar as viúvas juntos aos cadáveres dos maridos, para que ninguém se locuplete com o alheio, ou para que se prolongue além da vida, que os cônjuges arrastaram por este mundo.

Não trasladarei para aquí os copiosos exemplos, que se poderão encontrar em WESTERMARCK (1) e outros escritores. Escolherei apenas alguns suficientemente eloquentes, para corroborarem a afirmação feita. No Darien e no Panamá, por ocasião da morte do chefe, eram com ele sepultadas as suas concubinas.

(13) *Annuaire*, cit., 1903, pág. 729.

(14) ZUBIZARRETA, *Derecho civil*, Assunción, 1899, I, página 197 e segs.

(1) *Matrimonio umano*, págs. 107-111.

A morte de um dos incas acarretava uma hecatombe no Perú, pois acompanhavam-no ao túmulo sua esposa, seus servos e seus oficiais de maior estimação. Na Índia, até há pouco tempo, era observado o costume de sacrificarem-se as mulheres dos rajás nas fogueiras, que incineravam os corpos de seus maridos, sem que, aliás, viesse constrangê-las o agulhão de uma lei obrigatória. Mas é que, às vezes, o costume e a opinião pública falam mais persuasivamente do que a própria lei escrita, quebrando-se, de encontro a essas energias, todas as resistências. Na Germânia, houve costume semelhante. Na China, até as noivas, que não somente as casadas, abalançaram-se a tão grave sacrifício. No Congo, no Dahomei, nas regiões do Níger, na Polinésia e na Melanésia, pensou-se do mesmo modo, se é que de todo se não pensa ainda.

Dominando essas idéias e sentimentos, as segundas núpcias raiam pelo impossível ou quase. Outros povos, não impelindo as viúvas ao vitimário, entenderam que elas se devem antes dedicar ao culto do esposo falecido, perpétua ou temporariamente. É muito curioso o que a respeito nos refere BANKROFT, falando da tribo dos mosquitos: "a viúva tinha obrigação, diz ele, de prover de viveres a tumba do marido, por um ano, findo a qual, tomava-lhe os ossos e guardava-os, por mais um ano, junto a si, depois colocava-os sob o teto da própria casa, e estava habilitada a remaridar-se".

Na Índia atual, diz-nos DUBOIS, que é um insulto falar a uma viúva em segundas núpcias, e é repelida pela sociedade a que se desrespeita a ponto de aceitar substituto ao primeiro marido. Os antigos helenos e romanos, como os eslavônios do sul, consideravam o segundo casamento como uma injúria irrogada ao primeiro marido. Não é desconhecido quanto eram desconceituadas pelo direito romano antigo as segundas núpcias. Além do ano de luto que diziam imposto por Numa, e durante o qual se devia a viúva mostrar desolada pelo golpe, que a prostrara, sem poder pensar em outro casamento, considerava-

se um despudor que o realizasse, mesmo depois dessa época (2).

Tambem o direito canônico e pátrio não tinham simpatias pelas segundas núpcias. O decreto de 24 de Janeiro de 1890, art. 94, preocupava-se, particularmente, com a mulher bínuba, a quem retirava os direitos de dirigir as pessoas e de administrar os bens dos filhos do leito anterior. O Código Civil, embora mais benevolente, neste particular, tambem retira o pátrio poder à bínuba, restabelecendo-o, quando, novamente, enviuvar (art. 393). A lei argentina dispõe semelhantemente, responsabilizando a bínuba e seu segundo marido pelos prejuizos ocorridos aos filhos do primeiro matrimônio, se não pedirem a nomeação de um tutor para os menores (art. 101).

O mesmo decreto de 24 de Janeiro, art. 7.º, §§ 9.º e 10, tambem tomava certas providências para evitar que as segundas núpcias prejudicassem os filhos das primeiras, impedindo o novo casamento antes do inventário dos bens do casal, e impondo à mulher dez meses de espera depois da dissolução do casamento por morte do marido, ou da separação por nulidade ou anulação, como já foi exposto no lugar competente. As mesmas cautelas consagra o Código Civil, art. 183, ns. XIII e XIV.

Por outro lado, o direito filipino (3), recusava, ao pai ou mãe bínuba, a herança da propriedade dos bens, que, por intermédio de filhos do primeiro matrimônio, viessem do cônjuge predefunto ou por parte dele, enquanto restassem outros filhos irmãos do falecido. Somente o usufruto cabia em tal hipótese ao bínubo.

(2) PADELLETTI e COGLIOLO, *Storia del diritto romano*, páginas 162-171; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 511.

(3) Ord. 4, 91, §§ 2.º e 4.º; C. DA ROCHA, § 342. Concorda em parte a lei argentina, art. 123. O Código Civil, porem, não manteve esse preceito.

§ 20

CASAMENTO DOS BRASILEIROS NO ESTRANGEIRO
E DOS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Segundo o direito anterior ao decreto-lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, *lei de introdução ao Código Civil*, o brasileiro, que se achasse no estrangeiro, pretendendo consorciar-se, havia de escolher ou uma pessoa da mesma nacionalidade ou de nacionalidade estranha. No primeiro caso, podia realizar seu casamento por um dos dois modos seguintes: ou adotaria, para seu casamento, a forma usada no país, onde se achava com o outro contraente; ou preferiria a forma estabelecida no direito pátrio (1). Neste último caso, o agente consular do Brasil era a autoridade competente para a celebração; as formalidades e os impedimentos seriam os prescritos pelo direito pátrio, e por autoridade judiciária brasileira solvidos estes últimos (2). No segundo caso, como somente um dos nubentes era brasileiro, a lei reguladora da forma do casamento era, como preceituava o dec. de 24 de Janeiro, a do lugar onde fosse celebrado (3).

Estabelecendo, porem, a nova lei de introdução, que a lei do domicílio e não a da nacionalidade regula a capacidade e o direito de família: a) o casamento do brasileiro domiciliado no estrangeiro regula-se pela lei de seu domicílio; b) o celebrado perante agente diplomático ou consular brasileiro, ainda rege, quanto ao mais, a lei do domicílio (art. 7.º).

Os códigos estrangeiros, em regra, se tem mostrado fiéis ao princípio da ultraterritorialidade das leis relativas

(1) Cód. Civil, art. 204, pr.

(2) Cód. Civil, art. 204, § único.

(3) Cód. Civil, art. 11, da Introdução, Circular do Ministério das Relações Exteriores, n. 33, de 20 de dezembro de 1920; CANDIDO DE OLIVEIRA, *Manual do Código Civil*, V, §§ 81 a 83.

à capacidade e ao direito da família, estatuinto que o casamento do nacional possa realizar-se de acordo com a *lex loci actus*, quanto às formalidades externas, e segundo a lei pessoal, quando se tiver de verificar a aptidão legal, a capacidade. E, por isso, faz-se necessária a publicação de proclamas de casamento no país, sempre que os nacionais pretenderem realizar seu matrimônio no estrangeiro, sob pena de ser ineficaz esse ato dentro das fronteiras nacionais (4).

Quando ao casamento dos estrangeiros no Brasil, dizia o dec. de 24 de Janeiro, art. 48: "As disposições relativas às causas de impedimentos e às formalidades preliminares são applicaveis aos casamentos de estrangeiros celebrados no Brasil". E' claro que somente a celebração ficava ressaltada, podendo ser confiada tanto à autoridade brasileira quanto à estrangeira, alternativa que a lei firmou também, como foi visto, em relação ao brasileiro que se achasse no estrangeiro. As formalidades preliminares e os impedimentos regulavam-se pelo direito brasileiro.

O Código Civil não consagrou dispositivos a respeito dos impedimentos. Deixou que a matéria se regulasse pelos princípios gerais e pelo art. 8 da Introdução. Se o casamento era celebrado perante autoridade brasileira, observar-se-ia, certamente, a lei brasileira quanto às formalidades preliminares, impedimentos e celebração, atendendo-se à capacidade das pessoas, segundo a sua lei na-

(4) E' a doutrina do Código francês, art. 114, italiano, 100; português, 1.065-1.066; espanhol, 9-100, 2.^a al. A lei argentina deixa que o assunto se regule pelo direito internacional privado. A lei alemã de Introdução ao Código Civil, nos arts. 13-40, regula a matéria. O primeiro desses artigos submete a celebração do casamento à lei nacional dos nubentes e o segundo modifica a lei de 4 de Maio de 1870, regulando o modo pelo qual os alemães efetuam seus casamentos na presença do funcionário competente.

cional (Introdução, art. 8.º). Celebrado perante o cônsul ou representante diplomático do país dos dois cônjuges, teria plena aplicação a lei estrangeira, respeitados os preceitos de ordem pública e bons costumes, e as formalidades preliminares.

O Código Bustamante consagrou, a respeito desta matéria, as disposições seguintes:

Art. 36. Os nubentes estarão sujeitos à sua lei pessoal, em tudo quanto se refira à capacidade para celebrar o matrimônio, ao consentimento ou conselhos paternos, aos impedimentos e à sua dispensa.

Art. 37. Os estrangeiros devem provar, antes de se casar, que preencheram as condições exigidas pelas suas leis pessoais, no que se refere ao artigo precedente. Podm fazê-lo mediante certidão dos respectivos funcionários diplomáticos ou agentes consulares, ou por outros meios julgados suficientes pela autoridade local, que terá, em todo o caso, completa liberdade de apreciação.

Art. 38. A legislação local é aplicável aos estrangeiros, quanto aos impedimentos, que, por sua parte, estabelecer e que não sejam dispensáveis, à forma do consentimento, à força obrigatória ou não dos esponsais, à oposição ao matrimônio, ou obrigação de denunciar os impedimentos, e às consequências civis da denúncia falsa, à forma das diligências preliminares e à autoridade competente para celebrá-lo.

Art. 39. Rege-se pela lei nacional comum das partes, e, na sua falta, pelo direito local, a obrigação, ou não de indenização em consequência de promessa de casamento não executada, ou de publicação de proclamas em igual caso.

O Código Civil italiano exige que o estrangeiro, pretendendo contrair casamento na Itália, prove estar em condições de contraí-lo, segundo a lei do seu país. Entretanto, o estrangeiro acha-se também submetido aos impedimentos estabelecidos pelo Código, e, se domiciliado ou residente, deve fazer as publicações estabelecidas pelo Código.

O Código espanhol, art. 91, faz uma distinção. Se os nubentes estrangeiros residem, desde dois anos na Espanha, submetem-se à lei territorial, combinada com a pessoal firmado pelo art. 9. Se não há residência de dois anos é necessário que o estrangeiro prove que em seu país foram feitas publicações do casamento de que se trata. Esta exigência, aliás, está na sistemática do Código Civil brasileiro, pois, exigindo ele que o brasileiro, que vem de *outro Estado*, se mostre expungido de impedimento (artigo 180), aplicando os preceitos reguladores das formalidades preliminares aos estrangeiros, tornou extensiva a estes aquela necessidade (5).

Oes internacionalistas, empenhados em dar uma solução definitiva a estas dúvidas e conflitos, pouco tem conseguido de legisladores de propósito surdos à voz da razão e do direito. Nas conferências da Haia, em 1893 e 1894, foram propostos, em relação ao casamento de estrangeiros, os princípios seguintes:

“1.º O *direito de contrair casamento* é regulado pela *lei nacional* de cada um dos futuros cônjuges, devendo-se ter em conta, quer a lei do domicílio, quer a lei do lugar da celebração, se a lei nacional o permite. Consequentemente, salva esta reserva, para que o casamento possa ser celebrado em outro país, que não o dos dois esposos, ou de um deles, é preciso que ambos se achem nas condições previstas pela lei nacional respectiva.

“2.º A *lei do lugar da celebração* pode interdizer o casamento dos estrangeiros, que seja contrário às suas disposições concernentes aos graus de parentesco ou de afinidade, para os quais haja uma proibição absoluta; à necessidade da dissolução de um casamento anterior; à proibição absoluta de se casar, editada contra os culpados de adul-

(5). Na França, a circular de 4 de Março de 1831 estabelece o mesmo preceito (Huc, II, n. 103). Vejam-se os arts. 170-171 do Código Civil francês.

tério em razão do qual o casamento de um dos dois foi dissolvido

“3.º Os estrangeiros devem, para casarem-se, estabelecer que as condições necessárias, segundo a lei nacional, para a celebração do casamento, estão satisfeitas.

“Poderão fazer essa prova, quer por um atestado dos agentes diplomáticos ou consulares, de autoridades competentes de seus países, quer do outro modo julgado suficiente pela autoridade local, que terá, salvo convenção internacional contrária, toda liberdade de apreciação nos dois casos.

“4.º Será reconhecido por toda a parte como válido, *quanto à forma*, o casamento celebrado segundo a lei do país onde se efetuar.

“Todavia poderão os países que exigem uma celebração religiosa não reconhecer como válidos os casamentos contraídos por seus nacionais no estrangeiro, sem a observância desta prescrição.

“As disposições da lei nacional em matéria de publicação deverão ser respeitadas.

“Uma cópia autêntica do ato do casamento será transmitida às autoridades do país, a que pertencem os cônjuges.

“5.º Será, igualmente, reconhecido como válido, *quanto à forma*, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, conforme à sua legislação, se as duas partes contratantes pertencerem ao Estado de que depende a legação ou o consulado, e se a legislação do país onde o casamento for celebrado não se opuser” (6).

(6) *Clunet*, 1893, págs. 1.276-1.277; 1895, pág. 196. Relator, Mr. RENAULT, delegado francês. No mesmo *Clunet*, 1901, págs. 13 e segs., vem transcrito o *Projeto* de convenção a ser concluída entre 14 Estados da Europa, para regular os conflitos de leis em matéria de casamento. E na mesma revista, 1904, páginas 572 e segs., vem o texto da convenção celebrada.

Procurando consignar as idéias vencedoras no Congresso de Haya, sem romper com os princípios consagrados em nossa legislação

Esta quinta proposição toca em um ponto, que tem sido fertilíssimo em ilogismos, no domínio das legislações ocidentais.

A questão reduz-se ao seguinte: A maior parte dos Estados conferem, aos seus agentes consulares ou diplomáticos, a faculdade de celebrarem casamentos de seus naturais, no estrangeiro, e, às vezes, de um natural com uma alienígena. Entretanto, esse direito, que firmam para si, desconhecem para as outras nações, e recusam validade aos casamentos, que, em seus territórios, celebram, entre estrangeiros, os cônsules estrangeiros, ou outras autoridades competentes para esse ato, segundo disposições da lei estrangeira. Ainda em 1893, o tribunal do Sena sentenciava que não eram válidos, na França, os casamentos aí celebrados entre um estrangeiro e uma francesa, no interior do palácio da embaixada do país, a que pertencia o estrangeiro, por sua nacionalidade.

Atendendo, entretanto, a boa fé dos cônjuges, foi o casamento julgado putativo (7). Os repositórios de jurisprudência, de quando em vez, apresentam decisões semelhantes, variando ligeiramente as hipóteses, mas subsistindo inalterável o princípio ilógico, em que se estribam.

E' lamentavel que a proposição quinta não tenha aproveitado a oportunidade para cortar cerce esta causa de conflitos. Nem o projeto de Convenção sobre a mes-

e seguindo a orientação do Código Civil italiano, o *Projeto* primitivo estatua, nos artigos 25-26 da sua lei de Introdução: "As disposições do Código Civil brasileiro sobre os impedimentos e as formalidades preliminares do casamento são applicaveis aos estrangeiros, que se casarem no Brasil. O estrangeiro, que se quizer casar no Brasil, deverá, alem disso, provar que se acha em condições de contrair casamento, segundo a lei nacional. Esta prova far-se-á por meio de certificado, quer do agente consular ou diplomático, quer de autoridade competente de seu país, quer por outro modo julgado suficiente pela autoridade local".

(7) *Clunet*, 1893, págs. 880 e segs.; 1894, pág. 986.

ma matéria, organizado pelos congressistas de Haia, tomou orientação melhor. (8).

Nossa lei nada dispondo sobre o *ato da celebração* do casamento dos estrangeiros deixava-lhes a liberdade, que facultava, igualmente aos nacionais no estrangeiro, isto é, permitia-lhes recorrer à autoridade local ou à nacional (9). Fugiu assim ao ilogismo criticado (10).

A lei de introdução atual ao Código Civil, art. 7.º § 2.º, permite a celebração do casamento do estrangeiro, perante a autoridade diplomática ou consular do país, em que um dos contraentes seja domiciliado.

§ 21

DAS PROVAS DO CASAMENTO

O Código Civil brasileiro admite seis categorias diversas de provas, para ser legalmente determinada a existência do casamento: 1.º, certidão extraída do registro civil, para os que forem celebrados perante as autoridades

(8) *Chunet*, 1901, pág. 30: "Será reconhecido como válido, quanto à forma, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, conforme a sua legislação, se nenhum dos contraentes for cidadão do Estado onde o casamento se celebrar e se este Estado se não opuser.

(9) Contra — CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 1.426. Mas, em data de 21 de Dezembro de 1904, o ministro da justiça (*Relatório* de 1905) declarava ao das relações exteriores, que o dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 (como o Código Civil, atualmente) não se opunha a que os agentes consulares e diplomáticos da Suécia celebrassem, no Brasil, casamento entre súditos daquele país ou entre súditos de outra nação, excetuada a brasileira. Veja-se o meu *Direito internacional privado*, § 40. O Código Civil retirou dos ministros diplomáticos a faculdade de assistir, com autoridade, à celebração de casamento de brasileiros no estrangeiro.

(10) *Legislação comparada*: Código Civil francês, arts. 170-171, modificados pela lei de 29 de Novembro de 1901; italiano, artigos 100-103.

brasileiras, no país ou no estrangeiro (1); 2.º, para os contraidos anteriormente ao estabelecimento do casamento civil, a certidão extraída dos livros paroquiais; 3.º, para os celebrados perante autoridade estrangeira, as provas legais admitidas no respectivo sistema jurídico; 4.º, se assentos não tiverem sido feitos, por desleixo ou fraude do official público ou do pároco, ou quando se extraviar o livro do registro civil ou paroquial, qualquer gênero de prova convincente; 5.º, a posse do estado de casado (2) também será subsidiária, mas suficiente, em caso de contestação não convincente, e para os que morrerem durante ele, salvo provando-se que um dos pretensos cônjuges estava ainda vinculado por casamento anterior; 6.º, a sentença que julgou real a existência do casamento em uma contestação judiciária.

Comparando este sistema da lei brasileira com o aceito por legislações estranhas, notar-se-á, que se ele se conforma, ao menos parcialmente, com o de algumas legislações, contrasta, pela variedade dos meios de prova, com o de outras, como a da lei alemã de 6 de Fevereiro

(1) Arts. 202-206.

(2) *Na dúvida entre as provas pro e contra, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo matrimônio se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados (art. 206). O casamento de pessoas, que faleceram na posse do estado de casadas, não se pode contestar em prejuizo da prole comum, salvo mediante certidão do registro civil, que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o matrimônio impugnado.*

Denomina-se *posse de estado de casado* a situação, em que se acham duas pessoas, que vivem publicamente como marido e mulher, sendo como tais reputadas, geralmente, pela sociedade (Huc, *Commentaire*, II, n. 171). Vemos uma consagração da posse de estado de casado na Ord. 4, 46, § 2.º: *... provado que estiverem em casa teúda e manteúda por tanto tempo que, segundo direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente.*

de 1875, por exemplo, que só reconhece um meio de provar o casamento, que é inscrição no registro civil (artigo 1.º). Mas, sendo o registro civil uma instituição nova entre nós, era indispensável uma disposição de caráter transitório, como é a do art. 202 de nosso Código Civil, que encontra similares na lei civil portuguesa do casamento civil, art. 45, e no Código espanhol, art. 53.

Por outro lado, um extremo rigor nesta matéria poderia trazer graves embaraços, mesmo perturbações às famílias. E, por essas razões poderosas, inclinou-se a lei pátria pelo sistema dos Códigos da França e da Itália, modificando-o, porém, ligeiramente. A primeira modificação está em que aqueles Códigos só admitem a prova resultante da posse do estado de casado, quando é confirmada pelo ato da celebração, ou quando é solicitada pelos filhos que se acham, por seu turno, na posse do estado de filhos legítimos, não contraditada pelo ato de nascimento. A lei brasileira é mais benigna. À semelhança do Código Civil português, art. 1.084, considera reais os casamentos dos que falecerem na posse do estado de casados, não admitindo prova em contrário, em prejuízo dos filhos de tais pessoas, salvo provando-se por certidão extraída do registro civil ou dos livros paroquiais, que alguma delas era casada com outra pessoa. O Código espanhol, art. 54, não reproduz, a doutrina do francês, antes aproxima-se do português.

A segunda modificação ou, antes, ampliação, é a prova resultante de um processo. O Código Civil francês (art. 198) de acordo com o sistema restritivo que adotara, cogita de um processo criminal intentado contra o oficial de registro, por culpa ou dolo. O julgamento condenatório do empregado desidioso ou fraudulento, é inscrito no registro do estado civil e faz as vezes do termo que falta. Mas é possível que o registro desapareça, sem culpa do oficial a cuja guarda e direção é ele confiado; é também possível, entre nós, o desaparecimento dos assentos paro-

quiais por casos fortuitos. Como providenciar? O citado Código (francês, art. 46), prevendo a hipótese de perda, destruição ou interrupção do registro, aceita a prova por *documentos, escrituras ou testemunhas*, como faz o nosso. Porém, a lei brasileira é mais competente, estabelecendo (3) que, no caso de contestação do casamento, se as provas exibidas pró e contra a sua existência se contrabalançarem, *a dúvida será resolvida em favor do casamento*, se os cônjuges *tiverem vivido ou viverem na posse desse estado*. De onde se vê que a posse do estado de casado não aproveita exclusivamente aos mortos, como no sistema daqueles dois Códigos.

E' mais amplo, mais liberal o sistema da lei pátria, e mais consentâneo com as nossas próprias condições.

O atual Código Civil italiano admite a prova do casamento, no caso de destruição, perda ou falta, por outra causa, do registro, por outro qualquer meio (arts. 130 e 446).

No direito russo, além do registro, admitiam-se as provas por inquirição, cujo resultado se registrava, por certificados de confissão, por documentos civis de outra natureza, justificando a posse de estado de casado, e pelos efeitos produzidos pelo casamento alegado (4). Pelo atual Código soviético da família, arts. 13 a 15, o casamento se inscreve no registro dos atos do estado civil. E no caso de não poderem os cônjuges exhibir extratos do seu casamento, declaram ao oficial do registro, que são casados e essa declaração serve de base à inscrição, que, por sua vez, autoriza a certidão.

A lei argentina (art. 102 e segs.) adstringiu-se ao sistema do Código Civil francês.

(3) Cód. Civil, art. 206.

(4) LEHR, *Droit civil russe*, I, pág. 24.

§ 22

CASAMENTO NULO

Casamento nulo é o que, inquinado por algum vício essencial, não produz efeito algum, nem para os contraentes, nem para os filhos, nem para terceiros. (1). A declaração da nulidade pode ser provocada por qualquer pessoa, que tenha interesse nela, ou *ex-officio*, pelo ministério público. Considera-se como não existente e o que não existe nenhum efeito produz, segundo afirma conhecida regra jurídica. A relação sexual resultante desse casamento não passa de um concubinato. Entretanto, atendendo à boa fé dos cônjuges, pode ser ela declarada casamento putativo, beneficiando os próprios cônjuges e os filhos (2).

Os vícios, que determinam a nulidade do casamento são: o incesto, a bigamia ou poligamia, o adultério e o crime (3). Acrescente-se a essas causas de nulidade a inobservância dos preceitos legais quanto à celebração. *E' também nulo o casamento contraído perante autoridade incompetente* (arts. 192, 194, 195 e 198) (4). Os casamentos, que não forem celebrados pela autoridade competente, nem com as solenidades legais julgadas essenciais, serão radicalmente nulos. Referia-se a lei, diretamente, aos casamentos feitos segundo as prescrições religiosas. Para

(1) Cód. Civil, art. 207. V. ALMACHIO DINIZ, *Nulidades e anulações do casamento*, § 1.º.

(2) Cód. Civil, art. 221.

(3) Cód. Civil, art. 207, com referência ao art. 183, ns. I a VIII. Desses vícios ocupa-se este livro em seus §§ 12-13, números 1 a 3. Estes fatos, excetuando o incesto, constituem, igualmente figuras de crimes punidos pelo Código Penal.

(4) Cód. Civil, art. 208, que acrescenta: *esta nulidade se considerará sanada, se não se alegar dentro em dois anos da celebração.*

a lei civil, eles passavam despercebidos, não existiam. Mas o preceito era bastante amplo para abranger outros casos de autoridade incompetente.

Uma dúvida natural soergue-se ao cogitar-se no que preceitua este dispositivo. E é: terá, por ventura, força para anular os efeitos desta nulidade a boa fé dos cônjuges?

O art. 221 do Código Civil diz: *Embora anulavel, ou mesmo nulo, se contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes, como aos filhos, produz todos os efeitos civis, até o dia da sentença anulatória.*

A regra é ampla. Ainda que a autoridade seja incompetente, mas, por erro comum, esteja exercendo as funções legais, de presidência dos casamentos, a boa fé salvará a prestabilidade do ato. Não havendo esse erro comum, a nulidade será radical e a boa fé estará excluída. Por outro lado, a possibilidade do erro comum, somente se admitirá com relação à autoridade civil. Mas é claro que a lei se refere, exclusivamente, às nulidades provenientes de impedimentos matrimoniais.

O Código Civil alemão distinguiu: 1.º, a *nulidade radical*, por vício nas formalidades legais da celebração do casamento e cujos efeitos a boa fé dos contraentes não atenua; 2.º, *nulidades* por incapacidade absoluta, incesto e bigamia; 3.º, a *simples anulabilidade*, por violência, dolo, erro, insuficiência de idade e falta de autorização do representante legal daqueles a quem a lei não atribue suficiência para validamente consentirem (artigos 1.323-1.347) (5).

(5) Ver também TH. HUC, *Commentaire*, II, ns. 100, 124, 161 e 162; ENDEMANN, II, §§ 150 e 160-162; e MARTINHO GARCEZ FILHO, *op. cit.*, I, Cap. VI.

E' perfeitamente aceitavel essa classificação. Cabe, porem, fazer referênciã aos casamentos inexistentes (6).

§ 23

CASAMENTOS ANULAVEIS

O casamento é anulavel quando contraido com algum vício capaz de determinar sua ineficácia, porem, que poderá ser eliminado, restabelecida, assim a normalidade

(6) Devem considerar-se inexistentes os casamentos celebrados em fraude à lei, como os celebrados por desquitados, que se aproveitam da facilidade de leis estrangeiras, tendo consciênciã de que tais casamentos não tem validade. Haverá nesses casos meros concubinatos. Os autores tambem se referem à identidade de sexos. Não há possibilidade de casamento nessa hipótese. Haverá ocasiã de engano em casos raríssimos de hermafroditismo. Ver o meu *Código Civil comentado*, II, ao art. 207).

Se, porem, pessoas domiciliadas, no Brasil, em circunscriçã territorial diferente daquela, em que a autoridade competente, *ratione materiae*, exerce as suas funções, veem, perante ela e dentro do distrito da sua jurisdiçã, celebrar o seu casamento, o ato é indiscutivelmente válido, tendo-se sempre reconhecido que, dentro dos limites da circunscriçã territorial, onde exerce as suas atribuições, a autoridade tem competênciã para assistir aos casamentos de quaisquer pessoas legalmente habilitadas, ainda que residentes em outro distrito. E' a doutrina do aviso de 10 de Fevereiro de 1891 e a que resultava da leitura dos arts. 4.º e 5.º do dec. de 24 de Janeiro de 1890, assim como dos preceitos de nossa organizaçã político-jurídica.

O casamento celebrado perante autoridade civil sem as formalidades dos arts. 192 a 194 e 198 a 200 será radicalmente nulo, porque essas solenidades são substanciais.

Por falta ou defeito, porem, das formalidades preliminares não há motivo para ser anulado o casamento.

Vejam-se no *Direito*, vol. 94, págs. 330 a 333, um parecer do Dr. BULHÕES DE CARVALHO, em sentido contrário à doutrina aceita na presente nota. No mesmo volume, págs. 483-488, encontram-se as opiniões do Dr. COELHO RODRIGUES e do autor deste livro, que se conformam com o que aquí vai exposto.

do enlace matrimonial. São anuláveis os casamentos contraidos com infração de preceitos legais relativos à verdade e à clareza do consentimento, ao rapto, ao consentimento das pessoas, sob cujo poder e cuidado se acham os contraentes, à idade matrimonial (*Código Civil*, art. 209).

Em relação à verdade do consentimento são anuláveis:

1.º *O casamento do coacto, inclusive a raptada*, por presumir-se a extorsão da vontade. Mas, cessando a coação, moral ou física, é possível que se harmonizem as vontades; por isso a lei só ao coacto permite o direito de pedir a anulação de seu casamento. E, mesmo para ele, desaparece esse direito, decorridos dois anos contados da data da celebração do casamento. (1). A ação torna-se, então, caduca e o casamento válido, inatacavel. Este prazo é de seis meses no direito francês (Cód., art. 181) e no espanhol (Cód., art. 102); é de um mês no italiano (Código, art. 120), se houve cohabitação por um mês, depois de cessar a coação; e no argentino (lei, art. 90, § 3.º). Este último faz uma distinção digna de nota, pois determina a extinção da ação concedida ao varão coacto — no fim de três dias, depois de suprimida a violência, havendo cohabitação, e no fim de trinta dias para a mulher. A condição da cohabitação está no Código italiano, mas e distinção quanto ao sexo não se encontra aí.

2.º *O casamento do incapaz de consentir*, isto é, do alienado, do surdo-mudo, que não sabe ler nem escrever, e de outros enfermos mentais. Esta anulação só pode ser promovida: a) pelo próprio incapaz, quando recuperar a capacidade; b) por seus representantes legais, nos seis meses seguintes ao casamento; c) por seus herdeiros, até seis meses depois de sua morte, se esta verificar con-

(1) Decreto-lei n. 4.529, de 30 de Julho de 1942, que revogou o Cód. Civil, arts. 178, § 5.º, I, e 210. ALMACHIO DINIZ, *Nulidades e anulações do casamento*, § 2.º.

tinuando a incapacidade (2). A ratificação do casamento retrotrá os seus efeitos até alcançar a data em que foi celebrado (3).

Se alguém casar durante o estado de insanidade mental não manifesta, não tendo, por esse motivo, reconhecido, desde logo, a autoridade celebrante, que se achava diante de quem não podia responder satisfatoriamente se queria casar-se *por sua livre e espontânea vontade*, como pede a lei? Não obstante, o casamento será mantido, até que a ação de anulação seja proposta pelo próprio enfermo de espírito, depois de recuperado o uso da razão, ou pelos representantes legais, nos seis meses seguintes ao casamento ou pelos herdeiros depois da morte (4).

Não parece mais lógico e mais justo que seja um tal casamento julgado nulo, inexistente, por conter um vício essencial, uma irreparável mácula na ausência absoluta do consentimento? (5).

No direito canônico, era a loucura um dirimente absoluto, enquanto perdurava (6). Pelo direito francês o casamento do louco, não em lúcido intervalo, é inadmissível, é inexistente, por força do princípio — “il n’y a pas de mariage, lorsqu’il n’y a pas de consentement” (7).

(2) Cód. Civil, arts. 178, § 5.º, II, e 210.

(3) Cód. Civil, art. 211.

(4) Cód. Civil, art. 178, § 5.º, II. É digno de ser recordado que a lei brasileira permite, neste caso, a anulação do casamento, depois da morte do cônjuge incapaz; mas, no art. 208, declara, aliás, com o Código francês, art. 190, o italiano, art. 144, e lei argentina, art. 91, que a nulidade não poderá ser pedida *ex-officio*, depois da morte de um dos cônjuges.

(5) Assim o determinava o *Projeto primitivo*, arts. 247, 1.º, e 248, com apoio no direito romano, D. 23, 2, fr. 2, e no Código alemão, art. 1.325.

(6) MONTE, *Direito eclesiástico*, § 945.

(7) LAURENT, *Cours élémentaire*, I, página 219; TH. HUC, *Commentaire*, II, ns. 16-18; AUBRY et RAU, *Cours*, VII, § 451, *bis*; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES FOURCADES, III, ns. 1.691 e segs. Mas a Corte de Cassação decidiu que o casamento de um louco

Aquele que se acha em estado de alienação mental está psiquicamente impossibilitado de consentir. A lei alemã diz, semelhantemente, que o casamento pressupõe o consentimento dos esposos, donde resulta que se não podem casar validamente aqueles que a lei considera absolutamente incapazes de consentir. E não é preciso insistir neste ponto, porque esta doutrina é inteiramente elementar.

Mas, então, não é consequente a teoria dos que consideram o casamento do louco simplesmente anulavel, como fazem a lei brasileira (Cód. Civil, art. 183, IX), a argentina (art. 90, § 2.º) e o Código Civil italiano (artigo 118).

A consideração da cohabitação é, sem dúvida, de grande valor, em relação à mulher. Mas há expedientes para lenir as más consequências, que dela possam resultar, no casamento putativo, se a loucura persistir, na revalidação do ato, se houver cessação. Não vejo, porem, recurso lógico para dar como existindo o que real, visível, notoriamente não existe.

E não é de pura teoria a questão agora ventilada. Há legislações que obedeceram ao principio, por cuja intei-reza pugno. Sirva de exemplo a lei federal suíça de 24 de Dezembro de 1874, art. 51 (8).

era simplesmente nulo e não inexistente. V. PLANIOL, RIPERT et ROUAST, no vol. II do *Traité de droit civil français*, "La famille", n. 290.

(8) Aí se diz que deve ser pedida de officio (*von Amtes*) a nulidade do casamento, quando celebrado em contravenção dos preceitos do art. 28, §§ 1.º, 2.º e 3.º. Ora, justamente o § 3.º do artigo 28 da citada lei refere-se à enfermidade do espírito e à imbecilidade (*Geisteskranken und Blodsinnigen*).

O Código Civil suíço, art. 97, declara que as pessoas atacadas de moléstias mentais são absolutamente incapazes de contrair casamento, e no art. 121 determina que a ação de nulidade de casamento pode ser pedida de officio ou por qualquer interessado.

De acordo com a nossa lei estatue o direito americano (WALKER, *American law*, § 101, 2).

3.º *Quando houver erro essencial sobre a pessoa. Entenda-se erro de um dos cônjuges em relação à pessoa do outro (9). A lei encarrega-se de determinar o que devemos entender por erro essencial em relação ao casamento (10). Quatro hipóteses foram destacadas:*

a) *O que diz respeito à identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum.*

A identidade da pessoa pode ser física ou civil. Física se se refere ao indivíduo como entidade corpórea. Civil, se se trata do ser moral, considerado no modo pelo qual existe na sociedade. Mas, no estado atual da civilização, a classificação social da pessoa, apenas em casos restritos, pode ter importância para autorizar, dado o erro de um dos cônjuges, a anulação do casamento. Podemos resumir os casos de erros sobre a pessoa civil, aos que se referirem ao estado de família e ao estado religioso, completados com a honra e a boa fama, que a lei menciona, expressamente.

b) *A ignorância de crime inafiançável, anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória.*

c) *A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de por em risco a saúde do outro cônjuge, ou de sua descendência.*

A expressão — defeito físico irremediável, anterior ao casamento, sem excluir outros, refere-se, particularmente, à incapacidade *coeundi*. A esterilidade não se considera

(9) Cód. Civil, art. 218. Sobre este assunto é digno de consulta o que expende TH. HUC, *Commentaire*, II, ns. 69-84. V. mais ALMACHIO DINIZ, *Nulidade e anulação do casamento*,, pág. 73 *in fine* e sêgs.

(10) Cód. Civil, art. 219.

defeito físico, visto não constituir deformidade. Aliás não realiza também a condição de anterioridade ao casamento (11).

A gravidade da moléstia transmissível, para fundamentar, quando ignorada, a anulação do casamento, há de ser tal que ponha em risco a saúde do outro cônjuge, ou de sua descendência.

d) *O defloramento da mulher ignorado pelo marido.* A virgindade da mulher, que contrai primeira núpcias, por isso mesmo que é indício de honestidade e recato, é considerada condição essencial pressuposta para o casamento. A sua falta autoriza a anulação do casamento por parte daquele que acreditara na sua existência, e que, certamente, ficará gravemente ofendido com a verificação da realidade.

A ação para anular o casamento contraído com erro essencial sobre a pessoa extingue-se: em dez dias, no caso de que acabamos de tratar (Cód. Civil, art. 178, § 1.º), e em dois anos, nos outros casos do art. 219 (Cód. Civil, art. 178, § 7.º, I).

Somente o cônjuge enganado pôde pedir a anulação do casamento contraído com erro sobre a pessoa do outro cônjuge (Cód. Civil, art. 220).

4.º *Quando o casamento for contraído sem autorização* daquelas pessoas a quem compete dá-la, terão elas, como sanção desse direito, faculdade para promover a anulação do casamento, dentro de seis meses, o contar da época em que tiverem conhecimento dele (12). Mas, se tiverem assistido ao ato da celebração, presume a lei, sem

(11) Sobre o assunto desta incapacidade física, inaptidão para gerar ou para conceber, consultem-se: ANGIOLO FILIPPI, *Medicina legal*, § 13; LACASSAGNE, *Médecine judiciaire*, pág. 100; BROUARD, *Le mariage*, pags. 115 e segs.; LEGRAND DU SAULLE, *Traité de médecine légale*; SOUZA LIMA, *Medicina legal*, 4.ª ed., págs. 185 e segs.; AFRANIO PEIXOTO, *Medicina legal*, pág. 148 e segs.

(12) Cód. Civil, arts. 183, n. XI, 212 e 178, § 5.º, II.

admitir prova em contrário, que deram tácita aquiescência (13). Pelo direito pátrio anterior ao decreto n. 180, de 1890, não era possível essa anulação; o casamento subsistia válido, embora contraído contra expressa vontade dos pais ou tutores. Mas aqueles achavam-se munidos de um meio de fazerem valer seu direito, que, talvez, por indireto, excessivo e tardio, tinha pouca aplicação. Refiro-me à desherdação (*Ord.* 4, 88, § 1.º). Mais prudente é o sistema atual da anulação, que importaria, implicitamente, na extinção daquele outro direito de desherdação conferido pelo Código filipino, se ao Código Civil tivesse faltado a providência.

5.º *Tambem podem ser anulados os casamentos da menor de 16 anos e do menor de 18* (14). Teem direito de promover a anulação; o próprio cônjuge menor, até seis meses depois que atingir a idade legal do matrimônio; os ascendentes, os descendentes, os parentes consanguíneos e os afins dentro do segundo grau civil do contraente menor, na ordem aquí indicada, e até seis meses depois do casamento; e, no mesmo prazo, os representantes legais (15).

Se for o casamento anulado por ação de terceiro, fica salvo aos cônjuges o direito de ratificá-lo, quando atingirem à idade legal do matrimônio. Em tal hipótese, é dispensado o consentimento dos pais ou tutores, pois que a lei, conferindo aos cônjuges o direito de ratificação, não o subordina senão à condição do regime de bens, que será o da separação (16).

Para evitar imposição ou cumprimento de pena, podem casar-se menores de 18 e 16 anos; mas, neste caso, o

(13) Pelo Código Civil francês, arts. 182-183, o prazo é de um ano; pelo italiano, arts. 108-109, o lapso é de seis meses.

(14) Vide o que a propósito ficou dito no § 13.

(15) Cód. Civil, arts. 213, 178, § 5.º, III e 190.

(16) Cód. Civil, arts. 216 e 258, I.

juiz poderá ordenar a separação dos corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal (17).

E por defeito de idade não se anula o casamento de que resultou gravidez (18).

Este prazo de seis meses encontra-se, igualmente, no Código francês, arts. 184-185 e na lei argentina, art. 90, §§ 1.º, e 2.º al.

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde ainda sobrevive o velho direito costumeiro dos anglo-normandos, os impúberes, que se casam, podem também, chegando à puberdade, anular o matrimônio. Se um dos cônjuges é púbere ou nubil e o outro ainda não atingiu a idade adequada ao conúbio, mesmo ao capaz, ao que tinha a idade conveniente, é facultado o direito de desfazer o casamento, diferentemente do que estatue a lei pátria. Mas, neste caso, o autor da anulação do casamento sujeita-se a uma ação de perdas e danos (19).

A teoria da nulidade do casamento, pelo direito inglês, oferece algumas diferenças notáveis da que se vê adotada, com variantes pouco sensíveis, entre as legislações dos povos latinos. No assunto restrito de que agora me ocupo, deve-se acrescentar que se, atingida a idade legal, o menor continua a cohabitar com o outro cônjuge, não tem mais direito de propor anulação do casamento. Nem ele, nem outra qualquer pessoa, pois que, em princípio, qualquer interessado pode pedir a anulação de um casamento contraído com infração de impedimentos garantidos por essa sanção. Mas pouco importa a concepção, se ela for anterior à idade legal do casamento. Apesar dela, tanto a mulher quanto o marido podem promover a anulação do casamento, enquanto não é ultrapassado o prazo que a lei estabelece, e o filho concebido é bastardo, sem as ate-

(17) Cód. Civil, art. 214.

(18) Cód. Civil, art. 215.

(19) GLASSON, *Inst. de l'Angleterre*, VII, páginas 171-172; SMITH, *Éléments*, pág. 137.

nuações do casamento putativo que a lei inglesa mal reconhece em casos limitados e com efeitos restritos (20).

§ 24

CONSEQUÊNCIAS DA NULIDADE E DA ANULAÇÃO DO CASAMENTO

Dada a nulidade ou anulação do casamento (1), este desfaz-se, tão completamente, como se não tivesse existido, salvo algumas restrições, que a equidade impõe e a lei pátria aceita.

A simples anulação não determina a ilegitimidade do filho concebido, ou havido, antes ou na constância do casamento, que assim se desfez (2). Mas, se o caso é de nulidade, nenhum efeito subsistirá perante o direito, e os filhos serão ilegítimos. Entretanto, quer nulo, quer anulável, sendo o casamento contraído em boa fé, produzirá seus efeitos civís como se fosse válido, beneficiando, assim, não somente os filhos, como também os cônjuges. E' a esta espécie que se denomina casamento putativo, e se apenas um dos cônjuges estiver de boa fé, somente em relação a ele e aos filhos o casamento será declarado putativo (3). Aquele que estiver de má fé, ou por cuja culpa for anulado o casamento, *perderá todas as vantagens havidas*

(20) GLASSON, op. cit., pág. 175.

(1) Cód. Civil, art. 222: *A nulidade do casamento processar-se-á por ação ordinária, na qual será nomeado curador, que o defenda.* A expressão nulidade do casamento, neste artigo, abrange a nulidade propriamente dita e a anulação. Estas ações, assim como a de desquite, serão precedidas da separação de corpos, concedida pelo juiz com a possível brevidade (art. 223). A mulher, concedida a separação, poderá pedir alimentos provisionais (art. 224). V. ALMACHIO DINIZ, *Nulidade e anulações do casamento*, §§ 16 e 17.

(2) Cód. Civil, art. 217.

(3) Cód. Civil, art. 221.

do cônjuge inocente, ficando, não obstante, adstrito ao cumprimento das promessas que lhe fez no contrato antenupcial (4). Não havendo pacto, por ter sido aceito o regime legal, a consequência é a mesma. O cônjuge de má fé terá de ceder a metade dos seus bens e dos bens adquiridos pelo casal. O cônjuge inocente pode pedir ou a ineficácia absoluta do casamento em relação aos bens, ou invocar, em seu benefício, todos os efeitos oriundos do casamento válido, tais como a comunhão de bens ou a observância dos pactos antenupciais. Não lhe é, porém, permitido estabelecer distinção de validade até certo ponto e nulidade daí em diante, observância de um regime para um lado e inobservância para outro (5). A lei é clara quando estatue que o cônjuge culpado *perderá todas as vantagens, mas que ficará, não obstante, obrigado a cumprir as promessas feitas no respectivo contrato antenupcial*. E a comunhão, por ser o regime da lei, não pode achar-se em posição menos favorecida do que outras quaisquer promessas. A intenção da lei é não prejudicar o cônjuge inocente, em sua fortuna, quando o casamento naturalmente o prejudicou sob outras relações, e, ao mesmo tempo, cominar pena ao culpado.

Do casamento nulo, resulta somente um parentesco ilegítimo, seja consanguíneo, seja afim. Do anulado emana um vínculo parental legítimo em relação aos filhos; mas a afinidade será forçosamente ilegítima. Dado, porém, o casamento putativo, quer haja nulidade, quer anulabilidade, como se equipara esta hipótese à do casamento dissolvido, o parentesco é legítimo em suas duas feições, a da consanguinidade e a da afinidade (6).

(4) Cód. Civil, art. 232.

(5) MOURLON, *Répétitions écrites*, n. 703; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 339; HUC, *Commentaire*, II, ns. 159-170; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *Traité de droit civil*, n. 334; BAUDRY-LACANTINERIE et FOURCADES, III, n. 1.926.

(6) TELXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, arts. 164 e 165.

As legislações, desde o direito romano (Cód. 5, 5, 1, 4), e principalmente, por influência do canônico, teem consagrado a teoria do casamento putativo com maior ou menor latitude (7). A lei inglesa, por exemplo, é restritiva. Os efeitos do casamento putativo não vão além dos cônjuges; porem a mulher de um bígamo, ainda estando de boa fé, não pode reclamar os direitos reconhecidos às viúvas (8).

Em relação à guarda dos filhos, ainda oferece consequências apreciáveis a nulidade, ou anulação do casamento. Havendo culpa que atribuir a ambos os cônjuges, caberá à mãe a guarda dos filhos de ambos os sexos até seis anos, depois ficar-lhe-ão as filhas até ser atingida a maior idade. Ao pai restará, portanto, a guarda dos filhos do sexo masculino, desde seis anos até à maioridade (9). Chegadã essa época, obtem a pessoa a plenitude de sua capacidade civil, podendo fixar-se, onde lhe aprouver.

Havendo culpa de um dos contraentes, ao inocente cabe, exclusivamente, a guarda dos filhos de ambos os sexos (10).

Rematarei este assunto das consequências da nulidade ou anulação dos casamentos com certas práticas a respeito usadas no direito russo, anterior à República. Quando o casamento era anulado por subsistir um casamento anterior, o esposo culpado podia reatar suas relações conjugais com aquele que havia abandonado, se obtivesse o assentimento deste. Mas, se o cônjuge abandonado se recusasse a partilhar novamente a sua existência com o bígamo

(7) O Código Civil francês, arts. 201-202; italiano, 126; português, 1.091-1.092; espanhol, 69; chileno, 122; peruano, 157; lei argentina, 93, 94 e 97. A teoria desta última lei é um tanto complexa e inconsequente.

(8) GLASSON, *Inst. de l'Angleterre*, pág. 176.

(9) Cód. Civil, art. 328, combinado com o art. 326. Havendo motivos graves, poderá o juiz, a bem dos filhos, regular, por maneira diferente, a situação (art. 327).

(10) Cód. Civil, art. 226, pr.

gamo, ficava este incapaz para contrair outro consórcio, punida, assim, a sua condenável incontidência, ao passo que os dois cônjuges, que com ele se achavam ligados, tanto o segundo quanto o primeiro, eram declarados para isso desimpedidos. É certo, porém, que o primeiro cônjuge, como seu casamento era o verdadeiro, necessitava de autorização do diocesano, quando pretendesse casar-se de novo. O mesmo princípio era observado, quando um cônjuge se ausentava por cinco anos, sem dar notícias suas ao outro. Quando havia culpa da parte dos dois, a lei mantinha a primeira união e interdizia o casamento ulterior, ainda depois da viuvez (11). O Código soviético da família não manteve essas disposições.

(11) LEHR, *Droit civil russe*, I, pág. 26.

CAPÍTULO IV

DOS EFEITOS DO CASAMENTO

§ 25

EFEITOS DO CASAMENTO

São múltiplos os efeitos que decorrem do casamento validamente contraído. Destacam-se como principais: 1.º, as relações pessoais e econômicas entre os cônjuges, as quais constituem um enfeixamento de importantes direitos e deveres; 2.º, a legitimidade da união sexual e da família, que dela procede, abrangendo até os filhos nascidos anteriormente à celebração do consórcio de seus pais; 3.º, as relações pessoais e econômicas entre pais e filhos legítimos, as quais formam um grupo não menos considerável de direitos e deveres; 4.º, o parentesco, do qual defluem muitas consequências jurídicas, como os impedimentos matrimoniais já referidos, os direitos alimentares, que serão considerados mais tarde, e os direitos de sucessão legítima suficientemente vastos e importantes para, com a sucessão testamentária, formarem uma das grandes divisões do direito civil; 5.º, a emancipação dos casados.

A legitimidade da família resulta do casamento válido (1). É um fato que se impõe claro, patente em todas as suas consequências, dispensando comentários que

(1) Cód. Civil, art. 229.

as evoque. Basta afirmá-lo. Apenas a extensão de sua eficácia aos filhos comuns, havidos anteriormente ao casamento, poderá pedir uma explicação à história e um apoio às necessidades sociais. Essa explicação, porém, tem melhor cabimento, quando se estudarem as relações pessoais e econômicas entre pais e filhos. Outros efeitos do casamento, além dos acima apontados, serão considerados particularmente, nos parágrafos seguintes.

§ 26

EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES PESSOAIS ENTRE CÔNJUGES

O direito dos povos antigos, em suas remotas manifestações, consagra a incapacidade jurídica, a inferioridade doméstica e civil da mulher, embora se possam descobrir vestígios de um tempo ou de um grupo de povos, em que a família repousou, essencialmente, sobre o vínculo do parentesco feminino, e em que certa classe de mulheres gozava de alta consideração. Mas esses fatos, já foi afirmado em capítulo anterior, não nos autorizam a dar como real um estado jurídico de supremacia da mulher, o matriarcado, a ginecocracia, antecedendo, na história do gênero humano, o governo varonil, na cidade e na família.

Aquela mesma consideração especial da mulher, ao tempo em que o vínculo do parentesco só se prendia pela linha feminina, é excepcional e transitória, diminuindo e desaparecendo, quando os homens estabeleceram a família patriarcal sobre as bases da religião e do direito incipiente. O marido era, então, o pontífice do lar e a mulher lhe era hierarquicamente inferior, porque não podia exercer os ofícios da liturgia doméstica; o marido era o administrador da justiça, o representante da autoridade civil no pequeno círculo de organização social, a que per-

tencia, com a mulher e os filhos (2). “No direito persa, diz DARESTE, vê-se uma esposa legítima comparada aos pais, ao lado de tantas concubinas quantas comporta a fortuna do chefe de família, e, sobre todas, tem ele direito de vida e morte, sobre a mulher, como sobre a concubina e sobre os filhos”. No Código de Manú, lê-se que a mulher, durante sua infância, depende do pai, durante a mocidade, de seu marido, morrendo este, de seus filhos, não havendo filhos, do parente mais próximo de seu marido, porque a mulher nunca deve governar-se por seu alvedrio. É fértil este velho Código em passagens asseverantes da inferioridade feminina. “Uma virtuosa mulher, ainda que o seu marido tenha conduta reprovavel, ordena ele, deve, todavia, reverenciá-lo, constantemente, como a um deus”. O marido tem, para com a mulher, o dever de sustentá-la, ampará-la sempre, tratá-la com afeto; mas, por outro lado, extensos direitos se lhe conferem, inclusive

(2) Há, por certo, exceções, a que já se aludiu em parágrafo anterior. Recordemos um curioso caso. Quando Anibal atravessou a Gália para transpor os Alpes e cair sobre as hostes romanas assombradas, celebrou com os gauleses um tratado de paz memoravel por sua singularidade. Estipulou-se que quaisquer pendências entre gauleses e cartagineses fossem submetidas ao julgamento de mulheres da Gália. PAUSANIAS refere um fato semelhante, quando houve uma grave discórdia entre elianos e pisões. Formou-se um conselho de dezesseis mulheres, e tão a contento sentenciaram que foi julgado conveniente fundar um colégio permanente de dezesseis senhoras para presidirem aos jogos e distribuirem os prêmios (C. CANTÚ, *História Universal*, ed. reformada por Antonio Ennes, vol. III, pág. 213). Adde, quanto ao Egipto: SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, primeira parte, págs. 94-98; quanto à Babilônia e Ninive, o mesmo livro, pág. 102, e o célebre Código de Hammurabi, do qual existe uma tradução portuguesa de ALVES DE SÁ, noticiada pelo *Arquivo de Jurisprudência*, do Recife, vol. III, págs. 255-269, e outra de HERCILIO DE SOUZA, no livro *Novos direitos e velhos códigos*, págs. 117 a 159, feita esta última sobre a italiana de P. BONFANTE. Sobre esse velho Código, leia-se um extenso trabalho de TELONI, na *Rivista italiana de sociologia*, 1903, Setembro-Dezembro, págs. 516-532, e outro de E. BESTA, cit., *Rivista*, 1904, págs. 179 e segs.

o de punir (3). O direito hebraico, ao invés disso, parece já ter o germe, que havia de expandir-se no ocidente. Cerca a mulher de certa consideração, comina penas a quem a ofende, fisicamente, a quem seduz uma virgem, a quem maldiz sua mãe. Há mesmo uma tal ou qual reciprocidade de deveres entre marido e mulher, que não os distancia muito na participação do direito. Na legislação grega, reproduz-se a doutrina da indiana, como nos instrue DEMOSTHENES (3a). Na Germânia, ainda o mesmo princípio se afirmou, senão com o rigor de outros regimes, ao menos o suficiente para que a inferioridade feminina ecoasse nas páginas da lei; se a mulher formava uma associação com o marido, se era tida em alta estima no grêmio social, o marido era sempre o chefe (*Haupt*), que exercia sobre ela o complexo de direitos, a que se dava o nome de *mundium*.

Em Roma, as formas conjugais, jurídicas, dos primeiros tempos (*confarreatio, coemptio, usus*) atribuem todas, ao marido, uma autoridade extraordinária (*ma-*

(3) Entretanto, há disposições no mesmo Código que obedeceram a um espírito mais benévolo e mais galante. “Não batereis numa mulher, nem mesmo com uma flor”, é um exemplo frisante. O marido não forma, com a mulher, mais do que uma pessoa única, afirma também a lei de Manú.

No direito anamita, segundo no-lo descreve PAUL D'ENJOY (*Clunet*, 1904, págs. 92-170), o marido é o senhor absoluto da família por ele fundada, mas a primeira de suas mulheres é considerada a mulher legítima e igual ao marido, ao passo que as outras são concubinas, que devem obediência à mulher de primeira classe. Se o marido tratar a sua mulher legítima, como se fosse uma concubina, incorrerá na pena de cem bastonadas. Dentro do lar é a senhora, dirigindo os serviços e mantendo a ordem na casa.

(3-a) Alguns autores, como DARESTE, afirmam que o marido é o *kyrios* da mulher, isto é, exerce sobre ela autoridade, que não é propriamente um poder. BREUCHET, porém, sustenta que, no direito ateniense, nem sempre o marido será o *kyrios* da mulher, que exercerá a sua autoridade ao lado daquele que, anteriormente, já a possuía sobre a mulher (*Droit privé de la Rép. athénienne*, I, página 214 e segs.).

nus) (4) sobre a mulher, que era tida como filha do marido, podendo ser por ele julgada e punida (5), sob a garantia única, em casos graves, do conselho dos parentes, e nada lhe sendo permitido adquirir, nem possuir como próprio.

Com a introdução dos casamentos livres, *sine manus conventionem*, bem que se mantivesse ainda o direito de morte, decretado pelo *judicium domesticum*, para as culpas mais graves, como o adultério, a magia, o homicídio, a falsificação das chaves, a embriaguez, e mesmo o direito de morte *sine judicio*, no caso de adultério *in flagranti*, contudo a condição econômica da mulher transformou-se de modo completo, pois que os seus bens não passaram mais para o patrimônio do marido, criando-se, então, o regime dotal; e dessa condição econômica resultaram consequências notáveis, tendentes a erguer a individualidade da mulher na família. O progresso da cultura humana assinalou à mulher uma posição mais vantajosa no lar doméstico, cercanda-a de direitos e impondo-lhe obrigações, visando consolidar e enobrecer a sociedade familiar. Demais, no período clássico do direito romano, já participa a mulher

(4) A palavra *manus*, em direito romano, indica visivelmente, como lembra JEHRING, *Esprit du droit romain*, I, pág. 115, a força física efetiva, criando uma soma de poderes, de onde surgiu o direito primitivo. No tempo do direito meramente familiar, é provável que significasse o poder de cada chefe em frente a outro. No *jus quiritium*, porém, já se ostenta, diz-nos CARLE, como uma "concepção jurídica e abstrata, que compreende o complexo dos poderes pertencentes a uma pessoa, na sua qualidade de quirite". (*Origine del diritto romano*, pág. 247). Restringiu-se esse conjunto de direitos para designar somente um poder particular, a que se achavam submetidas as mulheres (GAIO, I, § 108). Finalmente, caiu em desuso a *manus* e ao tempo de JUSTINIANO, já não existe mais.

(5) As Ords. filipinas, 5, 36, ainda concediam, ao marido, o direito de castigar a mulher; mas esse uso "tão repugnante à dignidade humana", segundo se expressa LAFAYETTE, abolido pelo Código Criminal brasileiro de 1830, desaparecera dos costumes do país, desde muito.

legítima das honras e da condição social do marido, e nisto difere da concubina. Ilude-nos o rigor do direito na inflexibilidade de sua letra, segundo veio até nós. A mulher era a companheira do marido. Os costumes, a religião, a vida agrícola, dizem os escritores, fizeram, da família, em Roma, um frouxelado ninho de paz, de afetos e de nobres virtudes, ao menos nos tempos áureos da vida romana (6).

§ 27

ESTADO ATUAL DAS RELAÇÕES PESSOAIS ENTRE CÔNJUGES

Para maior clareza e mais fácil compreensão das relações pessoais entre os cônjuges, tais como se refletem nas leis pátrias e estrangeiras, serão elas distribuída em três categorias.

I

Direitos e deveres comuns a ambos os cônjuges. Os deveres comuns são: a) de fidelidade recíproca; b) de convivência perpétua, salvo se, pela autoridade competente, foi concedida a separação; c) de mútua assistência

(6) Vide JHERING, *Esprit du droit romain*, II, § 37; PADELLETTI e COGLIOLO, *Storia*, cap. XIII e pág. 175, nota d; ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 154. Mesmo com a separação dos bens, referem alguns historiadores que os patrimônios dos cônjuges eram utilizados como se fossem comuns, não se traduzindo, geralmente, na vida conjugal, o egoísmo do direito: *nihil conspiciebatur in domo dividuum*. Quanto ao respeito e afeto que às suas consortes tributavam os homens, atestam-nos as inscrições tumulares, num laconismo elevado e doce, que bem traduz a cálida emotividade daqueles puros latinos. Eis aqui alguns exemplos: *Jucunda suis, omnibus officiosa; — frugi, bona, pudica; — amantiissima suis, fide maxima, pia.*

(D. 24, 3, fr. 22, § 7.º); *d) de sustento, guarda e educação dos filhos* (1).

De deveres comuns e recíprocos resultam direitos igualmente recíprocos, contidos, aliás, na mesma idéia e noção. Inútil é, portanto, alongar considerações a respeito.

II

Direitos especiais do marido. Por nossa legislação, os direitos que competem, particularmente, ao marido, são: *a) a representação legal da família; b) a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado ou do pacto antenupcial; c) o direito de fixar e mudar o domicílio da família. Compete-lhe mais: prover à manutenção da família* (1).

A administração do marido é a mais ampla em relação aos moveis do casal, podendo validamente obrigá-los, aliená-los, e por causa deles estar em juízo como autor ou como réu, por direito próprio. Não obstante, a lei não quis que esse poder, por ilimitado, degenerasse em abusivo. Assim é que, sem consentimento da mulher, qualquer que seja o regime dos bens, *não pode prestar fiança, nem fazer doação, não sendo remuneratória, ou de pequeno*

(1) Cód. Civil, art. 231. Estes direitos e deveres comuns a ambos os cônjuges pouco discrepam nas legislações ocidentais. Vejam-se o Código Civil francês, arts. 212-214; português, art. 1.184; suíço, 159; italiano, art. 141; espanhol, art. 56; lei argentina, artigos 55, 56 e 58; Código báltico, art. 7.º; chileno, art. 131; uruguaio, arts. 127-129; mexicano, arts. 169 e segs. e boliviano, artigo 129.

O Código soviético, art. 104 declara: "a mudança de residência de um dos cônjuges não cria para o outro a obrigação de segui-lo".

(1) Cód. Civil, art. 233. Disposição previgente do Código Civil peruano, art. 166: Quando o marido não cumpre o dever, que lhe impõe o art. 164 (ministrar o sustento da mulher e da família) o juiz poderá ordenar aos devedores do marido e da sociedade conjugal que façam os seus pagamentos à mulher.

valor, com os bens ou rendimentos comuns (2). Valem, porém, os dotes ou doações nupciais feitos às filhas e as doações feitas aos filhos, por ocasião de se casarem, ou estabelecerem economia separada (3).

Em relação aos imóveis, o direito pátrio cercou a administração do marido de maiores restrições, justificáveis, certamente, como um meio de evitar que seus desmandos levassem de rojo todos os haveres, amassados à custa de penosos labores por seus antepassados ou pelos da mulher, e cujo natural destino é servir de sustentáculo à família, no presente, e de amparo, no futuro. A mulher tem de intervir, por sua autorização, qualquer que seja o regime do casamento, todas as vezes que o marido pretender alienar, hipotecar ou gravar de onus real, bens imóveis ou direitos reais sobre bens alheios, sejam do casal, sejam próprios. Também não pode pleitear como autor ou réu, a respeito desses bens (4).

A falta de consentimento invalida o ato; e a mulher, ou seus herdeiros, poderá reivindicar os bens para cuja

(2) Cód. Civil, art. 235, III e IV.

(3) Cód. Civil, art. 236.

A mulher tem direito de anular as fianças e doações feitas pelo marido, sem a sua outorga (Cód. Civil, art. 248, III).

Se a doação é feita à concubina, ainda que disfarçada em alienação onerosa, a mulher meeira tem direito de reivindicar os bens doados, sejam moveis ou imóveis (Cód. Civil, art. 248, IV).

(4) Cód. Civil, art. 235, I e II. A origem histórica dessa autorização ver-se-á quando for estudada a história da comunhão de bens. Alguns juristas prendem-na a velhas usanças concernentes ao culto dos penates. E' uma parte da verdade, é um fundamento mais remoto.

O consentimento da mulher devia provar-se por escritura pública, opinavam T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 121, e CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 1.473. LAFAYETTE, sustentava doutrina diferente (*Dir. de família*, pág. 71). "O consentimento deve ser por escritura pública ou particular, dizia ele, seguindo a espécie do instrumento, que o ato exigir".

Prevaleceu a sua doutrina, no Código Civil, por aplicação dos arts. 243 e 252, § único, e 132, que estabelece regra geral.

alienação não haja concorrido (5). Mas, como é justamente um direito em proteção e favor da mulher, po-lo-á por obra ou não, segundo parecer-lhe mais conveniente; e, se der o seu consentimento depois de efetuado o ato alienatório, este se revalidará como se fora sem vício, desde o primeiro momento (6).

Da recusa do consentimento da mulher tem o marido recurso para a autoridade judiciária, que, ouvidas as razões de ambos os lados, confirmará a recusa ou dar-lhe-á suprimento, seja para alguma alienação a operar, seja para algum litígio a propor. O mesmo processo terá lugar, quando à mulher for impossível dar consentimento (7).

Estacionando um momento neste ponto, e antes de prosseguir no desenvolvimento ulterior das relações pessoais entre os cônjuges, lancemos um ligeiro olhar sobre as legislações, a ver com que feição modelaram elas esses direitos de marido, de que se ocupa este parágrafo.

São amplos, no direito francês, os poderes do marido. A síntese que deles faz o art. 213 do *Code Civil* (8) é própria a dar-lhes um cunho de maior rigorismo do que, em verdade, comportam as idéias atuais, que devem ir produzindo benéfica erosão sobre as fragosidades ásperas

(5) Cód. Civil, art. 239.

(6) LAFAYETTE, op. cit., § 39; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 121, nota 14; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 233-234. Anulada a alienação por ausência de outorga da mulher, o marido responde, individualmente, pelos prejuízos causados ao adquirente, na medida da vantagem que tenha colhido, ou que tenha proporcionado, seja ao casal, seja à mulher. Se o marido não tiver bens particulares, que bastem, o dano aos terceiros de boa fé se comporá pelos comuns, na razão do proveito, que lucrar o casal (Cód. Civil, artigo 255).

(7) Cód. Civil, art. 237. LAFAYETTE, op. cit., § 39; COELHO DA ROCHA, op. cit., § 233.

O suprimento judicial da outorga autoriza o ato do marido, mas não obriga os bens próprios da mulher (Cód. Civil, art. 238).

(8) Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari.

dos códigos que se avelhantam. Ao passo que, em nosso direito, a superioridade marital desapareceu da lei, dos costumes, da vida real, o Código Civil francês, sem nomeá-lo com todas as sílabas, mantém-na, em rústica dureza, quando afirma, no art. cit.: “o marido deve proteção à mulher e esta *obediência* a seu marido”, como que procurando acentuar a relação de subordinação perpétua em que esta se acha. Se o Código italiano deixou em silêncio a segunda parte do trecho transcrito (9) não a esqueceram os de Portugal, art. 1.185, de Espanha, art. 57, da Rússia monárquica, arts. 107 e 108 (10), das províncias bálticas, art. 8.º.

“A mulher é obrigada a habitar com o marido e a segui-lo para onde ele julgar conveniente residir”, diz ainda o Cód. Civil. francês, art. 214 e sua doutrina, que, aliás nada tem de anormal, é reproduzida pelo italiano, art. 142, espanhol, 38, português, 1.196, e lei argentina, 58. Mas, a não ser o italiano, todos esses sistemas de leis oferecem abrandamentos ao rigor da regra geral. Quando há perigo de vida na execução desse dever, necessário será escusar

(9) Art. 142: Il marito è il capo della famiglia; la moglie segue la condizione civile di lui ne assume il cognome e è obbligata ad accompagnarlo dovunque egli crede opportuno de fissar la sua residenza. Art. 143. Il marito ha il dovere di proteggere la moglie, di tenerla presso di se, e sumministrarle tutto ciò, che è necessário ai bisogni della vita in proporzione delle sue sostanze.

O Código Civil do Perú assim dispõe: El marido dirige la sociedad conjugal. La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad comun y tiene el derecho. y el deber de atender personalmente el hogar (art. 161).

(10) LEHR, *Droit civil russe*, diz-nos que os direitos maritais eram bem acentuados na legislação russa, embora por ela, como pela germânica, seja tida a mulher como sócia (*Genosin*), e apesar do que aconselha o art. 106 do antigo Código Civil russo: “O marido deve amar a mulher como sua própria carne, viver com ela em bom acordo, honrá-la, defendê-la, desculpar suas faltas, mitigar suas dores” (Pág. 38).

O Código atual não contém essas exortações cavalheirescas.

a mulher de cumprí-lo, como preceituava o Código Civil de Zurich, art. 585, e preceituam o do Chile, art. 133 e a lei argentina, art. 58, *in fine*. A retirada do marido para o estrangeiro é também, na Espanha, em Portugal, e no México, escusa legítima (Cód. port., art. 1.186, esp., art. 58, mexicano, 163, *in fine*).

A jurisprudência francesa, porem, com o apoio de que não se deparam exceções àquele preceito, no Código napoleônico, tem facultado aos maridos a requisição da força pública afim de constrangerem a mulher a manter-se sob o teto conjugal. E' uma desastrosa confusão de idéias. Como bem observa LAURENT, a sanção única do dever de cohabitação, tanto para a mulher quanto para o marido, é o pedido de divórcio (11) com ou sem dissolução do vínculo matrimonial, segundo o sistema preferido pela legislação do país, onde a desharmonia doméstica se dá. E' incompatível com a natureza das relações conjugais esse constrangimento pela força; e é pasmoso que a espíritos cultos não tenha repugnado apresentá-lo como emanção direta da lei, na atualidade. O Código Civil de Zurich expressamente o rejeitava, e nisso é apoiado pelo voto dos civilistas.

Volvamos os olhos, um instante, para o direito de administração, conferido ao marido, direito que, embora de manifestação econômica, tem uma base essencialmente pessoal. E eis por que aquí teve entrada. E' certo que os poderes de administração conferidos ao marido variam com os regimes de bens e somente poderão ser bem apre-

(11) *Cours élémentaire*, I, n. 201; TH. HUC, *Commentaire*, II, ns. 238 e 239; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, *Droit civil français*, II, n. 372. Informam estes últimos autores que, desde 1884, a jurisprudência se inclinou a não admitir o constrangimento *manu militari*, para forçar a regressar à casa do marido, meio, que eles, repetidamente, qualificam de brutal e repugnante à consciência moderna. Dão, porem, notícia de que, ainda recentemente, em 1920, arestos houve, autorizando a mulher a recorrer à força pública afim de constranger o marido a recebê-la.

ciados, quando forem estes expostos; mas há uma parte fundamental, que se mantém sempre, apesar dessas variações.

O direito francês concede ao marido, no regime da comunhão, o direito de dispor, livremente, sem *concurso da mulher* (art. 1.421), de todos os bens comuns, se o faz a título oneroso, e com responsabilidade, se o faz a título gratuito (12). No mesmo sentido o Código italiano, art. 1.438. O espanhol, art. 59, o chileno, art. 135, o uruguaio, art. 132 e o peruano, art. 180, atribuem, exclusivamente, ao marido, a administração dos bens da sociedade conjugal. O que caracteriza estes sistemas, é, salvo exceções, a dispensa de outorga da mulher para as alienações dos imóveis, que nossa legislação exige (13). Mas outros sistemas encontram-se, em que também se faz sentir essa doutrina afagada pelo direito pátrio.

O direito português vigente prescreve, para a administração do marido, as mesmas restrições que foram indicadas quando tratamos do direito pátrio, não tendo o Código Civil alterado, de modo sensível, o direito pre-existente. Acrescentou, simplesmente, que, se o marido alienar bens imobiliários, que lhe sejam próprios, sem outorga, da mulher, só se poderão anular tais alienações, “achando-se o marido constituido em obrigação para com os herdeiros dela, e não tendo outros bens pelos quais responda”. (Cód. Civil, art. 1.191, § 2.º). A lei de 25 de Dezembro de 1910 ergueu mais alto a condição moral da mulher, dizendo: “A sociedade conjugal baseia-se na li-

(12) Não pode, porem, dispor entre vivos a título gratuito dos imóveis da comunhão, nem da universalidade, nem de uma quota parte dos moveis, a não ser para o estabelecimento dos filhos comuns (art. 1.422).

(13) O Código Civil mexicano atual autoriza o marido e a mulher maiores, a administrarem e disporem, livremente, dos seus bens próprios, sem necessidade de consentimento um do outro, salvo estipulação em contrário, nas capitulações matrimoniais, quanto à administração dos bens (art. 172).

berdade e na igualdade, incumbindo, ao marido, especialmente, a obrigação de defender a pessoa e os bens da mulher e dos filhos, e à mulher, principalmente, o governo doméstico e uma assistência moral tendente a fortalecer e aperfeiçoar a unidade familiar". No direito alemão, depara-se, igualmente, com a necessidade do consentimento da mulher para a alienação dos imóveis e a responsabilidade do marido pelas doações unilaterais, porem, somente, entende-se, quando o regime dos bens for a comunhão (14). A lei de Basileá — campo, exigia, também a autorização formal para alienações e onus de imóveis, com recurso para o conselho comunal e tribunal superior. Pelo Código de Zurich, o marido era o administrador dos bens da mulher e devia representá-la nos atos judiciais e extrajudiciais. Quanto aos bens, ele era um tutor (artigo 580). Os imóveis da mulher, porem, somente podiam ser alienados com a sua outorga (art. 591). Em certos casos, alem do consentimento da mulher, era necessário o de um tutor nomeado *ad hoc*. Era assim, por exemplo, quando a alienação recaía sobre imóvel de que ela tinha somente a nua propriedade (art. 592). O marido tinha direito de uso e gozo sobre todos os bens da mulher, salvo os reservados, expressamente, pelo contrato (*Sondergut*) ou pelo uso, como as suas economias e as doações do marido a título de afinetes (*Spargut*) (arts. 593-597). Cessava o direito de usufruto, se o marido não provia ao sustento da família, podendo até ser-lhe retirada a tutela marital, passando a mulher, com sua fortuna, para a tutela pública (art. 594). Estas últimas disposições já se acham em atinência com a incapacidade da mulher casada, que será enfrentada em parágrafo posterior.

O Código Civil suíço atribue ao marido a administração dos bens matrimoniais; porem, não pode dispor

(14) Cód. Civil, arts. 1.444-1.445. Ver-se-ão melhor os matizes do direito alemão nos §§ 35 a 40.

dos bens trazidos ou adquiridos pela mulher, sem o consentimento dela (arts. 200-202).

Nos Estados Unidos, como na Inglaterra, com a preferência dada, ultimamente, à separação e independência dos patrimônios, a liberdade plena ou restrita da administração do marido, que agora se examina, perdeu o interesse. Mas, na União norte-americana, é bem certo que a uniformidade está muito longe do ser um atributo das legislações civis. À par da independência, está a submissão dos velhos tempos de rigor. Ainda em 1891, as Câmaras legislativas da Califórnia votaram uma lei relativa aos poderes de administração do marido, no regime da comunhão, os quais foram conservados com grande latitude. O direito de disposição, a não ser por testamento, é livre, como se os bens fossem próprios. Entretanto, as alienações que não forem a título oneroso (*without a valuable consideration*) necessitam, para sua validade, que a mulher dê o seu consentimento por escrito (15).

Na Alemanha, variam consideravelmente os sistemas reguladores dos direitos do marido, mesmo se o regime é o da comunhão de bens; mas, pelo regime legal, esses poderes são muito estensos, sem, contudo, aniquilar os direitos da mulher.

III

Direitos especiais da mulher. Se aos direitos do marido correspondem deveres da mulher, esta, por seu lado, é também um foco, de onde se irradiam direitos, que visam assegurar o seu bem estar e a sua dignidade na vida conjugal. Como direitos próprios da mulher, reconhece a nossa lei os seguintes: a) *usar do nome de família do marido e gozar das honras e direitos, que se lhe possam co-*

(15) *Annuaire de législation étrangère*, 1891, pág. 130.

municar; exigir do marido sustento e defesa para a sua a sua pessoa e para os seus bens (16).

Ae legislações dos povos ocidentais mantem todas, sem discrepância, os dois grupos de direitos, que acabam de ser indicados. Na variedade possível da linguagem, mantem-se a unidade substancial dos princípios. Pode-se fazer apenas uma exceção para o direito alemão. E' certo que, desde o tempo de Tácito, os cônjuges se consideram, pelo direito germânico, associados com direito iguais, dada ao marido a preponderância natural, que lhe cabe como chefe da sociedade doméstica e representante da família. Por isso mesmo, a mulher, se tem o dever de acompanhá-lo, participa de seu nome e estado. O Código Civil não reconhece, no círculo do direito privado, distinção entre marido e mulher para considerar o primeiro superior à segunda. São sócios com direitos iguais (17). Mas, se o casamento é feito segundo a lei sálica ou morganática, deixa a mulher de ter direito ao nome e à posição do marido, sendo-lhe, apenas, consignada uma diminuta quota nos bens dele (18).

(16) Cód. Civil, art. 240, diz: "*A mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família.* E o art. 233, põe a cargo do marido a manutenção da família, cabendo à mulher, no regime de separação de bens, a obrigação de contribuir com os rendimentos dos seus haveres na proporção do seu valor, relativamente aos do marido.

(17) ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 150.

(18) GERBER, *System.*, § 224. ROTH faz notar, fundado no art. 72 da lei de 6 de Fevereiro de 1875, que esses casamentos somente se permitiam às famílias soberanas e à família Hohenzollern (*System*, II, § 91, nota 4). ENDEMANN, que escreveu já no domínio do Código Civil, não acha razão em ROTH, quando este restringe o casamento da mão esquerda às famílias dos soberanos. Em face dos arts. 57-58, da lei de Introdução, que manteve o privilégio das famílias reinantes e dos nobres, era possível para umas e outras o casamento morganático. (*Einfuehrung*, II, § 150, 3 e notas 16-17). Com a República desapareceu esse privilégio.

Ainda cabe à mulher: c) *desobrigar ou reivindicar os bens de raiz gravados ou alienados, sem sua autorização ou suprimento do juiz* (19). Esse direito nasce da exigência que faz nossa lei da outorga da mulher, para a alienação de bens imóveis, no que está de acordo, segundo foi visto neste mesmo parágrafo, com algumas outras legislações, e em desacordo também com outras, como a francesa, a espanhola, a argentina.

A ação da mulher prescreve em quatro anos (20).

d) *Anular as fianças ou doações feitas pelo marido sem a sua outorga* (21); e) *Rehaver, para si, independentemente de indenização, as coisas moveis ou imóveis comuns doadas ou alienadas pelo marido à concubina* (22). Para esta ação como para as indicadas nas letras c e d, prescinde ela de autorização marital. Morto o marido, ou havendo separação por desquite, a ação deve ser proposta dentro de quatro anos depois desse acontecimento. Se falece a mulher antes do marido, aos seus herdeiros passa o direito de demandar, perdurando, igualmente, até quatro anos após o falecimento. Em direito francês, italiano, alemão e outros, as disposições a título gratuito, dos bens comuns são, em geral, vedadas ao marido. Não se encontra aí, porém, um princípio equivalente ao do direito pátrio.

f) *Anular a doação feita pelo marido à sua cúmplice de adultério* (23).

(19) Cód. Civil, art. 248, II. Para o direito anterior: Ord. 4, 48, § 2.º; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 1.483, § 1.º, letra c.

(20) Cód. Civil, art. 178, § 9, I, a.

(21) Cód. Civil, art. 248, III. A prescrição é de quatro anos (Cód. cit., art. 178, § 9, I, b).

(22) Cód. Civil, art. 248, IV. Também de quatro anos é a prescrição (Cód. cit., art. 178, § 9, I, c).

(23) Cód. Civil, arts. 1.177 e 178, § 7, VI. Prescrição de dois anos. O mesmo direito cabe ao marido, quando a doadora é a mulher.

g) Exercer o direito, que lhe competir sobre as pessoas dos filhos do leito anterior (24).

h) Dispor dos bens que lhe forem doados ou deixados sob a condição de ficarem sob sua livre disposição, e administrar, onerar, alienar aqueles que, por pactos antenupcial, lhe ficarem reservados com essa cláusula, que dispensa a autorização marital, assim como os adquiridos na conformidade (25) da letra e.

i) Propor ação de nulidade ou anulação de casamento e desquite; pedir os alimentos; provisionais, que o direito lhe assegura; fazer testamento; promover os meios assecuratórios e as ações garantidoras dos seus direitos (26).

j) A mulher, que exerce profissão lucrativa, tem direito a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor, livremente, do produto do seu trabalho (27).

k) A mulher considera-se outorgada: para comprar, ainda a crédito, das coisas necessárias à economia doméstica; para obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir; para contrair as obrigações concernentes à indústria, ou profissão, que exercer (28).

(24) Cód. Civil, art. 248, I.

(25) Cód. Civil, art. 248, V. Para alienar ou gravar imóveis é sempre necessária a outorga marital.

(26) Cód. Civil, art. 248, VI a X.

(27) Cód. Civil, art. 246.

(28) Cód. Civil, art. 247. Para receber o que lhe for devido por pensão, meio-soldo ou montepio, assim como para constituir e retirar depósitos nas Caixas econômicas federais a mulher não necessita de exhibir autorização do marido.

§ 28

INCAPACIDADE DA MULHER CASADA

Do que ficou afirmado em relação aos direitos especiais do marido, já se pode concluir a situação jurídica da mulher casada. Agora, é conveniente acentuar as linhas do quadro e mostrar como, perante o maior número das legislações vigentes, a liberdade de disposição de sua pessoa e bens lhe é parcimoniosamente concedida, investido o marido de uma certa autoridade ou tutela sobre sua consorte. Aliás, em face do Código Civil brasileiro, apesar do seu artigo 6, II, não podemos afirmar que a mulher casada sofra incapacidade civil. Que muito influe para a permanência da sua situação em outros regimes a poderosa ação do passado, que, infiltrada nos costumes, dificilmente se erradicará, é incontestável. Que o futuro trará modificações razoáveis a esse regime de caturrice, estou convencido, sem aliás pensar numa emancipação incompatível com o recato e os melindres próprios do sexo feminino. Mais belas estrofes do que essas que o lapidário dos *Emaux et Camées* ouviu cantar num "belo corpo", ressumam do pudor e do resguardo, em que a civilização abriga a mulher das brutalidades do conflito vital.

Outrora, a mulher era incapaz, simplesmente, em razão do sexo. E persistem dessas formas antiquadas da civilização incrustações bem firmes ainda, em algumas legislações.

Atualmente, a mulher goza de capacidade civil a par do homem. Porém, casando-se, sofre limitações na sua capacidade civil (como, aliás, também sofre o homem), para recobrar a inteireza de sua personalidade, quando se quebra o vínculo matrimonial ou, sequer, se afrouxa pelo divórcio canônico (1). É que, em muitas legislações, pro-

(1) Veja-se ARTHUR ORLANDO, *Ensaios de crítica*, Recife, 1904, pag. 49. Cita ele uma observação de THULIÉ, que merece ser lem-

cede da autoridade marital a incapacidade com que o direito civil fere a mulher casada. Mas é sempre bom recordar que há nessa incapacidade da mulher muito de proteção e desvelo tutelar.

Segundo o direito constante do nosso Código Civil, a mulher casada não poderá: 1.º, alienar ou gravar de onus real os imóveis do seu domínio particular (aliás também não pode o marido), assim como direitos reais sobre imóveis de outrem; 2.º, aceitar ou repudiar herança ou legado; 3.º, aceitar tutela ou curatela; 4.º, litigar em juízo, a não ser nos casos indicados no § anterior, letras *c, d, e, f, g, h, i, j*; 5.º, exercer profissão e contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal; 6.º, aceitar mandato (1-a).

Como lhe cabe a direção interna dos negócios domésticos, com tal ou qual amplitude, constituia costume aceito, valendo por direito, hoje expresso em lei, que ela está autorizada a comprar os objetos, que pertencem à economia do lar, ainda que os adquira por crédito (2).

A autorização do marido pode ser geral ou especial e constar de instrumento público ou particular autêntico (2-a).

Quando a marido, por capricho ou dolo, recusa autorização a um ato necessário, conveniente, pode a mulher

brada: "é no momento em que ela (a mulher) devia entrar no seu apogeu de grandeza e dignidade, é quando ela desempenha o maior dos deveres humanos, vai ser mãe, consagrando sua vida a perpetuar a espécie, que é amesquinhada". Por isso o *Projeto* primitivo recusou-se a incluir a mulher casada na classe dos incapazes. E se o Código Civil a incluiu entre as pessoas relativamente incapazes, do conjunto das suas disposições ressalta a impropriedade dessa classificação, e como se vê, especialmente, do parágrafo anterior.

(1-a) Cód. Civil, art. 242.

(2) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 42; *Projeto*, art. 253; Cód. Civil, art. 247.

(2-a) Cód. Civil, art. 243. Esta autorização é revogável, respeitadas os direitos de terceiro e os efeitos necessários dos atos iniciados (244).

recorrer dele para o juiz. Se se trata de fazer valer direito, que a lei, expressamente, confere à mulher, como nas hipóteses de pretender ela reaver imóveis alienados sem sua outorga, ou os bens dotais ou os de sua exclusiva propriedade, ilegalmente alienados, de requerer a inscrição da hipoteca sobre imóveis do marido, para garantia do seu dote e bens parafernais, e em outras análogas, a autorização é dispensada, como se viu no parágrafo anterior. Nos casos, porém, mencionados acima, a autorização é necessária, mas pode ser suprida pelo juiz. O Código Civil estabelece a seguinte distinção: o juiz concede autorização, nos casos do art. 242, I a V, se lhe parecer justo, e nos casos dos ns. VII e VIII, se o marido não ministrar subsistência à mulher e aos filhos (3).

Esta distinção perdera a razão de ser com a Constituição de 1934, que, no art. 113, n. 1, determinou não haver distinção por motivo de sexo, em face da lei. A Constituição atual diz apenas que todos são iguais perante a lei, como preceituava a de 1891, na vigência da qual foi publicado o Código Civil. Entendo, por isso, que ficaram restaurados os dispositivos deste, na parte agora examinada.

A mulher assume a plena direção do casal, quando o marido se acha em lugar remoto ou não sabido; está encarcerado por mais de dois anos; ou é declarado interdito. Nestes casos, cabe-lhe administrar os bens comuns e os próprios do marido; dispor dos seus e dos moveis tanto comuns quanto do marido; alienar os moveis comuns e os do marido. Somente para a alienação dos imóveis comuns ou do marido é que necessita de autorização do juiz. Para os outros atos de gestão e disposição, procede livremente (4).

(3) Cód. Civil, art. 245. LAFAYETTE, op. cit., § 44, destaca, para exemplificação, vários casos. Adde: CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 1.483, § 1.º.

(4) Cód. Civil, art. 251. Provisão semelhante no Cód. Civil do Perú; art. 174.

A mulher comerciante pratica todos os atos relativos a seu comércio, sem que tenha necessidade da intervenção do marido, nem do juiz, não podendo, porem, alhear o seu dote, revogada a segunda parte do art. 27 do Código Commercial (5).

Os atos praticados sem permissão marital ou judiciária, quando é exigida essa formalidade, são anuláveis. Ao marido e aos seus herdeiros, cabe ação para demandarem essa anulação. Se, porem, o ato é relativo aos bens incomunicáveis da mulher, é óbvio, como já observava LAFAYETTE (6), que o direito de anulá-lo não passará aos herdeiros do marido.

A autorização deve preceder o ato, mas vindo posteriormente tem força para revalidá-lo. Quer, porem, o Código que seja expressa em instrumento público ou particular (6-a).

O Código Civil francês, arts. 215 a 226, mantem feição restritiva à capacidade civil da mulher casada.

O alemão somente restringe a capacidade civil da mulher casada quanto ao direito de dispor dos bens comuns e de estar em juízo a respeito desses bens (7). O suíço, embora conceda à mulher, juntamente com o marido, a representação da sociedade conjugal, no que respeita às necessidades correntes da vida doméstica (art. 163), confere ao marido o direito de retirar esses poderes da mulher (artigo 164). Se lhe permite estar em juízo, impõe-lhe o marido como procurador (168). Para o exercício de uma pro-

(5) Cód. Civil, arts. 246 e 293; VAMPRE, *Direito comercial*, I, pág. 123; ACHILLES BEVILAQUA, *Código Commercial*, nota 13 ao art. 27; CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de Direito Commercial*, VI, primeira parte, n. 38.

(6) LAFAYETTE, op. cit., § 49. Faltaria interesse para fundamentar a ação.

(6-a) Cód. Civil, art. 252, § único.

(7) Na vida conjugal, o homem e a mulher são associados com direitos iguais, e a direção do lar é direito seu. (E' o *Schlueselgewalt*). Vejam-se os arts. 1.354 a 1.358 do Código Civil.

fissão ou indústria, necessita do consentimento do marido (167). O mexicano colôca o marido e a mulher em posição igual no lar; em caso de divergirem no que concerne à educação dos filhos e à administração dos bens destes, providenciará o juiz (art. 167). Os trabalhos do lar estão a cargo da mulher (168). A mulher poderá exercer qualquer emprego, indústria ou profissão, que não prejudique a sua missão no lar (art. 169). Se o marido, que subvencione as necessidades da família, a isso se opuser, fundado em causas graves, o juiz resolverá (arts. 170 e 171). Para contratar com o marido, a mulher necessita de autorização judicial, salvo para conferir-lhe mandato (art. 174).

Outras legislações assinalam tendência acentuada a dar franquias à mulher casada, alargando o círculo de sua capacidade, sem, contudo, afastar a intervenção marital. Citarei deste grupo, a lei norueguesa, de 20 de Junho de 1888. Esta lei, no art. 11, diz: "A mulher casada tem a mesma capacidade que a solteira e pode dispor de seus bens, com as restrições, que na presente lei se estabelecem".

A *common law* inglesa eliminara de modo absoluto a personalidade jurídica da mulher casada, que ficava absorvida na de seu marido. Até por crimes dela respondia ele. De 1870 a esta parte, tem-se operado, no direito inglês, um forte movimento feminista, que já forçou as portas de gonzos perros da legislação, hasteando alí o rubro estandarte da lei de 18 de Agosto de 1882. Estando no fundo escuro do vale, onde se projetavam espessas as trevas da idade média, o direito inglês, de um jato, por assim dizer, galgou o cimo da montanha. Segundo o novíssimo direito inglês, "a mulher pode realizar por si, livremente, todos os atos da vida civil", diz-nos ERNESTO LEHR 7a).

(7-a) LEHR, *Droit civil anglais; Grande encyclopédie*, verb. *femme mariée*; BRIDEL, *Derechos de la mujer*, pág. 76; SANCHES-ROMAN, *Derecho civil*, V, 1.^a parte, pág. 296. A lei de 1882 foi

Nos Estados Unidos da América do Norte, há grande variedade legislativa a este respeito. Ora encontra-se a restrição da capacidade feminina, ora a independência do novo direito inglês. E', porem, esta última forma do direito, que se tem acentuado e dilatado (8).

A lei dinamarquesa de 7 de Abril de 1899 declara a mulher casada plenamente capaz, como a solteira, para realizar, por si, os seus negócios jurídicos. Somente para obrigar-se pelos atos do marido necessita de autorização do juiz (9).

Na Argentina, a lei n. 11.357, de 22 de Setembro de 1926, conferiu à mulher casada capacidade para exer-

ligeiramente modificada pela de 5 de Dezembro de 1893 (*Annuaire*, leis de 1893, págs. 9-10).

(8) A lei de 1 de Junho de 1896, para o Distrito da Colúmbia, reflete esta feição do direito novo. Transcreverei alguns de seus artigos:

Art. 1.º Todos os bens, moveis ou imoveis, que uma mulher possa ter no Distrito da Colúmbia, seus rendimentos e aquisições de qualquer natureza, sejam a título gratuito ou oneroso, constituem, apesar do casamento, sua propriedade exclusiva (*her sole and separate property*) da qual não poderá dispor o marido.

Os credores do marido não podem exercer direito algum sobre os bens da mulher, exceto os que lhe vieram do marido por doação.

Art. 2.º A mulher casada pode, na constância do casamento, comprar, vender, permutar e celebrar qualquer contrato relativo a seus bens. Tem, para isso, a mesma capacidade que o homem casado.

Art. 3.º A respeito de seus bens, a mulher casada tem, para contratar e comparecer em juízo, quer como autora, quer como ré, a mesma capacidade que a solteira. Somente quando o ato jurídico interessar também ao marido é que este poderá agir juntamente com ela.

Sobre este assunto é digno de consultar o livro de LEHR, — *Études sur le droit civil des États-Unis de l'Amérique du Nord*, 1906, n. 34 e segs.

(9) *Jahrbuch der internationalen Vereinigung fuer vergleichenden Rechtswissenschaft*, 1904, pág. 661.

cer todos os direitos e funções civís, que as leis reconhecem ao homem (10).

Código Civil do Perú, art. 172: — A mulher pode contratar e dispor dos seus bens sem outras limitações que não sejam as derivadas do regime legal. Ela pode comparecer em juízo.

§ 29

A QUESTÃO DA MISOGÍNIA E DA FILOGÍNIA

Examinando os efeitos do casamento sobre as relações pessoais recíprocas dos cônjuges, determinando os direitos que a cada um compete, os deveres a que se acham submetidos, assoma ao espírito a debatida questão, a que alude a inscrição deste parágrafo e que não é, de todo, estranha a um livro de jurisprudência, embora não tenham por hábito os juristas comuns fazer destas digressões, preocupados, como se acham, com as minúcias da análise, a que submetem a letra e o espírito das leis escritas.

Consoante este modo de ver, examinemos, ligeiramente, o assunto.

As mulheres, em sua grande maioria, e muitos homens de saber tão vasto quanto a generosidade de seus corações, se tem revoltado contra a partilha dos direitos e deveres feita pela organização atual da sociedade. Parece a esses nobres insurretos que pesa, esmagadoramente, sobre a mulher, um amontoado de deveres, a que não corresponde a exiguidade dos direitos, que lhe são permitidos. Até onde lhes assiste a razão, se é que a tem?

Não quero intervir no debate como entusiasta, que se arregimenta sob uma das bandeiras. Não cabe aquí o grito apaixonado, mas, simplesmente, a frase comedida

(10) Ver a íntegra dessa lei em FERREIRA COELHO, *Código Civil*, XIX, pág. 326 a 328.

e fria da ciência, que pode errar, porem nunca exaltar-se, abalada pelos ímpetos emocionais da paixão; que deve ter a firmeza dos convictos, porem nunca as ilusões dos fanáticos.

Afaste-se, desde logo, a questão política, porque nada tem que ver com ela este livro. Aliás os direitos políticos da mulher estão hoje, geralmente, reconhecidos, e, entre nós, definitivamente consagrados. O Código Eleitoral (dec. n. 21.076, de 24 de Fevereiro de 1932), art. 2 declarava: *é eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção de sexo* (1). Melhormente, ainda, dispõe a Constituição atual, art. 117: *São eleitores os brasileiros, de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.*

Como era natural, num século de zimose científica, foram chamados os biólogos a pronunciar-se na questão feminista, cabendo-lhes dizer se a natureza apoiava todas as ambições, que agitavam os espíritos, se, anatômica e fisiologicamente, o cérebro da mulher equivalia ao do homem, já que, hoje, é o cérebro o instrumento principal do combate pela existência, áspero combate, em que ele se tem depurado, é certo, e também esgotado. Os hospícios regorgitam e a degenerescência vai lavrando, filha da exaustão, pelas criações da mente humana.

O cérebro da mulher pesa menos do que o do homem, disseram sábios consultados (1-a). Porem, outros,

(1) Ver: JOÃO CABRAL, *Código Eleitoral*, pág. 21 a 25; TITO FULGENCIO, *Anotações ao Código Eleitoral*, no art. 2.

(1-a) Eis, segundo BISCHOFF, citado por LOMBROSO, o peso comparado do cérebro da mulher e do homem:

Peso	Homem	Mulher
Máximo	1.925	1.565 grs.
Médio	1.362	1.219 "
Mínimo	1.018	720 "

Outros dão, em média, 1.150 gramas para o homem e 950 para a mulher.

não menos competentes, disseram que essas 130 ou 150 gramas de diferença em favor do homem, se compensavam pela diferença do volume, desfazendo-se a desigualdade aparente numa igualdade real.

Voltaram à carga os rebatidos misoginistas, declarando que, na mulher, os lóbulos frontais eram reduzidos e os parietais excessivamente desenvolvidos, ao passo que no homem, eram os primeiros que ocupavam maior espaço, em prejuízo dos segundos. Ora, sendo os lóbulos frontais a sede da intelectualidade, residindo nos outros a motilidade e a emocionalidade, a inversão era favorável ao homem como ser inteligente.

Mas todas essas afirmativas foram derruidas pelos estudos de BROCA, EBERSTALLER e CUNNINGHAM.

Um jovem brasileiro, sábio ainda no verdor da mocidade, tomando parte na contenda, afirmou, depois de CLEMENCE ROYER e outras notabilidades européias, mas com abundância de argumentação, admiravelmente erudita e preponderantemente original, que a inferioridade intelectual feminina existe, com seu *substratum* cerebral, por efeito das forças combinadas da adaptação e da hereditariedade. “A mulher pouco precisou do cérebro, resume ele, pouco se serviu dele, por isso pouco se desenvolveu cerebralmente. A biologia nos ensina o mecanismo das atrofiações por inação. A disteologia multiplica os exemplos das reduções anatômicas, uma vez suprimida a necessidade funcional. A seleção explica-nos a lei que, na gênese dos organismos, precede à eliminação dos elementos e órgãos inúteis” (2).

(2) LIVIO DE CASTRO, *A mulher e a sociogênia*. Este livro, editado em 1894, foi escrito em 1887.

ESTELLITA TAPAJÓS coloca-se no mesmo ponto de vista, para explicar a pretendida inferioridade intelectual da mulher. “A mulher teve de retardar-se, em sua evolução psíquica, principalmente por seu afastamento da luta, que foi o que assegurou ao homem a supremacia mental, crescendo mais que a sua cultura teve de fazer-se para o lado da emocionalidade e do instinto, que era favorecido

Mas me parece que o ilustre escritor, como seus confrades europeus, faz repousar a discussão sobre um *mal entendu*. A verdade histórica é, incontestavelmente, que o homem tem chamado a si um quinhão mais vultoso na partilha dos direitos, que a educação da mulher tem sido parcimoniosa, sob o ponto de vista do desenvolvimento intelectual, de modo que, nesse terreno, sua atividade não se tem podido expandir com o vigor de que talvez possa dispor, a não ser talvez na Inglaterra e na América do Norte, onde as *spinsters* se acham desembaraçadas de todos os obstáculos, que empecem a espontaneidade das mulheres em outros países. Admitindo que dessa educação atrofiante resulte um apoucamento mental, transmissível pela hereditariedade, o que se conforma com as presunções científicas, melhor fundamentadas, julgo indubitável que não seria somente a mulher a prejudicada, mas conjuntamente as duas parcelas, em que o sexo divide a humanidade. Que hereditariedade unilateral é essa que acumula na célula germinativa, que tem de ser a mulher, exclusivamente as qualidades adquiridas, que veem do elemento feminino? Não compreendo muito essa misteriosa operação de análise e separação, contra a qual protestam as fusões étnicas observáveis por todos os olhos. O que é natural é que os dois elementos, o masculino e o feminino, se combinem em dosagem variável, o que não recusa nem poderia recusar LIVIO DE CASTRO (2a).

Se assim é, o resultado será, visivelmente, um desequilíbrio produzido pela adaptação de cada geração, que vive e se educa impulsionando as faculdades mentais do homem e recalçando, por falta de exercício, as da mulher, mas um desequilíbrio seguido logo de um restabelecimento

pela sua característica sexual" (*Ensaio de filosofia e ciência*, São Paulo, 1894, pág. 17).

(2-a) PINHEIRO GUIMARÃES, *A hereditariedade normal e patológica*, 1935, no capítulo *Bases físicas da hereditariedade* fornece apoio à observação do texto.

de igualdade, em virtude da herança, que realiza a confluência das duas correntes. Cada geração herdará, de seus pais, qualidades progressivas, intelectualidade apurada, e, das mães, qualidades conservadoras, e todas as que formam a rútila grinalda das mães e das esposas, mas todas fundidas e distribuídas, a esmo, pelos dois sexos, produzindo, às vezes, fenômenos de teratologia moral capazes de impressionar, dolorosamente, os observadores mais preparados para receber os imprevistos da natureza. E, assim, o que a adaptação acentua, vem ser diluído pela hereditariêdade. Essa é a tese geral; os pormenores trazem complexidade, que não podem ser destrinchadas com facilidade. Nem disso havemos agora mister.

Se, portanto, a anatomia e a fisiologia assinalam diferenças cerebrais nos dois sexos, essas não se explicam por aquisições seculares; eis a conclusão a que forçosamente somos levados, por ser rigorosamente lógica. Além disso, os biologists vacilam, e se inclinam, nestes últimos tempos, a negar a existência dessas diferenças apreciáveis e capazes de servir de base a uma teoria, porque devem ser elas antes reflexas do que essenciais (3).

Mas, que a mulher não foi talhada para as mesmas tarefas que o homem, para funções absolutamente iguais, tenho por irrecusavel. Basta atender para a organização

(3) MAEBIUS e LOMBROSO mostram-se, entretanto, irreduzíveis. A mulher, dizem eles, tem o crânio menor, do que o homem, quer absoluta, quer relativamente. Sua moral deriva do sentimento e não do raciocínio. O amor e a devoção fazem-lhe praticar milagres, mas, raramente, possui o sentimento lo justo. Sua memória é facil e sua inteligência pronta, mas as suas faculdades não realizam as promessas, que fazem. Ela será sábia sem, contudo, conseguir inventar novos métodos.

Como se vê, são antigas afirmações que se reeditam.

A razão dessa inferioridade mental da mulher, diz LOMBROSO, não deriva da escravidão intelectual em que tem sido conservada, mas do fato de terminar mais cedo do que o homem a sua evolução mental. A mulher tem apenas 30 anos de vida completa. *Revue*, 1904, Aôut, pág. 375.

física de ambos, que dessa dissemelhança estática resultam, forçosamente, diferenças funcionais^a umas fisiológicas, outras puramente psíquicas. Como desconhecê-lo? Por que não afirmá-lo?

O homem, por sua própria organização, será mais apto para certos misteres, terá capacidade mais valiosa para certa classe de atos, mas não conseguirá igualar sua companheira em muitas outras aplicações de sua atividade. À este respeito, adoto as conclusões de VARIGNY quando escreve: "Essa diferença é de ordem natural; é inevitável e necessária. Ela comporta um elemento mental; seguramente a inteligência da mulher é de ordem diversa da do homem; mas a diferença é de ordem, de natureza, e não de grau. Não se comparam elementos diferentes, um anzinho e um pente, por exemplo; cada um tem sua função diversa e não há razão para colocar um acima do outro" (4).

Consequentemente, se a campanha feminina corresponde a uma real necessidade, e uma educação mais adequada, deve, com justiça, ser concedida à mulher, e abrir-se-lhe mais vantajosa situação na sociedade, é visível que os exageros, a que levam as paixões e o partidarismo ferem de frente a própria natureza. Ah! mas quão duramente se vingam ela dessas afrontas, deliquescendo as energias do grupo social, que lh'as assaca por sistema, ou, pelo menos, retribuindo-o com verdadeiros fenômenos de teratologia moral ou social! Esse terceiro sexo da sociedade inglesa atual, segundo a feliz denominação de FERRERO, é um caso bem digno de reparo. A ele devem-se, no pensar do citado escritor, muitos ridículos, a que não tem podido fugir a grave e digna sociedade-britânica. Essa doentia sensibilidade, que não tolera os ligeiros maus tratos a um

(4) *Revue des Revues*, 1895, Janeiro, pág. 20. No mesmo sentido pronunciou-se BENEDICT, o eminente professor da Universidade de Viena (*La question féminine*, *Revue*, cit., 1895, Agosto).

ção (5), mas que se não comove, com o morticínio dos rudes africanos e dos ingênuos asiáticos, que os batalhões ingleses, heroicamente, varrem a metralha, não é tanto um ridículo quanto um fenômeno revelador de acentuado desequilíbrio nas faculdades mentais.

E não são somente os críticos e sociólogos estrangeiros que nos dão conta desse estado de incongruência, em que se acha o espírito da sociedade inglesa. GEORGE BARLOW, por ter nascido na Inglaterra, não teve os olhos embaciados para vê-la também sob todos os seus aspectos e expô-la, em termos acres às vezes, mas nunca injustos. Tudo isso é ridículo, exclama ele, depois de uma resenha de fatos mais ou menos extravagante, "mais até do que ridículo, — escandaloso!"

E qual a causa desse desequilíbrio?

A influência das *spinsters*, afirma-nos FERRERO, as quais desfiguram o sexo, fazendo-se quase homens.

Olhemos de frente a natureza e amoldêmo-la às necessidades sociais sem desvirtuá-la. Ela está, claramente, a dizer-nos que indivíduos diferentemente conformados estão destinados a funções diferentes. Na família e perante o direito, a mulher deve ser igual ao homem, cabendo a cada um desses dois seres uma esfera própria de ação, dentro da qual se movam de harmonia, porque sinergicamente impulsionados devem ser os dois elementos fundamentais do organismo familiar.

Mas, se uma divergência se levantar no domínio em que coincidir a competência de ambos, é natural que a um

(5) FERRERO, *Revue*, cit. MARIA CORELLI em *The murder of Dilicia*, e em outros livros, encara a questão por outro aspecto, mostrando o esforço digno de algumas nobres e inteligentes mulheres, a lutar contra os preconceitos que as torturam.

Afinal, o período de luta já se extinguiu; a vitória coroou os esforços.

Este parágrafo foi escrito em 1895.

Reflete o estado de espírito do tempo. As coisas mudaram; mas a documentação deve ser conservada.

caiba a decisão última, se o negócio não for daqueles sobre os quais deva intervir o poder judiciário.

Há de SPENCER, um trecho que, por sua lucidez, consubstancia quanto poderia dizer uma larga discussão. Embora pareça que a ação do meio não permitiu dar o filósofo, à sua doutrina, toda a largueza liberal, que era de esperar: “Quando recordamos que, partida dos últimos graus do estado selvagem, a civilização chegou a isentar a mulher dos labores do ganha-pão e que, nas sociedades mais adiantadas, se adstringem elas, unicamente, às ocupações domésticas e à educação dos filhos, podemos achar estranho que, atualmente, elas se queixem, como de uma injustiça, que sua atividade se ache restrita aos trabalhos do interior, e reclamem o direito de concorrer com os homens em todas as ocupações do exterior. Esta anomalia provem, em parte, do excesso anormal do número das mulheres...” “E’ preciso consentir que todo obstáculo, que lhes impede o caminho, seja abolido; mas, ao mesmo tempo, é preciso afirmar que nenhuma alteração essencial na carreira das mulheres, em geral, pode nem deve ser trazida por essa abolição, e, mais, que é perniciosa toda modificação importante na educação das mulheres no intuito de torná-las próprias, para o comércio ou para a indústria” (6).

(6) SPENCER, *Sociologie*, II, pág. 415-415. O progresso social distanciou-se do grande pensador. A sociedade vai se remodelando no sentido da igualdade político-jurídica entre o homem e a mulher. Esperemos que não sacrifique essa evolução as qualidades morais características dos dois sexos. O livro de ALFREDO FOUILLÉE, o insigne escritor da *Psychologie des idées forces*; confirma asserções sustentadas neste parágrafo, pois demonstra, por um engenhoso estudo de etnologia, que o sexo masculino se caracteriza pelo movimento e pelo dispêndio de energias a que é conduzido pelas necessidades orgânicas, enquanto que o sexo feminino se caracteriza pela reserva, pela economia, que conserva e acumula. A mulher, por isso, é mais paciente e o homem mais explosivo. Porém, as funções de ambos, embora diversas, são solidárias, embora individualizadas, são interdependentes, embora irreductíveis entre si, são equivalentes (*Tempérament et caractère*, 1895).

Não vejo razão para afastar-se, de modo sistemático, a atividade da mulher, do comércio e da indústria. Num e noutro campo tem-se ela revelado capaz de lutar, vantajosamente, encontrando recursos para manter-se com dignidade e para prover às necessidades da prole, quando lhe falta o arrimo do marido, que a morte arrebatou, ou o vício levou de arrasto.

TEIXEIRA BASTOS faz a este respeito umas ponderosas observações, sobre as boas disposições femininas para as concepções artísticas, onde prepondera o sentimento, e acha que, afinal, reconhecida a igualdade das funções dos dois sexos, sob o ponto de vista social, “desaparecerá a inferioridade política e doméstica da mulher, sem, contudo, se cair no exagero contrário” (7).

§ 30

OUTROS EFEITOS PESSOAIS DO CASAMENTO — INFLUÊNCIA SOBRE A NACIONALIDADE — EMANCIPAÇÃO

Foi objeto de longos debates e de dúvidas sempre renascentes a perda da nacionalidade da brasileira que se casasse com estrangeiro, imposta pelo art. 2.º da lei de 10 de Setembro de 1860, em virtude das palavras do seu edito: — *seguirá a condição deste* (do marido estrangeiro) e, — *se enviudar, recobrará a sua condição brasileira*. O decreto n.º 3.509, de 6 de Setembro de 1865, insistiu na mesma doutrina. Mas, preceitos de lei ordinária e de regulamentos, não podiam tais editos derogar um princípio estabelecido na carta constitucional do império; e sempre sofreu contestação a constitucionalidade da lei de 10 de Setembro de 1860. Vindo a República, e sendo

(7) *A família*, pág. 210. E' leitura recomendavel, sobre o assunto deste parágrafo, o livro de ADONIAS LIMA, *A vitória do feminismo*.

votada uma outra Constituição, na qual não se cogita dessa espécie de desnacionalização, menos consistente ainda ficou a doutrina da citada lei (1).

A Constituição federal não consagra a norma de que a brasileira perca a sua nacionalidade pelo fato de unir-se, matrimonialmente, a um estrangeiro, e na letra c do artigo 115 considera brasileiros também os que já haviam adquirido a nacionalidade em virtude do art. 69, n. 5, da Constituição de 1891, isto é, os *estrangeiros que possuem imóveis no Brasil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros*.

Outra orientação tem seguido muitas das legislações européias com as quais se harmoniza o direito norte-americano: a mulher casada adquire a nacionalidade de seu marido (2). A Rússia soviética seguiu orientação semelhante à do direito brasileiro (2a).

(1) Resultava a conclusão aceita no texto, não somente do art. 71, § 2.º, que não se referia à perda da nacionalidade pelo casamento, mas ainda do art. 69, § 5.º, onde se falava de *estrangeiros casados com brasileiras*. Na elaboração do Código Civil, tentou-se galvanizar o princípio derogado da lei de 10 de Setembro de 1860. Não era essa a orientação do *Projeto primitivo*. Felizmente, frustrou-se a tentativa pouco feliz. Hoje vale o art. 116 da Constituição vigente, que não consigna a perda da nacionalidade da brasileira em virtude de casamento com estrangeiro.

(2) O Código Civil, português, art. 22, § 4.º; espanhol, artigo 22; lei italiana de 13 de Junho de 1912; lei inglesa de 2 de maio de 1870; WHARTON, *Private international law*, 2.ª ed., § 11; BLUNTSCHLI, *Revue de Droit international*, 1870, pág. 107; DESPAGNET, *Droit intern. privé*, n. 258. Vejam-se, sobre este assunto, um interessante artigo de RIVAROLA, no *Buletin argentin de droit international privé*, 1906, pág. 19 e segs.; e A. WEISS, *Manuel de droit international privé*, Suplemento de 1928, sobre a lei de 10 de Agosto de 1927, que modificou, radicalmente, o sistema francês. Por essa lei, art. 8, a francesa, que se casa com estrangeiro, conserva a sua nacionalidade, se não declara, expressamente, querer adquirir a nacionalidade do marido na conformidade da lei pessoal deste. E a estrangeira, que se casa com francês, somente adquire a nacionalidade do marido, se o requerer, de acordo com a sua lei pessoal.

(2-a) Cód. da família, art. 103.

Com a entrada na vida conjugal, constituindo o homem e a mulher uma família, cuja direção lhes deve caber, é natural que sejam tidos por emancipados, diversamente do que preceituava a legislação romana, excessivamente rigorosa nesta parte, a qual mantinha o indivíduo sob o pátrio poder, embora já progenitor de larga descendência (3). O código filipino, deliberadamente, afastou-se da teoria romana, concedendo a emancipação, de pleno direito, pelo fato do casamento, sem que cessassem os seus efeitos pela viuvez (4). No mesmo sentido se afirmam, em sua generalidade, as legislações modernas (5). Mesmo na Rússia, onde o *Svod* imperava severo e rígido, o casamento emancipava ou podia emancipar os filhos, e restringia o pátrio poder em relação às filhas, porque uma pessoa, explicava a lei, não pode estar, ao mesmo tempo, submetida a dois poderes ilimitados, o dos pais e o do marido (6). Na Alemanha, discutiam os escritores sobre se a doutrina romana encontrara aceitação no direito comum; e, dos

(3) Por direito romano, o pátrio poder extinguiu-se, exclusivamente, pela morte do chefe da família, pela *capitis diminutio* máxima ou média, quando o filho exercia certas funções públicas de alta consideração, quando era solenemente emancipado pelo pai, quando este o dava em adoção a outrem. Vide ENDEMANN, *Einfl.*, II, § 170, n. 2 e nota 13.

(4) Ord., 1, 88, § 6.º... “porque segundo stilo de nosso Reino, sempre, como o filho é casado, he havido por emancipado e fora do poder de seu pai”. *Projeto*, arts. 9, § único, II, e 237.

(5) Código Civil francês, art. 476; espanhol, 314; § 1.º: português, 304, § 1.º; italiano, 310; das províncias bálticas, 225; lei polaca de 1825, 467; Código chileno, 266, § 2.º; argentino, 131; uruguaio, 280, § 2.º; mexicano, 671 (simples emancipação); boliviano, 248.

(6) LEHR, *Droit civil russe*, I, pág. 103-104. Os detalhes não cabem de modo algum, neste momento. Deslizemos, por entre eles, sem atritos.

O Código soviético da família não faz referência a este efeito do casamento, porque o direito de pai e mãe sobre os filhos se extingue aos dezesseis anos para os do sexo feminino, e aos dezoito para os do masculino, precisamente a idade nupcial (arts. 67 e 149)

Landrechte, uns tinham a emancipação como consequência forçosa do casamento para ambos os sexos (Baviera, Bremen, etc.), ou, sequer, para o feminino (Wurtemberg), outros deixavam perdurar a minoridade (Prússia, Saxônia) (7).

Pelo Código Civil atual, o casamento não determina aumento na capacidade dos cônjuges. O princípio germânico da emancipação pelo casamento foi posto de lado, mas como ao homem somente é permitido o casamento quando maior, as consequências dessa inovação recaem, exclusivamente, sobre a mulher, que, entretanto, adquire, pelo casamento celebrado com assentimento dos progenitores, o usufruto de seus bens próprios (8).

Também o Código Civil da Áustria, art. 175, não admite que o casamento determine por si a emancipação da mulher.

§ 31

RELAÇÕES ECONÔMICAS ENTRE CÔNJUGES

O casamento não origina somente relações pessoais entre os cônjuges. Promanam dele, igualmente, relações econômicas, que se submetem a normas especiais e que, não raro, se acham intimamente entrelaçadas com as pessoas, de modo a não ser possível levar muito longe a distinção, sob pena de desnaturarem-se os institutos.

O conjunto dos princípios jurídicos, que regulam as relações econômicas dos cônjuges, constitui o que se denomina — *regime dos bens no casamento*. Da lei ou da convenção originam-se esses princípios, pelo que o regime será *legal* ou *convencional*.

Mas relações de caráter econômico existem que, embora muito influenciadas pelo regime dos bens, por ele

(7) ROTH, *System*, II, § 91, n. 5, pág. 19.

(8) ENDEMANN, *Einf.*, I, § 27 e II, § 170.

modificadas ou dele dependentes formam, não obstante, categorias distintas, exigindo um tratamento a parte, embora perfunctório e destinado apenas a dar maior acentuação ao posto, que na vida familiar assumem os dois consortes. Refiro-me, particularmente, à *faculdade de fazer doações* e ao *direito sucessório*, entre cônjuges.

§ 32

DO REGIME DOS BENS NO CASAMENTO

A *Ord. 4, 46*, permitia que se fizessem quaisquer convenções antenupciais, para regular o modo de administrar e dispor dos bens de ambos os cônjuges, na constância do matrimônio. A essa ampla liberdade do velho Código filipino, apenas opunham-se as restrições, nascidas da ofensa às leis, aos bons costumes e aos fins naturais e sociais do casamento. Se cláusulas, por esses motivos ilícitas, fossem adicionadas ao pacto antenupcial, pelo qual se haviam de regular as relações econômicas ou não, entre os cônjuges, ter-se-iam por não escritas; e, anuladas elas, nulas eram todas as estipulações delas dependentes; mas subsistira o pacto em tudo o mais que fosse substancial e desrelacionado com as partes viciosas (1).

O dec. de 24 de Janeiro de 1890 manteve esse preceito, mas não sem restringi-lo, impondo o regime dotal, em alguns casos, e o da separação, se se tratasse de cônjuges divorciados, que se reconciliassem (arts. 58, 59 e 89).

Seguiu essa mesma orientação o Código Civil, artigo 256, declarando: *é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver*. Apenas nas convenções matrimoniais não

(1) LAFAYETTE, *Dir. de família*, pág. 105; Código Civil português, art. 1.103.

se admitem cláusulas, que prejudiquem os direitos conjugais ou os paternos, ou contravenham disposição absoluta da lei (art. 257).

Esta liberdade para a regulamentação contratual do direito dos bens no casamento, que é garantida por nosso direito e que não nos veio da legislação romana, teve ingresso na maior parte dos sistemas jurídicos dos povos ocidentais; na Alemanha (Cód. Civ., art. 1.432), em França (Cód. Civ., arts. 1.387-1.389), na Espanha (Código Civ., arts. 1.315 e segs.), em Portugal (Cód. Civ., art. 1.096). Outras legislações, ao contrário, não deixam à livre disposição das partes a determinação do modo pelo qual se devem regular os bens; que levam para a vida conjugal ou durante ela adquirem. O legislador julgou prover melhor às necessidades e interesses de todos, estabelecendo um regime ao qual se tem de submeter os que se conjugam pelo matrimônio.

Na Suíça, a liberdade dos pactos antenupciais não existia em muitos cantões, ou porque não se facultasse aos cônjuges derogarem o regime legal por um contrato, e esta era a regra geral, que o Código Civil suíço adotou, ou porque se exigisse a homologação do juiz, como em Zurich e Appenzel, ou, finalmente, porque os limites da liberdade contratual eram muito restritos como no cantão dos Grisões (Cód., art. 47). O Código Civil suíço estabelece três tipos de regimes entre os quais os cônjuges tem de escolher: união dos bens, comunhão, e separação (artigos 178 e 179). Naqueles Estados da União norte-americana, onde ainda vigora o *common law*, a lei toma a si, igualmente, regular as relações econômicas dos cônjuges. O Código Civil argentino também deve ser incluído neste grupo, porquanto só permite que os cônjuges façam convenções antenupciais, para designarem os bens que cada um possui ao tempo da celebração do casamento; para reservarem, a favor da mulher, a administração de algum bem de raiz seu; para firmarem as doações, que o marido fizer à sua consorte, ou as que ambos se fizerem dos bens

que deixarem por morte. Fora deste círculo, não é admissível convenção alguma outra sobre os bens dos cônjuges (art. 1.217 e parágrafos). Na Itália, a liberdade concedida aos nubentes pelo art. 157 sofre a limitação consagrada pelo art. 213. Não podem eles estipular a comunhão universal de bens. No México, há somente sociedade conjugal ou separação de bens (Cód. Civil, art. 178).

No Perú, o casamento determina a sociedade, que se aproxima de nossa comunhão limitada (Cód. Civil, artigos 176 e 177). São bens próprios: 1.º Os que o cônjuge traz para o casamento; 2.º Os que adquire durante o casamento a título gratuito. 3.º Os que adquire a título oneroso, quando a causa de aquisição é anterior ao casamento; 4.º A indenização por acidentes ou seguro de vida, deduzidos os prêmios pagos durante a sociedade.

Os contratos antenupciais devem ser lavrados por escritura pública, anterior ao matrimônio, e não poderão ser alterados na constância deste. E' a doutrina de nosso direito (1a), com o qual concordam, em grande maioria, os Códigos vigentes. Citarei o francês, arts. 1.394-1.395, o português, 1.097-1.105; o argentino, 1.217-1.219; o chileno, 1.716-1.722; o italiano, 150; o espanhol, 1.320 a 1.324, e o uruguaio, 1.943 e 1.944.

Estes princípios, no entanto, não vigoram para a Alemanha, cujo Código Civil, art. 1.432, tolera que os pactos reguladores do regime de bens se alterem e se dissolvam, respeitando-se, todavia, os direitos adquiridos de terceiros. A mesma doutrina, quanto à possibilidade de sua alteração e dissolução dos contratos matrimoniais na constância do matrimônio, com ressalva dos direitos de estranhos, depreende-se do silêncio do Código Civil da Áustria (2).

(1-a) Cód. Civil, art. 256, § único, I, e 230.

(2) ROTH, *System*, II, 93, nota 11.

Tambem o Código Civil mexicano, art. 180, admite que os pactos reguladores da vida econômica dos cônjuges sejam concluídos antes da celebração do casamento, ou na constância dele.

Mas, dada a inalterabilidade dos regimes de bens no casamento, será admissível fazê-los modificar por condições suspensivas ou resolutórias? Parecerá talvez estranha a interrogação; mas, uma vez que LAFAYETTE julgou possível a subordinação da comunhão a uma condição resolutiva, é lícito que seja formulada a pergunta em termos gerais, porque não há motivo plausível para admiti-la em relação a um regime, excluindo-a dos outros. Portanto, é lícito perguntar: é possível modificar os regimes dos bens por meio de condições resolutórias ou suspensivas? Apesar das conhecidas hesitações do indigesto causídico "de curta inteligência e nenhuma filosofia" que, por instinto, adivinharam "os Bernardos e os Cruzios", no dizer de ALEXANDRE HERCULANO, e apesar da concessão de LAFAYETTE (3), a questão não podia ser duvidosa, antes da Codificação civil (4).

TEIXEIRA DE FREITAS mostrara que os interesses de terceiros estariam sempre ameaçados pela condição resolutória de um contrato matrimonial. E era doutrina geralmente aceita entre os escritores pátrios e franceses que, pelo fato do casamento, tornavam-se irrevogáveis as convenções relativas aos regimes de bens dos cônjuges (5). A

(3) *Dir. de família*, pág. 115, nota.

(4) O Cód. Civil, art. 230, consagra, expressamente, a irrevogabilidade dos pactos antenupciais. O decreto-lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942 (*Introdução ao Código Civil*), art. 7, § 5.º, faculta ao estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, adotar o regime da comunhão universal de bens.

(5) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 88 e nota; C. DA ROCHA, *Instituições*, § 256; B. CARNEIRO, *Dir. civil*, § 133; MOURLON, *Rép. écrites*, liv. 3, T. 5, n. 23; LAURENT, *Cours élémentaire* n. 384; Código Civil francês, art. 1.395; holandês, 202, e italiano, 1.385; *Projeto* COELHO RODRIGUES, 1.977. Este último

condição resolutória ou suspensiva redundaria em alteração do regime adotado.

São nulas as convenções matrimoniais não se lhes seguindo o casamento (5a). Desaparece o fim para o qual foram celebradas, se não houver o casamento.

As convenções antenupciais devem ser transcritas no registo de imóveis, para valerem contra terceiros (artigo 261).

Os regimes de bens no casamento, embora afetem modalidades diversíssimas (6), reduzem-se todos a dois tipos, o da comunhão e o da separação, os quais, combinando-se, fazem surgir essa expansão polimórfica de tantos regimes diferentes, consignados nos Códigos e engendrados pelas convenções dos indivíduos.

§ 33

DOAÇÕES ENTRE CÔNJUGES (*)

Nosso direito recebeu do romano a desconfiança pelas doações entre cônjuges. Somente se tolerava, me-

só admite uma exceção à regra da inalterabilidade: é a renúncia da comunhão pela mulher, quando verificar que lhe é prejudicial. LA-FAYETTE, igualmente, fazia uma só exceção em relação à comunhão, sustentando, com sólidos argumentos, a irrevogabilidade dos pactos antenupciais (§ 53).

(5-a) Cód. Civil, art. 256, parágrafo único, II.

(6) Os redatores do *Projeto* do Código Civil alemão, para darem idéia da abundância de soluções legislativas a respeito do regime preferido, avaliaram em mais de cem os sistemas vigentes nas raias do próprio império germânico. BRIDEL, professor em Genebra, a quem devo esta informação, acrescenta que, em proporção, a Suíça oferece ainda maior variedade: "os 25 cantões de que se compõe a Confederação tem regime especial para cada um deles, com uma população de três milhões de habitantes" (*Derechos de la mujer*, páginas 83-84). Hoje, o Código Civil, reduziu essa variedade aos dois tipos acima indicados.

(*) Como este assunto é mais desenvolvidamente tratado no meu *Direito das obrigações*, § 92, para ele se remete o leitor.

diante as condições de revogabilidade, até à morte do doador, de anulação por superveniência de filho e de rescisão por inoficiosidade (*Ord.* 4, 65). Essa inoficiosidade aparecia quando o cônjuge doador vinha a falecer, deixando herdeiros, que se considerassem desfalcados em suas legítimas. Estas deviam ser completadas com os bens doados, e o restante era restituído ao cônjuge donatário (*Ord. cit.* e *Consolidação das leis civís*, arts. 138 e 139).

Consideravam-se, no entanto, como eficazes e a coberto de revogabilidade os atos benéficos: 1.º, que não faziam o doador mais pobre, embora tornassem o donatário mais rico; 2.º, que, diminuindo o patrimônio do doador, não aumentavam o do donatário; 3.º, que constituíssem doações módicas ou *mortis causa* (1).

O Código Civil fez tábula rasa de todas essas normas, e deixou que a espécie fosse regulada pelo direito comum.

Quando o regime do casamento é o da comunhão universal de bens, não tem objeto, são impossíveis as doações entre cônjuges durante a vida. Mesmo as anteriores ao casamento resolvem-se com ele, se não tiverem a cláusula da incomunicabilidade. Se o regime é de separação ou dotal, a doação é possível, salvo se a separação é imposta por lei (art. 25, § único).

Nas legislações estranhas, encontra-se uma grande divergência. Aceitam umas a possibilidade das doações de que agora me ocupo, rejeitam-nas em absoluto algumas outras, enquanto um terceiro grupo se harmoniza com a doutrina da lei pátria (2).

(1) D. 24, 1, fr. 5, § 16; *Repertório das Ordenações*, página 176; BORGES CARNEIRO, § 154, ns. 21 e segs.; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 99.

(2) Vide o cit. § 92 do *Direito das obrigações*.

§ 34

DIREITO SUCESSÓRIO ENTRE OS CÔNJUGES

No direito romano decemviral, a mulher, sob a *manus* marital, era chamada à sucessão *loco filia*, e, portanto, era herdeira legal na sucessão intestada de seu marido. Dí-lo, em termos positivos, ULPIANO: *Sui heredes sunt liberi quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi item uxor quæ in manu est*. Não havendo convenção de *manus*, a mulher era, até certo ponto, como que estranha à família do marido, e, conseqüentemente, sem direitos hereditários em relação ao patrimônio dela.

Com o desaparecimento gradual das formas solenes de casamento, das quais resultava a *manus*, interveio o pretor, deferindo a sucessão ao cônjuge sobrevivente, todas as vezes que o premorto não deixasse herdeiros, que pudessem invocar a *bonorum possessio*, na qualidade de cognados. Exigia, porém, o direito pretoriano que, no momento da morte do cônjuge sucessível, subsistisse um *justum matrimonium*, afim de ser concedida a *bonorum possessio unde vir et uxor*.

Com as inovações introduzidas por JUSTINIANO no direito hereditário, tornou-se difícil a sucessão dos cônjuges, porque os colaterais eram preferidos, sem distinção de graus. Por isso mesmo, o imperador resolveu remediar, de certo modo, o mal, conferindo, à mulher pobre e indotada, o direito de suceder ao marido abastado. A quota hereditária tomava, em tal circunstância, a designação de *quarta uxoria*, mas sua determinação quantitativa diversificava, segundo a qualidade e o número dos herdeiros com os quais concorresse a mulher indotada. Se havia filhos comuns em número superior a três, a porção uxoria era uma quota viril no usufruto; se havia três ou menos de três filhos comuns, era de uma quarta parte, no usu-

fruto; se outros eram os herdeiros, caberia à viuva uma quarta parte na propriedade dos bens deixados (1).

Ao marido pobre não julgou o imperial legislador que necessitasse de favores sucessórios. Bastava-lhe a concessão pretoriana da *bonorum possessio unde vir et uxor*, embora falível.

No direito germânico, a sorte das viúvas encontrou amparo em várias instituições, mormente no *Morgengabe* e no *doário*.

O direito pátrio chamava o cônjuge sobrevivente à sucessão do predefunto, somente na ausência de parentes colaterais até ao décimo grau, exigindo, além disso, a cohabitação ao tempo da morte (*Ord.*, 4, 94) (2). E assim, na melhor hipótese, quando o regime de bens aceito era o da comunhão universal, a metade da fazenda comum podia ir ter a mãos de pessoas já quase estranhas à família, em prejuízo daquele que talvez fosse o principal fator dela, pela habilidade com que dirigira os haveres conjugais, ou mesmo por tê-los trazido em sua totalidade! Mas, na hipótese de um regime de separação, era possível que um dos cônjuges se achasse, por ocasião da morte do outro, na privação completa de bens. E, ao menos em atenção à fragilidade feminina, ao menos em atenção aos preconceitos sociais, dominantes, que, em parte, ainda afastam a mulher da agitação dos negócios, dever-se-ia providenciar no sentido de obter-lhe uma situação melhor. Uma reversão ao vetusto direito pretoriano já seria um progresso.

(1) *Novella*, 53, cap. 6, et 117, cap. 5.

(2) A ordem estabelecida pelo Código Civil, para a sucessão legítima é a seguinte: 1.^a, os descendentes; 2.^a, os ascendentes; 3.^o, o cônjuge sobrevivente; 4.^a, os colaterais; 5.^a, a União ou os Estados.

O *Projeto* primitivo, arts. 1.772 e segs., colocava o cônjuge supérstite na terceira classe dos chamados à sucessão, mas permitia-lhe concorrer com as duas primeiras, quando o regime matrimonial dos bens não fosse a comunhão.

Mas o Código Civil alterou, nesta parte, consideravelmente, o direito anterior, chamando o cônjuge sobrevivivo à sucessão do premorto, depois dos descendentes e dos ascendentes (2 a).

Mereceu todos os encômios do ilustre CIMBALI, o legislador italiano, por se afastar do Código Civil francês, cujo art. 767 firmava doutrina semelhante à do direito brasileiro anterior à Codificação, e, "animado por alto sentimento de justiça reparadora", conseguiu organizar "a sucessão dos cônjuges sobre uma base", mais justa e racional, "dando satisfação às íntimas relações nascidas da tenacidade do vínculo conjugal, da comunhão de afetos, da participação assídua e comum nos trabalhos da vida, do cuidado diuturno e frequente, enfim, prestado à prole comum" (3).

São estas as disposições do Código Civil italiano, em relação ao direito do cônjuge superstite diante da sucessão intestada do premorto: Art. 753: "Quando o falecido, deixa filhos legítimos, o outro cônjuge tem, sobre sua sucessão, o usufruto de uma porção hereditária igual à de cada um dos filhos, incluído, no número destes, o próprio cônjuge sobrevivente. Se vierem filhos naturais à sucessão, em concorrência com os legítimos, o cônjuge tem o usufruto de uma porção igual à de cada filho legítimo. Esta porção de usufruto não poderá exceder à quarta parte da sucessão". Art. 754: "Se não há filhos legítimos, mas ascendentes ou filhos naturais, irmãos, irmãs, ou descendentes destes, o cônjuge sobrevivivo tem direito à terça parte da sucessão". Art. 754: "Se não há filhos legítimos,

(2-a) Cód. Civil, art. 1.603. O decreto-lei n. 3.200, de 19 de Abril de 1940, art. 17, confere à brasileira casada com estrangeiro, sob regime, que exclua a comunhão universal, o usufruto da quarta parte da herança deixada pelo marido, se houver filhos brasileiros, e a metade, se não houver. O art. 18 desse decreto refere-se à sucessão do filho brasileiro, matéria a ser apreciada no direito hereditário.

(3) CIMBALI, *La nuova fase del diritto civile*, pág. 257.

cônjuge vem à sucessão concorrentemente com os ascendentes legítimos e filhos naturais, só tem direito a um quarto da sucessão". Art. 755: "Quando o defunto deixa outros parentes sucessíveis, a sucessão é deferida ao cônjuge por dois terços. Se o defunto não deixa herdeiros sucessíveis, a sucessão é devolvida ao cônjuge, por inteiro". Art. 756: "Se o cônjuge se acha em concorrência com outros herdeiros, deve imputar sobre sua porção hereditária as vantagens resultantes de suas convenções matrimoniais e os ganhos dotais". Art. 757: "Os direitos da sucessão concedidos ao cônjuge sobrevivente não pertencem àquele contra o qual o defunto haja obtido sentença de separação corporal passada em julgado".

Perante a sucessão testamentária, conservou o Código Civil italiano a qualidade de herdeiro reservatário ao cônjuge superstite, concedendo-lhe, porém, somente uma quota de usufruto, que não poderá exceder jamais à quarta parte, no caso de concorrer com herdeiros legítimos, e da terça, na hipótese de concorrer com outros herdeiros (4).

Para essas equitativas disposições, haviam o Código Civil da Áustria (arts. 757 e segs.) e alguns dos códigos civis italianos, anteriores à unificação do reino, preaberto o caminho aos eruditos colaboradores do Código vigente. E a força da razão e da justiça atuou mais tarde em França, onde apareceram as leis de 9 de Março de 1891 e 29 de Abril de 1925, vazadas em moldes, que se aproximam das disposições com que o Código italiano firmou a reserva do cônjuge superstite. As particularidades e minúcias do assunto, porém, cabem mais adequadamente na exposição do direito hereditário do que no da família (5).

(4) Código Civil italiano, arts. 812-814 e 820. Quanto à natureza e valor jurídico da reserva conjugal, vejam-se as luminosas ponderações do egrégio CIMBALI, *Nuova fase*, págs. 260 e segs.

(5) Veja-se o *Direito das sucessões*, §§ 48 e 49.

Na Suíça, antes do Código Civil federal, o cônjuge sobrevivente concorria, geralmente, com os mais favorecidos dentre os herdeiros. Em Berna, chegava a excluí-los mais ou menos completamente (6). Em Zurich (Cód. Civ., arts. 899 a 905), além dos presentes de núpcias e dos objetos domésticos (*Hausrath*), tinha o cônjuge direito a uma quota de usufruto ou de plena propriedade sobre a herança deixada, a qual variava de extensão, conforme a qualidade dos herdeiros, com que entrava em partilha. Na falta de parentes sucessíveis, a herança era, por inteiro, deferida ao cônjuge sobrevivente. No cantão dos Grisões, o cônjuge sobrevivente tinha direito ao usufruto dos bens deixados pelo premorto, enquanto permanecesse em viuvez. Era de um terço esse usufruto se o defunto deixasse descendente e de dois terços no caso contrário.

O Código Civil, atualmente em vigor, deixa ao cônjuge sobrevivente a escolha da metade do usufruto ou da quarta parte da propriedade da herança, se o premorto deixa descendentes. Em concurso com os ascendentes imediatos do morto, ou os descendentes destes, cabe-lhe um quarto em propriedade (art. 462) (6 a).

Em Portugal (Cód. Civ., art. 2.003), o cônjuge sucedia na falta de descendentes, ascendentes, irmãos e descendentes de irmãos do falecido, salvo achando-se judicialmente separado por culpa sua. A lei de 31 de Outubro de 1910, art. 6.º, deu-lhe posição mais vantajosa, logo após os ascendentes. No Chile (Cód. Civ., artigos 1.172-1.180), a porção conjugal, que compete mesmo ao cônjuge divorciado, quando inocente, é de um quarto do acervo hereditário, exceto se existem descendentes legítimos, porque, nessa hipótese, a quota do cônjuge será igual à de um filho. Na República Argentina (Cód. Civ., arts. 3.570-3.576), o viuvo (ou viuva) concorre com os descendentes e ascendentes legítimos, providos de direitos

(6) LEHR, *Code Civil de Zurich, Introduction*, pág. XLVI.
(6-a) V. o *Direito das sucessões*, § 43.

iguais, e exclue a todos os parentes naturais. E' o sistema que me parece ter melhor acertado, no empenho de traduzir, em dísticos legislativos, a verdade de sentimentos que sobrenadam na consciência dos que meditam sobre as dolorosas contingências da vida humana (7).

O Código Civil alemão, art. 1.931, chama o cônjuge sobrevivivo à sucessão, concedendo-lhe uma quarta parte, se em concorrência com herdeiros legítimos da primeira ordem, conferindo-lhe a metade, se em concorrência com os da segunda ordem. Não havendo herdeiro das classes indicadas, nem avós, o cônjuge recolhe toda a herança.

Pelo Código Civil do Perú, o cônjuge é herdeiro da quarta ordem, mas concorre com os herdeiros das classes superiores e é reservatário (arts. 700-705 e 765 a 770).

(7) Consultem-se ainda: o Código Civil espanhol, arts. 834-839, que assinala como reserva ao cônjuge sobrevivivo, sempre, uma parte de usufruto, e que o chama à sucessão após os descendentes, ascendentes, irmãos e descendentes de irmãos; o direito russo antigo, que assegurava direitos hereditários, bem consideráveis, aos cônjuges (LEHR, *Droit civil russe*, I, págs. 424 e segs.). O Código Civil soviético chama o cônjuge sobrevivivo à sucessão em concorrência com os descendentes (art. 418), limitada a sucessão a 10.000 rublos-ouro. O excedente dessa quantia pertence ao Estado (art. 417).

CAPÍTULO V

REGIME DA COMUNHÃO DE BENS

§ 35

NOÇÃO E ORIGEM DA COMUNHÃO DE BENS

a) *Manifestações prodrômicas*

Depois das noções gerais, que acabam de ser dadas sobre as relações pessoais e econômicas entre os cônjuges, durante a permanência da vida em comum e após a sua cessação mesmo, tem-se uma ligeira, mas suficiente, noção para apanhar, em seu conjunto, esse tecido de direitos e obrigações, que se urde com o casamento, e é possível penetrar mais aprofundadamente em certos detalhes, sem temor de que a especialização conturbe a vista do observador. Entramos, portanto, agora, no exame direto, embora não exaustivo, embora não minucioso, dos regimes de bens em particular. Não ambiciona traçar este livro mais do que as linhas essenciais dos vários institutos que se englobam na órbita do *Direito da família*.

Consideraremos, em primeiro lugar o regime da comunhão, por ser o preferido pelo nosso direito, e por estar mais em harmonia com a transfusão de interesses que deve

caracterizar a vida conjugal, que faz do marido e da mulher uma só pessoa, *caro una*. Realmente, *a comunhão de bens unifica os patrimônios dos cônjuges, ou totalmente, formando com eles um acervo, sob a propriedade e posse indivisas de ambos, quando é universal, ou limitadamente, abrangendo somente certa classe de bens, quando é parcial*. Muitas objeções teem sido levantadas contra o regime da comunhão de bens. E' de todos o mais perigoso, diz BRIDEL (1), porque deixa os interesses da mulher à mercê do marido, como chefe da sociedade, sem que as garantias da lei os possa proteger. E' dos maiores enganos consignados nas leis, acrescenta ACOLLAS, pois que a mulher traz para essa comunhão abusiva e desleal, tudo quanto possui, mas de nada pode dispor e, quando se dissolve a sociedade conjugal, reconhece, muitas vezes, que foi esbulhada.

Por ocasião de se discutir o Código Civil alemão, ainda se alegou em desfavor desse regime, que impede a conservação das propriedades territoriais nas famílias.

Afastemos esta última objeção de ordem puramente econômica, por se não apoiar nos dados da respectiva ciência, os quais aconselham antes a distribuição mais facil, a circulação mais rápida dos bens, como remédio contra as torturas dos necessitados e a injusta desigualdade dos benefícios ligados à detenção das riquezas.

As outras teem algo de fundado, mas os inconvenientes que elas destacam, podem ser evitados. Podemos conceder à mulher casada maior autonomia e cercar o patrimônio da sociedade doméstica de garantias mais sérias.

E o que se não pode contestar é que este regime, sobretudo a comunhão universal, é o que melhor corresponde à natureza do casamento, como fundamento da mais estreita união de vida e de interesses entre o homem

(1) *Derechos de la mujer*, pág. 100. Do mesmo parecer se mostra TH. HUC, *Commentaire*, IX, ns. 14 a 19.

e a mulher. “E”, no dizer de ENDEMANN (2), a expressão mais perfeita da comunhão de vida estabelecida pelo matrimônio sobre as bases da confiança plena”. “Àquele a quem a mulher confia seu corpo, confia também a sua fortuna”, acrescenta o mesmo escritor: “Wem die Frau ihren Leib trauet, dem trauet sie auch ihr Gut”.

O regime da comunhão de bens entre cônjuges encontra-se, vicejando, em quase todas as legislações dos povos europeus e seus descendentes; ora sendo o regime preferido, como na França, ora sendo apenas tolerado, como na Itália, ora tendo maior largueza, como entre nós, direito, encontra-se o condomínio, a compropriedade na Espanha, por exemplo, e nos países germânicos, onde está em prática, simplesmente, a *particulaere Guetergemeinschaft* em antítese à *allgemeine Guetergemeinschaft*.

Mas de onde nos veio esse regime de bens, que povo o engendrou primeiro, para transmiti-lo aos modernos como uma das mais belas conquistas do direito familiar?

Mergulhando fundo na história das instituições e do direito, encontra-se o condomínio, a compropriedade na família, constituindo a base da sucessão legítima entre povos antigos, base que era, aliás, corroborada pelo elemento religioso. Devemos prender a comunhão de bens entre cônjuges a esse antiquíssimo costume, que os historiadores atestam haver existido entre antigos árias, gregos e romanos dos tempos primitivos?

Parece que não. Essa comunhão patrimonial da família primitiva era, simplesmente, o reflexo de sua organização naqueles tempos, em que o indivíduo, ainda não tinha uma vida jurídica distinta da coletividade, estado social para o qual, poderosamente, concorreu o culto dos antepassados. Esses agrupamentos de homens, a família

(2) *Einfuehrung*, II, § 184. Vejam-se também os pareceres favoráveis de BAUDRY-LACANTINERIE, III, n. 15; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 907-911; LAURENT, *Avant Projet*; MARTINHO GARCEZ FILHO, *Direito de família*, I, tít. III, cap. II.

ou a *gens* ou o *clã*, estavam todos organizados de forma a constituírem uma verdadeira unidade, na qual estavam absorvidas todas as manifestações vitais dos átomos que os perfaziam. Em um tal sistema parece essencialmente distinto daquele em que se atribuem largas prerrogativas à mulher, igualando-a, na esfera do direito civil, a seu marido.

O que se pode afirmar, com plausível razão, é que essa comunhão patrimonial da família primitiva preabriu o caminho para a comunhão dos bens entre cônjuges, depositando, na consciência dos povos, sedimentos simpáticos ao recebimento dessa nova instituição, filha dos sentimentos de benevolência marital e dessa longuíssima evolução, que vem, desde muitos séculos, trabalhando por emancipar a mulher dos rigores da tutela viril, colocando-a em condições de preencher, dignamente, os fins a que se destina dentro da sociedade doméstica e civil.

E' assim que, mesmo em Roma, depois de individualizada a propriedade, encontram-se afirmações de um regime de comunhão de bens, entre os que se casavam pela forma solene da *confarreatio*, como anteriormente as conhecera o direito egípcio e ainda o de outros povos (3). Mas foram vegetações que não puderam enraizar na crosta róchea dos costumes, e, em breve, feneceram sem legar sementes, de onde espigassem novas hastes.

(3) E' certo que, a despeito da *manus*, havia, no viver dos romanos, ainda nas épocas sadias de modéstia e virtude, pelo menos, indivisão de interesse e fortuna: *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod maritus ac foemina proprium esse juris sui diceret; sed in commune conspiciebatur ab utroque*. Não era o viver jurídico, mas era o real esse de que nós fala COLUMELA, *De re rustica*, Praef. do liv. XII, citado por JHERING, *Espíritu del derecho romano*, II, § 37, e por COGLIOLO, nota (d) ao cap. XIII da história de PADELLETTI. Além disso, diz DIONYSIO que, desde Romulo, se firmara o princípio de que *uxorem quae nuptiis sacratis (confarreatione) in manum mariti convenisset, communionem cum eo habere omnium bonorum ac sacrorum* (apud CARLE, *Origini del dir. rom.*, págs. 329-

Se a comunhão, de bens entre cônjuges não se prende, por ellos directos, à propriedade primitiva, nem a esses malogrados ensaios, a que acabo de me referir, só um caminho nos resta a seguir, e esse deve ser norteado para as florestas lendárias, onde estanciavam as tribus germânicas, das quais brotaram fontes fecundíssimas do direito moderno, quando puseram em contacto suas usanças, ainda mal polidas com o artístico e harmonioso poema jurídico dos romanos.

§ 36

NOÇÃO E ORIGEM DA COMUNHÃO DE BENS

b) *Desdobramento evolutivo*

A comunhão de bens, é um ponto liquidado na história do direito, nos veios dos germanos, que a derramaram

330). Mas bem se vê que não é a comunhão igualitária do direito e sim a dos sentimentos, que os costumes consolidam.

No Egipto, uma das formas do casamento assemelhava-se à *confarreatio*, e determinava uma certa comunhão patrimonial entre os cônjuges (D'AGUANO, *Genesis*, pág. 285).

Em Babilônia, segundo o Código de Hammurabi, havia uma comunhão limitada aos frutos e rendimentos (F. BESTA, *Le leggi de Hammurabi*, na *Revista italiana de sociologia*, 1904, pág. 203).

Na Grécia, dizem os historiadores que o dote trazido pela mulher se tornava propriedade comum dos dois cônjuges, mas, como o marido tinha de restituí-lo, depois, esvaiu-se a comunhão parcial desse sistema jurídico. PLUTARCO e XENOPHONTE elogiam, com emocionante eloquência, a comunhão matrimonial dos bens; mas BEAUCHET, que os cita, declara que jamais esse regime foi praticado entre os gregos (*Histoire du droit privé de la répub. athénienne*, I, páginas 246 e seguintes).

Em Sumatra, o casamento pela forma do *semendo* origina uma verdadeira comunhão de aquestos (*Grande encyclopédie*, verb. *Famille*).

por quase toda a Europa. Profundas pesquisas realizadas por escritores tedescos, especialmente por SCHROEDER, SOHM e SCHULTE, deixaram o assunto perfeitamente elucidado.

Em Roma, tal instituição não poude medrar, e a evolução jurídica orientou-se para outro rumo, neste particular. Ao tempo dos casamentos *cum manu*, a mulher nada podia adquirir, nada possuía para si, quaisquer que fossem as atenuações introduzidas na intimidade do lar, em benefício dela. Com os casamentos livres, passou a ter a propriedade exclusiva de seus bens, sendo, afinal, destinados para a sustentação dos encargos matrimoniais, somente os rendimentos do seu dote.

Na Germânia, ao tempo do *mundium*, o marido tinha direitos de senhor sobre os bens da mulher, embora não fosse proprietário exclusivo; mas o rigor desse princípio, era abrandado pelo antiquíssimo costume das mútuas doações. Com o desaparecimento do *mundium*, os cônjuges foram considerados como uma unidade, ou como associados de direitos iguais sobre o patrimônio do casal. Desse princípio resultaram: a comunhão meramente administrativa do direito saxônio e a comunhão real de outras estirpes, principalmente franca. Esta comunhão foi-se, dia a dia, acentuando, no sentido de uma propriedade efetiva, diz SCHULTE (4). Mas é intuitivo que esse resultado não foi alcançado de um jato. A evolução foi lenta, ascendendo por estádios sucessivos. Para acompanhá-la, em traços ligeiros, cumpre a qualquer tomar por guia SCHROEDER, em que se apoia ROTH.

“Está, hoje, fora de dúvida, diz este último escritor, que o ponto central da formação da comunhão de bens do direito alemão deve ser procurado entre os francos”. E, para comprovar a tese assim enunciada, acrescenta: “O regime dos bens no casamento, segundo o direito franco,

(4) SHULTE, *Hist. du droit et des Inst. de l'Allemagne*, §§ 168-171.

tem como ponto de partida, a comunhão dos aquestos, que, já no século IX, se manifesta entre os francos ripuários. O costume de obter a mulher, por *Morgengabe*, uma parte dos bens adquiridos (*tertia collaborationis*), transforma-se, com o correr dos tempos, em um direito da mulher (*gesetzlicher Ansprucht der Ehefrau*) a uma parte dos mesmos bens, em todos os casos em que não foi tomada outra deliberação por contrato antenupcial". E mais adiante: "Enquanto pela comunhão de administração, a disposição do marido em referência aos seus bens próprios, de modo algum era dependente de consentimento da mulher, o antigo direito franco dava a esta uma garantia, para que o marido não a prejudicasse, em sua parte nos adquiridos, por uma disposição unilateral de seus próprios imóveis. Essa garantia consistiu em exigir que o marido pedisse outorga de sua mulher para a alienação dos bens imóveis, quer fossem seus, quer trazidos por ela. Logo, porem, firmou-se o princípio de que nenhum dos cônjuges podia, durante o casamento, dispor de seus imóveis por ato unilateral, e a consequência natural dele foi a aceitação de uma comunhão da propriedade imóvel, a qual encontrara sua expressão no costume, já anteriormente estabelecido, de inscreverem-se os bens de raiz nos livros públicos (*oeffentliche Buecher*), sob o nome de ambos os cônjuges. . . ." Além de que já o uso da assinatura de uma parte dos bens adquiridos importava, para a mulher, em uma pretensão jurídica sobre os mesmos, efetuou-se, por meio de recíprocas doações entre os cônjuges, uma expansão da comunhão sobre os móveis, e, mais tarde, sobre todos os bens, de sorte que deviam, em sua totalidade, ser partilhados entre o cônjuge sobrevivente e os filhos, quer fossem móveis, quer imóveis, quer quotas (5).

(5) ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, II, § 101, páginas 59-60. A demonstração continua baseada em SCHROEDER, *Geschichte des ehelichen Gueterechts*; mas o que deixei transcrito é suficiente. Os curiosos recorrerão às fontes.

Ser-me-á escusada esta longa citação, atendendo-se a que se vê, nos trechos transcritos, perfeitamente traçada a marcha do instituto, desde a sua formação no *Morgengabe*, até seu último estágio, primeiro, uma simples garantia, depois, a comunhão somente dos imóveis, e, finalmente, de todo o patrimônio do casal, marcha que, ver-se-á, não discrepa da que seguiu o mesmo instituto em Portugal, e também porque muitos institutos jurídicos, conservados em nossas leis civís, aí encontram a explicação histórica de sua existência, como seja, por exemplo, o que exige a necessidade da outorga da mulher para a alienação dos imóveis, mesmo próprios do marido.

Mas, não é somente para a Alemanha, que a origem do regime da comunhão de bens entre cônjuges deve ser procurada nos costumes jurídicos dos germanos. A tese é também exata para a França, onde esse princípio passou do direito costumeiro, principalmente do costume de Paris, para o Código Civil, no qual se fundiram as duas principais correntes divergentes do direito francês, a germânica infiltrada ou, antes, consubstanciada no direito costumeiro e a romana expressa no direito escrito.

A tese ainda é verdadeira para os países escandinavos, onde as antigas leis já estabelecem uma certa comunhão, cabendo, na Islândia, um terço da totalidade dos bens do casal à mulher; começando a comunhão, alguns meses depois do casamento, na Noruega. Na Suécia, existe a comunhão dos adquiridos, com certas garantias, para a mulher, quando o marido não puder administrar convenientemente, os bens do casal (6). Na Dinamarca, o regime legal de bens entre cônjuges é a comunhão universal (7).

(6) Lei de 27 de Maio de 1898, *Annuaire de législation étrangère*, leis do mesmo ano, pág. 585 e segs.

(7) *Jahrbuch der internationalen Vereinigung fuer vergl. Rechtswissenschaft*, 1904, pág. 661.

E assim por toda a parte.

Em Portugal, também está fora de dúvida que o regime da comunhão procede de origem germânica, por intermédio dos visigodos (8) cujas doutrinas, no que diz respeito a dotes e outros regimes de bens, conservaram-se tenazmente, através do domínio árabe e dos tempos em seguida, como no-lo atesta ALEXANDRE HERCULANO (9).

Dos visigodos passou essa instituição aos espanhóis e portugueses. Começara por ser, entre os visigodos, simples comunhão de adquiridos, com fundamento na mútua colaboração, como diz MELLO FREIRE, e ainda sob esta forma consagra-a, moderadamente, o Código Civil espanhol. Em Portugal, porém, o instituto assumiu um desenvolvimento mais completo, arraigando-se nos costumes, consolidando-se, dia a dia, alargando-se numa expansão de pujante florescência. As *Ordenações Afonsinas* referem-se à comunhão universal, como uso penetrado, inteiramente, nas populações, que a faziam vigente pelo simples fato da entrada na vida conjugal, em algumas partes, e, por convenção, como criteriosamente nota COELHO DA ROCHA, deixou vestígio indelevel na dualidade de expressão usada pelo Código Filipino: — *segundo o costume do reino; por carta de ametade*.

As *Ordenações Manuelinas* determinaram que a comunhão fosse o regime legal, sempre que as partes não estipulassem outra coisa; a mesma doutrina reproduziram as *Filipinas*. E de tal forma inoculou-se e alastrou este regime nos costumes portugueses, que o citado COELHO DA ROCHA, se julgou habilitado a dizer que legislação semelhante somente se poderia deparar na Holanda, referin-

(8) Código visigótico, IV, título 2, lei 16; WILHENA, *Raças históricas da península ibérica*, pág. 136; MELLO FREIRE, *Instituições de direito civil*; LIZ TEIXEIRA, *Curso*, vol. 1, págs. 376-379.

(9) *História de Portugal*, I, nota VI.

do-se à universalidade da comunhão legal (10). Essa afirmação do erudito civilista português tem sido repetida por juristas pátrios, mas a verdade é que, em vários Estados da Alemanha, também a comunhão universal de bens foi regime legal, como, por exemplo, em muitas províncias da Prússia, em vários pontos da Baviera, em Bremen, onde este regime remonta a um estatuto de 1433, em Hamburgo e mais ainda (11).

De Portugal, passou para nós outros brasileiros, o regime da comunhão universal de bens, que é, atualmente, tão decisivamente preferido a quaisquer outros, que os tomamos já por pactos de exceção, onde alguns enxergam até um como desar para qualquer dos cônjuges.

Este favor especial, esta pronunciada predileção pelo regime da comunhão, entre nós, explica-se bem por estar ele em acordo mais pleno com a índole da união conjugal, *individuum vitae consuetudinem continens*, e pela hereditariedade jurídica, que no-lo transmitiu dos portugueses. Mas creio que, para esse resultado, também muito contribuiu a índole dos íncolas brasileiros, que os portugueses dominaram e adaptaram à sua civilização.

Entre os selvagens brasileiros, entre os tupís, menos brancos que os tapuias, permitam-me usar destes nomes consagrados, as famílias viviam promiscuamente em suas ocas, como se formassem um só todo, de modo que a caça por uma delas obtidas era devorada, irmãmente, por todos os parceiros. Isto, dir-se-á, nada mais é do que um costume comum a todos os povos no estado de cultura, em que se achavam os tupís. Certamente, mas o que se quer dizer é que ele corroborado, além disso, por certas notas de psicologia étnica especial, preparou os espíritos a receberem a comunhão de bens no casamento. Os outros regimes não disfarçam a dose de egoísmo e desconfiança, que os engendrou; o da comunhão é francamente altruis-

(10) COELHO DA ROCHA, *Instituições*, I, nota M.

(11) ROTH, *op. cit.*, II, §§ 103-104.

ta. E o aspecto meramente econômico do altruísmo é uma das belas facetas do caráter desses pobres antepassados, que no-la transmitiram desdobrada em despreocupação, transformada em acídia. THEVET, que muitíssimo conheceu os nossos selvícolas, deixou, a respeito, o seu testemunho: "Reputar-se-ia, para sempre, deshonrado o selvagem que, possuindo qualquer coisa, não suprisse o vizinho ou parente, que carecesse dela".

Por outro lado, é certo ainda que, entre os tupís, a condição da mulher, embora precária, era, contudo, menos miserável do que na maioria das sociedades selvagens, e D'ORBIGNY não trepidou em afirmar que ela era menos desgraçada do que a das classes industriais da Europa. Acrescenta o ilustre viajante: "A condição da mulher, quanto ao trabalho, é penosa, o mais que é possível: *porém, não sofre jamais censura, pela maneira por que governa a casa*" (12). Se é verdadeira esta afirmação, serve-nos ainda mais do que quanto ficou anteriormente afirmado, para explicar a fácil e profunda aclimação do regime comunionista, não direi na lei escrita, mas nos costumes brasileiros.

Não seria impossível que, por um natural desenvolvimento das instituições, viessem esses povos, alcançada, espontaneamente, a civilização de que fossem capazes, a consagrar um regime de bens semelhante para a vida conjugal, pois que, no-lo narra BANCROFT, os *nutkas*, em caso de divórcio ou morte, e os *spoknes* partilham equitativamente a propriedade do casal; semelhantemente procedem os *khasias*, no afirmar de STEEL; e os *dayks* fazem a mulher participar dos trabalhos do marido, dando-lhe direito à metade dos bens acumulados pelo trabalho comum, quando o casamento se dissolve (13). São tentativas visando, ao longe, o mesmo alvo. Se os germanos foram mais felizes por terem mais energia, e porque foram cha-

(12) *L'homme américain*, pág. 176.

(13) São citações de SPENCER, *Sociologie*, II, págs. 329-330.

mados a dar seu contingente ao patriotismo geral da civilização, não julgemos que, totalmente, se perderam os ensaios de outros povos. E eu somente quero ver, na índole e nos costumes desses povos rudes, que povoavam nossas matas americanas, um elemento que preparou o brasileiro, psíquica e etnologicamente, para abraçar, como abraçou, o regime, que a lei portuguesa lhe ditava.

§ 37

COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

O regime da comunhão é *legal* ou *convencional*. É legal, quando é a lei que o estabelece na ausência ou na invalidade de qualquer contrato. É convencional, quando expressamente escolhido pelos contraentes, em pacto para esse fim celebrado.

No direito pátrio, a comunhão é o regime legal por excelência, porque, salvo casos especializados em lei, ele prevalecerá, reputando-se adotado, sempre que não existir um pacto derogatório dele (1).

A comunhão legal, por direito pátrio, é universal, porque agrange a totalidade dos bens, que os cônjuges trazem para a sociedade conjugal e os que, na constância dela adquirem.

Para que se dê esta comunhão, faz-se necessário: 1.º, que se tenha realizado um casamento válido, ou tido como tal; 2.º, que não tenham os cônjuges estipulado alguma coisa em contrário, ou que seja nulo o pacto concluído. No direito anterior, as Ordenações exigiam mais que se tivesse passado um dia, após a celebração do casamento, ou que se provasse a consumação deste. Tal exigência era persistência de falsas idéias introduzidas pelo direito canônico e creio que também vestígio, sobrevivência,

(1) Cód. Civil, art. 258.

atestando a origem da comunhão de bens entre cônjuges, que foi o *Morgengabe*, o presente do dia seguinte (2).

Em três casos dispensava a lei a prova de conjunção após a celebração do casamento; quando os cônjuges tivessem filhos comuns, antes do casamento; quando, mesmo sem filhos, fossem concubinados um com o outro; e quando o casamento fosse precedido de rapto (dec. de 24 de Jan. de 1890, art. 57, al.). Afastava assim a lei uma tantas dúvidas ociosas, com que se entretinham demandas juridicamente fúteis, embora socialmente desastrosas.

Apesar de ter o regime preferido pelo nosso direito escrito e o de que mais profundamente se acham saturados os costumes em nosso país, faz-lhe o Código Civil algumas reservas. Não é permitida a comunhão legal ou convencional: 1.º, se a mulher for menor de 15 anos ou maior de 60; 2.º, se o marido for menor de 18 ou maior de 60; 3.º, se os cônjuges efetuarem o seu consórcio, sem o consentimento dos seus representantes legais; 4.º, se, sendo viuvo ou viuva, com filhos do cônjuge falecido, enquanto não tiver feito inventário e dado partilha dos bens do casal; 5.º, se a mulher viuva, ou cujo casamento tiver sido desfeito por nulidade ou anulação, contrair novo casamento, antes de findo o décimo mês depois da morte do marido ou da dissolução da sociedade conjugal; 6.º, se o casamento for contraído entre tutor ou curador, ou seus parentes em grau proibido, e a pessoa tutelada ou curatelada; 7.º, se for contraído entre o juiz ou o escri-

(2) No tratado entre D. João VI de Portugal e Francisco I da Áustria, para os desposórios de D. Pedro de Alcântara com a Arquiduquesa D. Carolina, assinado em Viena, a 29 de Novembro de 1816, promete-se, a título de *prseente do casamento*, a soma de 60.000 florins, que serão assinados, à noiva, depois de *consumado o casamento*. Diverso e mais nobre era o pensamento que dominava esta matéria no direito romano. “A vontade marital, diz BONFANTE (*Direito romano*, § 58) era entendida em sentido ético e não no sentido materialístico”. E a lei declarava; *nuptias non concubitus, sed consensus facit* (D. 50, 17, fr. 30).

vão, ou seus parentes em grau proibido, e a viuva ou órfã da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, ainda que haja licença especial da autoridade judiciária superior. Em todos esses casos o regime imposto é o de separação (3).

A comunhão universal de bens é também o regime da lei em Portugal (Cód. Civil, arts. 1.098 e 1.108), na Holanda (Cód. Civil, art. 174), na Dinamarca, como era em Narva, nas cidades livônias da Rússia, em Basiléia-campo (lei de 20 de Abril de 1891, § 2.º), em Turgovia. Nestes sistemas jurídicos, não subsiste mais o prazo que as antigas leis assinalaram para o começo da comunhão, nem a necessidade da consumação do matrimônio. E, para cessarem as dúvidas, o Código Civil holandês, art. 174, à semelhança do francês, 1.399, recorda que a comunhão se estabelece de direito entre os cônjuges, desde a celebração do casamento.

O direito francês conhece e regula a comunhão universal, porem somente quando determinada por um pacto antenupcial (Cód. Civil, art. 1.526).

O alemão também só reconhece a comunhão universal de bens, quando firmada por contrato (arts. 1.437 a 1.518).

Quanto às reservas proibitivas da comunhão, recordarei que o Código Civil português fê-las em relação aos menores casados, sem o consentimento de seus pais ou das pessoas sob cuja direção estiverem; aos tutores ou parentes destes com os tutelados, antes de finda a tutela ou prestadas as respectivas contas, salvo consentimento do pai ou da mãe do menor, dado em testamento ou em outro escrito autêntico (art. 1.098, combinado com o 1.058), §§ 1.º e 2.º). Preferiu, nestes casos, o legislador português a comunhão dos adquiridos, ao passo que o brasileiro se decidiu pela separação.

(3) Cód. Civil, art. 258, § único.

Mais radical mostrou-se o Código espanhol, que impôs, como pena, ao tutor que se casar com sua pupila ou aos parentes dele em grau, que a lei proíbe: 1.º, o regime da separação absoluta de bens, ficando cada cônjuge proprietário e administrador independente do que lhe pertencer; 2.º, proibição de doações e liberalidade testamentárias entre os cônjuges; 3.º, não reconhecimento da emancipação do menor pelo fato do casamento; 4.º, perda, por parte do tutor, da administração dos bens da pupila com quem casar.

§ 38

BENS EXCLUIDOS DA UNIVERSALIDADE DA COMUNHÃO

A comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros, assim como das dívidas (1); mas a lei estabelece exceções a esta regra fundamental. Assim não se comunicam: as dívidas passivas anteriores ao casamento, salvo se nascerem de despesas com os seus preparativos, ou se o outro cônjuge participar das vantagens delas (2); as pensões, meio-soldos, montepios, tenças e outras rendas semelhantes; os bens doados ou legados com a cláusula da incomunicabilidade; os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva; o dote constituído ou prometido a filho de outro leito; o dote constituído ou prometido por um só dos cônjuges; as obrigações provenientes de atos ilícitos; as doações antenupciais, feitas com a cláusula da incomunicabilidade; as roupas de uso pessoal, as joias esponsalícias, os livros e instrumentos de profissão, os retratos de família; a fiança prestada pelo

(1) Cód. Civil, art. 262.

(2) Cód. Civil, art. 263, VII. Se o cônjuge devedor não tiver bens próprios, com os quais pague essas dívidas, serão elas pagas pela sua meação, isto é, imputadas nela.

marido sem outorga da mulher; os bens da herança, a que se impuser a cláusula de inalienabilidade (3).

Estas exceções correspondem às do Código Civil português (arts. 1.109-1.110), com ligeiras variações. Aí não se fala de tenças, pensões e fideicomissos, aliás, por sua natureza, bens incomunicáveis, em vista de seu caráter personalíssimo. Por outro lado, tornou o Código português incomunicáveis duas terças partes dos bens, que possuir o cônjuge que passar a segundas núpcias, ou dos que herdar de seus parentes, tendo, de anterior casamento, filhos ou outros descendentes (art. 1.109, § 3.º).

No direito alemão, os bens subtraídos à comunhão são em número mais limitado. Os feudos, os fideicomissos familiares, as roupas de uso, os bens reservados a cada cônjuge (*Einhands-oder-Sondergueter*) são os objetos incomunicáveis (Cód., arts. 1.439-1.440).

§ 39

ADMINISTRAÇÃO DOS BENS NA COMUNHÃO

Na constância do matrimônio, a propriedade e a posse dos bens da comunhão pertencem, conjuntamente, a ambos os cônjuges. Mas essa composses e compropriedade apresentam um caráter especial: não podem ser transferidas a terceiro, enquanto perdura a sociedade conjugal, e por ato *inter vivos*, a *meação* que a cada cônjuge pertence. Essa translação importaria na dissolução do regime de bens estabelecido.

Mas a administração desse condomínio pertence ao marido somente (1). Apenas algumas limitações se

(3) Cód. Civil, art. 263, I a VI e VIII a XI.

(1) Cód. Civil, art. 266. O Código Civil consagrou o costume; porem a lógica do direito diz que a administração dos bens comuns deve caber a ambos os consortes.

opõem a essa faculdade, como já vimos nos parágrafos 27 e 28. Avulta, entre essas limitações, a outorga uxória, necessária para todas as alienações de imóveis e gravames sobre eles impostos. Também só por exceção cabe à mulher a administração dos bens do casal, como foi exposto no citado parágrafo 28, ao qual remeto o leitor.

Nos vários sistemas, em que existe a comunhão de bens, esse direito de administração é conferido ao marido, ora com amplitude maior, como na França (Código, artigo 1.421 e segs), ora com as restrições do direito pátrio ou ainda outras semelhantes.

O Código Civil alemão (arts. 1.443-1.465) deu unidade aos diversos sistemas outrora existentes na vigência dos *Landrechte*. Os bens comuns estão submetidos à administração exclusiva do marido, sob a condição de impetrar assentimento da mulher, quando tiver de dispor de um imóvel comum ou da totalidade dos bens da comunhão, e quando a disposição for a título gratuito.

Pelo que se vê, recuou o Código Civil ante a consagração do princípio liberal e lógico, segundo o qual ambos os cônjuges, comproprietários neste regime, gozem de igual direito de disposição. E no entanto, encontraria o caminho aberto nesse sentido por leis germânicas, além do apoio moral do *Avant Projet de LAURENT*.

§ 40

CESSAÇÃO DA COMUNHÃO

Cessa a comunhão de bens entre cônjuges, segundo o direito pátrio: 1.º, pela morte de um deles; 2.º, pela sentença que anula o casamento, declarando-o putativo; 3.º, pelo desquite. Neste último caso, se os cônjuges se reconciliam, os respectivos bens retornam ao regime anterior (1).

(1) Cód. Civil, arts. 267 e 323.

Se a comunhão cessa por morte, o cônjuge sobrevivente fica em posse dos bens comuns, como cabeça de casal, até que se efetue a partilha entre ele e os herdeiros do pre-morto (2). Os bens incommunicáveis, porém, deverão ser entregues aos herdeiros do outro cônjuge, desde logo (Ord. 4. 95, pr. e § 1.º), salvo o direito de retenção por benfeitorias.

Cessando a comunhão por outra causa, continua o marido a deter os bens indivisos sob seu poder, até que se ultime a divisão. Os acréscimos, rendimentos e produtos desses bens durante o processo da partilha são igualmente comuns, porque prendem-se a coisas indivisas ou delas brotam. Mas as aquisições obtidas pela própria indústria de cada cônjuge, por herança e por todos os meios, que não afetem os capitais comuns, deixam de entrar na partilha, porque a sociedade conjugal já terminara (3).

Efetuada a divisão do ativo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro, por dívidas que este houver contraído (3 a).

O direito alemão, além dos casos de dissolução por morte, nulidade do casamento e divórcio, conhece mais os seguintes:

a) *Por ação da mulher*: 1.º, quando as disposições do marido, sem consentimento da mulher, ameaçam pôr em grave perigo os bens desta; 2.º, ou empobrecer a comunhão, no intuito de prejudicar a mulher; 3.º, quando o marido viola a sua obrigação de alimentar a mulher e os filhos; 4.º, ou é pródigo; 5.º, ou, por fim, opera a comunhão de dívidas, ameaçando absorver os ganhos ulteriores da mulher (Cód. Civil, art. 1.468).

(2) *Direito das sucessões*, § 106; Cód. Civil, art. 1.579.

(3) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 67; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 249-250; Código Civil português, arts. 1.121-1.123.

(3-a) Cód. Civil, art. 268.

b) *Por ação do marido*: quando, em consequência de obrigações da mulher, os bens comuns se acham de tal modo sobrecarregados de dívidas, que os ganhos ulteriores do marido corram grave perigo de ser absorvidos (Cód. Civil, art. 1.469) (4).

A ausência definitiva é também designada especialmente como um dos modos de terminar a comunhão, como pelo direito francês e italiano; mas, equivalendo ela à morte, está logicamente incluída nas hipóteses da legislação pátria.

(4) O direito francês (Cód., art. 1.443 e segs.), o italiano (Cód., art. 1.442 e segs.), o dinamarquês e outros estatuem que a comunhão pode ser dissolvida na constância do casamento, a pedido da mulher somente, quando os esbanjamentos do marido ameaçam abismar toda a fortuna do casal. É uma garantia concedida à mulher. COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 240, falava-nos também de uma hipótese de separação de bens, apoiado em GUERREIRO e PEGAS. Mas, não estava na lei pátria essa espécie. Se o marido é pródigo, o remédio é a interdição. No *Projeto do senador COELHO RODRIGUES*, vejo aproveitada essa providência, no art. 1.997; mas, além de ser diversa a hipótese, aí se trata de construir direito, enquanto que aqueles reinícolas falam de *jure constituto*. Se a renúncia é para ter efeito somente em caso de morte, anulação do casamento ou divórcio, não percebo o seu alcance. Morre a mulher primeiro, tendo renunciado à comunhão; eis o caso, que figura o jurista português. Assim evitará que seus bens pessoais sejam absorvidos, além dos comuns, pelas dívidas contraidas. Mas esses bens escapam à ação do passivo da comunhão e a lei, garantindo-os com privilégios hipotecários, fá-los justamente entrar na categoria das dívidas mais fortemente asseguradas. Sem a renúncia da comunhão estão salvos, ou não estarão mesmo, apesar dela. Dada, porém, a renúncia na constância do casamento, compreende-se que a miséria entrevista ao longe poderá ser evitada. A situação é inteiramente outra.

No *Projeto* primitivo, arts. 313-315, vinha consignada a idéia da cessação da comunhão, a pedido da mulher, quando os esbanjamentos do marido a tornassem prejudicial. Foi, porém, eliminada essa providência garantidora dos direitos da mulher num regime em que a administração está entregue, exclusivamente, ao marido.

§ 41

COMUNHÃO PARCIAL

Sob a denominação de *comunhão parcial*, o Código Civil brasileiro regula um regime, em que se comunicam somente os bens adquiridos a título oneroso, por fato eventual, as benfeitorias, e os bens doados, ou deixados a ambos os cônjuges. Os bens possuídos por cada um dos cônjuges ao casar, os adquiridos na constância do casamento a título gratuito e os subrogados em bens particulares, não se comunicam (1).

Alguns dos nossos civilistas denominavam este regime de simples separação. Encontram-se, nas legislações estrangeiras, vários tipos de comunhão limitada, uns que procedem de disposições legislativas e outros que podem surgir das múltiplas combinações possíveis entre os cônjuges. Destacarei alguns e apontarei outros.

1.º Em primeiro lugar, ergue-se a comunhão legal do Código Civil francês (art. 1.339), da qual se excluem os imóveis possuídos anteriormente ao casamento e os adquiridos posteriormente a título gratuito. Adotaram-na, igualmente, ou tal qual, ou com alterações pouco sensíveis, a Bélgica, o Luxemburgo, Genebra, Jura bernês, a Luisiana e a Califórnia, nos Estados- Unidos da América do Norte (1 a).

Este sistema é muito mais complicado do que parece pela indicação, que acaba de ser feita, e muito mais do que o da comunhão universal. No direito francês, que tem sido o modelo para muitas legislações, veem-se os moveis

(1) Cód. Civil, arts. 269 a 275.

(1-a) BRIDEL, *Derechos de la mujer*, págs. 89-90; WARTHON, *Private international law*, § 190; *Annuaire de législation étrangère*, 1889 a 1891; LEHR, *Droit civil des États-Unis*, pág 30 e segs.

distribuídos em várias categorias, e em várias outras os imóveis. Pela definição, os mobiliários são comuns; porém, há não menos de quatro classes de moveis não comuns, segundo no-lo mostra o próprio *Code Civil*. São elas: 1.º, a dos pensões, dotações, ordenados, aposentadorias (Cód. Civil, art. 580), que, dissolvida a comunhão, pertencerão, exclusivamente, aos titulares, como entre nós; 2.º, os moveis que proveem dos imóveis próprios, sem que sejam frutos; 3.º, os que substituem os bens próprios (Código Civil, art. 1.433); 4.º, os dados ou legados a um dos cônjuges, sob a condição de permanecerem estranhos à comunhão.

Por outro lado, os imóveis também se distribuem por categorias diferentes. Os possuídos antes do casamento, os que são adquiridos a título gratuito (doação ou sucessão), os cedidos por ascendente a um dos cônjuges, em pagamento do que lhe deve, ou para pagamento das dívidas do doador (art. 1.406), os permutados por bens próprios e os retirados de indivisão, mantem-se na propriedade e posse exclusiva do cônjuge proprietário.

2.º A comunhão dos adquiridos, na qual, cada cônjuge conserva a propriedade dos bens, que possuía antes do casamento, assim como os que, posteriormente, vierem a caber-lhe por doação ou sucessão, comunicando-se apenas os aquestos, o produto da indústria de cada cônjuge, os rendimentos dessas aquisições e dos bens próprios, assim como os grangeios a título oneroso. Este é o regime comum na Espanha (Código Civil, art. 1.401) e o era nos cantões suíços de Neuchâtel, Valais, Shaffhausen e Grisões (Cód. Civ., arts. 41-43), com pequenas variantes. Também o é no Chile, na Argentina, na Colômbia e no Paraguai, sob o nome de sociedade conjugal, embora com desenvolvimento mais sistemático e regulamentação mais minuciosamente acurada (Cód. Civil chileno, artigo 1.725 e segs., argentino, art. 1.262 e segs.).

O Código Civil italiano (art. 213 e segs.) regula esta espécie, se bem que, na Itália, não haja um regime *legal*

preferido pelo legislador (2). Mas dá o Código um modelo da comunhão contratual e não permite que se estenda ela à totalidade dos bens. Também no Código Civil alemão está regulado este regime (arts. 1.519-1.548).

3.º Alem da comunhão universal e das parciais de que se fez menção neste parágrafo, muitas outras modalidades são possíveis, algumas particularmente reguladas no direito alemão e francês, outras, resultados de combinações variadas. Indicarei a comunhão dos moveis e dos imóveis (*ameublisement*), a dos moveis somente (*Mobiliargemeinschaft*), e a comunhão meramente administrativa (*Verwaltungsgemeinschaft*) que do Código saxônico (arts. 1.630-1.770) passou para o Código Civil alemão (arts. 1.363-1.431) e pela qual cabe ao marido o direito de administrar e usufruir os bens da mulher, conjuntamente, com os seus, excluídos os reservados (*Sondergut, Vorbehalt*). É este, hoje, o regime legal da Alemanha. Nas províncias bálticas da Rússia e em cantões da Suíça germânica, dominava, igualmente, esse regime, do qual se aproxima, consideravelmente, o estabelecido na Polônia (lei de 27 de Junho de 1825). Algumas vezes o chamam — regime sem comunhão, e com mais propriedade, porque os bens de ambos os cônjuges se conservam apenas reunidos para o efeito de serem administrados pelo marido. Não se confundem, nem se associam. O Código Civil suíço, dá-lhe preferência, sob a denominação de *união dos bens* (*union des biens, Gueter Verbindung, unione dei beni*, arts. 194 e segs.).

(2) Non ammette nel silenzio dei contraenti ne *tacito regime legale*, sia dotale sia della comunione; nulla impone e nulla suppone, lasciando in piena balia alle convenzioni dei contraenti, diz GALLUPPI, *La dote, secondo il diritto civile italiano*, 1876, pág. 29. Mas, nada convencionando os cônjuges, é óbvio que permanecerão distintos e separados os respectivos patrimônios, sem que, aliás o Código regulamente esse regime de pura separação. CHIRONI, *Istituzioni*, §§ 394-395.

A administração dos bens do casal, nestas várias hipóteses de comunhão limitada, pertence ao marido, em regra geral, como chefe da sociedade conjugal (2 a); apenas excepcional ou transitoriamente será atribuído esse direito à mulher.

As causas determinantes da dissolução da comunhão, pelo direito francês, italiano, espanhol e argentino, são, além da morte, nulidade e divórcio, comuns ao nosso direito: 1.º, a separação de bens pedida pela mulher, quando a fortuna comum ameaça soçobrar, e a que já se fez alusão, em parágrafo anterior, sendo de notar que as providências do Código argentino e do espanhol são mais extensas, embora não satisfatórias (3); 2.º, pelo Código italiano, 1.441, a perda dos direitos civís, ou a interdição civil, como preferiu dizer o legislador espanhol (Código, art. 1.433).

(2-a) Cód. Civil, art. 274.

(3) Código Civil francês, art. 1.443; italiano, 1.442; argentino, 1.292 e segs.; espanhol, 1.432 e segs.

CAPÍTULO VI

REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

§ 42

SEPARAÇÃO DE BENS

Regime de separação é aquele em que os patrimônios dos cônjuges afetam uma forma existencial distinta, conservando-se em segregação completa, independente, sob a propriedade, posse e administração de cada um. A ele referem-se o Código Civil francês (arts. 1.536-1.539), o espanhol (art. 50) e o Código Civil brasileiro, arts. 276 e 277, como regime convencional. Em certos casos, o nosso Código impõe-no obrigatoriamente (art. 258, parágrafo único).

E' este o regime adotado na Rússia (1), na Inglaterra, em muitos Estados da União norte-americana, no Canadá, e em parte na Austrália. Em compensação, muitas legislações repelem-no como dissolvente da união conjugal. E BRIDEL pasma de que assim procedessem alguns

(1) O Código soviético da família declara no art. 105: "o casamento não gera comunhão entre os cônjuges". Na ausência de pactos, os bens continuam na propriedade e sob administração de cada cônjuge.

legisladores suíços, sendo a Helvécia a terra clássica da liberdade. O Código Civil do México, arts. 207 a 218, regula, minuciosamente, este regime.

O regime da separação se pode apresentar sob três feições principais: a separação pura, a que acabo de aludir; a separação com cláusula de dotalização, que será examinada em parágrafos ulteriores; e a separação limitada.

A separação pura, importando segregação completa dos bens de cada cônjuge, quer havidos, quer futuramente obtidos por qualquer título, espontou em Roma, com o desaparecimento da *manus* e o surgir dos casamentos livres, para ser logo modificada pela cláusula dotal, que preponderou naquela sociedade agitada e nimiamente prática. No direito germânico, também aparece esse regime usado por algumas tribus, firma-se, de certo modo, no *Sachsenpiegel*, e, mais acentuadamente, nos casamentos morganáticos, que também não foram desconhecidos no Portugal de outrora, sob a denominação de *morganheira*, com o mesmo carater de exclusão da comunhão, embora sob um aspecto um tanto diverso do que apresentava em Roma a separação dos patrimônios no casal. Os casamentos morganáticos, porem, foram cedo hostilizados e eliminados pelas legislações civís, ou expressamente, como pelo Código Civil francês (arts. 1.388-1.389), e outros, ou implicitamente, como por direito pátrio.

Hoje, por direito brasileiro, a separação pura ou resulta, contratualmente, do acordo dos cônjuges, ou, em virtude da lei, do casamento celebrado com infração do preceituado no art. 183, ns. XI a XVI; do maior de sessenta anos e da maior de cinquenta; do orfão de pai e mãe ou menor cujos pais tenham perdido o pátrio poder, ou tenham sofrido a suspensão dele nos termos dos artigos 394 e 395; de todos os que, para casar, dependerem de autorização judiciária (1 a).

(1-a) Cód. Civil, art. 258, parágrafo único.

No regime da separação convencional, os adquiridos se comunicam (art. 259). Se, porém, a separação é imposta por lei, não há comunicação. O art. 259 não permite dúvida a respeito. Diz ele: “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, *no silêncio do contrato*, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”. No silêncio do contrato preceitua a lei; portanto, quando a separação é imposta por dispositivo legal, não tendo os nubentes direito de pactuar o seu regime de bens, os adquiridos não se comunicam. Invocar, contra a lógica irretorquível desta solução, o direito anterior, que consagrava preceito semelhante ao do art. 258, § único do Código Civil, seria descabido. Aliás o fim moral do dispositivo não permite outra interpretação.

Este sistema é muito simples, muito claro, assumindo os cônjuges posição perfeitamente definida, sem que um possa julgar-se prejudicado por desleixo, acídia, desregramento ou má fé do outro. Cada um deve esperar colher o que semeou. E’ uma vantagem essa, não há negá-lo; e explica-nos ela bem por que alguns povos preferiram o regime da separação de bens. Mas é comprada caríssimo essa incontestável vantagem, pelo afrouxamento dos laços da sociedade conjugal, pela dissolução da família a que, infelizmente, vão tendendo alguns povos. E abismar-se-ão, por certo, nesse tremedal, que estão incautos chapinhando, se uma força poderosa não lhes imprimir outro rumo ao curso da vida. A indispensável solidariedade entre os cônjuges só a pode, robustamente, dar a comunhão de bens, da qual não é condição absolutamente a incapacidade da mulher. Se, como diz BRIDEL, entrênuo defensor da separação, nenhuma regime é tão justo quanto o de sua preferência, “porque é o único que atende aos direitos da mulher” (2), é que o ilustre professor não acredita na

(2) Op. cit., pág. 104.

possibilidade da comunhão com direitos iguais entre os cônjuges. Entretanto é, sem dúvida, esse o verdadeiro conceito do regime; e, praticamente, o vimos aplicado em algumas comarcas alemãs.

A separação limitada pode variar, conforme a dosagem que receber de outros regimes. É seu tipo, entretanto, o regime que os nossos civilistas, impropriamente, denominavam de simples separação (3); no qual a fortuna trazida por cada cônjuge se mantém distinta e incomunicavel, mas se comunicam os frutos e rendimentos dela, assim, como os bens adquiridos na constância do matrimônio.

É, visivelmente, um regime *misto*, em que se combinam princípios divergentes, o da comunhão e o da separação, já o fizera notar TEIXEIRA DE FREITAS (4).

Dele se ocupou o § 41 desta obra.

Neste regime de separação e comunhão, as dívidas, em regra, aderem ao cônjuge que as contraiu sem repercussão sobre o outro. Mas, se voluntariamente, assumir a responsabilidade delas, se, com elas, tiver vantagens apreciáveis, obrigar-se-á, segundo a extensão dessa responsabilidade e em correspondência com essas vantagens. Se forem as dívidas contraídas para despesas comuns, para sustento do casal (5), melhoramento dos aquestos, a cada

(3) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 68, acompanhando doutrina professada por MELLO FREIRE e COELHO DA ROCHA; FELICIO DOS SANTOS, *Projeto de Código Civil*, art. 1.979. Acrescente-se o Código Civil francês, art. 1.530 e segs.

(4) *Consolidação das leis civis*, nota 16 ao art. 88. Igualmente correto foi o *Projeto* do senador COELHO RODRIGUES, artigos 2.005-2.015 e 2.068-2.078. O Código Civil, arts. 276 e 277, chamou *regime da separação* aquele em que os bens permanecem sob a exclusiva administração do proprietário, que os poderá livremente alienar, excetuados os imóveis. Mas, se os cônjuges não pactuarem o contrário, prevalecerão os privilégios da comunhão quanto aos adquiridos na constância do casamento (art. 259).

(5) Na separação limitada dos bens que cada cônjuge traz por ocasião do casamento, a parte comum dos adquiridos entra por

cônjuge cabe suportar a metade delas, pelos bens próprios, se os comuns não forem suficientes para saldá-las.

A administração dos bens, salvo cláusula especial, cabe ao respectivo dono (5 a). O marido, para alienar seus imóveis, necessita, entretanto, de outorga uxória, assim como a mulher não poderá alienar os seus bens de raiz, sem que o marido o permita.

Dissolvida a sociedade conjugal, continua o cônjuge sobrevivente na posse de seus bens e na dos adquiridos, até serem estes partilhados. Deverá, porem, entregar imediatamente, os que pertencerem, exclusivamente, ao outro cônjuge. Para garantia da restituição dos bens da mulher, que se acharem sob a administração do marido ficam os imóveis deste gravados por hipoteca legal (6). Essa hipoteca existe em segurança de todos os pactos exclusivos da comunhão. Porem, sendo estabelecida a separação pura, absoluta, por pacto ou em virtude da lei, no caso em que ela impõe esse regime, é claro que essa hipoteca perde sua razão de ser. Ela é concedida à mulher para assegurar-lhe a restituição de seus bens entregues à gestão do marido; supondo que a mulher manteve sempre seus direitos e os exerceu pessoalmente, é ociosa a providência. E' certo que a lei não distingue essa hipótese, e, atendendo, ao que é comum entre nós, impõe a hipoteca legal em favor da mulher sobre os imóveis do marido, "pelos pactos antenupciais exclusivos da comunhão". Mas, evidentemente, ela não se refere à separação absoluta contratual e, ainda menos, à legal (7).

quotas indistintas para as despesas do lar. Mas, na separação absoluta? Cada cônjuge contribuirá em proporção com a sua fazenda, dizem alguns civilistas, e esta foi a doutrina aceita pelo Código Civil, art. 277.

(5-a) Cód. Civil, art. 276.

(6) Cód. Civil, art. 827, I.

(7) Cód. Civil, art. 276: *os poderá, livremente, alienar se forem moveis*. Se forem imóveis, o consentimento do outro cônjuge, ou seu suprimento, é indispensável.

CAPÍTULO VII

REGIME DOTAL

§ 43

NOÇÃO, ORIGEM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO ATÉ AO DIREITO ROMANO, INCLUSIVE

Regime dotal é aquele em que os patrimônios de ambos os cônjuges se acham distintos, sob a propriedade e administração exclusiva de cada um, recaindo o onus da sustentação da família sobre os bens do marido e sobre os rendimentos do dote, cuja administração é direito especial do marido. E', como se vê, um regime de separação modificado pela cláusula dotal, que, recaindo sobre uma certa porção de bens, imprime-lhes caráter, feição peculiar. Dote é a porção de bens que a mulher, ou alguém por ela, transfere ao marido para, dos rendimentos deles, tirar subsídio à sustentação, dos encargos matrimoniais, sob a condição de restituí-lo depois de dissolvida a sociedade conjugal.

A dotalização de alguns bens determina o regime dotal, por via de regra, mas, se os contraentes quiserem, poderão combinar o dote com a comunicação dos adquiridos, o que em nada repugna à natureza de ambos os regimes, para o que basta silenciarem a respeito, porque a re-

gra é se comunicarem os adquiridos na constância do matrimônio, se outra coisa não se estipula (1).

Surgiu o regime dotal de custosa e lenta elaboração, não se assemelhando as suas primeiras manifestações às formas que, posteriormente, afetou, parecendo estas até produções de elementos diversos, guiados por diferente finalidade, o que sobremodo embaraça o historiador jurídico, em sua tentativa de determinar-lhe a origem e acompanhar-lhe a cenogênese.

Ensaiei, contudo, apontar os elos principais da evolução deste instituto, sem dúvida uma das mais interessantes de quantas opulentam os fastos da história jurídica.

A princípio, sabemo-lo já, cessada a usança da captura, tinham os maridos de comprar suas mulheres, e, assim fazendo, transformaram-nas em instrumentos econômicos de que procuraram tirar o maior proveito. E' célebre e bem característica a frase de um cafre: "ela foi comprada, portanto deve trabalhar". Mudando, em seguida, as condições econômicas da sociedade, crescendo o movimento comercial, e, por outro lado, desenvolvendo-se os sentimentos éticos, o gosto artístico, o valor da mulher foi deixando de ser aquilatado por seus talentos de serva, para sê-lo por suas qualidades morais e beleza física, devendo-se, aliás, ter por indubitável que essa última prenda foi, em todos os tempos, tomada em consideração, não podendo o homem colocar-se, neste assunto, em escala inferior aos outros animais, cujo sentimento do belo nos é revelado por fatos conhecidos de seleção sexual.

Como, a esse tempo, já não podia o varão tirar de sua mulher os lucros, que outrora hauria senhorilmente, como a sociedade ia-lhe impondo a monogamia, e, com ela, mais rigorosas obrigações em relação à família, perdeu a mulher o valor venal, na maioria dos casos. Operou-se, então, uma inversão completa nas situações respectivas

(1) Cód. Civil, art. 259.

dos nubentes. Em vez de ser comprada, passou a mulher a comprar seu marido.

Aquele curioso costume dos babilônios, que excitou a admiração dos escritores antigos, e que consistia em formar, para as moças feias, um dote com os preços, que aos pretendentes custava a posse das bonitas, se me afigura um precioso testemunho, conservado pela tradição, do período transicional entre o casamento por compra da mulher e o dote como compensação dos encargos matrimoniais. Vemos aí os dois sistemas coexistindo em acordo transitório. Para as belas, o sistema da compra pelo marido; para as feias, o sistema do dote.

Compreende-se quanto é fácil um transviamento a quem vai, embora meticulosamente, pentrando nesse lusco-fusco da paleontologia jurídica. Entretanto, julgo que a interpretação aquí dada aos fatos, longe de constrangê-los, amoldando-os a uma teoria preconcebida, desprende-se de-les natural, logicamente, tanto mais se acrescentarmos que aos pais se afiguraria de melhor alvitre ceder a filha com uma parcela de sua fazenda, do que mantê-la, indefinidamente, sob seu teto e deixá-la, após a morte, sem um arrimo seguro para a vida econômica e para a vida moral, principalmente.

O dote assim constituido, como simples doação *propter nuptias*, era propriedade do marido, como tudo que a mulher viesse a adquirir na constância do matrimônio. O único distintivo, que se lhe pode, assinalar, então, é, exclusivamente, a sua finalidade, aliás, restrita, a torná-lo chamariz de noivos.

Em muitos povos antigos abrolhou esta instituição, evocada do caos para o cosmos jurídico por necessidades idênticas. Entretanto, só os romanos e os atenienses, levaram a termo essa empresa. Em todos os outros povos, a vegetação jurídica do dote fenecera no primeiro estágio de diferenciação, não passando de um período muito rudimentar. Ve-la-emos, assim, entre os árias, os hindús, os antigos helenos, os toltecas e os aztecas.

No Rig-Veda, se diz que o pai da recém-casada oferece ao genro uma vaca destinada ao festim nupcial. Seja isso um símbolo ou uma dádiva real, o que é certo é que, posteriormente, entrou para o patrimônio exclusivo do marido, constituindo, o *gôdâma*, nome sânscrito do dote, que, traduzido literalmente, significa — presente da vaca (1 a). Em Homero, as virgens são chamadas *alphesiboiai*, isto é, as que encontram bois, e, por extensão, as que podem encontrar um bom partido, ricas e belas (2).

Entre alguns germanos, o dote trazia o nome de *fa-dertio* e, entre os escandinavos *faedheringfeoh*, o que vem a ser gado paterno (3).

Os aztecas e toltecas, por seu lado, também conheciam o dote neste sentido; não consistente, especialmente, em rebanhos, mas sim em quaisquer bens. Quando o tirano Maxtla pôs a prêmio a cabeça do príncipe Netzahualcoytl, o herói tezcucano, oferecia a quem lha entregasse uma nobre dama acompanhada de opulento dote (4). HERRERA diz que os antigos americanos, quando as raparigas se tornavam núbeis, enviavam-nas a ganhar seu dote pelo amor venal (5).

(1-a) GLASSON, *Le mariage civil et le divorce*, pág. 140.

(2) HOMERO, *Iliada*, 18, vrs. 593. MICHELET como que supõe que o gado trazido pelas virgens aproveita ao pai (*Les origines du droit français*, pág. 14), mas é, certamente, equívoco. Não se trata mais do preço, que os pais de família exigem pela cessão de suas filhas, clientes ou mulheres; mas, ao contrário, de um donativo por eles feito aos genros. É, justamente, a palavra *dote* prende-se à raiz sânscrita — *da* — que significa presentear, de onde o *dos* dos gregos e dos latinos.

(3) GLASSON, *op. cit.*, pág. 141.

(4) PRESCOTT, *Conquista de Mexico*, pág. 111 e em outros lugares.

(5) Este costume de obter o dote pela cessão das primícias do amor é mais comum entre os povos rudes do que se poderia talvez supor. Citarei um só exemplo.

Na Argélia, as moças de Ouled-Nail empreendem excursões fora do país, para a obtenção de um dote, e voltam para casar, logo que

Em todos esses povos, o dote não passa do que comumente, ainda hoje, recebe também entre nós, o nome de dote: — a porção de bens que a mulher traz para o casal, sem implicar um regime peculiar.

A pouco e pouco, porém, o dote foi-se destacando do acervo marital, para constituir-se à parte. E' em Roma que podemos apreciar melhor essa fase evolucional do instituto, porque foi, justamente, aí, que ele recebeu sua consistência vital e os traços característicos de sua morfologia. E' por esse motivos que se pode chamar o dote uma instituição essencialmente romana. Realmente, nenhum outro povo soube tirar dessa usança primitiva, amorfa, incolor, uma criação jurídica independente e de alta importância social.

Convem, entretanto, notar que, na Grécia, particularmente em Atenas, havia o costume de ser restituído o dote recebido pelo marido, se os cônjuges viessem a separar-se ou a divorciar-se, costume a que os historiadores atribuem a força de evitar grande número de dissoluções matrimoniais. Além disso, o regime dotal adquiriu, em Atenas, considerável desenvolvimento, pela preferência e garantias de que era cercado (6).

teem a fortuna julgada necessária. Não lhes faltam maridos, posto que todos saibam que a origem desses ganhos só podia ser e foi somente a prostituição. Um escritor afirma que, mesmo na culta Alemanha, ainda agora, em certas comarcas, as moças se entregam à prostituição urbana, até que hajam acumulado certa soma, época em que voltam para a aldeia natal, onde casam, embora seus encantos já estejam em visível declínio.

(6) MAHAFFEY, *Antiquité grecque*, trad. Mme Waldteufel, página 76; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, primeira parte, páginas 129-130. BEAUCHET consagra longo estudo ao dote no direito ateniense. Na época histórica, afirma, quase não há casamento sem dote, apesar de que SOLON e PLATÃO não lhe foram simpáticos. Chegou-se ao ponto de se considerar o dote como sinal distintivo do casamento legítimo (*Droit privé de la république athénienne*, I, páginas 247 a 337).

Dizem alguns romanistas que o dote aparece em Roma, ao tempo dos casamentos livres (7). Essa afirmação, apesar do acatamento, com que se deve ouvir o ensinamento desses distintíssimos mestres, não deve passar sem reparo. Creio que se pode asseverar, sem receio de engano, que, antes dessa época, já o marido recebia do pai da esposa, certos bens, com que este procurava facilitar-lhe o casamento, em uma sociedade de costumes nimiamente tolerantes, que já se debatia nas agruras do problema econômico, a rugir nas praças da grande cidade e rolando, truculento, pelos campos da Itália.

Seja, porem, como for, o que se levanta acima da poeira de todas as dúvidas é que, com os casamentos livres, o dote se generalizou e se tornou obrigatório, podendo ser até constituído pela própria mulher que era, quando *sui juris*, proprietária com direitos equivalentes aos do homem. Sacudindo o pesado e ferrenho jugo da *manus*, adquirindo direitos de proprietária, deixando, portanto, de ser instrumento de aquisição nas mãos do marido, era preciso que a mulher trouxesse compensação, senão completa, ao menos capaz de abafar as revoltas de sua cobiça de senhoraço indolente. Essa compensação outra não podia ser senão a obrigatoriedade, para o pai, de presentear o esposo de sua filha, com certa porção de bens, mediante os quais, o homem se dava por indenizado dos direitos perdidos e consentia em tomar sobre si o custeio da vida doméstica.

Nessa época, o dote não passava de uma doação simples pela qual o marido se tornava proprietário dos bens doados. Algumas vezes, porem, estipulou-se a restituição do dote, não obstante o que, o marido, em caso de divórcio, por culpa da mulher, podia retê-lo: a) totalmente, quando o motivo da separação era o desregramento dos costumes (*retentio propter mores*); b) somente em parte,

(7) Por exemplo, PADELLETTI e COGLIOLO.

para a educação dos filhos (*retentio propter liberos*). Estas retenções, porem, caíram, pouco a pouco, em desuso, permanecendo, somente, a que provinha do direito comum, — a retenção por despesas necessárias realizadas pelo marido na constância do matrimônio.

Com o aumento progressivo dos divórcios, esta convenção admnicular da restituição, que, até então, apparecera acidentalmente, passou a ser uma concomitância obrigada, uma condição necessária, condição que deu, ao instituto dotal, seu carater próprio, que lhe criou a existência fisiológica e morfológica de verdadeiro instituto jurídico, diferenciado e apto a desenvolver-se, daí em diante, ao contacto fecundante da vida comum.

AULO GELLO assinala, como documento indicador dessa transformação, as palavras de SÍLVIO SULPICIO, declarando serem necessárias as cauções dotais, por ocasião do célebre divórcio de Carvilius Ruga: — *tum primum cautiones rei uxuriae necessarias esse visas scripsit*.

De então em diante, a instituição do dote foi, dia a dia, consolidando-se, cercando-se de garantias contra a evicção, e tomando, com as leis *Julia et Papia Popoea*, a destinação especial de servir *ad sustinenda onera matrimonii* (8). Afinal, vendo Justiniano que as estipulações para a restituição do dote se haviam infiltrado nos costumes, deu-lhes a sanção do direito escrito, considerando-as, parte integrante do contrato ou, melhor, fazendo supor, por uma ficção legal, que todo contrato de dote era acompanhado da estipulação de restituí-lo, após a dissolução do casamento, por divórcio ou morte (9).

(8) COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, página 39. Veja-se mais CUC, *Inst. juridiques des romains*, II, páginas 101-103.

(9) Cód., 5, 13, I, 1, *Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus, omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive, non: ut intelligatur re ipsa stipulatio esse subsequuta...* § 1.º *Sicut enim et stipulationes et hypothecae inesse dotibus intelliguntur.*

Completo-se, por essa forma, o instituto que se consubstanciou tanto com os costumes romanos, que chegou a ser considerado de utilidade pública. *Reipublicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possint*, diz PAULO (D. 23, 3, fr. 2). Do direito romano passou para o português, apesar de um tanto avesso à sua índole, e deste para o nosso.

§ 44

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO REGIME DOTAL NO ANTIGO DIREITO ÍBERO, NO DIREITO PÁTRIO E NAS LEGISLAÇÕES MODERNAS

Desde a invasão dos visigodos que, na Ibéria, se estabeleceu o uso dos dotes, mas no sentido que à palavra davam os germanos, isto é, de um presente do noivo à futura mulher. No *Código visigótico* (3, 1, lei 5.^a), está regulada essa usança, e ALEXANDRE HERCULANO, autoridade eminente, em tudo que diz respeito à história antiga da península, nos afirma que esse costume dos visigodos, em relação aos dotes, se manteve em vigor, através do domínio árabe, até à publicação do Código das sete partidas, no que o confirmam os estudos de MARINA. Acresce que, embora o direito árabe não se tivesse enraizado na Espanha, deixando apenas alguns vestígios na designação de certas autoridades municipais (*alcaide, almotacê, alvazil*), e, talvez, por dose mínima, em algum instituto, é certo que só poderia corroborar a tradição germânica, no ponto agora em análise.

Se, pois, antes da lei das sete partidas, se encontra a palavra dote, não é senão no sentido do direito germânico, ou como sinônimo de doação, segundo se vê em alguns documentos do século undécimo.

Assim, pois, o regime dotal não foi transmitido pela dominação romana aos povos da península ibérica, mas

ai penetrou com a renascença do direito romano, que tão fortemente dominou na organização do Código das sete partidas de Espanha e nas *Ordenações* portuguesas.

E, sendo omissa a legislação portuguesa, assim como a brasileira posterior à independência, regulava-se a matéria dotal, entre nós, pelos princípios do direito romano compendiados nos títulos do Digesto e do Código, sob a rubrica — *de jure dotium*, com as modificações trazidas por nossas leis em geral e pelo uso das nações cultas contemporâneas.

Não alcançou o dote fazer-se uma instituição de que se saturassem os costumes do povo brasileiro. Não entrou para os nossos hábitos, não tem funcionado com a frequência e a constância do regime da comunhão. Entretanto faz parte integrante de nosos direito, e o Código Civil a regula cuidadosamente (1).

Realmente, segundo a legislação pátria vigente, o dote se constitue: por ato antenupcial celebrado em escritura pública, intervindo nele, além dos cônjuges futuros, as testemunhas necessárias, e o doador, se é uma terceira pessoa, que faz essa liberalidade, e não a mulher, que separa uma porção de seus bens próprios para imprimirlhes a natureza de dotais.

Quase todos os povos modernos receberam a instituição do dote em suas respectivas legislações, como se verá, por exemplo, no Código Civil português, arts. 1.134-1.165), no espanhol (1.336-1.391), no francês (1.540-1.580), no austríaco (§§ 1.218-1.231), no italiano (artigos 1.338-1.432) (2). No direito germânico, deparamos o dote com uma origem e uma destinação diversas das que lhe assinou a evolução do direito romano. Desde os tempos originários, isto é, desde o momento, em que fizeram irrupção na história, as tribus germânicas, era uso

(1) Arts. 278 a 311.

(2) O Código Civil mexicano em vigor baniu esse regime, que era regulado pelo anterior.

entre elas, que o marido comprasse a mulher do *mundium* de seus pais, como, aliás, acontecia entre outros povos de origem indo-européia e já foi dito em outro lugar. Mas, além desse preliminar comum, que se transformou no contrato sponsalício, usavam os germanos, na mesma ocasião, de outros preliminares do casamento, e tais eram os vários modos de o marido assegurar à mulher um doário, de lhe constituir um dote (*Mahlschatz*), e aos quais, geralmente, se seguia o presente de núpcias na manhã seguinte ao consórcio (*Morgengabe*). Esse dote, está indicado, sendo constituído pelo marido, não se destinava principalmente, como entre os romanos, à sustentação dos onus matrimoniais. Aplicou-se, mais diretamente, ao sustento da mulher durante a viuvez, constituindo o seu *withum*, e regulando-se por vários modos. Somente no direito lombardo é que encontramos o dote, sob o nome de *faderfium*, como propriedade exclusiva da mulher (3).

Assim o dote, pelo primitivo direito germânico, ou seja uma doação a parte, como entendem SCHULTE e outros ou seja a transformação do mesmo preço pelo qual era comprado o *mundium*, como opinam SCHROEDER e ROTH com os quais parece também concordar SOHM, é certo que divergia, consideravelmente, da instituição que, em Roma, trazia o mesmo título.

Depois que o dote passou a ser constituído pelos bens que a mulher trazia para o casal, apareceu o contra-dote (*contra-dos, Widerlegung, Heimsteuer, Wiederwurft, Ehegeld*), que se manteve, apenas, no casamento das pessoas nobres (4).

E', portanto, claro que não nos devemos iludir com a semelhança, com a identidade de nome. Sem grande esforço, reconheceremos que o dote, segundo a concepção dos

(3) Consultem-se GRIMM, *Rechtsalterthuemer*, pág. 420 e seguintes; SCHULTE, *Hist. du droit et des institutions de l'Allemagne*, §§ 110-166; ROTH, *System des deut. Privatrechts*, II, § 94.

(4) SCHULTE, *op. cit.*, § 170.

germanos, transmitindo-se ao direito de outros povos, com os quais se mesclaram, constituiu, em algumas partes, o *doário*, que ainda subsiste no direito inglês, e, em outras, veio a formar o que chamávamos, em direito pátrio, *arras*, da mesma forma que o *Aussteuer*, ou enxoval, que, aliás, também se encontra nas tradições helênicas, se transformou, com outros presentes, comuns entre os germanos, nos bens próprios da mulher, nos *alfinetes* de nossa avelhantada legislação portuguesa, no *Sondergut* e no *Spargut* da Saxônia, da Suíça germânica, dos povos bálticos, e em várias outras formas.

Depois vieram modificações, e o regime dotal se foi conformando com o tipo romano, ao menos tanto quanto isso se coadunava com os costumes do povo. Foi com esta feição que existiu ele em muitos pontos da Alemanha.

Para dar uma noção mais tangível do modo por que aí se erigiu o instituto dotal, limitar-me-ei a transcrever a definição completa e exata, que oferece PAUL VON ROTH. Regime dotal, diz ele, é aquele em que os bens de ambos os cônjuges se acham distintos de modo que, entrando para o casamento, nenhum deles adquire direitos sobre os bens do outro e em que os onus do matrimônio recaem somente sobre o marido, que tem, simplesmente, direito de exigir um subsídio do mesmo dote, ficando à mulher a livre disposição de seus bens próprios (5). Eis aí o verdadeiro regime dotal, extreme de vegetações exóticas.

O regime dotal era subsidiário no domínio jurídico do direito comum, sempre que a comunhão de bens ou a de administração fosse excluída por pacto antenupcial, sem substituição de outro regime (6). Hoje, porem, as idéias germânicas suplantaram as romanas nestes particular, e o dote foi de tal modo excluído do direito atual, que o Código Civil não somente o não regula como a ele se não refere.

(5) *System*, II, § 93.

(6) *System*, cit., § 95.

Outras nações não aceitaram ou repeliram, mesmo o regime dotal. Na Suíça, a legislação, em geral, o desconhecia mas o Código Civil fala de um dote convencional, sem as particularidades do direito romano (art. 247). O Código Civil do Chile e o da Colômbia como o da Alemanha não lhe consagram disposições. O dote de que se ocupa o Código Civil argentino só tem de comum com a célebre instituição romana o nome, que, na linguagem desse corpo de leis, designa os bens próprios da mulher, a parte com que ela entra para a sociedade conjugal, que não passa de uma comunhão de aquestos.

O regime dotal é também estranho ao direito inglês. "As filhas, diz GLASSON (7), quase nunca recebem dotes de seus pais". Em lugar do dote, desenvolve-se, na Inglaterra, a obrigação imposta ao marido de constituir um *settlement* à sua mulher, nos informa TAINE, em suas *Notas sobre a Inglaterra*. E vê-se que é uma tendência de tradições germânicas em estado de *survival*. Acresce que as preferências inglesas são hoje pela separação de bens, mas sem a cláusula dotal.

Também na União norte-americana o dote romano não se enxertou na legislação, nem nos costumes.

§ 45

POR QUEM PODE SER CONSTITUIDO O DOTE

O dote pode ser constituído pela nubente, por seus pais ou por terceiro estranho. O direito quer somente que o constituinte seja pessoa capaz: *promittendo dotem*, dizia PAULO, *omnes obligantur, cujuscumque sexus, conditionisque sint* (D. 23, 3, fr. 41).

Em Roma, desde o império, o dote começou a ser uma obrigação imposta ao pai e ao avô paterno, em fa-

(7) *Inst. de l'Angleterre*, VI, pág. 185.

vor da filha ou neta submetida a seu poder, ou mesmo da emancipada, que não tivesse fortuna (D. 23, 2, fr. 19). Essa obrigação estendeu-se à própria mãe, mas não de modo imperioso nem geral, *ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa*. Se a mãe era opulenta e nenhum ascendente paterno existia vivo ou em condições de oferecer um dote, eis uma *causa magna*, segundo SCHUPER. Cesava, para o pai, a obrigação de dotar, se a filha se casava, indecorosamente, antes dos 25 anos, ou se prostituía por causa, que não implicasse responsabilidade de seu progenitor (1). Excetuadas essas escusas em punição da filha, e salvo o caso de impossibilidade material, subsistia indeclinável, para o pai, a necessidade de prestar o dote, fosse a filha rica ou pobre: *Omnino paternum esse officium dotem pro sua dare progenie*. As outras pessoas eram chamadas a constituir o dote somente em subsídio, se a moça fosse pobre, e, por outro modo, não tivesse adquirido sua maquia total.

No direito pátrio, como no português, no francês, no italiano e, em geral, na legislação moderna, não subsistem esses princípios (2), até porque o dote não é o regime mais largamente espraído.

(1) GALLUPI, *La dote secondo il diritto civile italiano*, 1876, pág. 55.

(2) Nossos civilistas antigos, imbuidos de romantismo, afirmaram o contrário; mas, não com fundamento em lei e ainda menos em costume. Mostrou-o LAFAYETTE, *Direitos de família*, nota VIII, no fim do volume.

Por violação da honra e da virgindade, sim, há, no direito moderno, obrigação de dotar a ofendida, como dispõe o nosso Código Civil, art. 1.548. Mas não é, aliás, dote propriamente, essa indenização.

Por direito espanhol (Cód., art. 1.340) ao pai ou à mãe ocorre o dever de dotar a filha legítima, salvo se ela se casar contra sua vontade. Também o *Projeto*, COELHO RODRIGUES, art. 1.578 e seguintes, consagrava a obrigação de dotar.

O Código Civil alemão, art. 1.620, determina que o pai dê à filha, que se casa, *um dote (Aussteuer) suficiente para a organização*

Não há, portanto, obrigação de dotar; há plena liberdade. Em relação à dotada, diversa pode ser a situação do dotador, e dessa situação resultam influxos, que atuam sobre a constituição e a natureza do dote. Cumpre, por isso, examinar as várias hipóteses possíveis.

a) *Se o dote é constituído pela mulher*, poderá abranger a totalidade de seus bens ou somente uma quota parte, deduzidas as dívidas passivas (3), sejam esses bens presentes, sejam futuros (Cód. Civil francês, artigo 1.542) (4). Mas esses bens futuros não poderão ser uma herança determinada, ainda não aberta, porque importaria o contrato dotal em um pacto sucessório, e, conseqüentemente, sem eficácia jurídica (5).

b) *Se o dote é constituído pelo pai ou pela mãe da nubente*, considera-se como adiantamento da legítima, e, portanto, deverá vir à colação para que, se exceder à quota hereditária da dotada, seja o excesso imputado na porção disponível do dotador. Sendo, porém, superior à legítima e à porção disponível, assume o caráter de inoficioso, para o efeito de ser restituída a diferença, porquanto as legítimas dos outros herdeiros não podem ser desfalcadas

de sua casa, se a mesma não tiver de seu com que o faça. Não se trata de dote no sentido romano, mas de doação à filha, em atenção ao casamento, que ela realiza, e à nova família, que por ele se funda.

(3) Cód. Civil, art. 280. LAFAYETTE, op. cit., § 76; Cód. 5, 12, 14; D. 23, 3, fr. 62; Código Civil francês art. 1.542; italiano, 1.389.

(4) Cód. Civil, art. 280: os bens futuros só se consideram compreendidos no dote, quando adquiridos a título gratuito.

(5) Anulado o dote, seguir-se-á o regime da comunhão universal de bens. Se, porém, a nulidade for parcial, sobre uma parte dos bens, subsistirá o pacto na parte sã. Portanto, se, do pacto, resulta o regime dotal, os bens advindos à mulher e que, por qualquer circunstância, se acham excluídos da classe dos dotais, entrarão para a categoria dos parafernais.

(6). Quando o dote é constituído, conjuntamente, pelo pai e pela mãe, ambos contribuem com a metade, qualquer que seja o regime do casamento, salvo, é óbvio, se cada um demarcou a extensão de sua responsabilidade (ord. 4, 97 pr.) (7).

No regime da comunhão, o dote consistente em moveis sai dos bens comuns, ainda que constituído somente pelo marido, pois que é ele o administrador da fortuna do casal com poderes de alienar os moveis livremente. Consistindo em imoveis, é indispensavel a intervenção da mulher. No regime de separação, o dote recai sobre a fazenda de quem o constituiu.

Mas, dado o regime de completa e pura separação, suas doações dispensam a intervenção do marido, salvo quando tiverem imóvel por objeto. E o mesmo se dará, todas as vezes que o dote se referir a bens cuja livre disposição lhe garanta uma cláusula de seu contrato antenupcial, ou a lei.

c) *Se o dote é constituído pelos avós paternos ou maternos*, terá de vir à colação ou confernência, quando a dotada suceder aos mesmos, seja por direito próprio, seja representando pai ou mãe (8).

d) *Se o dote é constituído por estranho*, obedecerá às regras gerais das doações com encargos, pelo que não é revogavel por ingratidão e sim pelo não cumprimento do prometido (seja o casamento na hipótese), o que dá a semelhantes doações o carater de contratos onerosos (9).

(6) Cód. Civil, arts. 1.786 e 1.790.

(7) Cód. Civil, art. 284.

(8) Cód. Civil, art. 1.791.

(9) LAFAYETTE, op. cit., § 76; PLANIOL, *Traité*, III, número 854; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 9 ao art. 417, § 1.º e 13 ao art. 419; GALLUPPI, *La dote* cit., pág. 31: Constituido pela mulher, tem o dote um carater de convenção sinalagmática... Constituido por terceiro, tem um carater duplo, correspondente à natureza diversa das relações que se tecem entre o marido e o constituinte, entre este e a mulher. Entre o terceiro e o ma-

§ 46

QUANDO DEVE SER CONSTITUÍDO O DOTE — SUAS FORMALIDADES — ESTIMAÇÃO E INSINUAÇÃO

Como todo pacto antenupcial, deve o dote ser constituído antes do casamento, tornando-se irrevogável com a realização deste. Durante o casamento não é possível constituí-lo, nem modificá-lo, segundo já foi afirmado, quando se tratou dos pactos antenupciais. Porém, no dote, ainda é mais imperioso esse preceito, porquanto vemos, no regime da comunhão, ser possível a um terceiro dar, por ato entre vivos ou por testamento, certa porção de bens a um dos cônjuges com a condição de serem eles incomunicáveis. No regime da separação, dado um bem, conjuntamente, aos dois cônjuges, estabelecer-se-á entre eles um condomínio, uma sociedade limitada à propriedade desse bem, até que se efetue a partilha. Mas, não é admissível que uma liberalidade por doação ou testamento, seja recebida a título de dote, após a celebração do casamento (1). A razão é óbvia. Nos outros regimes de bens, uma liberalidade dessas, que acabam de ser figuradas, embora se não submetam ao direito comum, que regula os outros bens do casal, não acarreta modificações sobre a própria natureza do regime. Porque haja alguns parafernais não é que a comunhão deixa de sê-lo, pois que abrange todos os outros bens. Mas na cláusula da dotalização está a essência do regime dotal. Decretá-la só é possível, portanto, na época assinalada pelo direito para a formação dos

rido, é uma convenção a título oneroso, pela qual o terceiro se obriga a dar, ao marido, certos bens em dote, e o marido se obriga por seu turno, a tomar sobre si os encargos do matrimônio. Entre o constituinte e a mulher, assume o caráter de verdadeira doação.

(1) Pensa diferentemente LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 7.º, nota 4 e pág. 147. Em contrário, sustentam a boa doutrina T. DE FREITAS, nota 15 ao art. 420 da *Consolidação*, e LIZ TEIXEIRA, *Curso*, 1, pág. 513.

pactos antenupciais. Por essa mesma consideração, embora o regime adotado seja o dotal, não deveriam as liberalidades ulteriores aumentar o dote. Deveriam beneficiar, somente, a fortuna própria e pessoal de qualquer dos cônjuges. O acréscimo único possível seria o que proviesse ao dote de acessão natural (2).

Todavia, o Código Civil permite que terceiros possam não somente aumentar como até constituir o dote (arts. 281 e 282). Somente os cônjuges é que não podem aumentar o dote. Mas, sendo constituído por terceiro, na constância do casamento, não altera, quanto aos outros bens, o regime preestabelecido.

Alem da anterioridade ao casamento e da escritura pública, é formalidade necessária ao dote a estimação. A lei hipotecária (art. 3.º, § 9.º), e o seu regulamento (artigo 173), diziam que os dotes não valeriam contra terceiros, *sem escritura pública, sem expressa exclusão da comunhão, sem insinuação nos casos em que a lei exige e sem estimação*.

O Código Civil, art. 278, exige, igualmente, essa formalidade, mas de modo absoluto. A estimação é formalidade substancial.

Estimação é a fixação do valor do dote, para determinar, seguramente, o que ou quanto deverá restituir o marido. Pode ser feita pura e simplesmente para que seja conhecido o montante dos bens dados em dote (*dos taxa-*

(2) Entenda-se, no caso de não se referir o dote a bens futuros, o que é admissível (veja-se o § 47, n. 1). Considerar-se-á não escrita, no testamento, a condição da dotalização, para que os bens assumam a natureza que lhes determinar o direito comum (*Projeto FELICIO DOS SANTOS, art. 2.001*).

Código Civil português, art. 1.141; Civil francês, art. 1.543. O Código espanhol diz, art. 1.339, que o dote constituído após o casamento valerá como doação comum. O Código italiano, art. 176, permite constituir ou aumentar, o dote, ainda na constância do casamento, seja pela mulher seja por estranho, contanto que não se alterem as convenções matrimoniais já estabelecidas.

tionis causa aestimata) ou para efetuar sua alienação ao marido (*dos venditionis causa aestimata*). Qualquer que seja a modalidade da estimação, tem sempre o marido de restituir o dote, após a dissolução da *sociedade conjugal*. Mas são diferentes os seus direitos na constância do matrimônio, conforme a estimação importe venda ou não. Se importa venda, sua posição é a de um proprietário endividado, como havemos de ver mais tarde; se não importa venda, sua posição é a de um administrador com direito aos frutos e estensos poderes de mandatário. Por isso é da máxima conveniência por fora de dúvida esse ponto. Aquela disposição legal, desconhecendo a ineficácia, do dote inestimado, é um meio de compelir à estimação, de modo expresso; mas, embora estimado o dote e assim reconhecida a obrigação do marido para o efeito da restituição, ainda resta a dúvida possível sobre seus direitos em relação ao dote. Para fixá-los e esclarecê-los, é necessário que, no pacto, seja declarado o fim, que se teve em vista com a estimação.

Na ausência dessa declaração, devemos recorrer a interpretações. Os Códigos Civis e os escritores firmaram, a este respeito, regras cuja exatidão lhes valeu acolhimento geral, inclusive do Código Civil brasileiro, art. 290: 1.^a a estimação dos imóveis não importará venda sem declaração expressa; 2.^a, a estimação dos móveis tem por efeito transferi-los ao marido, se outra coisa não se estipulou.

Pediam a formalidade da insinuação os dotes excedentes a Cr\$ 180,00, se fossem constituídos por mulher, e a Cr\$ 360,00, se o fossem por homem (3). Dispensavam-na: 1.^o, os que se formassem com os bens das próprias nubentes ou daqueles que, para esse fim, lhes fossem deixados; 2.^o, os que fossem liberalidade dos pais e outros ascendentes, dos quais fosse herdeira legítima a dotada,

(3) Era o que se chamava taxa legal (Ord. 4, 62, e Alv. de 16 de Setembro de 1814).

quando se mantivessem dentro da órbita das legítimas e mais a taxa da lei (4); 3.º, os consistentes em prazos enfiteúticos, se o dotador mantivesse para si, durante a vida, o usufruto, porque tomariam o carater de doações *mortis causa*, as quais não se applicava a insinuação (5); 4.º, os que resultassem da determinação da lei (6).

O Código Civil suprimiu essa formalidade, que perdura a sua razão de ser.

§ 47

CLÁUSULAS ADJECTAS AO CONTRATO DOTAL

No contrato dotal, podem estipular-se quaisquer cláusulas, que não contrariem disposições de lei, nem a natureza mesma do dote.

LAFAYETTE apresenta em destaque as cinco cláusulas seguintes (1):

1.º Que sigam a natureza de dotais os bens que a mulher adquirir na constância do casamento por quaisquer títulos (2). E' perfeitamente admissivel essa cláusula.

(4) LAFAYETTE, *Direitos de familia*, § 77. Assento de 21 de Julho de 1797.

(5) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 417, § 3.º, e LAFAYETTE, *loc. cit.*

(6) A insinuação era um meio de dar maior fixidez e autenticidade ao ato. Ora, se o dote resultasse da imposição da lei, seria ociosa qualquer outra formalidade no sentido de corroborar o ato de sua constituição, pois que nenhuma teria mais valor do que a própria lei.

(1) *Direitos de familia*, § 79.

(2) FELICIO DOS SANTOS, *Projeto de Código Civil*, art. 1.993, exige que a sucessão seja de ascendente para prestar-se à cláusula da hipótese aquí figurada. Não há razão sufficiente para essa restrição.

O Código Civil italiano (1838), não permite que a constituição compreenda bens futuros (art. 177).

sula. Sem ela os bens advindos à mulher seguiriam a condição de parafernais; se o regime adotado fosse o dotal, sem mescla, ou a dos comuns, se a dotalização viesse em combinação com a comunhão dos adquiridos. É preciso, portanto, que as partes claramente o estipulem, se lhes querem dar um destino diverso. Compreende-se que a herança futura possa entrar nessa previsão, mas se não se referir a certa e determinada pessoa, sucedenda, porque, então, como já observei noutra parte, incorreria o contrato no vício condenado dos pactos sucessórios.

O Código Civil, art. 280, admite, expressamente, esta cláusula, quando estatue que o dote pode compreender os bens futuros da mulher; mas de entre os bens futuros, neste caso, exclue os adquiridos a título oneroso.

2.º Que tenham igual destino os havidos com dinheiro dotal ou com o preço dos bens dotais, que forem vendidos. É um caso de subrogação admitida pelos artigos 291 e 293, parágrafo único.

3.º Que o dote reverta ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal. O art. 283 do Código Civil consigna esta cláusula. Se o dotador for pai ou mãe da mulher dotada, a reversão somente atingirá ao excesso da legítima, porque o dote se entende adiantamento da legítima e virá à colação (2 a).

4.º Que, promovendo a mulher, sem deixar herdeiros necessários, passe o dote ao patrimônio do marido. FELICIO DOS SANTOS, em seu *Projeto*, art. 1.994, reputa essa cláusula como contrária à índole do dote. Não é verdadeiro esse reparo, quando é certo que a restituição do dote pelo marido, só se tornou obrigatória a geral nos últimos tempos, e quando o próprio Justiniano, dando a última feição e as maiores garantias ao dote, permitiu esse favor ao marido, sempre que o estipulasse por um pacto

expresso (3). Também não vale o argumento de que se trata, na hipótese, de um pacto sucessório, porque é justamente esta uma exceção consignada por todos os civilistas pátrios (4), que o Código Civil não repele. E' indispensavel, porem, quando o dote for instituido pela mulher ou por ascendente dela, que a dotada não deixe herdeiros necessários, porque os pactos não podem alterar a ordem legal da sucessão. Instituido por estranho, pode este, perfeitamente, estipular que o marido lucre o dote, se, antes dele, falecer a mulher, deixando, ou não, herdeiros necessários.

5.º Que seja a mulher a administradora dos bens dotais, contanto que contribua, com os frutos deles, para a sustentação dos encargos do matrimônio. Esta última cláusula, porem, é inadmissivel em alguns sistemas jurídicos, inclusive o nosso, por contrária à natureza do regime (5).

§ 48

OBRIGAÇÕES DO DOTADOR E DIREITOS DO MARIDO PARA HAVER O DOTE — EVICÇÃO

Do contrato dotal resulta, para o dotador, a obrigação de dar o dote no prazo e pelo modo estipulado.

(3) Cód., 5, 13, I, única, § 6.º ... *si decesserit mulier constante matrimonio dos non in lucrum mariti cedat nisi ex quibusdam pactionibus.*

(4) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, artigo 354; COELHO DA ROCHA, § 731 e nota HH; MELLO FREIRE, 2, 9, § 25 e outros, que todos se fundam na lei de 17 de Agosto de 1761, § 8.º, a cuja disposição se faziam restrições impostas pelo direito novo, tal como o consolidava o illustre TEIXEIRA DE FREITAS, quando disse que à nulidade absoluta dos pactos sucessórios escapam os contratos antenupciais sobre a sucessão recíproca dos cônjuges.

(5) Vide o Código Civil francês, 1.540; GALLUPPI, *La dote*, pág. 115; GLASSON, loc. cit.

Se não houver prazo estabelecido, deve-se realizar a entrega logo após o casamento, porque constitue ele a fato, a que está subordinada essa obrigação. Todas as obrigações resultantes de pactos antenupciais se acham modificadas pela condição, — se o casamento se efetuar, *si nuptiae fuerint secutae* (1).

Se o dotador não cumpre, no momento preciso, a obrigação, que tomou sobre si, acha-se o marido provido (1 a) de ação competente para coagí-lo à entrega do objeto do dote, acrescido dos frutos havidos desde o tempo da mora.

A propriedade do objeto dado em dote não se desprende da esfera da ação jurídica, de quem o constituiu, senão após a tradição, ou transcrição. Tal é a doutrina de nosso direito, em acordo com o romano e o de outros povos da atualidade, e em desacordo com o francês e os que refletiram essa inovação posta em prática pelos autores do *Code Civil*. Antes dessa entrega, só existe um direito de crédito por parte do marido e uma obrigação de dar por parte do dotador, a qual se submete aos princípios gerais que dominam esta espécie. Mas, como a obrigação se faz exigível, desde o momento em que o casamento se realiza, os frutos e acréscimos beneficiarão o marido, desde o momento em que se constituir o dotador em mora.

Depois de entregue o objeto do dote, pode acontecer que seja reivindicado por terceiro que sobre ele tenha direito real. Pergunta-se: qual deve ser, na hipótese, a responsabilidade do dotante? Os nossos civilistas haviam trilhado, a meu ver, falsa rota, para o fim de obterem a solução deste ponto duvidoso. LAFAYETTE e BORGES CAR-

(1) Cód. Civil, art. 256, § único, II.

(1-a) Esta ação compete, diretamente, ao marido, por ser o primeiro interessado, por si e por sua mulher; mas “pode ser intentada pela mulher dotada ou por qualquer estranho com interesse nas estipulações do contrato dotal”, escreve TEIXEIRA DE FREITAS, em nota à *Doutrina das ações* de CORREIA TELLES, § 141. A Ord. 3, 25, § 5.º, dava-lhe o caráter de decendiária.

NEIRO opinavam que, segundo o preceito da lei 1, *Cod. de jure dotium*, o dotador não é obrigado pela evicção, a não ser que tenha procedido dolosamente, ou que haja convenicionado tomar sobre si essa obrigação. Outros acrescentavam a essas duas cláusulas, a hipótese de ser o dotador pai ou mãe da dotada. Assim, no dote *profecticio*, poderia o dotador responder pela evicção: no *adventicio*, considerado pura liberalidade, não. Mas este segundo modo de pensar só se distanciava daquele, porque partia do falso pressuposto da obrigação de dotar, imposta aos pais ou às mães (dote *profecticio* dos modernos) (2).

Entretanto, um estudo mais aprofundado do direito romano, a apreciação da evolução do instituto dotal, a ponderação de que o dote não é uma simples liberalidade, mas uma doação com encargo ou, antes, um instituto distinto, por sua natureza e por sua finalidade, e a consideração, finalmente, de que ele forma uma espécie de patrimônio, exclusivamente destinado à sustentação dos encargos da vida conjugal, induzem a pensar de modo diverso.

A verdadeira inteligência e a doutrina, que resulta da citada lei 1, *Cod. de jure dotium* (5, 12), é que, em regra, o dotador é obrigado à evicção, no que se acha o citado preceito de harmonia com a lei única, *Cod., de rei uxoriae actione* (5, 13) (3).

Se, porem, estava o dotador de boa fé, nada mais justo do que eximí-lo dessa responsabilidade, da qual po-

(2) COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 271; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 81.

(3) Leem-se, na citada lei única, § 1.º, Cód. 5, 13, as seguintes palavras: *ita et hujusmodi actione damus ex utroque latere hypothecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris por ipsa dote praestanda, vel rebus dotalibus evictis; sive ipsae principales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susciperint, sive aliae pro his personae*. TEIXEIRA DE FREITAS, em nota 21 ao art. 424 da *Consolidação*, firmara também a verdadeira doutrina.

derá ele mesmo também isentar-se, estipulando sua irresponsabilidade.

E' verdade que o Código Civil português (artigos 1.142-1.143) seguiu a doutrina de COELHO DA ROCHA; mas o italiano (art. 1.396, antigo, e 178, atual) diz claramente: *coloro che costituiscono una dote sono tenute a garantire i beni assegnati in dote*. O Código francês (artigos 1.440 e 1.547), já mostrara essa orientação.

"O dotador, diz LAFAYETTE, nada recebe em compensação do dote, fora, pois, iniquidade obrigá-lo à evicção". Este argumento estriba-se num conceito falso do dote que, segundo já ficou afirmado, não é uma doação pura e simples. E TROPLONG, com antecedência, deralhe inatacavel resposta: "Sob os auspícios desse donativo, funda-se uma família; dois cônjuges ligam a essa liberalidade a esperança de seu bem estar; filhos educam-se com a perspectiva de colher os frutos dela. E tudo isso pode esvair-se sem que o dotador responda?" (4). Se a natureza própria do dote não fosse perfeitamente suficiente para postular a necessidade da evicção, torna-la-iam, por certo, evidente essas razões indiretas acolhidas e revigoradas pela teoria geral do direito das obrigações.

§ 49

CLASSIFICAÇÃO DOS BENS DO REGIME DOTAL

Estabelecido o regime dotal, os bens dos cônjuges distribuem-se por categorias diversas, regidas por princípios diferentes:

(4) *Contrat de Mariage*, n.º 1.247. No mesmo sentido LAURENT, *Cours élémentaire*, III, n.º 401; DEMOLOMBE, XX, n.º 546; PLANIOL, III, n.º 867; GUILHOARD, I, n.º 161; GALLUPPI, *La dote*, n.º 52; E. GLASSON, *Grande encyclopédie, verb. dot*. A ação de garantia deve ser exercida, durante o matrimônio, pelo marido; dissolvido ele, pela mulher.

1.^a *Os bens dotais*, que são os constitutivos do dote, e, por força da estipulação, ou da lei, se acham submetidos ao nexu dotal. Devem ser descritos e estimados, como já ficou observado.

2.^a *Bens parafernais*, que são os particulares da mulher, não incluídos no cômputo do dote, incomunicáveis e sobre os quais ela tem a propriedade e a administração (1).

Embora tenha a mulher a administração dos parafernais, não os pode alienar, quando imóveis, nem por causa deles comparecer em juízo, sem obter de seu marido a necessária autorização (2). A administração pode ser exercitada pela própria mulher, ou por terceiro, a quem ela confira mandato. Esse mandatário poderá ser estranho, ou, mais naturalmente, o marido. Se o marido for constituído procurador para administrar os bens parafernais, e, por cláusula expressa, se achar isento de prestar

(1) Cód. Civil, art. 310. A garantia da hipoteca legal, só se aplica aos parafernais, quando, no pacto antenupcial, é concedida a sua administração ao marido, como preceitua o art. 827, I, do Código Civil brasileiro e é doutrina do português, art. 1.154.

(2) Cód. Civil, art. 310, *in fine* e 242, II e VI. Ord. 3, 47, pr. e 4, 48; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 280; Código Civil francês, art. 1.576; italiano, 210; espanhol, 1.387. Não era aceitável o parecer de LAFAYETTE, § 82 (nota 2), à pág. 158 e § 91, segundo o qual, a administração dos parafernais, pelo direito anterior, cabia ao marido. “Salvo se a mulher reservou-se um tal direito no pacto antenupcial”, acrescenta. Mas, justamente a parafernalidade importa essa reserva, em virtude da natureza, que lhe deu o direito romano, e que não lhe retirou, de modo algum, o direito pátrio. “Permanecem sob a posse e domínio da mulher”, diz ainda (§ 91); no entanto, falta-lhe o poder de administração ligado à posse, a qual deveria se mostrar mais vigorosa aqui do que na comunhão, porque lhe faltam os motivos de exceção, mais próprios àquele regime. É um ilogismo que deve ser rejeitado.

O Código Civil, art. 310, declara: “A mulher conserva a propriedade, administração, o gozo e a livre disposição dos bens parafernais; não podendo, porém, alienar os imóveis”. A mulher não pode alienar imóveis, em qualquer regime, sem autorização do marido.

contas, será somente obrigado a restituir, com os mencionados bens, os frutos existentes, quando a mulher lhe pedir contas, revogar o mandato, ou se dissolver a sociedade conjugal (3). Se for tácito o mandato, com aquiescência dela, diz o Código Civil francês (art. 1.578), seguido pelo italiano (art. 210, 3.^a al.), não será obrigado a restituir, ao tempo das contas ou da dissolução do casamento, os frutos existentes, sem responder pelos consumidos até então.

3.^a *Bens próprios do marido*, também incomunicáveis. Compreendem-se nesta classe todos os haveres do marido, quer existentes antes do casamento, quer adquiridos depois. Sem outorga da mulher, não pode o marido aliená-los, quando imoveis.

4.^a *Os adquiridos na constância do matrimônio*. Apesar da boa doutrina sustentada por MELLO FREIRE e BARBOSA, entre os antigos juristas, e por TEIXEIRA DE FREITAS, entre os contemporâneos (4), alguns civilistas como COELHO DA ROCHA e LAFAYETTE, esposaram a opinião de VALASCO e GAMA, segundo a qual os aquestos se comunicam no regime dotal (5). E não os abrigava o argumento de que a incomunicabilidade é de exceção em

(3) Cód. Civil, art. 311.

(4) *Institutiones juris civilis*, 2, 8, § 10; *Consolidação*, nota 16 ao art. 88. Veja-se também CORREIA TELLES, *Digesto português*, II, art. 172.

(5) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 82; e nota IX; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 281. *Adde*: CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, art. 1.492.

Este autor dizia, no entanto, no art. 1.532 que, sendo válido contra terceiros o contracto antenupcial constitutivo do dote, presume-se incomunicáveis os bens adquiridos na constância do casamento.

A JOÃO MONTEIRO, *Aplicações do direito*, páginas 391-399, também parece melhor a opinião de que os adquiridos se comunicam, no regime dotal.

nosso direito, pois que ela fôra deliberadamente querida, quando os prometidos esposos estipularem o regime dotal. Nem é lícito invocar a princípio — *quod contra rationem juris receptum est non producendum ad consequentias*, pois que o recebido contra o direito seria a comunicação dos bens em um regime de separação deles, segundo no-lo transmitiu o direito romano, legislação fundamental para o assunto, na deficiência de leis pátrias, antes da codificação civil.

E acrescente-se: os Códigos e legislações modernas, que aceitaram o regime dotal, regulam-no como regime de separação. Sob esse aspecto, vemo-lo na França, na Alemanha, em Portugal, na Espanha, a despeito de que, nestes dois últimos países, comunicam-se os frutos dos parafornais. Mas, em todo o caso, os bens que os cônjuges adquirem, por outro qualquer título, são-lhes pessoais (Código português, arts. 1.153-1.155; espanhol, arts. 1.381-1.385).

Apesar das razões expostas, prevaleceu, no Código Civil brasileiro, a doutrina de VALASCO, COELHO DA ROCHA e LAFAYETTE, pois, expressamente, dispõe o artigo 259: *embora o regime não seja da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento.*

§ 50

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO MARIDO EM RELAÇÃO AOS BENS DOTAIS

Por direito romano, o marido era considerado proprietário dos bens dotais, embora fosse resolúvel o seu domínio: *Constante matrimonio dos in bonis mariti est*. Em direito moderno, porém, esse princípio não pode ser aceito, tendo mesmo, na antiga jurisprudência, levantado uma

grave controvérsia (1). A propriedade, do dote pertence, indubitavelmente, à mulher, em princípio. As derrogações a essa regra dependerão de cláusulas estipuladas no pacto dotal.

Firmado esse princípio, inútil é, por certo, indagar se os direitos do marido são os de um credor anticrético, à semelhança do que fizeram TOULLIER e PROUDHON. O que importa é saber se o dote foi estimado e se a estimação foi meramente taxativa do valor em numerário, ou com intenção de estipular um preço. Dessas circunstâncias depende a determinação dos direitos do marido.

I. Se a estimação importa venda (*venditionis causas*), efetua-se por ela a translação da propriedade. O marido é dono, tendo todas as garantias, todas as vantagens, salvo a restrição da necessidade do assentimento da mulher para a disposição dos imóveis, e também todos os precalços da propriedade.

II. Se a estimação é meramente taxativa do valor do dote, o marido é um usufrutuário do dote, e, ao mesmo tempo, um representante legal, do verdadeiro proprietário que é, em regra, a mulher. Os objetos dados em dote podem ser moveis, imóveis ou consumíveis. Os que pertencem a esta última classe, se teem sempre como de propriedade do marido, apesar de ser meramente taxativa a estimação. E' que o gozo de tais objetos acarreta o seu consumo, e, pois que o marido deve ter o gozo, necessariamente terá seu domínio (2). Quanto aos moveis, é princípio geral aceito, que sua estimação importa venda, transferência da propriedade (3); mas as partes podem resolver o contrário, por uma declaração expressa, tornando-se, então, os moveis inalienáveis.

(1) Vide GALLUPPI, *La dote*, pág. 88 e segs.; MACKELDEY, *Droit romain*, § 556, nota 3.

(2) D. 12, 1, fr. 2, § 1.º

(3) Vide o § 46.

Os imóveis são, nesta hipótese, inalienáveis, o que constitui um dos privilégios mais notáveis do dote, e uma de suas características. Sendo o dote destinado à sustentação dos onus do casamento, à garantia da manutenção da família, é, por sua natureza, inalienável, e não pode ser onerado (3 a). O rigor deste princípio da inalienabilidade dos imóveis flexiona-se, porém, em alguns casos: 1.º, para dotar filhos comuns; 2.º, quando não há outros meios, com que manter a família; 3.º, para pagamento de dívidas da mulher, anteriores ao casamento, na falta de outros bens dela; 4.º, quando é preciso dispor deles para evitar a ruína de bens dotais de mais importância para a família; 5.º, quando se acharem indivisos e a divisão for impossível ou prejudicial; 6.º, no caso de desapropriação; 7.º, quando estiverem situados em lugar distante, e por isso convenha vendê-los (4).

Alem dos sete casos apontados, a alienação dos imóveis dotais pode ocorrer, nas disposições de última vontade, porque vão produzir efeito depois de dissolvido o casamento, e deixam aos bens dotais livre aplicação a seu natural destino.

III. A estimação importando venda, o marido tem a administração e o usufruto dos bens dotais, e, em relação a eles, representa, legalmente, o proprietário cujas vezes faz. Age contra os detentores do dote, de cujo poder tem competência para reivindicá-lo; divide os bens do-

(3 a) Cód. Civil, art. 293, pr.

(4) Cód. Civil, art. 203. LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 83; D. 23, 3, fr. 26. Diversamente do que ensina LAFAYETTE, *loco citado*, a ação pauliana ou revocatória só terá lugar, se o dote for estabelecido em fraude a credores. Quando a aquisição é por *título lucrativo*, basta a fraude do devedor; quando é por *título oneroso*, é necessária também da parte do adquirente. Mas, em qualquer hipótese, a *fraude* é necessária (CORREIA TELLES, *Doutrina das ações*, ed. T. de FREITAS, § 54), salvo se se der uma presunção legal (dec. de 24 de Outubro de 1890, art. 26, a). É acrescentado-se que o dote não é, regularmente, uma liberalidade pura, como já ficou afirmado.

tais comuns com os de outras pessoas, provocando a ação *communi dividundo* (5); vende os moveis e utiliza-se dos fungiveis, se os moveis não são expressamente declarados inalienaveis; cobra as dívidas dotais e passa quitação delas; percebe os frutos e rendimentos do dote, dos quais dispõe a seu talante (6). Mas, não pode transigir nem criar onus reais gravando o dote, porque tais atos importam alienação, e o marido não pode alienar. Nem lhe é permitido comparecer em juízo, em relação a imoveis, sem acordo da mulher.

Não são somente direitos que adquire o marido em relação ao dote. Importantes obrigações também assume ele com administrá-los, atentos o destino do dote e a sua propriedade, que pertence a outrem. Cumpre-lhe olhar solícito para a boa conservação dos bens dotais, como se velasse por sua própria fazenda, para que não se deteriorem, nem se percam por prescrição (7), porque os credores se tornaram insolváveis ou por outro modo. Sua responsabilidade em tais casos é irrecusável. Não assim, quando se arruinam ou desaparecem os bens por um caso fortuito, ainda que lhe seja imputável uma certa negligência, como se ele deixou de segurá-los.

(5) Se a estimação é feita para o fim de alienar, o imóvel deve ser transcrito em nome do marido, que procede como proprietário. Se a estimação não importa venda, na ação de divisão comparecem ambos os cônjuges.

(6) A aquisição dos frutos civís faz-se dia por dia, e a dos naturais pela percepção, salvo os do último ano (Vide o § 53).

(7) O direito aos imoveis dotais não prescreve durante o matrimônio. Mas prescreve, sob a responsabilidade do marido, o direito aos moveis dotais, declara o art. 298 do Código Civil.

Pelo direito anterior, a prescrição somente corria contra os bens dotais, se tinha principiado antes do casamento; e nada havia que imputar ao marido, se poucos dias faltavam para consumir-se, quando ele se casara (D. 23, 5, fr. 16; COELHO DA ROCHA, *Instituições* § 273; Cód. Civil francês, art. 1.561). O Código italiano, art. 190, admite a prescrição dos bens dotais, sob a responsabilidade do marido.

§ 51

CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO ILÍCITA
DOS BENS DOTAIS

A inalienabilidade dos imóveis dotais, criada pela lei Júlia de *adulteriis* e desenvolvida por Justiniano, foi recebida pelas nações modernas como uma consequência natural da instituição do dote. Se houver quebra desse preceito, a lei dá recursos para restabelecê-lo ou, ao menos, para evitar as danosas consequências de sua inobservância, porque a inalienabilidade é uma garantia para a mulher e para a família.

Assim, todas as vezes que se der a alienação de um imóvel dotal, fora dos casos autorizados por lei, o ato será anulável e a sua anulação pode ser promovida pela mulher ou por seus herdeiros (1). A reivindicação dos móveis, porém, só é permitida se o marido não tiver bens, com que responda por seu valor, ou quando a alienação tiver sido feita a título gratuito ou de má fé (2).

O marido fica obrigado por perdas e danos aos terceiros prejudicados com a nulidade, se no contrato de alienação não declarou a natureza dotal dos imóveis (3).

(1) Cód. Civil, arts. 248, VI e 295.

(2) Cód. Civil, art. 295, § único.

(3) Cód. Civil, art. 296.

O direito anterior, contra a lógica e a ética, dava ação ao marido para anular a alienação do dote, que ele mesmo realizava. Somente depois de dissolvida a sociedade conjugal, cabia esse direito à mulher. Vejam-se C. DA ROCHA, *Instituições*, § 273; CORREIA TELLES, *Doutrina das ações*, ed. T. DE FREITAS, §§ 40-43; o Código Civil francês, arts. 1.560-1.561; italiano, 189. Cumpre notar que a ação conferida por estes Códigos é a de nulidade e não a de reivindicação.

Morrendo a mulher e ficando o marido senhor do dote por herança ou por outro título, a alienação revalida-se; morto o marido e sendo a mulher sua herdeira, também revalidar-se-á o ato alienatório em virtude da confusão, no mesmo patrimônio, de obrigação e direitos antitéticos.

§ 52

DIREITOS DA MULHER EM RELAÇÃO AOS BENS DOTAIS

A mulher é a proprietária do dote. Mas, como ao marido cabe a administração, fornece-lhe o direito uma garantia hipotecária sobre os imóveis desse administrador e usufrutuário (1). E tanto mais necessária se faz essa garantia, quando o dote pode ser entregue ao marido com estimação *venditionis causa*, tendo o marido sobre ele os direitos de um proprietário pleno, obrigado simplesmente pelo preço, ao tempo da dissolução da sociedade conjugal. A esse tempo, recobra sua plenitude, vigor e limpidez, o domínio da mulher. Se o marido tiver ilicitamente alienado imóveis, sobre os quais não lhe havia sido concedida essa faculdade, tem a mulher, ou seus herdeiros, como já foi dito, o direito de reivindicá-los do poder de quem os detenha.

Outro importantíssimo direito, conferido à mulher, é o de exigir, do marido, a entrega do dote, ainda na constância do matrimônio, se ele se recusa a dar-lhe os alimentos necessários, ou se, caindo em pobreza ameaça dilapidar os bens dotais (1 a). Tem a mulher, para esse efeito, ação de reivindicação contra o marido ou contra terceiro possuidor, se o dote é estimado *taxationis causa*. Se a estimação tiver conferido direito de venda, sua ação é a hipotecária vinculada aos imóveis do marido, ainda que se achem na posse de outrem. Readquirido o dote por qualquer desses modos (2), entra ele para a administração da

(1) Cód. Civil, art. 827, I.

(1 a) Cód. Civil, art. 308; CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, art. 1.535. Fica salvo aos credores o direito de se oporem à separação, quando fraudulenta (Cód. Civil, art. cit.).

(2) O Cód. Civil, art. 309, manda converter em imóveis os valores entregues pelo marido em reposição dos bens dotais; e averbar, no registro de imóveis, no livro especial, destinado ao registro das convenções matrimoniais, a sentença da separação.

mulher, com a mesma natureza e aplicado sempre ao mesmo destino de subsidiar à manutenção da família. Se, satisfeita, sobrarem frutos ou rendimentos, não deve a mulher administradora entregá-lo ao marido, segundo já preceituava o direito romano (2a), e sim deverão essas reservas ser consideradas bens comuns, por força do art. 259 do Código Civil (3).

À mulher comerciante conferia o nosso direito a faculdade exorbitante de alhear e hipotecar seu dote (Cód. Com., art. 27, al.), pondo assim por terra as garantias, a destinação e a própria natureza dos bens dotais. O decreto de 24 de Janeiro de 1890 (art. 60) restringiu essa faculdade às mulheres, que antes do casamento já eram comerciantes. Mais justificável era, certamente, esta nova doutrina, mas ainda assim, não era satisfatória (3a); por isso, o Código Civil, art. 293, não manteve essa faculdade ainda com a restrição do dec. de 1890.

(2a) D. 24, 3, fr. 24, pr.; Cód. 5, 12, 1, 29; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 87; CORREIA TELLES, *Doutrina das ações*, § 42 e notas da ed. de TEIXEIRA DE FREITAS; CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, art. 1.535.

(3) Vejam-se: o meu *Código Civil comentado*, II, obs. 3 ao art. 309; FERREIRA COELHO, *Código Civil*, XXIII, com. 151, p. 197 a 198. A solução do direito francês é no sentido de serem as sobras consideradas parafernais, salvo disposições especiais para a aplicação dos bens (PLANIOL, *Traité*, III, n. 1.621; PLANIOL, RIPERT et NAST, *Régimes matrimoniaux*, II (IX do *Traité pratique*), número 1.254).

(3a) O novo Código Comercial português, art. 16, não concede à mulher comerciante a faculdade de empenhar, hipotecar ou alhear seus bens dotais. Também pelo direito italiano assim é, salvo se, no contrato matrimonial, foi permitida a alienação ou a hipoteca (Cód. Civ., artigo 185, Com., art. 14, al. 3). Era já esta a doutrina do direito francês, cujo Código Comercial, art. 7.º, em termos claros diz: *... leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglés par le Code Civil* (arts. 1.554-1.557).

§ 53

RESTITUIÇÃO DO DOTE.

Afirmada a teleologia do dote, que é subsidiar à obrigação pessoal do marido, na sustentação da família, é óbvio que, cessando a sociedade conjugal, deve ser ele restituído.

Assim, o dote deve ser restituído, quando se dissolve a sociedade conjugal, por morte ou desquite (1), quando o casamento é anulado; quando é declarada a ausência de algum dos cônjuges; e quando ocorre a entrega do dote à mulher, por ser o marido perdulário ou não aplicar o dote aos fins, a que o direito o destina. Também se o casamento se anula, dá-se a restituição, cumprindo, nesta hipótese, examinar, se houve ou não má fé, para ser apurada a responsabilidade de quem a tenha.

A obrigação de restituir cabe ao marido, em cujas mãos foi depositado o dote; mas a seus herdeiros transmite ele o vínculo obrigacional, quer faleça antes de sua mulher, quer antes de consumir a restituição. Esses mesmos herdeiros ou representantes do ausente, são os incumbidos da restituição motivada por ausência, que é um falecimento presumido.

Antes desse tempo, não pode o marido eximir-se da sua responsabilidade, entregando, antecipadamente, o dote na constância da vida conjugal. Ainda que o fizesse, che-

(1) Cód. Civil, art. 300.

O desquite, segundo a lei pátria anterior, só coagia à restituição, quando os cônjuges não tinham filhos comuns. Tendo-os, continuavam os bens dotais *sujeitos aos onus do casamento, até à morte de um dos cônjuges, mas, passavam a ser administrados pela mulher, se, no desquite litigioso, ella fosse o cônjuge inocente*. Sendo o divórcio amigável, a administração do dote era regulada por acordo entre os cônjuges, apresentados na ocasião do pedido do divórcio e homologado pelo juiz (dec. de 24 de Janeiro, arts. 91-85). No Código Civil não se encontra disposição similar.

gado o momento legal da restituição, com o mesmo império veria erguer-se a obrigação de restituir, como se mantivesse em seu poder o conjunto dos bens dotais, deduzido somente o que a mulher tivesse conservado da primeira restituição, por força do princípio de que a ninguém é dado enriquecer-se, injustamente, à custa alheia. Mas, se não tem o marido o direito de restituir o dote, antes das épocas indicadas, poderá, entretanto, ser a isso constrangido, quando malbaratar a sua fortuna, ou negar à mulher os alimentos necessários, ou indicar pretensões de engolfar também o dote em ruínas (2).

E' à mulher, ou a seus herdeiros, que, em regra, se deve restituir o dote, qualquer que seja a sua origem; salvo quando, por uma cláusula expressa no contrato dotal, se estipulou a reversão ao dotador, ou a sua aquisição pelo marido, se, premorrendo a mulher, não deixar herdeiros necessários.

Para garantia da restituição, a lei confere à mulher uma hipoteca legal, sobre os imóveis do marido (Código Civil, arts. 827, I), a qual deve ser inscrita e especializada para valer contra terceiros (art. 828) (3).

Para sabermos como deve ser efetuada a restituição do dote, convem predeterminar a natureza dos bens e a da estimação, a que eles se submeterem na ocasião da constituição do dote. Se o dote consta de coisas fungíveis, de moveis estimados, ou de imóveis, com estimação importando venda, a restituição deve ser feita em dinheiro ou em outros bens de valor equivalente ao recebido em dote. A estimação vale como preço de venda; a ela submete-se, necessariamente, o marido, sem poder alegar diminuição

(2) Vide os §§ 50-52, *in fine*.

(3) Esta hipoteca não é mais privilegiada como o era por direito romano (Cód. 8, 18, 1. 12). Sua inscrição deve ser pedida pelo marido ou pelo pai; pode ser pela mulher, pelo doador ou por um parente da mulher (dec. n. 4.857, de 9 de Novembro de 1939, artigo 266); Cód. Civil, art. 839).

superveniente no valor, mesmo porque os acréscimos lhe serão também adquiridos em compensação (4). Se não pagar o preço da estimação, tem a mulher, como qualquer vendedor, o direito de, por assim dizer, resilir a venda, pedindo a restituição dos bens em espécie, respondendo o marido pela deterioração, para as quais tenha concorrido por sua negligência ou dolo.

Os imóveis estimados *taxationis causa* e os moveis, que por sua estipulação devem ser conservados, restituem-se em espécie, no estado em que se acharem, acrescidos com as acessões e melhoramentos, ou depauperados com as deteriorações (4 a). Benefícios e maléficis correm por conta da mulher, salvo culpa ou dolo do marido, nas deteriorações (5). Também nos melhoramentos ocasionados por ele, se lhe devem levar em conta as despesas uteis e necessárias, para o fim de indenizá-lo, segundo o seu valor, ao tempo da restituição (5a). Para garantia dessa indenização, tem ele direito de retenção sobre os bens dotais, que se acham em seu poder (6). As despesas voluptuárias, de mero ornamento, podem ser retiradas pelo marido, sob a condição de não danificar o objeto a que aderirem.

Os frutos civís adquire-os o marido na proporção do curso do tempo, dia por dia, e os naturais pela percepção. Mas, os naturais do último ano de casamento es-

(4) Cód. 5, 12, l. 5; 5, 13, l. única, § 9.º.

(4 a) Cód. Civil, art. 302.

(5) Cód. Civil, art. 307, pr. *in fine*. Por maioria de razão, o perecimento do objeto do dote, será imputado ao marido, se esse acontecimento provier de sua fraude ou negligência e não do acaso ou de força maior.

(5 a) Cód. Civil, art. 307.

(6) D. 23, 3 fr., 56, § 3.º; LAFAYETTE, *Dir. de família*, § 88. As despesas ordinárias e comuns, de pequena monta, "reputam-se compensadas pelo rendimento do dote" (Cód. Civ. português, artigo 1.164).

tão, neste departamento do direito, sujeitos a um princípio especial de relação com o tempo (7). Partilham-se esses frutos do último ano, sejam pendentes ou já percebidos, entre os dois cônjuges ou entre o sobrevivente e os herdeiros do falecido, conforme o caso, proporcionalmente à duração do casamento nesse ano (7a). A razão desta disposição é óbvia. O fim, a que se destina o dote, é a sustentação da família durante a constância do casamento. É natural que, ao marido, somente aproveitem os frutos e rendimentos na proporção do tempo em que desempenhou esse encargo. Não se lhe deve dar mais; nem se lhe poderia dar menos. E a partilha feita por outro modo, poderia ocasionar um desses inconvenientes.

Mas, se o princípio é verdadeiro e justo, convem levá-lo até ao esgotamento de suas naturais consequências. Assim entendem os escritores que, nas colheitas que se fazem de dez em dez anos, como o corte das madeiras, ou outras de tempo superior a um ano, os frutos do último ano se entendem com amplitude maior, de modo a serem abrangidos todos os que se distribuem pelo tempo do casamento, depois da última colheita, feita a divisão da quantidade dos frutos pelo espaço de tempo intermediário a duas colheitas. Assim, um viveiro despesca-se de três em três anos. Suponha-se, que o casamento durasse dez anos. Na época de sua dissolução, ainda faltava um ano para realizar-se a última pesca, visto como os períodos da colheita não correspondiam aos anos do casamento. Rea-

(7) LAFAYETTE, *Op. cit.*, § 88; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 278; D. 24, 3, frs. 5, 6 e 7; ROTH, *System*, II, § 99. No direito francês (Cód. Civ., art. 1.571) adotou-se esse sistema, porem, somente em relação aos bens de raiz. O Código Civil português refere-se, exclusivamente, aos frutos pendentes de qualquer natureza. (art. 1.162). O Código italiano regula o caso semelhantemente ao brasileiro. Assim o *Projeto* COELHO RODRIGUES, art. 2.052. O ano, de que aquí se trata, é contado da data do casamento e não da colheita.
(7a) Cód. Civil, art. 306.

lizada essa pesca, um ano depois de dissolvida a sociedade conjugal, tem o marido direito a dois terços dela. Seja um bosque destinado a corte de dez anos; tendo o casamento durado cinco ou menos, de modo que não se haja verificado um corte durante esse tempo. O marido terá direito a uma parte do corte futuro, proporcional à duração do casamento. O mesmo raciocínio será aplicado se o período da colheita for menor de um ano (8).

Quando o dote consiste em gozo de direitos reais ou obrigacionais, como usufrutos, foros, pensão, apólices, ações comerciais, o marido deve restituir os títulos respectivos, cessando de receber as prestações, e respondendo pela extinção do direito, ocasionada por culpa sua (9). Consistindo o dote em um crédito, deve restituir o dinheiro recebido, e, se nada conseguiu receber, restituir o título; mas responderá por perdas e danos, se, por culpa sua, se extinguiu a dívida (10). A renúncia de um crédito, de que o marido era devedor, foi o dote concedido; dissolvida a sociedade conjugal, deve o marido pagar à mulher ou a seus herdeiros, a importância devida (11). Estas e outras regras apresentadas, são elucidativas de casos particulares, servem como exemplificações. Os princípios gerais, porém, são suficientes para resolver as dúvidas possíveis, nos diversos casos emergentes, sem que haja necessidade de es-

(8) Cód. Civil, art. 306, § único; D. 24, 3, fr. 7, § 6.º. *Quod in anno dicitur potest dici in sex mensibus, si bis in anno fructus capientur: ut est in locis irriguis. § 7. Et in pluribus annis idem dici potest; ut in sylva caedula.* GALLUPI, Op. cit., pág. 290; LAFAYETTE, Op. cit., § 88; LAURENT, Cours, n. 669; PLANIOL, *Traité* III, n. 1.650; TH. HUC, *Commentaire*, IX, n. 500.

(9) Cód. Civil, art. 304, § único. LAFAYETTE, Op. cit., § 88; MOURLON, III, n. 433; Cód. Civil português, art. 1.160. *Projecto*, art. 311.

(10) LAFAYETTE, cit., § 88; Cód. 4, 10, 12, 1, 2; Código Civil português, art. 1.161.

(11) LAFAYETTE, § cit.; D. 23, 3, fr. 12, § 2.º, e fr. 43.

merilharem-se casos e hipóteses prováveis. O que é simples evidencia-se ao mais leve toque de luz.

O Código Civil presume o dote recebido: 1.º, Se o casamento se tiver prolongado por cinco anos, depois do prazo concedido para a entrega; 2.º, se o devedor for a mulher. Todavia, o marido poderá provar que não o recebeu, apesar de ter exigido (12).

No direito romano, considerava-se o dote consignado ao marido, embora simplesmente prometido. Se, porém, na realidade, ele nada recebera, na ocasião de lhe ser exigida a restituição, opunha a exceção *non numeratae pecuniae*. Mas Justiniano (Nov. 100) não quis que essa exceção fosse invocada, senão com as restrições seguintes: dentro do ano seguinte à dissolução do matrimônio, se este durasse menos de dois anos; dentro de três meses, se perdurasse por mais de dois e menos de dez anos. Prolongando-se por mais de anos o casamento, cessava, para o marido, o direito de opor a exceção *non numeratae pecuniae*: *Si vero transcurrerit decennium; tunc neque marito neque heredibus ejus quaerela erit, tempora ad omnia sufficiente mulieri* (Nov. 100, cap. II). Esta última providência foi aceita pelos códigos modernos, como uma punição à diuturna negligência do marido, a qual, por contumaz, assemelha-se a dolo; mas contando o prazo, desde o momento em que o dote se torna exigível (13).

(12) Cód. Civil, art. 305. O direito francês faz também distinção entre o dote constituído pela mulher e por terceiro, e mais sobre bens presentes ou futuros, compreendendo quantia superior ou inferior a 150 francos.

(13) Código Civil francês, art. 1.569; italiano, 195; português, 1.145; *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 2.050. Fica sempre salvo ao marido provar que empregou inutilmente as diligências que estavam a seu alcance, para obter o pagamento do dote. Também se a mulher fôr a devedora do dote, não poderá fazer-se forte com sua própria falta, e portanto, deverá provar que entregou o dote. PLANIOL, *Traité*, III, n. g. 1.645; CHIRONI, *Istituzioni*, § 401.

§ 54

TEMPO DA RESTITUIÇÃO

Os bens que teem de ser restituídos em espécie, como os imoveis estimados *taxationis causa* e os moveis infungiveis, a que o pacto antenupcial adjetivou a inalienabilidade, devem ser entregues à mulher ou a seus herdeiros, desde o momento em que se dissolve a sociedade conjugal (1). Para aqueles, porem, que teem de ser restituídos em dinheiro, pelo preço da estimação, a lei concede o prazo de seis meses (2). Não é esse um prazo fatal que não possa admitir diminuição ou ampliação por parte do marido ou por estipulação no pacto dotal (3); é apenas um meio de não colocar o marido em posição aflitiva, pela obrigação de pagar de chofre uma

(1) O prazo do Cód. Civil neste caso, é de um mês (art. 300).

(2) Cód. Civil, art. 301: *o preço dos bens fungiveis ou não fungiveis, quando legitimamente alienados, só pode ser pedido, seis meses depois da dissolução da sociedade conjugal*. Cód. 5, 13, 1. única. § 7; Código Civil francês, arts. 1.564-1.565; espanhol, 1.369-1.370; português, 1.158; *Projeto* COELHO RODRIGUES, 2.044-2.045; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 89; GALLUPPI, *La dote*, pág. 271; AMERICO MENDES DE OLIVEIRA CASTRO, *Regimes matrimoniais*, página 461. FERREIRA COELHO, *Código Civil*, XXIII, art. 301, ns. 38 e segs. Se o marido se torna insolvente, perde o direito ao benefício do prazo (cit. GALLUPPI, pág. 272, com apoio no Código italiano, art. 1.176, e francês 1.188). Vide o meu *Direito das obrigações*, § 19.

O Código Civil italiano, em vigor, arts. 191 a 193, determina que se os bens dotais conservarem na propriedade da mulher, a restituição deve ser feita sem dilação; se passaram para a propriedade do marido, a restituição não poderá ser pedida antes de um ano depois da dissolução do casamento; dos moveis consumiveis, restitue-se o que restam, salvo havendo dolo do marido.

(3) O direito romano estatuiu (D. 23, 4, fr. 14); *De die reddendae dotis hoc juris est, ut liceat pacisce, qua die reddatur; dumne mulieris deterior conditio fiat*. E no fr. 15, *eodem*, acrescenta explicando: *Id est ut ceteriori die reddatur*; insistindo ainda, no fr. 16:

dívida de vencimento inesperado e numa ocasião, em que menos propícias lhe sejam as circunstâncias, para esse dispêndio.

Mas, se a mulher tem a obrigação de esperar para receber o preço de seu dote, pode, desde logo, desde a dissolução da sociedade conjugal, exigir a liquidação, para que, após o prazo da lei, não sofra mais demoras resultantes desse processo.

ut autem longiore die salvatur dos non potest non magis, quam non omnino reddatur. Os civilistas modernos, porem, apoiados na liberdade concedida aos nubentes de pactuarem o que lhe aprouver, sobre o regime dos bens na constância de seu casamento, acham admissível uma cláusula, prolongando o prazo assinado à restituição do dote (GALLUPPI, cit., pág. 273; RODIERE et PONT, II, n.º 626; DELVINCOURT, III, pág. 115).

CAPÍTULO VIII

ARRAS

§ 55

NOÇÃO E EVOLUÇÃO DAS ARRAS

Ainda menos que o dote penetraram as *arras* nos hábitos brasileiros. Segundo o testemunho de nossos juristas mais competentes, estavam elas, de muito, em completo desuso antes da codificação civil, que não as menciona. Entretanto, não constituem menos interessante problema histórico.

Arras, na acepção de acessório de um regime de bens, era o nome dado à pensão, ou coisa certa, que o marido, no contrato dotal, assinava à mulher, para o caso de elle sobreviver.

Não é fácil tarefa atar os elos partidos da cadeia evolucionar deste instituto, remontando às suas afastadas origens.

Duas soluções foram dadas a este problema de história jurídica, mas ambas se me antolham como inexatas. A primeira é a de SANTA ROSA DE VITERBO, que não é, rigorosamente, uma solução, mas, simplesmente, o início, o preparo aproveitavel por quem se aprouver em prosse-

guir pela senda apontada. Em seu *Elucidário* (1), verbo — *compra do corpo*, havia ele identificado como sinônimos os vocábulos — *arras* e *dote* com aquela expressão — *compra do corpo*, usada em muitos documentos portugueses do século XII e do XIII. Depois, no *Suplemento*, à vista de outros documentos, retratou-se da opinião emitida, dizendo que *compra do corpo* é diferente de *arras*.

Mas o que vem a ser compra do corpo?

Entre quase todos os povos, encontramos o costume de fazer o marido um presente à esposa em seguida ao casamento. Na Islândia, esse presente é denominado *mundu*. Na França, os escritores mostram-nos, entre outros, o caso de Hilperik, no dia seguinte ao de seu casamento, tomando a mão de sua jovem esposa, e, diante de testemunhas convocadas para esse fim, fazer-lhe a doação de cinco cidades. MICHELET diz-nos que essa doação recebia o nome de *osculum*, *oscleum*, *oscleia*, *oscle*, porque era sempre acompanhada por um beijo (2). BALZAC fala-nos de um antiquíssimo costume, subsistente em seu tempo, na França central, que é um caso especial de persistência do costume, a que aludo, denominado *douzain*, por constar sempre de doze moedas ou doze centos de moedas, fossem de ouro, prata ou cobre, conforme os haveres da família (3).

Este costume interessante abrolhou, espontaneamente, entre diversos povos de origem árica. Foi, entretanto, na Germânia, que ele apresentou os caracteres de um verdadeiro direito consuetudinário geral, sob a invocação de *Morgengabe*, presente da manhã, ou *Bankgabe*, presente

(1) Frei Joaquim de Santa Rosa de VITERBO, *Elucidário das palavras, termos e frases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram*. Lisboa MDCXCXVIII.

(2) *Les origines du droit français*, pág. 47; DUCANGE, *Glossarium, osculum*, IV.

(3) *Eugenia Grandet*, trad. SILVA PINTO, pág. 54.

do banco, porque “a mulher se tornava a companheira do leito e do banco”.

Estes presentes consistiam em moveis ou numa pensão. Entravam para o patrimônio da mulher, e, depois de sua morte, eram transmitidos a seus herdeiros ou, aos do marido, se consistiam em pensão. Não tinha caracter de obrigatoriedade o *Morgengabe*; era, antes, um ato benéfico, de pura liberalidade, mais comum no campo do que nas cidades (4).

E' esta instituição que VITERBO identifica à compra do corpo dos velhos códigos portugueses. Diz ele: “Esta compra do corpo, a meu ver, era o que chamavam, em Aragão e outras partes, herança do marido ou confirmação do dote; era feita pelo marido à mulher, passada a primeira noite de casados e, por isso, se nomeou também “*pretium virginitatis*” (verb. *marido conoçudo*). Dizendo, em outra parte, que arras e compra do corpo eram termos equivalentes, firmara a doutrina de que as três expressões eram, afinal, modos diversos de traduzir o *Morgengabe* ou *Morganagiba*, segundo escreve ele. Voltando, porem, a dizer no *Suplemento* que *arras* se diferenciam de compra de corpo, sem entrar em mais largas explicações, sobre o que sejam em particular, deixou, entretanto, estabelecido que — *compra do corpo* e *Morgengabe* são dições equivalentes e que *arras* veem a ser um outro gênero de doações. E' a conclusão necessária, que se pode colher de suas afirmações.

O argumento, em prol desta nova opinião do velho lexicógrafo, sendo tirado de documentos dos séculos XIII e XIV, onde as duas expressões — *compra do corpo* e *arras*, são tomadas como indicando coisas distintas, todos se deram por convencidos. No entanto, como não ficaram claramente estabelecidos os termos todos da questão, um

(4) SCHULTE, *Hist. du droit et des institutions de l'Allemagne*, § 170; ROTH, *System*, II, § 94; GERBER, *System*, § 2.388, A obrigatoriedade appareceu, diz este último escritor, em alguns costumes locais, e, mais tarde, nos casamentos nobres, na Saxônia (nota 2).

outro erudito investigador português, o sr. LEVY MARIA JORDÃO, levantou-a, colocando-a noutra terreno, e sua solução tem sido geralmente aceita, segundo parece (5).

O ponto de apóio do trabalho deste escritor é a expressão *camera cerrada*, de que se servem as ordenações filipinas e outros documentos dos séculos XV a XVII e que, em épocas anteriores a esta última, se ortografava — *camera çarrada* ou *carrada*. Realmente, fôra tal expressão um pesadelo para a erudição de muitos reinícolas. Fôra mais que um embaraço, chegara a ser um indecifrável enigma linguístico, onde se embotaram os esforços de PEGAS e não sei quantos outros. LEVY JORDÃO intentou desfazer as dificuldades, mostrando que *camera cerrada* era como que um eufemismo para designar o presente da manhã, se bem que, a meu ver, *Mongengabe* seja um vocábulo expressivo, sem chatismo, nem grosseria, trescalando, antes, um suave e fresco aroma de manhã clara e sorridente que surge.

Para comprovar sua tese, o escritor português transcreve um trecho da carta do embaixador luso, B. Lopo de Almeida, ao rei D. Afonso V, sobre o casamento de Frederico III, da Alemanha, com a infanta portuguesa Dona Leonor, em 1452, onde se lê: “foi o imperador à *camera* da dita senhora onde ela já estava desde ante-manhã e aí deu a *renda da camera* conteuda no contrato”. Em outro

(5) *Memórias sobre a câmara cerrada*, na coleção das memórias da Academia real das ciências de Lisboa, 1863. Há uma tradução francesa: *Le Mongengabe portugais*. CANDIDO MENDES perfilhou as idéias do erudito português, no *Cód. filipino*, liv. 4, tit. 47, notas. LAFAYETTE, porém, manteve-se no que alegara VITERBO, aliás sem dar as razões de seu parecer. THEOPHILO BRAGA, que também se ocupou do assunto (*Forais*, pág. 68 e segs.), tem uma opinião um tanto vacilante, porque nos dá a *compra do corpo* e as *arras*, ora como coisas idênticas, ora como diferentes. A HERCULANO, nas *Arras por fóro de Espanha*, faz Leonor Telles dizer ao rei Fernando: “Quero que me dês as minhas arras: quero o preço do meu corpo, conforme o fóro de Espanha”. De onde se conclue que, para o sábio historiador, *arras e compra do corpo* são expressões equivalentes.

documento referente ao casamento do mesmo Afonso V com D. Isabel, em 1447, diz-se: “e querendo outrossim prover a ela dita Senhora rainha, acerca das terras e vilas que as rainhas destes reinos, nos tempos passados, em eles costumavam haver por *cameras*, por razão de seus casamentos” . .

Ora, *camera* e *arras* são dições equipolentes, sob certa relação, como se induz do disposto na *Ord. filipina* (4, 47); logo, conclue JORDÃO, *arras* e *Morgengabe*, são nomes diversos designando a mesma coisa. O primeiro dos documentos citados é sugestivo, sem duvida, e inclina o pensamento no sentido indicado; mas o espírito apercebe-se logo de que fez uma inferência precipitada, porque ainda não viu a prova de que *Morgengabe* se traduz por *camera* em português; pois mera afirmação não vale por prova. Certo que há inegáveis analogias entre os dois institutos. Ambos são atos de pura liberalidade, ao menos em regra, ambos podem consistir em coisas ou em pessoas, ambos vieram a ter, em alguns sistemas, certa fixação de máximo. Essas semelhanças explicam a identificação feita; mas não convencem, não satisfazem a mente investigadora, que, além do mais, encontra documentos e ponderações, que a distanciam da conclusão apresentada.

E' melindrosa esta discussão, toda ela arquitetada sobre uns poucos escombros, que restam de longínquas eras, e, por isso mesmo, não convem precipitar as decisões. Mas falem os fatos. Entre os documentos, empoados e desbotados pela ação do tempo, que SANTA ROSA DE VITERO teve entre as mãos, alguns há que apresentam a *compra do corpo* como instituição diversa de *arras*. D. Gonçalo Garcia compromete-se a dar à sua esposa, “por *compra corporis sui*, metade de todos os seus herdamentos, com todos os seus direitos e pertenças. E por *arras* sex Quintanas et sexaginta casalia sicut est consuetudo inter Doriium et Minium”. No testamento de D. Violante, lê-se: “cinco libras que meu marido há a dar por *arras* e por

compra de meu corpo". Estes documentos são, o primeiro de 1258 e o segundo de 1310 (6).

Também o contrato de casamento de D. Leonor com Frederico III, da Alemanha, a que alude JORDÃO, e que, se não é tão jocosamente descritivo como a citada carta de Lopo de Almeida, é mais interessante ainda para a solução do problema histórico agora enfrentado. Nesse contrato, fala-se de *cameras*, no valor do dote, *et ultra donationem matutinam in crastinum* (7).

Eis aí um motivo poderoso para não identificarmos *arras e compra do corpo*, pois que nô-las dão os documentos citados em primeiro lugar como coisas diferentes. E se *arras* é *camera cerrada*, como supor que câmara cerrada é eufemismo para designar compra de corpo? O último dos documentos referidos mostra, por outro lado, que as câmaras e as doações da manhã também se não identificam.

Mas, evidenciado que *arras* ou câmara cerrada diferem de compra do corpo, corresponderá alguma dessas duas figuras ao *Morgengabe*? Penso que não. Não é que o costume de fazer um presente à mulher, no dia seguinte ao casamento, não fosse introduzido na península ibérica. Ao contrário; sabemos por VITERBO que esse uso existia em Leão, sob a denominação de *herdamento do matido*; por outras fontes, nos é conhecido que em Catalunha seu nome era *screix*, e, em Valença, *greix*; e no contrato de casamento de D. Leonor com Frederico III fala-se em *donatio matutina in crastinum*.

Não é, pois, extraordinário que, também no reino de Portugal, se tivesse ele propagado, sob a influência dos povos de origem teutônica aí estabelecidos, desde os séculos V e VI. Mas já, em capítulo anterior, ficou patenteado que o *Morgengabe*, na Alemanha e em outros países, onde se estabeleceram povos germânicos, se trans-

(6) VITERBO, *Elucidário*, Supl. verb., compra do corpo.

(7) *Apud* THEOPHILO BRAGA, *Forais*; SOUZA, a propósito citado (*Provas*, I, pág. 643).

formou em comunhão de bens por desenvolvimento evolutivo, cujos estádios se indicam. Em Portugal, deu-se o mesmo, porque essa é a marcha natural do desenvolvimento do instituto e porque também aí se podem destacar os vestígios indicadores desse desenvolvimento, semelhantemente ao que fizeram as doutíssimas investigações de SCHROEDER, em relação à Alemanha (8). A necessidade do assentimento da mulher, para a alienação dos imóveis, não se nos apresenta no direito português como no alemão? Não existiu no português como no alemão antigo, a *tertia pars collaborationis*? E', pois, irrecusável que também no reino luso, a comunhão de bens é uma bela transformação do morgengabe, do *Morgengabe*.

Julgando esse ponto definitivamente assentado, verificarei o que serão *compra de corpo* e *arras*, nos primeiros tempos da monarquia italiana.

Esta *compra de corpo*, de que nos falam os vetustos diplomas portugueses, não pode, certamente, ser o que em direito hebreu, por exemplo, se denominava compra de uma virgem. Este uso tem lugar em dois casos: 1.º, quando se verifica o estupro de uma virgem não unida a outrem por laços esponsalícios; o violentador é coagido a pagar cinquenta siclos de prata ao pai da virgem, e a casar com ela *quia humiliavit illam*, sem poder repudiá-la em caso algum (9). E' a isto que ainda hoje se chama *dotar* na linguagem do Código Penal; 2.º, quando o senhor, depois de tomar a cativa de guerra por mulher, abandona-a, não tem direito de vendê-la, e, antes, é obrigado a provê-la de roupa, não lhe negando o *pretium pudicitiae* (10). A *compra do corpo*, de que agora se fala, sendo uma doação nupcial, não pode ser uma correspondência desse dote penal.

(8) Vide o § 36.

(9) *Deuteronomio*, XXII, vers. 28-29.

(10) *Deut*, XXI, vers. 14.

Afastada esta semelhança, resta-nos somente aproximar a *compra do corpo* da compra do *mundium*, usada entre os germanos e que encontra similares entre quase todos os povos arianos, semitas e outros, constituindo uma das solenidades da forma original dos esponsais, segundo foi apreciado em capítulo anterior. Não é uma hipótese gratuita esta da identificação da compra do corpo, do direito português, com a compra do *mundium* ou da *manus*, pois que tal compra vinha afinal a ser a da própria pessoa da esposa. E as leis antigas dos saxônios e borgúndios conservaram o nome de *pretium uxoris*, que pouco difere da expressão portuguesa, *compra do corpo*. Segundo escritores de autoridade, o preço, pelo qual era obtido o *mundium* entre os germanos, transformou-se no dote germânico, isto é, no donativo feito pelo marido à mulher, na ocasião em que firmavam o contrato do casamento (11). E a prova dessa asserção nô-la oferece, convincente, o Código visigótico, com as expressões *pretium nuptiæ*, *pretium dotis*, das indistintamente empregadas para significarem a mesma coisa (12).

Quanto às *arras*, creio que são a metábole de uma outra instituição germânica, a do doário ou dotalício (*dotarium*, *dotalitium*, *wittum*), que era instituído, geralmente, na ocasião em que se celebravam os esponsais (13) e que, mais tarde, tomara certa feição obrigatória.

De acordo com SCHULTE e SOHM, pode-se dizer que o casamento germânico era precedido de esponsais (*Verlobung*) que, segundo as fontes antigas, eram o contrato pelo qual o possuidor da autoridade familiar (*Gewalthaber*) se obrigava a dar, ao pretendente, a mão de

(11) ROTH, *System*, II, 94. *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert*, diz TACITO, *De moribus germ.*, cap. 18.

(12) SCHULTE, *Hist.*, cit., § 11; GLASSON, *Hist.*, *du droit et des inst.*, *de l'Angleterre*, I, pág. 117.

(13) SCHULTE, *Hist.*, cit., § 11; GLASSON, *Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre*, I, pág. 117.

uma joven, transmitindo-lhe a autoridade, que sobre ela tinha, mediante uma indenização pecuniária. Esta soma perdeu, com o tempo, o carater de preço de uma compra, para tornar-se, simplesmente, um donativo do marido à mulher; mas, como já vimos, no direito português antigo, o nome se manteve, mesmo depois que o pacto por ele significado havia desaparecido. Ainda na ocasião em que se celebrava o pacto esponsalício, era de costume estipular uma doação especial à mulher, que era o seu doário, e destinava-se a mantê-la durante a viuvez. Eis por que vemos, nos documentos citados por VITERBO, dizer-se que tal quantia foi dada por *compra do corpo* (dote germânico) e tal outra por *arras* (doário, *wittum*). Esta interpretação solve a dificuldade que se levantava, quando considerávamos que as *arras* eram estipuladas por contrato antenupcial, enquanto que o *Morgengabe* era um presente posterior ao casamento, não incluído, a princípio ao menos, no pacto esponsalício.

E' certo que, em leis e documentos antigos, vemos várias vezes confundidas estas duas liberalidades do marido à mulher: — o presente do dia seguinte e o doário; mas, com certa atenção, é fácil distinguí-las, mesmo quando elas se estipulam na mesma ocasião, como parece resultar da lei *de sponsal'is contrahendis*, attribuída a Edmundo da Inglaterra (14).

O *Morgengabe* tornava-se propriedade da mulher e o *doário* era, simplesmente, um meio de mantê-la na viuvez, portanto, uma propriedade ou pensão passageira, que terminava com a entrada em segundas núpcias.

Na Suécia, onde tambem houve o presente da manhã seguinte à primeira noite nupcial, transformado, posteriormente, em comunhão de bens, existiu, simultanea-

(14) Postea dicat bridguma, i. e. *sponsus*, *quid ei dare disponat cur ejus eligat voluntatem* et quid ei distinet si super fuerit ipsum.

mente, o *doário* consistente no gozo transitório, no usufruto de bens, sob a condição de não passar a viuva a segunda núpcias.

Ora, vemos em contratos de *arras* do direito português primitivo, essa condição de não contrair segundo casamento. Nestas condições está a *carta de arras* que, no ano de 1190, fez D. Soeiro Viegas à sua mulher, do que nos dá notícia SANT ROSA DE VITERBO (verb. *marido conhecido*).

E', pois, certo que *arras* corresponde ao *doário*, que não é a mesma coisa que *Morgengabe*, como parece supor o sr. JORDÃO.

Assim, existiram, no direito português primitivo, além do presente do dia seguinte, duas formas principais de donativos prometidos pelo noivo, por ocasião de contratar o casamento e, naturalmente, realizado pelo marido depois dele efetuado; — a *compra do corpo* e as *arras*; porquanto a *compra do corpo* não era mais, como originariamente devera ter sido, a compra do *mundium*; perdera sua significação primitiva para metamorfosear-se em uma simples doação marital. Estabelecida esta duplicidade de donativos, por parte do marido, duplicidade, já então, perfeitamente ociosa, era natural que, com o correr dos tempos, uma tivesse de ceder o espaço à outra. Na luta pela existência, pois que também os institutos obedecem a essa lei darviniana, desapareceu a *compra do corpo*, o dote germânico, se é que não se fundiram as duas instituições em uma só. Sob a influência do egoísmo, de mais em mais esclarecido e perspicaz, tal donativo, então unificado sob a invocação de *arras*, aliou-se ao dote romano, do qual constituiu um *adminículo*.

A expressão *camera cerrada*, mera qualificação de *arras*, quando não taxadas em quantidade certa, obliterou-se, pouco a pouco, precedendo a marcha que o próprio instituto ia fazendo, para o desaparecimento, desde que os costumes não lhe incutiram mais o calor da vida, até que o Código Civil lhe desferiu o último golpe, elimi-

nando-a de seu corpo e apenas referindo-se aos apanágios com significação um tanto modificada (art. 1.231).

Um outro problema que atrai a atenção é o que envolve a explicação do motivo, pelo qual se deu a esta espécie de donativos o nome de *arras*, que, desde o século XII, pelo menos, figura nos contratos antenupciais.

Este vocábulo é tomado em várias acepções.

A significação originária e etimológica é a de penhor em segurança de um contrato ou de uma promessa. Neste sentido, a palavra foi empregada pelos romanos, nomeadamente em relação aos contratos de compra e venda (15), havendo recebido o vocábulo e o fato por ele traduzido, dos fenícios, por intermédio dos gregos.

O *arrhabon* dos gregos é o nosso sinal, adiantamento em garantia de execução de um contrato, e esta palavra é reconhecida como de origem semítica. “E’ uma das poucas palavras indo-européias, derivadas do semítico”, escreve RUDOLF VON JHERING, que nela vê uma prova convincente da transmissão das instituições fenícias, para os gregos e romanos, porquanto o *arrhabon* dos gregos se apresenta com as mesmas consonâncias nos léxicos hebraico e fenício.

E sabe-se o partido que o preclaro romanista pôde tirar desta circunstância, tendo a palavra, para ele, “a mesma importância que, para o paleontologista, um fragmento fóssil de raça animal do mundo primitivo, por que lhe explicou acontecimentos realizados além da história, e lhe ofereceu um ponto de apóio para transportar-se de

(15) D. 19, 1, fr. 11, § 6.º: *Is qui vina emit arrhae nomine certam summam dedit; postea convenerunt ut emptio irrita fierit; Julianus ex empto agi posse ait ut arrha restituatur.* No D. 18, 3, frs. 6 e 8, encontramos também as expressões *id quod arrhae vel ali nomine datum esset... pactus est ut arrham perderet...*

Ainda no D. 14, 3, fr. 5, § 15, se diz: *annulum arrhae nomine acciperet.*

fatos, imediatamente conhecidos, a combinações mais vastas" (16).

Minhas indagações não se dirigem, neste momento, para esse polo. O assunto, aliás, está esgotado pelo mestre.

O que, presentemente, me preocupa, é assinalar que a acepção originária do termo *arras* é a entrega de algum objeto em garantia da execução de um negócio ajustado, e que essa significação mantem uma cadeia ininterrupta entre as línguas indo-européias e semíticas, através do latim e do grego. Neste sentido, o termo *arras* corresponde ao *Handgeld* dos germanos (17).

Fácil foi transportar dos contratos mercantis ou civís em gênero, para o pacto sponsalício em particular, o nome dado ao penhor, com que uma das partes expressava a segurança de sua fé. O anel simbólico que os desposados, em quase todos os países antigos, por si ou por seus pais, davam à desposada, nomeadamente na Judéia, na Grécia, em Roma (*annulus pronubus*), na Germânia, e que, antes, fôra, simplesmente, moeda também simbólica dada, pelo noivo, ao chefe da família, é uma persistência da compra da mulher, e, depois, da autoridade, do *mundium*, cuja recordação se ia, paulatinamente, obliterando pelo desaparecimento do fato a que aludia. Era natural chamar de *arra sponsalícia* a esse anel, a essa moeda simbólica, ou qualquer soma dada em garantia da palavra empenhada (*artha sponsaliorum nomine data*).

Mas, como alargar a significação do termo, para que ele abrangesse, um outro objeto. uma doação que havia de aproveitar à mulher, principalmente após a viuvez, o seu doário?

Parece-me que se poderá explicar o fato pelo modo seguinte. Na ocasião de se celebrarem os sponsais, foi

(16) *A hospitalidade no passado*, trad. port. Recife, 1891, página 62.

(17) Sobre outras significações de *arras*, vide o *Dicionário de antiguidades gregas e romanas*, por DARENBERG e SAGLIO.

costume fazer-se uma doação a que, às vezes, se dava o nome de *osculum* (18), um dos modos mais interessantes de presentear-se os desposados. Esta doação, ocmo quaisquer presentes, com que os noivos se gratificavam, originaram o gênero de doações chamado *ante nupcias* no direito antejustiniano, e que veio a ser, em sua última fase, mais uma garantia do dote romano, ao qual andava aliado e do qual era um como que arremedo. Era como que um contra-dote, que, *parum a mulieris dote differebat*, como diz MELLO FREIRE.

Os povos ocidentais não aceitaram, em geral, essas doações *propter nuptias*, com o carater, que lhe imprimira o direito romano do Oriente, mas conheceram o *osculum*, ao qual foram, ao que parece, dando uma feição germânica de doário. E' assim que vemos, em muitos documentos citados por DUCANGE, expressões como estas: *ut uxor mea teneat . . . illa omnia quae sibi dedi in osculum; e mais . . . quantum ego ipse uxori meae tradidi ad habendum sive per osculum sive per cartam traditionis, post mortem ejus S. Pedro remaneat . . . etc.*

Que, pois, há de estranhavel em se ter efetuado na península ibérica uma evolução análoga, tomando a doação antenupcial o nome de *arras*, aliás já empregado para designar qualquer soma oferecida, por ocasião do desposório, em garantia da realização do casamento? Houve assim, pela ocasião em que se efetuava e por várias circunstâncias, que as aproximavam, uma certa assimilação entre o doário de origem tudesca e *arras* esponsalícias de origem greco-latina. E como às idéias germânicas predominavam então, maximé no direito da família, da junção

(18) *Osculum donatio propter nuptias, quam solet sponsus, intervenient osculo, dare sponsae, in lege 5, cód. Theod. spons. (35), nam ut est in Novella Alexi Comeni, eodem titulo, et apud Matheum Monach. lib. 8, jure graecorum, pág. 510, sponsalia peraguntur meta arrhabonos kai toy philion tois menster si philamatos (DUCANGE, Glossarium, vol. VI, verb. osculum, IV, ed. nov., 1886).*

dos dois elementos — o romano e o teutônico, resultaram as *arras* tal como a conheceram o direito espanhol e o português: uma instituição germânica sob um nome semítico importado de Roma (19).

A língua portuguesa teve, certamente, uma expressão para designar esse donativo, — a *camera cerrada*, mas que, por não corresponder a todas as modalidades dele ou por outras várias causas, se apagou do vocabulário jurídico, para deixar o lugar ao nome estranho.

E' o que me parece resultar do estudo dos fatos.

O que fica aí apresentado, sob o aspecto de hipóteses, tanto para a explicação da gênese das *arras* portuguesas, problema cativante da história ou, antes, da arqueologia jurídica, quanto para a explicação de como essa instituição de origem tudesca por sua aproximação e certa semelhança com outra de procedência greco-italica, revestiu o invólucro de um nome estrangeiro, problema não menos curioso do que se poderia chamar glótica jurídica, o que aí fica, tenho por largamente justificado com o depoimento dos fatos, que me foi dado consultar. Entretanto, como já se tem transviado nestas obscuridades históricas, alguns investigadores, não apresento o resultado de minhas pesquisas, senão sob a face de hipótese, que espera a confirmação de ulteriores estudos. Até lá, até que esses novos estudos

(19) A palavra *recabedo*, usada no século XIII, para significar *arras* (regime de bens) confirma esta aproximação. *Recabedo* significa recebimento solene e quitação. Quem dava *recabedo* à sua noiva como que lhe dava, ao mesmo tempo, confirmação solene do contrato de casamento, e também quitação do dote recebido.

Arras, em um sentido lato, compreendem também os apanágios (C. DA ROCHA, § 282). Ora, os apanágios são rendimentos que a mulher, durante a sua viuvez, tem direito de receber da casa de seu marido prédefunto. Portanto, ainda encontro uma confirmação à última interpretação, nesta significação mais lata do vocábulo.

PERTILLE, cit., por GALLUPPI, (*La dote*, pág. 18) recorda, semelhantemente, que a *meta* dos lombardos, dote do direito germânico, assume depois o caráter de contra-dote, sob o nome de *antefatto* e de *incontro*. Foi alguma coisa de semelhante que se passou em Portugal.

corroborem ou infirmem a hipótese por mim apresentada, aí permanecerá ela tal como pareceu-me ressumar dos documentos e da história.

§ 56

PRINCÍPIOS REGULADORES DAS ARRAS NO DIREITO PÁTRIO ANTERIOR À CODIFICAÇÃO CIVIL

Pela *Ord.*, 4, 47, as *arras* só podem ser constituídas no contrato dotal, e devem ser determinadas por quantidade certa, não excedendo à terça parte do dote. A parte excedente será considerada inoficiosa, bem que nos diga TEIXEIRA DE FREITAS que essa proibição não teve uso entre nós. Se a quantia fosse superior à taxa legal (Cr\$ 360,00), era indispensável a insinuação. Se fosse incerta, a doação seria nula (*camera cerrada*).

Não havendo tradição do dote, dispensa-se o marido de satisfazer a promessa de *arras*, salvo se esse fato resultasse de culpa sua. Havendo tradição parcial do dote, a exigência das *arras* podia ser levada a efeito somente dentro dos limites correspondentes ao terço da parte entregue.

Na constância do casamento, ficavam as *arras* sob a administração e usufruto do marido, garantida a mulher por hipoteca legal.

Dissolvido o casamento, por morte da mulher, revertiam as *arras* em favor do marido, por não se ter realizado a condição, a que estavam subordinadas, — se a mulher enviuar. Premorrendo o marido, entravam as *arras* para a posse da mulher, que as usufruía durante a vida, mas voltariam aos herdeiros do marido, quando falecesse a mulher, salvo acórdio em contrário (1). O mesmo devia

(1) MELLO FREIRE, 2, 9, § 31; LIZ TEIXEIRA, I, § 31; LAFAYETTE, *Op. cit.*, § 95. No direito espanhol, anterior ao Código atual, eram sempre os herdeiros da mulher que levavam as *arras*, o que LOBÃO e C. DA ROCHA entenderam aplicável também a Portugal.

praticar-se em caso de divórcio amigável, apesar de que a lei não cogitava desta espécie; mas seria revogável a doação de *arras*, quando o divórcio fosse ocasionado por culpa da mulher.

O pouco uso que, entre nós, teve este pacto de *arras*, dispensa mais delongas sobre o assunto.

Essa mesma razão, corroborada, aliás, por uma revogação implícita, faz-me deivar em silêncio: 1.º, os *apanágios* ou pensões, que a viuva tinha direito de receber da família do marido; 2.º, os *alfinetes*, que eram certas mesadas prometidas pelos maridos às mulheres para gastos particulares e adornos, quando os cônjuges pertenciam à nobreza (2).

O Código Civil português (arts. 1.231 e segs.) fala ainda de apanágios, mas, entendendo, por este nome, o direito, que tem o cônjuge, que se achar sem meios, por ocasião da morte do outro, de ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, qualquer que fosse o regime dos bens no casamento dissolvido, sejam os bens de que natureza forem. É uma providência, que diz com os direitos sucessórios dos cônjuges e a que já me referí em parágrafo anterior.

(2) Quanto ao *dotalicio*, já no parágrafo anterior ficou indicada a sua posição em relação às *arras*. Nesta expressão se compreendem os *apanágios* e os *alfinetes*. Vejam-se: MELLO FREIRE, *Inst. juris civilis*, liv. I, art. 9, §§ 35-36; LIZ TEIXEIRA, I, págs. 496-500.

CAPÍTULO IX

REGIMES DE BENS NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

§ 57

OS REGIMES DE BENS PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

I. Quando o casamento de um nacional for celebrado no estrangeiro, sem que regulem os interessados as suas relações económicas por um pacto antenupcial, qual deve ser o regime de bens a que se submetem os cônjuges?

Se recorreram os contraentes ao representante consular de seu país de origem, para a celebração do casamento, manifestaram clara intenção de adotar, em tudo, a lei nacional. Se, ao contrário, a celebração foi feita perante a autoridade e segundo a lei do país, onde se acham os contraentes, parece que a intenção deles já não tem a mesma clareza. E maior obscuridade aparece, quando, após o enlace realizado no estrangeiro e segundo a lei estrangeira, sendo os cônjuges de nacionalidade diferente, vão fixar-se além. Se a intenção dos cônjuges é que se procura determinar pelo concurso das circunstâncias, visto como falha a prova direta da estipulação, nessa hipótese, ela é fugaz, quase incoercível.

A opinião dominante, a princípio, era que, verificada a hipótese, presumia-se ter sido adotada a lei do do-

micílio conjugal, isto é, do país onde os cônjuges foram fixar seu domicílio. E' a opinião de SAVIGNY, DEMOULIN e ASSER, confirmada pela jurisprudência alemã anterior ao Código Civil, pelo Código prussiano, §§ 350-351, pelo saxônio, § 14, e pelos tribunais franceses (1). E' também a doutrina preponderante na Inglaterra e nos Estados Unidos da América do Norte, mas somente em relação aos moveis.

WESTLAKE acha que a opinião de SAVIGNY e dos outros juristas alemães e franceses é inatacavel (*unassailable*), quando estabelecem que, pelo casamento, concordam os cônjuges submeter-se ao domicílio do marido, que é aquele onde vão habitar, e que não é de supor quisessem eles dispersar a sua fortuna, para ser regida, em parte, por uma lei, e, em parte, por outra, tão graves são os inconvenientes, que daí surgiriam, forçosamente. Não obstante, pensa o eminente jurista inglês que a doutrina é inaplicavel à propriedade real (*real state*) do direito inglês, que é, em seus traços fundamentais, a do norte-americano. E esta opinião é abraçada pela maioria dos juristas daqueles dois países (2): os imoveis devem ser regidos pela *lex rei sitæ*.

(1) SAVIGNY, *Droit romain*, VIII, 379; ASSER RIVIER, *Éléments*, § 49; BAEHR, in *Clunet*, 1895, pág. 29; CHAUSSE, idem, 1897, págs. 28-29. Julgados franceses em CLUNET, 1893, págs. 415, 816, 880 e 1.196, ano de 1894, pág. 876. Há, entretanto, certa vacilação nesses arestos da jurisprudência francesa. O citado CLUNET nos oferece decisões que ora adotam a lei do domicílio conjugal para determinar as relações econômicas do cônjuges (exemplos: — 1898, págs. 571-746; — 1899, págs. 385-825; — 1900, pág. 982; — 1901, pág. 534), ora se inclinam pelo estatuto pessoal do marido (exemplos: — 1897, págs. 153-579; — 1898, págs. 565-931; — 1902, pág. 358; — 1903, pág. 366, 380 e 872).

(2) WESTLAKE, *Private int. law*, n.º 369; WHARTON, *Private int. law*, § 191, pág. 283 e segs.. STORY, admitindo a lei da situação para a propriedade real, quer a lei do lugar da celebração para regular os bens moveis.

A escola internacionalista italiana, também considera, como a francesa e a alemã, o patrimônio conjugal uma unidade submetida a regras uniformes, porém prefere a lei nacional do marido à do domicílio (3). Não esconderei que esta solução desfaz algumas dificuldades; mas, incontestavelmente, neste assunto de regime de casamentos realizados no estrangeiro, e fixação de domicílio, em lugar diferente do da celebração, a lei domiciliar teve preferências mais extensas e mais abundantes. E é bem simples explicar a razão desse fato. Não se procurava, na hipótese, outra coisa que não fosse descobrir a vontade presumível dos contraentes. Justamente, pareceu à maioria dos escritores que, neste particular, a lei do domicílio, quero significar o primeiro domicílio, traduzia melhor essa intenção pressuposta das partes contraentes, do que mesmo a nacional (4).

(3) FIORI, *Droit int. privé*, trad. ANTOINE, número 366-368; GRASSO, *Diritto intern.*, pág. 248. No mesmo sentido BAR, em CLUNET, 1895, pág. 30, e PILLET.

(4) A questão em sua essência reduz-se ao seguinte: se os cônjuges são da mesma nacionalidade, a sua lei pessoal deve regular as suas relações econômicas, em virtude do princípio de que o estado e a capacidade se determinam pela lei pessoal do indivíduo. Mas, se os cônjuges são de nacionalidade diferente, já não nos pode servir esse critério. É certo que a maioria das legislações desnacionalizam a mulher quando se casa com estrangeiro; mas algumas há, como a brasileira, que não adotam esse sistema. É, portanto, forçoso procurar um princípio regulador que satisfaça a todas as hipóteses. Esse princípio não pode ser outro senão o da autonomia da vontade, isto é, cumpre, quando a vontade não fôr expressa, no pacto antenupcial, presumi-la. É por isso que, se o casamento for celebrado perante o representante diplomático ou consular de um dos cônjuges, se diz que a lei do país que essa autoridade representar deve ser a reguladora. Faltando esse elemento, aparece o domicílio matrimonial.

Neste sentido fora redigido o *Projeto* primitivo, arts. 27-28 da lei de introdução. O Código Civil adotou outra regra.

Vejam-se também os meus *Elementos de direito internacional privado*, § 43.

Mas, poderia acontecer que os cônjuges mudassem uma e duas vezes de domicílio. Seria inconveniente que outras tantas vezes pudessem mudar de regimes de bens, outras tantas vezes alterassem sua situação econômica em relação aos terceiros, interessados por qualquer título. A mais razoável opinião, e a mais jurídica, é a daqueles que sustentavam que, uma vez fixada a lei reguladora das relações econômicas dos cônjuges, pela fixação do primeiro domicílio, não tem os outros a menor influência para alterá-la. Na data do casamento, eram os cônjuges livres para estipular as condições, que entendessem melhor resguardarem seus interesses. Não o fazendo, presume-se que lhes conveio o regime legal, que viria a ser, neste caso, o do domicílio conjugal. O abandono posterior desse domicílio, depende, exclusivamente, da vontade do marido; se, por esse fato, entrarem os cônjuges sob o império de uma lei diferente, ter-se-á, desarrazadamente, admitido que, exclusivamente, da vontade deste depende a fixação ou alteração do regime, sem atenção aos direitos da mulher, sem atenção aos de terceiros. Não tem faltado, entretanto, quem adote essa doutrina cambiante e movediça, como as ondas ou as areias da Líbia (5).

II. O Código Civil seguiu outra norma. O art. 8 da Introdução determina que o regime de bens no casamento se regule pela lei nacional dos cônjuges, sendo lícito optarem pela lei brasileira.

Ressurge a dificuldade, quando os cônjuges são de nacionalidade diferente. Entendeu-se, neste caso, de acôrdo com as soluções de Haia, que, em tal emergência, preponderasse a lei do marido. O Código Bustamante, porem, desviou-se desta regra e estabeleceu a seguinte: *Os contratos matrimoniais regem-se pela lei pessoal comum aos contratantes, e, na sua falta, pela do primeiro domicílio conjugal. Essas mesmas leis determinam, nessa ordem, o regime legal supletivo, na falta de estipulação.*

(5) Vide WARTHON, Op. cit., pág. 279 e segs.

Assim, em face dessa convenção, o regime dos bens, no casamento, rege-se pela lei pessoal comum dos cônjuges; se, porem, forem eles de nacionalidade diferente, dominará, na falta de contrato, a lei do primeiro domicílio conjugal.

Sendo lei mais recente, o Código Bustamante é o que prevalece.

E tal era, também, a doutrina adotada pelo *Projeto primitivo*, Lei de Introdução, art. 27, e pelo *Revisto*, Título preliminar, art. 27.

III. O decreto-lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, art. 7.º, § 4.º, preceitua: "O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país, em que tiverem os nubentes domicílio conjugal". Devemos entender o primeiro domicílio do casal. E, assim, o decreto-lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, adotando para todos os casos, a lei do domicílio, está de acordo com o *Projeto primitivo* do Código Civil Brasileiro, art. 27 da Lei de Introdução, quanto ao regime de bens dos que, não tendo lei pessoal comum, deixaram de celebrar pacto antenupcial.

CAPÍTULO X

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E DO MATRIMÔNIO

§ 58

NOÇÕES HISTÓRICAS DO DIVÓRCIO E DO DESQUITE

Em dois sentidos é tomada a palavra — *divórcio*. Ou importa a *dissolução do vínculo matrimonial*, desfazendo o casamento, com habilitação dos cônjuges a contrair novas núpcias, ao menos dadas certas circunstâncias; ou significa simplesmente a *separação dos corpos*, sem *dissolução do vínculo matrimonial*, situação jurídica adequadamente denominada *desquite*, pelo Código Civil. Ainda hoje vacilam os espíritos entre esses dois remédios a aplicar, quando uma grave perturbação penetra no lar, tornando impossível a vida sob o mesmo teto e a continuação da fusão dos interesses dos dois cônjuges. Antes de emitir minha opinião, julgo necessário, para a posição mesma do problema, recordar sucintamente as linhas gerais da história do divórcio.

Os selvagens e os homens primitivos não faziam do casamento união permanente, e, por isso, o divórcio era,

entre eles, fatos de todos os dias (1). Mesmo quando certa disciplina havia já intervindo na regulamentação da vida conjugal, encontram-se esses casamentos temporários, nos quais há, notoriamente, o divórcio preestabelecido.

Com as primeiras civilizações, o repúdio da mulher ainda é fácil, quando ela não preenche o fim reputado principal, senão único, do matrimônio, a procriação dos filhos. Vê-se o Código de Manú declarar repudiável a mulher que se mostra estéril, durante oito anos de casada. Também o são aquelas, cujos filhos morrem ao nascer. feita a experiência em dez anos sucessivos, e as que, durante onze anos, somente geram filhas. A que fala com azedume é repudiável desde logo.

Na Grécia antiga, a esterilidade foi também justa causa de repúdio. HERODOTO fala-nos de dois reis espartanos que, por essa razão, foram coagidos a abandonar suas consortes. Entretanto, afirmam os historiadores que, nos gloriosos tempos homéricos e na época da grandiosa juvenildade helênica, aberta em seguida, o divórcio era fato incógnito, ou de extrema raridade. Mas, com a grandeza, o luxo, os requintes de ceticismo, que vieram depois, as dissoluções matrimoniais tornaram-se uma embriaguez, que a todos os espíritos toldara (2).

O direito mosaico não discrepa desse modo de ver, facilitando, extraordinariamente, o divórcio, que dependia, nos primeiros tempos, simplesmente da vontade do ma-

(1) Excepcionalmente, encontram-se exemplos de casamentos perpétuos, entre os primitivos. WESTERMARCK, (*Matrimônio humano*, pág. 454) cita os habitantes das ilhas de Adamã, os da Nova Guiné e os Vedas, para os quais a regra é a perpetuidade da união conjugal. Os aztecas eram também hostis ao divórcio, e somente o concediam por sentença dos tribunais (PRESCOT, *Conquista do México*, I, cap. I).

(2) BEAUCHET, *Droit privé de la République athénienne*, I, pág. 376 e segs. O direito ateniense conhecia o divórcio pela vontade do marido (repúdio) ou pela da mulher (abandono), por mútuo consentimento, e pelo *kyrios* da mulher (pai, irmão, avô, etc.).

rido. Em casos de adultério, o repúdio deixava de ser um direito do marido, para tornar-se um dever juríco e religioso, ao cumprimento do qual, a lei o constringia, se não o impulsionasse a embotada dignidade. Segundo o direito originário dos hebreus, a infecundidade observada no espaço de dez anos, era causa de repúdio necessário; mais tarde, constituiu este fato, simplesmente, um motivo aceitavel para o divórcio facultativo. As outras causas, que o autorizavam, eram o desvirginamento ignorado pelo marido, a suspeita de adultério, a violação da lei mosaica, a inobservância do dever conjugal, a ausência prolongada e uma enfermidade contagiosa. A mulher podia, igualmente, recorrer a alguns desses motivos e mais à alegação de ter sofrido sevícias, para solicitar o divórcio. Quando os hebreus se retiravam da pátria, como não podiam constringer suas mulheres a segui-los, tinham, muitas vezes, de romper o vínculo matrimonial.

Muitos desses preceitos da lei mosaica se transmitiram às legislações ocidentais, como é fácil de ver, em seguida.

Em Babilônia, segundo o Código de Hammurabi, o divórcio era facultado ao homem e à mulher, sem freio algum para aquele, dentro de estreitos limites para esta, que somente o podia reclamar, com faculdade para remaridar-se, quando seviciada ou abandonada pelo marido (3).

Em Roma, o divórcio foi sempre uma instituição concomitante com o casamento. Somente o casamento do flaminio de Júpiter era indissolúvel, e, nos primeiros tempos, o contraído pela cerimônia da *confarreatio*. Porém, para este último caso, inventou-se, mais tarde, uma dissolução religiosa, a *diffarreatio* (4).

(3) E. BESTA, *Revista italiana de sociologia*, 1904, pág. 203; HERSILIO DE SOUZA, *Novos direitos e velhos códigos*, pág. 138 e segs.

(4) *Diffarreatio genus erat sacrificii quo inter virum et mulierem fiebat dissolutio.*

Pouco usado, a princípio, o divórcio, como se conclue do fato de ser apontado Carvilius Ruga, no século VI, como o primeiro a usar desse direito, se tornou, posteriormente, uma epidemia, em Roma, afrouxando os laços da família romana, pervertendo os costumes, dissolvendo a sociedade (5).

Nos primeiros tempos, somente o marido tinha a faculdade de repudiar a mulher (6), mas, depois, se admitiu que o divórcio tivesse lugar pelo mútuo consenso, ou pela vontade de um só dos cônjuges (7).

O cristianismo iniciou a campanha contra o divórcio, que se infiltrara nos hábitos dos romanos e que o direito germânico, igualmente, facultava em casos de adultério e homicídio, assim como por acordo recíproco (8). Embora a Igreja tenha tido necessidade de temporizar, sua influência ressalta, claramente, das providências tendentes a dificultarem o divórcio, que adotaram alguns imperadores romanos adeptos do cristianismo. A mulher que se divorciava, sem justa causa, era deportada; o homem, que tinha igual procedimento, perdia o direito de contrair segundas núpcias. Se o divórcio era fundado em motivo frívolo, a mulher que o requerera, se tornava inhabil para contrair novo consórcio, e o homem, nas mesmas condições, sofria a mesma pena, mas somente por espaço de dois anos.

(5) JUVENAL nos fala de certa mulher que tivera oito maridos em cinco anos, *Sic fiunt octo marito, quinque per autumnos: titulo res digna sepulcri.*

(6) E' atribuída a Romulo, o que vem a dizer, aos inícios de Roma, essa lei de repúdio. Diz PLUTARCO: *Constituit quoque (Romulus) leges quasdam, quarum illa dura est quae uxori non permittit divertere a marito, at marito permittit uxorem repudiare* (Rom., 22).

(7) Cód. 8, 32, I. 2; ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 154; SOHM, *Eheschliessung*, § 97.

(8) Vide GLASSON, *Le mariage civil et le divorce*, pág. 185 e seguintes).

Esta transformação no direito romano se foi acentuando, até que, no último período, desapareceu o divórcio, por consenso mútuo (Nov. 140), e se estabeleceram os casos em que é permitido o divórcio, por queixa de cada uma das partes. O marido pode repudiar a mulher por adultério, por tentativa de assassinato contra ele, por abandono do domicílio conjugal, por ter ela assistido a jogos e espetáculos públicos, e, finalmente, por ter tomado parte em conspiração contra os poderes públicos. A mulher teve o direito de se divorciar, quando o marido fosse conspirador, quando atentasse contra a existência dela, quando procurasse corrompê-la ou mantivesse concubina. A incapacidade de procriar e o voto de castidade, apareceram também como causa, para dissolver o vínculo matrimonial.

Afinal, porem, a Igreja sentiu-se forte e proclamou, francamente, a supressão do divórcio, no concílio de Trento, impondo sua doutrina aos povos católicos. Pelas determinações desse concílio, o casamento ainda não consumado, poderá ser rompido, para facultar, a um dos cônjuges, a entrada para a vida religiosa. Consumado o matrimônio, seu vínculo se torna absolutamente indissolúvel, admitindo-se, apenas, a separação *quoad thorum et habitationem*, perpétua ou temporária, por causa de adultério, sevícias, heresia ou apostasia, e para professarem ambos os cônjuges, em religião aprovada, ou um só, aceitando o outro fazer voto de castidade (9).

Nosso direito anterior à proclamação da República, adotando em matéria de casamento, a doutrina do canônico, desconheceu o divórcio no sentido amplo da palavra. Até a separação de corpos, a que acabo de referir-me, viu abolidas algumas de suas causas determinantes, a heresia e a apostasia, por efeito do desuso e do espírito liberal da Constituição de 1824.

(9) MONTE, *Elem. de dir. eclesiástico*, §§ 904 e 1.003.

Declarada a separação pelo juiz competente, se era temporária, o marido continuava na administração dos bens comuns, com a obrigação de alimentar a mulher; se era perpétua, procedia-se à separação dos bens, podendo cada um administrar os seus, livremente, como se não subsistisse o vínculo matrimonial.

O dec. de 24 de Janeiro de 1890, secularizando o direito em suas atinências com o casamento, não admitiu o divórcio *a vinculo*, mas reconheceu outras causas para a separação perpétua dos cônjuges, sem dissolução do matrimônio.

A Constituição de 1934 declarou: "A família, constituída pelo casamento indissolúvel está sob a proteção especial do Estado" (art. 144). A de 1937, art. 124, reproduz esse preceito.

§ 59

O PROBLEMA DO DIVÓRCIO

Não tem sido fácil decidir qual das duas instituições, a separação de corpos e o divórcio, deve ser preferida, pela razão simplíssima de que os problemas sociais se não devem resolver em abstrato, mas, sempre em vista das condições e das necessidades morais, intelectuais, físicas e econômicas do povo ou dos povos a que vai ser aplicada a solução dada.

A separação cria uma situação legal que, além de impor um injusto constrangimento ao cônjuge inocente, impelirá, muitas vezes, os cônjuges a contraírem relações ilícitas e a procurarem filhos extramatrimoniais, o que importa numa perturbação da moralidade e da vida social. Eis o seu flanco vulnerável. Mas, essa mesma separação corrobora a perpetuidade da vida familiar; mas, essa mesma separação, afastando as funestas consequências da vida em comum, obrigatória, quanto cessaram de todo os la-

ços da afeição e do respeito mútuos, põe um freio às paixões, prestes sempre a irromperem nesses domínios, onde a animalidade mostra, por exemplos frequentes, que não acha inquebrantável o açomo, que lhe põe a civilização.

O divórcio, alega-se de outra parte, é "uma condição moralizadora da união sexual, por tirar ao casamento toda idéia de imposição ou de força bruta, ao passo que o funda na espontaneidade do sentimento e na reciprocidade do afeto" (1). "Encarada a família por seu aspecto social, diz-nos um gentilíssimo espírito (2), se se torna, por ação de um de seus órgãos, infecunda, fonte de degenerescência, escola de degradação, então a indissolubilidade do casamento não pode nem deve subsistir".

Mas considere-se que essa espontaneidade do sentimento é respeitada pela separação, na medida do socialmente possível; que é missão do direito canalizar os impulsos humanos para os fins da conservação e do bem estar social; que não é somente a procriação que postula a necessidade da duração da união sexual humana; que, além da aspiração de obter uma prole sadia e forte, aspiração cuja alta importância ninguém pôs em dúvida, há outros interesses e outros sentimentos respeitáveis, a que é necessário atender para abroquelar; que esses mesmos interesses econômicos e morais da prole, opõem-se, com energia, contra a dissolução do vínculo matrimonial; que, finalmente, acenar com o divórcio, na acepção lata da palavra, é provocar, talvez, desuniões frequentes, que ainda mais profundamente dissolverão a coesão da família e da sociedade em geral, do que os desregramentos possíveis, com a simples separação (3).

(1) TEIXEIRA BASTOS, *A Família*, pág. 187. Vêr também GAMA ROSA, *Biologia e sociologia do casamento*, págs. 120 a 159 e 289 a 296.

(2) ARTHUR ORLANDO, *Discurso* proferido na Câmara dos Deputados, a 27 de Setembro de 1894.

(3) Em França, por exemplo, depois do restabelecimento do divórcio, a duração média dos casamentos dissolvidos, segundo a es-

Estamos, portanto, diante de duas soluções, que teem convenientes manifestos e desvantagens notórias. E é necessário escolher uma delas, pois que ainda não foi encontrada uma terceira, nem o mal, que pretendem remediar, pode permanecer em abandono, pois que, desse abandono poderia resultar o desmoronamento da construção social, que repousa diretamente sobre a família.

A solução melhor, afigurou-se-me, quando se publicou a primeira edição deste livro, seria permitir o divórcio com a máxima parcimônia (4), em casos graves e taxativamente limitados pela lei, interdizendo-se, ao cônjuge culpado, contrair novas núpcias. Não achava, porém, essa solução aplicavel aos povos, senão quando as circunstâncias, vale dizer, as condições de vida, em que se acham, a exigirem de modo inequívoco. Hoje, a meditação levou-me a não fazer mais essa concessão. E quanto ao Brasil, parece-me que são especiais as condições de nosso meio, não querendo afirmar, entretanto, que outros não existam nas mesmas condições. A respeitabilidade, com que é cercada a família brasileira, a honestidade de nossas

tatística, não excede a 12 anos. E se eram as classes de profissão liberal as que mais abusavam do divórcio, hoje parece que são os negociantes e os operários os que mais facilmente rompem o vínculo matrimonial, segundo se vê em ROU, *Évolution du divorce*, Paris, 1905; págs. 459-466.

A progressão do divórcio tem sido impressionante, na França. Em 1885, houve 4.277 divórcios; em 1924, a cifra ascendeu a 21.033 (PLANIOL, RIPPERT et ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, II, n.º 495).

(4) Ao próprio Mahomet não haviam escapado os inconvenientes da facilitação do divórcio. Se faltam boas razões, diz IBRAHIM HALEBI, o muçulmano não pode aprovar o divórcio, nem religiosa nem juridicamente. Abandonando a mulher, caprichosamente, o marido chama sobre si a ira divina, diz o profeta. E não podem os legisladores atuais mostrar-se menos previdentes do que o fundador do islamismo.

patricias, os costumes de nosso povo, enfim, não somente dispensam o meio extremo do divórcio, como o tornariam sobremodo nefasto.

Alem disso, não é talvez inexato afirmar que há indivíduos predestinados ao divórcio como os há para o crime; e que outros, passando por sucessivas dissoluções matrimoniais, adquirem a incorrigibilidade. Para uns tais, permissão de novos casamentos seria lamentavel imprevidência (5).

(5) Por ocasião de discutir-se o *Projeto* do Código Civil, perante a comissão especial da Câmara, abriu-se largo debate sobre este tema inesgotavel, manifestando-se as opiniões pró e contra o divórcio. Vejam-se os *Trabalhos* da comissão especial da Câmara, vol. V, págs. 1-81. Aí, mais desenvolvidamente, expús minha opinião.

E apraz-me recomendar aos leitores um livro, que mereceu o epíteto de "impressionante", *El cancer de la sociedad*, do escritor argentino ARTURO BAS, que combate o divórcio com argumentos de ordem filosófica, histórica, estatística, política e moral (2.^a ed. em 1932).

No livro — *Código Civil comentado*, vol. II, ao art. 315, condensei os argumentos, que me pareceram mais valiosos contra o divórcio.

Aleguei que o divórcio é injusto, porque prejudica muito mais à mulher do que ao homem, precisamente quando recatada e honesta; que a indissolubilidade do matrimônio atua sobre os cônjuges como elemento moderador das paixões e consolidador da amizade recíproca dos cônjuges, porque diante dela se amainam as pequenas disputas, que tomariam grande vulto com a possibilidade de se desfazer o vínculo; que a sorte dos filhos é dolorosa e prejudicial ao desenvolvimento dos bons sentimentos, quando o divórcio os atira do lar onde nasceram para o seio de família estranha; que o divórcio não diminue o número de crimes por paixão sexual, como houve quem dissesse; a estatística prova o contrário; que é com a moral, que se evitam uniões ilícitas, e não com o divórcio.

Substancioso estudo sobre este assunto escreveu o Padre LEONEL FRANCA, *O divórcio*, 1931.

§ 60

MOTIVOS E EFEITOS DO DESQUITE
SEGUNDO A LEI PÁTRIA

São motivos para pedir (1) desquite, ou seja a separação de corpos e de bens, segundo o direito brasileiro: adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, abandono voluntário do domicílio conjugal, por mais de dois anos contínuos, e o mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados a mais de dois anos (1a). Examinemos essas diferentes figuras de causa, das quais, as três primeiras dão lugar à declaração do desquite litigioso e a última à do desquite amigavel.

Adultério é a quebra da fidelidade matrimonial. Chamam-no os alemães, muito expressivamente, *Ehebruch*.

Desde que se firmou a família em suas bases essenciais, e que os legisladores antigos compreenderam o seu valor social, o poder público chamou a si a punição do adultério. No Egito, foi ele, primitivamente, punido com a morte; mais tarde, ao tempo de HERODOTO e DIODORO da Sicília, a pena aplicada era a rinotomia. O direito hebreu mandava lapidar a mulher adúltera; na Índia, faziam-na devorar por cães famintos, e queimavam seu cúmplice ainda em vida. Em Atenas, a esposa infiel não tinha, para seu delicto uma sanção penal prefixada; qualquer pena que não fosse a de morte, podia ser-lhe aplicada. Em Roma, foi o adultério, primeiramente, um crime doméstico, cujo conhecimento pertencia ao tribunal da fa-

(1) A ação de desquite somente compete aos cônjuges, extinguindo-se pela morte de qualquer deles. Se o cônjuge, a quem competir a ação, for incapaz de exercê-la, poderá ser representado por qualquer dos seus ascendentes, ou irmãos, observada a ordem, em que são mencionados (Cód. Civil, art. 316).

(1a) Cód. Civil, arts. 317 e 318.

mília; e por ele podia ser imposta a pena de morte, assim como o marido, por si exclusivamente, podia impô-la. se encontrasse os maculadores de sua honra em flagrância. Mais tarde, o adúltero foi considerado *crimen publicum*, a punição, do qual, a relegação, podia ser provocada por qualquer pessoa. Constantino restringiu o direito de acionar por adultério, à família infamada pela torpeza desse ato, mas elevou a penalidade à privação da vida.

Justiniano, ainda modificou essa penalidade, mandando fustigar a adúltera, e, depois, encerrá-la num convento (Nov. 134, c. 10).

O antigo direito português punia o adultério, com a pena de morte, tanto para a mulher casada, quanto para o seu cúmplice (Ord. 5, 25). Mas o adultério do marido não mereceu tão grave repulsa por parte do velho Código filipino; as infidelidades descontínuas e transitórias se não consideravam atos puníveis; somente os *barregueiros casados*, eram passíveis de degredo acrescido de multa nas reincidências (Ord. 5, 28). Para a acusação da mulher, por esse crime, só o marido era o competente, e isso desde os mais antigos documentos jurídicos do reino. E até podia ele fazer justiça por si, matando a mulher e seu cúmplice, se os encontrasse em flagrante, ou mesmo sem essa circunstância, mas *sendo certo que cometeram adultério*.

O Código criminal brasileiro de 1890 (arts. 250 *usque* 253) mantem a distinção entre o adultério do marido e o da mulher. Para haver o primeiro, é necessário o concubinato; para haver o segundo, basta um desvio do preceito da fidelidade (2). A pena, prisão com trabalho

(2) Esta distinção acha-se igualmente consignada no Código Penal francês, arts. 337-339; no italiano, 353-355; no espanhol, 450-452. Outros países tratam o adultério simples como delito igualmente punível, quer praticado pelo homem, quer pela mulher. Assim é na Áustria, Holanda, Alemanha e em vários cantões suíços. Algumas legislações desclassificaram o adultério da categoria dos delitos, como em Genebra e Nova York. (Vide BRIDEL, *Los derechos de la*

de um a três anos, aos codelinquentes. A acusação só é permitida ao cônjuge ofendido, e sob a condição de não ter pactuado com o adultério. O Código de 1890 (artigos 279 *usque* 281), mantém a mesma doutrina, estendendo, porem, a sanção penal sobre a concubina e estabelecendo prescrição para esse crime dentro do prazo de três meses. O atual, de 1940, art. 240, pune o adultério, sem distinguir se da mulher ou do marido, com a pena de detenção por 15 dias a seis meses, estendendo-a ao coréu. A ação penal compete, exclusivamente, ao cônjuge ofendido, e se extingue dentro de um mês após o conhecimento do fato (art. cit., § 2.º).

Civilmente, o adultério poderá dar motivo ao divórcio. Realmente, constitue ele a lesão mais direta e mais grave à santidade do matrimônio, à moralidade e disciplina das relações conjugais. E, se pode ser admitida a sua eliminação dentre as figuras dos crimes punidos pelos Códigos penais, por considerações atinentes ao melindre da honra e ao decoro das famílias, esses mesmas considerações exigem que a sociedade conjugal se possa dissolver, quando um dos seus membros falta, dolosamente, à fidelidade prometida.

Para que o adultério fosse motivo jurídico da separação pessoal e econômica dos cônjuges, declarava o decreto de 24 de Jan. de 1890, art. 83, 1.º, é necessário que tenha havido liberdade na prática do delito. Assim, se a mulher tiver sido violentada, o marido não poderá alegar esse fato, para o qual ela não concorreu deliberadamente, fundamentando um pedido de divórcio. Essa disposição de lei podia, embora equitativa, facilitar que a chicana desvirtuasse, facilmente, a intenção do legislador,

mujer, pág. 37, *usque* 47, e as eruditas explanações do dr. JOÃO VIEIRA, na *Exposição de motivos*, que precede o seu *Projeto* de Código criminal, na *Revista Acadêmica* do Recife, 1893). Adde: ARTHUR ORLANDO, *Ensaio de crítica*, págs. 3 a 67.

alem de que parece que a mácula, embora sem culpa, subsiste sempre, tal é o melindre extremo da honra feminií, e a dignidade do homem brioso é muito suscetivel para curvar-se a semelhante disposição de lei. E' uma infelicidade, para a qual não concorreu a mulher, mas que se não pode, dignamente, eliminar. E, assim, o compreendeu Lucrécia, a heroina da lenda romana. Em todo o caso, a violência escusavel não podia ser senão a capaz de tolher, de um modo positivo e insuperavel, o movimento de repulsa da vítima, como a coação material, o estado de sonambulismo, de completa inconciência; mas não a sugestão nascida de súplicas ou ameaças, como, por exemplo, a tentativa de suicídio, em presença da solicitada (3).

No Código civil, não se encontra referida disposição do direito anterior.

Não poderá ser alegado o adultério, se o queixoso houver concorrido para que o réu o cometesse, nem quando tiver dado seu perdão. Presume-se perdoado o adultério, sempre que o cônjuge inocente, depois de ter conhecimento dele, continuar a cohabitar com o culpado (3a).

Quando a lei fala em adultério, pressupõe o ato consumado, a violação material do dever de fidelidade. Entretanto, a conduta leviana ou irregular, do cônjuge, pode ser tal que ofenda a dignidade da família, que irroque injúria grave ao outro, e, por esse motivo, é admissivel o pedido de desquite (4).

Tentativa de morte. O Código Civil destacou esta causa de desquite, por ter carater distinto das sevícias e injúria grave.

Sevícias, são *maus tratos, ofensas físicas revestidas de escusada crueza*; mas, nas relações pessoais entre côn-

(3) LECORNEC, *Le divorce*, París, 1892, páginas 23-24. A jurisprudência francesa tem decidido que a embriaguez não exclue a imputabilidade, nem tambem a cólera. E' perfeitamente justa esta decisão.

(3 a) Cód. Civil, art. 319. Ver o penal vigente, art. 240, § 3.º, II.

(3) C. DE TOULOUSE, 1 Aôut 1890, apud LECORNEC, pág. 22.

juges, que se devem mutuamente respeito, sem que seja mais facultado ao marido o bárbaro direito de correção sobre sua mulher, é desnecessário esse característico da flagelação. Até ofensas físicas de pequena importância em si, mas reiteradas, assumem proporções vexatórias, que tornam impossível a vida em comum (5).

Injúria grave é toda ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer em palavras (6).

Um outro motivo do desquite é o *abandono voluntário* do domicílio conjugal, *prolongado por dois anos contínuos*. Dois são os requisitos que a lei exige para que o abandono do teto conjugal constitua motivo suficiente para a ação de divórcio: a espontaneidade e a diuturnidade além de dois anos. Assim, quando a retirada do lar é determinada pela expulsão, pelo receio de violências iminentes, ou que se prenunciam por ameaças positivas, não está em condições de autorizar a decretação do desquite, nem

(5) MARCEL BARTHE dizia, no parlamento francês, aliás sem bons fundamentos, que o fato de ter um dos cônjuges caráter bizarro, hábitos reprováveis, tendência a irritar-se, frequente e facilmente, pode constituir sevícias. Donde se vê que o vocábulo toma aqui uma latitude maior do que a comum ou, antes, uma significação especial. Veja-se também, sobre esta matéria, BROUARDEL, *Mariage*, pág. 34.

(6) Também a injúria, para o efeito do divórcio, deve ser entendida do ponto de vista especial, em que se acham colocados os cônjuges, um em frente ao outro, no seio da família. Vejam-se BROUARDEL, *loco citado*; ROL, *L'évolution du divorce*, pág. 127 e segs.; PLANIOL, *Traité*, III, ns. 507-508 e 517-524. Este último autor destaca, entre os principais fatos injuriosos: 1.º, recusa de consentir na celebração religiosa do casamento; 2.º, recusa voluntária e persistente, da parte de um dos cônjuges, de consumir o matrimônio; 3.º, comunicação voluntária da sífilis ao outro cônjuge; 4.º, recusa persistente da parte do marido, de receber a mulher os parentes dela; 5.º, tentativa de adultério; 6.º, recusa do marido, de consentir no batizamento dos filhos; 7.º, o desvirginamento ou a gravidez anterior ao casamento, quando uma ou outra dessas duas circunstâncias não é conhecida do marido.

tão pouco se resultou o abandono do lar da necessidade de fugir a depravações, a que pretenda um dos cônjuges arrastar o outro. Essa tentativa constitue mesmo uma injúria grave, autorizando o desquite contra quem a praticou.

Algumas legislações, como a francesa, não destacam esta hipótese do abandono do lar, de modo que a jurisprudência tem necessidade de incluí-lo na classe das injúrias graves. Mas, visivelmente, esta é uma figura que exige tratamento à parte e que mal se localiza entre as injúrias ao menos em grande número de hipóteses de fácil verificação.

O mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados por mais de dois anos, é o quinto motivo, que, por nosso direito, autoriza o pedido de desquite. “Para obterem o desquite por mútuo consentimento, deverão os cônjuges apresentar ao juiz sua petição escrita por um e assinada por ambos, ou ao seu rogo, se não souberem escrever, e instruída com os seguintes documentos: 1.º, a certidão do casamento e do contrato antenupcial, se houver; 2.º, declaração de todos os seus bens e a partilha que houverem concordado fazer deles; 3.º, a declaração do acordo que houverem tomado sobre a guarda dos filhos menores, se os tiverem; 4.º, a declaração da contribuição com que cada um deles concorrerá para a criação e educação dos mesmos filhos, ou da pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não ficar com bens suficientes para manter-se” (6a).

O juiz, de posse dessa petição documentada, ouvirá, separadamente, cada um dos cônjuges e lhes fixará um prazo de 15 a 30 dias, para que ainda meditem sobre a decisão definitiva a tomarem e, depois, venham perante ele, ratificar ou retratar o seu pedido. Se persistirem na intenção de levar por diante a dissolução da sociedade conjugal, o juiz, depois de fazer autuar a petição, com todos os documentos, e, ouvido o Ministério Público, julgará

por sentença o acordo, no prazo de 5 dias e apelar^á *ex-officio* (7).

O desquite não produz o rompimento do vínculo matrimonial; somente à morte é dado esse efeito; mas determina: 1.º, a separação dos corpos, tendo, não obstante, os cônjuges faculdade de se reconciliar, em qualquer tempo; 2.º, a cessação do regime dos bens e sua consequente partilha, como se o casamento fosse dissolvido por morte. Reconciliando-se os cônjuges, o regime dos bens se restabelecerá, contanto que o façam por ato regular, no juízo competente.

Quanto aos filhos, se o desquite for amigavel, concordarão os cônjuges sobre a sua criação e educação, acordo que, uma vez homologado pelo juiz, tem força de lei (8). Se o desquite for litigioso, a sentença que o julgar *mandará entregar os filhos comuns e menores ao cônjuge inocente e fixará a quota com que o culpado concorrerá para a educação de'les*.

Se ambos forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos até à idade de seis anos. Os maiores de seis anos serão entregues ao pai (9).

Sendo a mulher inocente e pobre, prestar-lhe-á o marido a pensão alimentícia que o juiz arbitrar (10).

§ 61

LEGISLAÇÃO COMPARADA

Em França, o divórcio, à moda romana, foi estabelecido com extraordinária facilidade, pela lei de 20 de

(7) Cód. do Proc. cit., art. 643.

(8) Cód. Civil, art. 325.

(9) Cód. Civil, art. 326. Havendo motivo grave poderá o juiz, em qualquer caso, regular por maneira diferente a situação dos filhos (art. 327).

(10) Cód. Civil, art. 320.

Setembro de 1792. Diz um escritor que, nos vinte e sete meses seguintes à promulgação dessa lei, os tribunais pronunciaram 5.994 divórcios, e, nos três primeiros meses de 1793, houve tantos divórcios quantos casamentos (1). O Código Civil foi mais cauteloso, admitindo o divórcio somente em casos especificados (art. 229 e segs.); o adultério da mulher, a concubinação do marido (2), sevícias e injúrias graves, condenação a penas infamantes e o consentimento mútuo (3). Além do divórcio, o Código francês manteve a separação de corpos, que pode terminar por uma dissolução do vínculo matrimonial, se os cônjuges não se reconciliarem. A lei de 8 de Maio de 1816

(1) GLASSON, *Le mariage civil*, pág. 261.

(2) E' certamente injusta esta distinção para o efeito do divórcio. Se, realmente, o adultério da mulher é mais grave, porque sua honra é mais profundamente golpeada por ele, e porque dará, com o seu procedimento incorreto, ingresso na família a filhos estranhos, contudo a injúria, que para a mulher resulta do desregramento do marido, é igualmente atroz. E a lei francesa de 1884 não fez mais essa distinção: o adultério de qualquer dos cônjuges pode acarretar a declaração do divórcio (arts. 229 e 230). E esta é a feição preponderante nas legislações atuais (lei suíça de 24 de Dezembro de 1874, art. 46; Cód. Civil da Áustria, arts. 115-119; Cód. holandês, arts. 264-288, e no mesmo sentido as leis escandinava, românica e argentina). Na Inglaterra, a infidelidade de qualquer dos cônjuges é suficiente para o pedido de separação; mas, para o divórcio *a vínculo*, se é suficiente o adultério simples da mulher, o do homem necessita de ser revestido de certas circunstâncias que o tornem, por assim dizer, escandaloso, como a bigamia, o incesto, o rapto e o estupro. O Código do Uruguai também pede, para o adultério do marido, um escândalo público (art. 140). Em outras legislações, a desigualdade ainda é mais acentuada.

(3) Quando se elaborava o Código Civil francês, a opinião dos juristas, do povo e do próprio conselho de Estado era contrária ao divórcio. Foi a vontade imperiosa do primeiro consul que o impôs, até sem causa determinada, pelo mútuo consentimento das partes; dizem que com a intenção de romper o seu casamento com Josephina (PLANIOL, *Traité*, III, n.º 501; L. BERRY, *Moralité du divorce*, páginas 9-10).

aboliu o divórcio, deixando apenas subsistir a separação de corpos. Depois de muitas vicissitudes e calorosas discussões, na imprensa e no parlamento, foi o divórcio restabelecido com a lei de 27 de Julho de 1884, segundo os princípios do Código de 1804, salvo quanto ao mútuo consenso que não foi considerado pela nova lei; quanto à reconciliação para os divorciados, que foi admitida, em contrário à doutrina do Código (4); e à equiparação do adulterio dos dois cônjuges como causa determinante do divórcio. A mulher divorciada não se poderá remaridar, senão 300 dias depois do divórcio (4a). O cônjuge culpado não podia consorciar-se com o seu cúmplice, mas esta restrição desapareceu ultimamente (5).

Do que acaba de ser dito, vê-se que a legislação francesa vigente entra no grupo das que admitem o divórcio *a vínculo*. Nesse grupo geral, porem, uma distinção é preciso ter em vista: uns sistemas aceitam o mútuo consentimento como força capaz de destatar o elo conjugal que antes atara; outros não lhe querem reconhecer essa virtude, que a lógica, certamente, reclama, porem, que a utilidade social e o próprio decoro das famílias repelem. Se a vontade, por si só, é motivo aceitavel de dissolução da sociedade conjugal, não se pode o mesmo dizer, sem grave perigo social, para o divórcio *a vínculo*. A sociedade tem necessidade, justamente, de ir contendo essas expansões

(4) O art. 295 do Código Napoleão proibia a reunião dos divorciados. A lei de 1884 permite-a, sob a condição de que os cônjuges não hajam contraído segundo casamento seguido de divórcio; mas exige nova celebração do casamento, e não consente que façam novo pedido de divórcio depois de reunidos, a não ser por condenação à pena infamante.

(4a) Lei de 9 de Agosto de 1919. Este prazo pode ser encurtado, se sobrevem o nascimento de filho póstumo (lei de 9 de Dezembro de 1922), ou se das circunstâncias resulta que decorreram 300 dias sem a cohabitação dos cônjuges (lei de 4 de Fevereiro de 1928).

(5) Lei de 15 de Novembro de 1904; *ROL, Évolution du divorce*, pág. 319 e segs.

do irrequietismo humano, para não se ver desmoronar na selvageria anárquica, de onde tão custosamente emergiu.

Mas examinemos rapidamente as duas sub-classes de legislações que admitem o divórcio *a vínculo*. Ver-se-á que algumas delas, à semelhança da francesa, afastam o mútuo consentimento do número das causas do divórcio, enquanto que outras o incluem.

A legislação inglesa mantém a separação *a mensa et thoro* ao lado do divórcio *a vínculo*. São causas da separação: o adúltero voluntário e não tolerado, sevícias, moléstias incuráveis, e o abandono do lar por mais de dois anos (6). O divórcio propriamente dito não goza de favores na Inglaterra, e o ato de 1857, que o regulamentou, não se esqueceu de cercá-lo de restrições tendentes a diminuir-lhe o número (7). Quando o divórcio é pronunciado por causa de adultério, o cônjuge culpado poderá desposar seu cúmplice, particularidade do direito inglês que não encontra similar em outros. Se ambos os cônjuges adulteraram, não poderão obter nem o divórcio, nem a separação.

Na Rússia, as causas de divórcio reduziam-se às seguintes: adultério de um dos cônjuges, condenação a uma das penas que importam na cessação da personalidade civil, e a ausência do lar prolongada por cinco anos. A lei não aceitava o divórcio por consentimento recíproco, e providenciava mesmo para que não fosse este erigido, indiretamente, em causa de divórcio. E' assim que não fazia prova, perante a lei civil russa, a confissão de adultério feita pelo acionado. O Código soviético da família permite o divórcio por mútuo consentimento dos cônjuges, assim como pela vontade de um só (art. 87). E o pedido de divórcio pode ser apresentado por escrito ou verbalmente (art. 88).

(6) O consentimento recíproco autoriza a simples separação somente, mediante caução de uma terceira pessoa.

(7) Este ato foi completado pelo que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1896 (Rol, *Op. cit.*, pág. 479, *Annuaire*, 1896, págs. 3-4).

Tambem na Sérvia, as causas do divórcio eram as do direito francês, com acréscimo do abandono do lar e da abjuração da fé cristã. O consentimento estava excluído.

Já na Áustria, vamos encontrar esse motivo de dissolução do vínculo matrimonial, a simples vontade dos cônjuges, embora somente para os judeus. Para os não católicos, que ao mesmo tempo não abraçam a religião israelita, são causas determinantes do divórcio: o adultério, a condenação à reclusão acompanhada de trabalhos forçados, por cinco anos, ou à pena mais grave, o abandono do domicílio conjugal por um ano depois da intimação feita pelo cônjuge reclamante, sevícias e injúrias graves, e, finalmente, aversão invencível, contanto que seja confirmada essa invencibilidade por separações de corpos sucessivas a reconciliações repetidas. Para os católicos, o casamento é indissolúvel durante a existência de um dos cônjuges. Para eles só há o recurso da separação de pessoas e bens, no caso de adultério, sevícias e injúrias graves, delapidação da fortuna, ofensa aos bons costumes da família, moléstias contagiosas, e o acôrdo das vontades (Cód. Civil, arts. 103 e 115).

Na Holanda, o divórcio existe ao lado da separação de corpos. Esta pode ser obtida por consenso dos cônjuges, que tenham mais de dois anos de vida conjugal. E se, após cinco anos de separação, não se reconciliarem, transformar-se-á, então, ela em divórcio. As outras causas que dão o mesmo resultado são, além do adultério de qualquer dos cônjuges, as sevícias que devam pôr em risco de vida o cônjuge vitimado, a condenação à pena infamante, e as injúrias graves.

O direito belga admite a separação e o divórcio, permitindo mais que este se obtenha por mútuo consentimento, assim como a reconciliação mediante novo ato (8).

(8) PLANIOL, *Traité*, III, n.º 503 e nota; *Annuaire* de 1906, pág. 376.

O Código Civil alemão regula o divórcio nos artigos 1.564 a 1.587, mantendo ao lado dele a separação de corpos (*Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*). As causas do divórcio são: 1.^a, o adultério, a bigamia e a imoralidade contra a natureza, não havendo convivência do outro cônjuge (art. 1.565); 2.^a, tentativa de assassinato contra o outro cônjuge (art. 1.566); 3.^a, abandono malicioso do lar doméstico (art. 1.567); 4.^a, violação grave dos deveres oriundos do casamento; 5.^a, procedimento imoral; 6.^a, sevícias graves (art. 1.568); 7.^a, alienação, tendo durado três anos, pelo menos, e tendo atingido a um grau, em que sejam impossíveis a comunhão intelectual dos cônjuges e a esperança do restabelecimento da integridade mental (art. 1.569).

No divórcio por alienação mental, o outro cônjuge deve prestar alimentos ao doente, tal como o que foi declarado culpado (art. 1.583).

Na Suíça, o divórcio é regulado pelo Código Civil, arts. 137 e seguintes. As causas do divórcio são: o adultério de um dos cônjuges, contanto que o cônjuge ofendido não tenha conhecimento desse fato, desde mais de seis meses; atentado contra a vida; sevícias e injúrias graves; condenação a pena infamante; procedimento deshonoroso, que torne insuportável a vida em comum; alienação mental, perdurando mais de três anos e declarada incurável; abandono malicioso do lar, por mais de dois anos; e a desunião profunda dos cônjuges, que torne insuportável a vida em comum. O cônjuge, contra o qual foi pronunciado o divórcio, não tem direito de contrair novas núpcias antes da expiração de um ano, prazo que o tribunal sentenciador poderá aumentar até dois anos, ou até três, se a causa do divórcio for adultério.

A lei norueguesa, de 20 de Agosto de 1909, sobre o divórcio, é considerada uma das mais radiciais (8a).

Nos Estados Unidos da América do Norte, existem o divórcio *a vínculo* e a simples separação, mas o assunto é regulado por cada Estado, particularmente. Em geral, as causas do divórcio são: adultério, sevícias, injúrias graves, abandono voluntário e prolongado do teto conjugal, embriaguez habitual, e, algumas vezes, os atos fraudulentos e a negligência dos deveres inerentes à qualidade de pai ou mãe de família (9). Em Nova York, a lei de 17 de Maio de 1897 proíbe o ex-cônjuge adúltero casar-se, enquanto viver o ex-cônjuge inocente, salvo se, durante cinco anos, a sua conduta for uniformemente boa (10).

Na Guatemala, o divórcio foi estabelecido pela lei de 12 de Fevereiro de 1894, que aceita como causa determinante dele, o mútuo consentimento dos cônjuges e certos fatos indicados pelo legislador: o adultério da mulher; a mancebia do marido; o ódio manifestado pelas creldades e disputas frequentes; tentativa de morte contra o outro cônjuge; abandono maliciosos do lar, ou ausência sem razão, durante três anos; impotência posterior à celebração do casamento; recusa persistente e desarrazoada de satisfazer o dever conjugal.

A par do divórcio, subsiste a separação de corpos (11).

Igual reforma sofreu a legislação do Salvador, com as leis de 20 de Abril de 1894 e 19 de Abril de 1902. As causas, porem, que autorizam o pedido de divórcio diferem. O acordo dos cônjuges é suficiente para dissolver o

(9) Em sua curiosa obra, *The divorce problem*, mostra um escritor americano, com os dados da estatística, que a União norte-americana é o país do mundo onde mais se verificam divórcios. Em 1885, deram-se aí 23.472, enquanto que, na Alemanha, se realizaram apenas 6.161, na Rússia, 1.789, e na Suíça 920. THEODORE WOOLSEY já o fizera sentir, anteriormente, em seu livro, *On divorce*, onde mostra que um quase nada (*until almost anything*) pode servir de base para o divórcio.

(10) *Annuaire de législation étrangère*, leis de 1897, pág. 912.

(11) *Annuaire cit.*, leis de 1894, págs. 960-963.

vínculo matrimonial. O adultério do marido não necessita de revestir a forma diuturna do concubinato. É necessário, entretanto, que seja escandaloso ou atômpanhado do abandono do mulher. A gravidez e as relações ilícitas anteriores ao casamento; a violência moral para obrigar o outro cônjuge a mudar de religião; a corrupção dos filhos; a tentativa de prostituir a mulher; o proxenetismo; a embriaguez; o assassianto de filho, são as causas de divórcio, que, na lei do Salvador, oferecem particularidade digna de menção (12).

No Equador, o divórcio *a vínculo* foi admitido pela lei de 28 de Outubro de 1902, e a de 4 de Outubro de 1910 acrescentou, como causa dele, o mútuo consentimento (13).

Em Portugal, o divórcio foi instituído desde 3 de Novembro de 1910. As causas legítimas do divórcio são: adultério da mulher ou do marido; condenação de um dos cônjuges a qualquer das penas maiores de prisão e de grido ou de expulsão do país (arts. 55 a 57 do Código Penal), sevícias e injúrias graves; abandono do domicílio conjugal, por três anos; ausência por quatro anos, loucura incurável, decorridos três anos; separação de fato, por dez anos; vício de jogo; doença contagiosa; mútuo consentimento.

Adotaram, também, o divórcio: Cuba (lei de 29 de Julho de 1918 e de 6 de Fevereiro de 1930); Perú (lei de 4 de Outubro de 1930 e, agora, o Código Civil, artigos 253 e seguintes) e México (Cód. Civil, arts. 266 e seguintes).

Outras legislações, como a brasileira, rejeitaram o divórcio romano, contentando-se com a simples separação de pessoas e bens, ou divórcio canônico.

Assim preceituaram o Código Civil italiano, o chileno, o colombiano, a lei argentina e outras.

(12) *Annuaire cit.*, págs. 964-967.

(13) *Annuaire*, 1903, pág. 731; de 1910, pág. 668.

O Código Civil italiano (arts. 147 e segs.) admitindo a separação de corpos, estabeleceu os casos únicos em que ela é possível. São eles: o adultério, o abandono voluntário, os excessos, as sevícias, as ameaças e injúrias graves, e a condenação a uma pena criminal. O adultério do homem deve ser concubinato ou um ato escandaloso. A vagabundagem do marido pode, igualmente, autorizar a mulher a separar-se dele, judicialmente. O acordo de ambos é suficiente para esse efeito, desde que haja homologação do tribunal (art. 158).

Apresentando o mesmo ponto de vista, era mais abundante em motivos de separação de corpos o Código Civil espanhol (art. 1.004 e segs.). Além do adultério com a distinção do direito francês, português (14), e outros, segundo é da mulher ou do homem, para exigir certas qualificações neste último, além dos maus tratos, das injúrias graves e da condenação a penas perpétuas ou infamantes, adicionava o Código Civil espanhol três outras causas do divórcio: 1.^a, a proposição do marido feita à mulher, para corromper os filhos ou prostituir as filhas, assim como sua conivência para essa corrupção ou prostituição; 3.^a, a violência exercida pelo marido sobre a mulher, para obrigá-la a mudar de religião.

A lei de 2 de Março de 1932 instituiu o divórcio *a vínculo* na Espanha, por mútuo acôrdo ou por causas já indicadas.

Na Argentina, são causas de separação pessoal dos cônjuges: 1.^a, o adultério da mulher ou do marido; 2.^a, a tentativa de um dos cônjuges contra a vida do outro, seja como autor, seja como cúmplice; 3.^a, a provocação de um dos cônjuges ao outro para fazê-lo cometer adultério ou

(14) Nos sistemas jurídicos que conservam o casamento católico ao lado do civil, cumpre notar que as causas de separação, para o casamento religioso, devem ser as do direito canônico, o qual não distingue, para esse efeito, entre o adultério do marido e o da mulher.

outros delitos; 4.^a, as sevícias; 5.^a, as injúrias graves, para cuja apreciação deve tomar-se em consideração a educação, a posição social e as demais circunstâncias, que possam caracterizá-las; 6.^a, os maus tratos frequentes ainda que não graves; 7.^a, o abandono voluntário e malicioso do teto conjugal. O mútuo consentimento não entra nessa enumeração, mas, para evitar quaisquer dúvidas a respeito, o legislador platino teve o cuidado de declarar: "no hay divorcio por mutuo consentimiento de los esposos" (lei de 22 de Novembro de 1888, art. 71). Os divorciados podem reconciliar-se em qualquer tempo e a reconciliação "restitue todo o estado anterior à demanda do divórcio" (art. 76) (15).

§ 62

O DIVÓRCIO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Interessante e complexa é a questão do divórcio, em face do direito internacional privado. Não me preocuparei, entretanto, com o seu exame completo. E, contentando-me com indicar o essencial, remeto o leitor aos especialistas (1).

Há países que admitem o divórcio *a vínculo* e outros que não o toleram, como ficou indicado no parágrafo anterior. Um conflito legal é fácil, portanto, de

(15) A lei argentina de 22 de Novembro de 1888 foi recebida pelo Paraguai como parte integrante do Código Civil. Veja-se ZUBIZARRETA, *Derecho civil*, I, pág. 208 e segs. Para a Colômbia, veja-se: CHAMPEAU Y URIBE, *Derecho civil*, I, págs. 214-231.

(1) Vide WHARTON, *Private internacional law*, § 204 *usque* 236, que traz uma exposição minuciosa e bem deduzida da questão, embora uma vez ou outra não seja sua opinião a mais consentânea com o meu modo de vêr. Veja-se o meu *Direito internacional privado*, § 45.

se dar e, na realidade, não só tem eles aparecido, como sofrido soluções diferentes.

Para sabermos se o casamento é divorciavel, opinam alguns escritores que se deve consultar a lei do país, onde o processo se julga (*lex fori*), contanto que os pleiteantes sejam aí domiciliados (2). E as razões, de assim decidirem, proveem de que o juiz daqueles países, onde o divórcio é repellido por lei, não poderá pronunciar o divórcio, e o juiz daqueles países, onde o divórcio existe na lei, não poderá recusá-lo a quem o pede, segundo os preceitos do direito.

Mas, em contrário, erguem-se valiosas considerações que tem sido postas em evidência por FIORI e toda a escola italiana. O divórcio, dizem, determina radical mudança no estado da pessoa, e, por isso, deve ser regulado por sua lei nacional. Se assim não decidirmos, achar-nos-emos assaltados por dificuldades insolúveis, pois, pode muito bem acontecer que o divórcio não seja reconhecido pelo país da nacionalidade, onde os cônjuges ainda possuam grande soma de interesses. Foi atendendo a essa embaraçosa situação que a lei suíça de 24 de Dezembro de 1874 só permite ao juiz helvético pronunciar o divórcio entre estrangeiros, quando esses provarem que a sentença será reconhecida como válida em seu país. E a jurisprudência francesa, depois de algumas vacilações, enveredou pelo bom camiúho, decidindo, acordemente, nestes últimos anos, que, entre cônjuges estrangeiros, a aplicação das causas do divórcio deviam ser determinadas pela lei

(2) ASSER, *Éléments de droit int. privé*, § 53; WHARTON, *Op. cit.*, § 208 e segs. No mesmo sentido, STORY, LAURENT e a jurisprudência inglesa. Entretanto, nos Estados Unidos, onde a lei domiciliar é a preferida, encontram-se casos de competência baseada na nacionalidade. Um estatuto da Pensilvânia (8 de Junho de 1891) ampliou a jurisdição do tribunal das *Common Pleas*, em casos de divórcio, até à mulher autora, que era cidadã do Estado, antes de casada (CLUNET, 1898, págs. 911-915).

estrangeira (3). Se, porem, abandonarem sua nacionalidade e adquirirem a de um país que aceita o divórcio *a vínculo*, é manifesto que esses mesmos cônjuges perderam, com a nacionalidade, o dever de submissão à lei de seu país de origem, e, portanto, ser-lhes-á facultada a dissolução do casamento pelos meios admitidos na legislação de sua pátria adotiva.

Os cônjuges, legalmente divorciados, serão considerados tais, inclusive nos países em que o divórcio é desconhecido. Este preceito é uma consequência forçosa, dos princípios fundamentais do direito internacional privado, segundo os quais o indivíduo pode exercer, no país onde se acha, direitos adquiridos em vista de um ato passado no estrangeiro e segundo a lei estrangeira, contanto que não haja ofensa à soberania do Estado, nem aos bons costumes, nem à ordem pública. Os escritores e a jurisprudência já se tem pronunciado neste sentido (4). Assim, se o divórcio foi legalmente declarado em um país, habilita os ex-cônjuges à realização de novas núpcias em um Estado, onde essa instituição não tem existência. E' claro que se trata de casamento civil, pois que o direito canônico não aceita abrandamentos para suas injunções, a respeito deste assunto. Convem notar também que, se o casamento tiver sido celebrado em país cuja legislação não adotar o divórcio, a decretação dele no estrangeiro, embora segundo os preceitos do direito, não poderá habilitar os cônjuges a novo casamento no mesmo país. E' a sã doutrina contida na lei argentina, art. 7.º.

O Código Bustamante, art. 52, submete à lei do domicílio conjugal o direito regulador do divórcio e da se-

(3) Vide CLUNET, 1891, pág. 1.194; 1892, pág. 662; 1893, pág. 849; 1894, pág. 132.

(4) Os tribunais italianos (de Milão e Veneza) tem decidido que o divórcio pronunciado no estrangeiro, entre estrangeiros, estende seus efeitos à Itália, onde apenas a lei admite a separação pessoal (CLUNET cit., 1894, págs. 182-917). O *Projeto primitivo*, art. 29 da

paração de corpos; mas o Brasil apresentou resservas a esse e ao art. 54.

O nosso decreto-lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, art. 7.º, § 6.º, declara: "Não será reconhecido no Brasil o divórcio, se os cônjuges forem brasileiros, Se um deles o for, será reconhecido o divórcio, quanto ao outro cônjuge, que não poderá, entretanto, casar-se no Brasil".

§ 63

DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Perante o nosso direito, o casamento só se dissolve pela morte de um dos cônjuges (Cód. Civil, art. 315, § único. Apesar, porem, dos termos desta disposição parecerem inflexíveis, é irrecusável que os casamentos dos estrangeiros, dissolvidos fora do nosso país, segundo a lei estrangeira, não podem ser considerados subsistentes no Brasil, segundo já ficou estabelecido no parágrafo anterior. A lei pátria refere-se, particularmente, aos casamentos celebrados dentro da órbita de sua ação.

Afastemos, portanto, essa questão e enfrentemos outra não menos interessante. E' sabido que a ausência definitiva equivale, por direito, à morte, dando lugar à abertura da sucessão do ausente. Pergunta-se, porem, se ela

lei de Introdução consagrava o mesmo princípio. A sua justificação está feita no relatório por mim apresentado ao *Congresso jurídico americano*, reunido no Rio de Janeiro em 1900, e depois publicado nos *Estudos de direito e economia política*, 2.ª ed., 1902, página 247 e seg.: — o divórcio no direito internacional privado. Veja-se ainda o *Direito internacional privado*, § 45.

A jurisprudência do Supremo Tribunal é no sentido de homologar as sentenças de divórcio pronunciadas no estrangeiro, de acordo com a lei pessoal dos cônjuges. V. KELLY, *Jurisprudência Federal*, IV, n.º 492 e o art. 7, § 6, do decreto-lei n. 4.657, de 4 de Setembro de 1942, transcrito no parágrafo anterior.

é suficiente para habilitar o cônjuge do ausente a contrair novas núpcias.

Pelo prescrito no capítulo 11 da Novela 117, não era permitido a um cônjuge contrair novas núpcias, por mais longa que fosse a ausência do outro, sem provar diretamente o óbito. Esta disposição passou para o artigo 139 do Código Civil francês (1), para o art. 88 da lei argentina de 2 de Novembro de 1888, para o Código Civil do Uruguai, art. 78, e ainda para outras legislações. E, evidentemente, consagra ela a doutrina mais razoável. Portanto, pode-se afirmar: a ausência dissolve a sociedade conjugal, como o divórcio canônico, mas não o vínculo do matrimônio (2). O Código Civil brasileiro enveredou por essa trilha estatuinto, no art. 315, § unico, a inapplicabilidade da presunção de morte (art. 10), para autorizar o casamento. Outra, porem, é a doutrina do Código Civil da Áustria, artigos 112 a 114, e alemão, art. 1.348, assim como da lei chilena de 10 de Janeiro de 1884, artigo 38.

(1) HUC, *Commentaire*, I, ns. 455-456; PLANIOL, *Traité*, I, n.º 464.

(2) Vide mais o § 93. Mas, se se efetuar o casamento, não obstante à proibição, dizem o Código Civil francês, art. 139 e o do Uruguai, art. 78, só o cônjuge ausente, por si ou por um seu mandatário especial, poderá atacar a validade do matrimônio.

O Código Civil, art. 315, § único, estatue: O casamento só se dissolve pela morte de um dos cônjuges, não se lhe applicando a presunção estabelecida neste Código, art. 10, parte segunda.

CAPÍTULO XI

RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

§ 64

FILIAÇÃO LEGÍTIMA

A relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores chama-se *filiação*, quando considerada, ascencionalmente, dos filhos para seus imediatos ascendentes; *paternidade*, quando considerada, descencionalmente, do pai para o filho; e *maternidade*, quando ainda descencionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho.

A filiação é *legítima*: 1.º, se, no momento da concepção, o pai e a mãe se acham vinculados por casamento válido; 2.º, ou putativo; 3.º, ou anulavel, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, se o vício determinante da anulação não tivesse sido utilizado para esse efeito, no prazo e segundo os preceitos da lei (1).

(1) D. 1, 5, fr. 2; dec. de 24 de Janeiro, arts. 61, 70 e 76; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 104; MELLO FREIRE, 2, 6 e § 2.º; Cód. Civil, art. 337. Convem recordar que os expostos, até prova em contrário, eram considerados legítimos. *Infantes expositi*, diz MELLO FREIRE, *legitimorum jure fruantur*; LIZ TEIXEIRA, *Curso*, I, nú-

Esta é uma das diferenças essenciais entre o casamento nulo e o meramente anulável. “A anulação não obsta à legitimidade do filho concebido na constância dele”; a nulidade faz cessar, absolutamente, todos os vestígios legais do casamento, a não ser que, atendendo à boa fé dos cônjuges, seja ele declarado putativo.

Para determinar o momento da concepção e saber se ela se verificou, achando-se o pai e a mãe, legalmente, unidos por vínculo de casamento, só dispomos da presunção da união sexual na constância do casamento, e da duração do período da gestação da mulher. Três princípios jurídicos condensam os resultados da observação neste ponto: 1.º, o filho gerado na constância do casamento reputa-se oriundo do concubito dos dois cônjuges, e, portanto, legítimos. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, diz o direito romano (Cód. Civil, art. 337, D. 2, 4, fr. 5); 2.º, o filho que nasce 180 dias após o casamento é tido como engrandado já na constância dele (Cód. Civil, art. 338, D. 1, 5, fr. 12); 3.º, e o que nasce até 300 dias depois da separação dos cônjuges, por morte de um deles, desquite ou anulação do casamento, presume-se, igualmente, concebido ao tempo da legítima cohabitação (Cód. Civil, art. 338, D. 38, 16, fr. 3, § 11). O primeiro desses prazos é, segundo a opinião corrente, a duração mínima da gestação da mulher, desde o momento da fecundação até ao parto; e o segundo é a duração máxima, sobre a qual, entretanto, não existe pleno acordo entre os competentes (2).

mero 330; Alv. II, de 31 de Janeiro de 1775, § 7.º; LOUREIRO, *Direito civil*, § 81.

O Código de Menores (dec. n. 5.083, de 1 de Dezembro de 1925, arts. 14 a 25, define o que sejam expostos; dispõe sobre a sua entrega às instituições destinadas a recebê-los; o registro civil do nascimento; a apresentação deles pelas mães, que podem fazer declarações a respeito ou reservá-las em documento secreto para ser aberto em circunstância, que determinar.

(2) Dizem LITTRÉ e ROBIN, *Dictionnaire de médecine*, verb. *grossesse*, que, geralmente, a gravidez não se prolonga além de 270

E' óbvio que a presunção do concubito dos cônjuges, ao tempo da concepção, é a base de todos esses princípios. Mas, tal presunção desfar-se-á, diante de uma prova irrecusavel da impossibilidade material da cohabitação, nos primeiros cento de vinte dias, dos tresentos anteriores ao nascimento, pois que, se *mater semper certa est*, não é possível asseverar o mesmo em relação ao pai. Essa impossibilidade resulta ou da impotência absoluta do marido, ou da separação dos cônjuges, judicial ou de fato, como se um deles se acha ausente do lar, sem poder a ele volver pela grande distância ou por alguma reclusão incomunicavel, ou por ter-se dado a dissolução da sociedade matrimonial (3). Entretanto, convem notar, é possível que os cônjuges, apesar de divorciados, se reconciliem, sequer momentânea e despercebidamente, e desse contacto resulte um filho. Como o vínculo conjugal não foi dissolvido, provada a conjunção, o filho dele proveniente deve ser considerado legítimo (4).

O adultério por si somente, ainda que provado e autorizando a decretação do desquite, não é sufficiente para destruir a presunção legal da paternidade e da filiação le-

dias, mas que não é muito raro vêr seu termo afastado até atingir 308 e 316 dias. Foi atendendo a isso que alguns escritores julgaram prorrogavel o praxo máximo, por mais alguns dias (de 3 a 7), em favor da legitimidade.

Vejam-se: BROUARDEL, *Mariage*, pág. 172 e segs.; LACASSAGNE, *Précis de médecine judiciaire*, pág. 515; ANGILO FILIPPI, *Medicina legale*, pág. 54; NINA RODRIGUES, *Direito*, vol. 88, pág. 5 a 25; e a minha resposta a este notavel médico-legista, nos *Trabalhos do senado*, III, pág. 68-71; reeditada no livro — *Em defesa do Projeto de Código Civil*, páginas 360-370. Adde: Martinho Garcez Filho. *Direito de família*, II, pág. 73 e segs..

(3) Cód. Civil, arts. 340 e 342.

(4) Cód. Civil, art. 341. Este artigo diz: se os cônjuges houverem convivido algum dia, sob o *teto conjugal*. Devera dizer: sob o mesmo teto. Vejam: LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 105; Código Civil francês, 313, *in fine*; italiano, português, 104; do Chile, art. 190; da Argentina, 250; da Luiziana, 207; RIVAROLA, *Derecho civil argentino*, I, n.º 318.

gítima (4a), porque "o filho bem podia ser do marido, e, na dúvida, prevalece a presunção em favor da legitimidade", diz LAFAYETTE (5), ainda mesmo que a mulher declare que o filho não é do marido (6). É necessário que outras circunstâncias venham demonstrar a impossibilidade material do concubito dos cônjuges, para que da infidelidade feminina se origine a ilegitimidade da filiação.

Feche este parágrafo uma rápida vista sobre a legislação de outros povos. A presunção da paternidade resultante do casamento, segundo no-la apontou o direito romano, é geralmente admitida. Mas os casamentos nulos e anuláveis não apresentam os mesmos efeitos por toda a parte, e os prazos estabelecidos para a duração da gravidez não coincidem nas diversas leis, que providenciam a esse respeito.

Assim, pelo direito alemão (Cód., art. 1.699), os filhos de casamentos nulos, concebidos antes de ser declarada a anulação, se consideram legítimos, se, ao menos, um dos cônjuges estava de boa fé. Semelhantemente dispõe o Código Civil da Áustria (art. 160). No direito francês, os filhos de pais, cujo casamento foi anulado, são tidos por naturais reconhecidos (7), e também por legítimos, se houve boa fé de um dos cônjuges (8).

Segundo preceitua o direito alemão (Código, artigo 1.592), o termo da natividade legítima é, aproximadamente, o do direito romano. 180 dias, a contar da celebração do casamento, e 302, a contar da separação (9).

(4a) Cód. Civil, art. 343.

(5) *Direitos de família*, § 105; D. 48, 5, fr. 11; Código Civil português, art. 103; espanhol, 108; francês, 313; RIVAROLA, *Op. cit.*, n.º 316.

(6) Cód. Civil, art. 346; B. CARNEIRO, I, 20, § 177, n.º 7; Código Civil espanhol, art. 109; argentino, 255; de Zurich, 653.

(7) ZACHARIAE, § 463; AUBRY et RAU, § 459, n.º 5.

(8) Código Civil francês, arts. 211 a 220. É também essa a doutrina do Código italiano, art. 126.

(9) ROTH, *System*, págs. 277-279; D. 38, 16, fr. 3, § 12.

A teoria mais largamente abraçada é a que fixa os dois aludidos prazos em 180 e 300 dias. Assim fizeram: o Código Civil geral da Áustria (§ 138); o da França, artigos 312-314; da Itália, 230-231; da Espanha, 108; de Portugal, 101; da Argentina, 240; suíço, 252 e 254; do Chile, 76; da Colômbia; do Uruguai, 191; do México, 324; da Bolívia 160 (10).

O direito russo antigo não recusava a legitimidade ao nascimento prematuro, o que importa dizer, anterior aos aludidos 180 dias depois da celebração das núpcias, e espaça até 306 o lapso de tempo concedido para a fixação do término da gravidez (11). Atualmente, essa matéria foi posta de lado.

§ 65

CONTESTAÇÃO DA LEGITIMIDADE DA FILIAÇÃO

A três reduzem-se os fundamentos para a contestação da legitimidade da filiação.

I — Afirma-se que o marido não podia ter tido concubito com sua mulher no período legal da concepção, e dessa afirmação provada resulta que o filho não tem por pai aquele que a lei pressupunha e a sociedade esperava que fosse. Qualquer que seja a causa que torne materialmente impossíveis as relações sexuais entre os cônjuges, o

de eo autem qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et suis pontificibus rescripsit justo tempore videri natum; e no § 11: post decem menses mortis natus non admittitur ad legitimam hereditatem.

(10) Vêr também o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, artigo 1.460; *Projeto* FELICIO DOS SANTOS, 378; COELHO RODRIGUES, 2.151 e 3.134.

(11) LEHR, *Droit civil russe*, I, pág. 71.

adultério, considerem-no crime social ou não, é uma fraqueza ignominiosa que infama a culpada e macula a família. Mas nosso direito (Cód. Civil, art. 344) não permite que outro, senão o próprio marido, afrontando o escândalo e o ridículo, venha ostentar a infidelidade de sua consorte indigna, que não soube manter o culto da honra, com que se abroquelam e se engrinaldam as famílias. Os interesses morais e econômicos que o adultério vem conturbar, pertencem, diretamente, ao marido e aos filhos legítimos; mas, enquanto perdura o casamento, é aquele o chefe da família, o responsável por seu decoro e fortuna, e, dissolvido o matrimônio por morte de um dos cônjuges, mais conveniente é não revolver a vasa desse pântano, que o olvido cobriu de vegetações virentes (1).

Assim, somente o marido poderá contestar a legitimidade do filho de sua mulher. E esse seu direito restringe-se aos casos seguintes: — a) se, por moléstia ou outra qualquer causa se achava, no tempo da concepção, incapaz de realizar a fecundação (1a); b) se, na mesma época, a ausência tornava impossível a aproximação dos cônjuges (2).

(1) Cód. Civil, arts. 342 e 344.

(1 a) D. I. 6, fr. 6... *si constet maritum aliquandiu cum uxore non concubisse infirmitate interveniente, vel ali causa; vel si ea valetudine pater familias fuit ut generare non possit hunc qui in domo natus est licet filium non esse.*

(2) Cód. Civil, art. 340.

O Código Civil francês, art. 313, e o italiano, art. 233, 4.º, admitem que o marido possa desconhecer, (desavouer) o filho, por causa de adultério, quando o nascimento dele tenha sido ocultado. A ocultação do nascimento, porém, pode resultar, não da convicção do adultério, mas do receio de violências por suspeitas infundadas. Por isso, cabe ao marido provar que houve adultério, sendo-lhe, nesta hipótese, franqueados todos os meios de provar que não é realmente pai, podendo ser invocada até a impossibilidade moral da cohabitação (Vipe LAURENT, *Cours élémentaire*, I, página 307). O Projeto do dr. COELHO RODRIGUES aceitou, igualmente, este caso, a que acaba de aludir (art. 2, 117, § 2.º).

Tratando-se de filhos nascidos antes de se completarem 180 dias após a celebração do casamento, não poderá o marido contestar-lhe a legitimidade, se expressa ou tacitamente os reconheceu como seus (3).

Dissolvida a sociedade conjugal por qualquer causa, exceto a morte do marido, ainda cabe a este o direito de contestar a legitimidade do filho que, nascendo dentro do prazo legal, da concepção, deveria ter tido por seu, se não sobreviesse a sua contestação.

Em ambas estas hipóteses, a ação da contestação da legitimidade não prescreve, com o efeito de determinar o *estado* da pessoa, no sentido de que o marido a pode propor em qualquer tempo, não a tendo perdido (4).

Morrendo o marido, sem proceder contra o estranho introduzido no seu lar, por um desvio do dever, a que se deixou arrastar a mulher, a presunção é que o aceitou

(3) Cód. Civil, art. 339; D. I., 5 fr. 12; 38, 16 fr. 3, § 11-12; Nov. 39, cap. ult.; Código Civil francês, art. 314; português, 102; espanhol, 110; argentino, 252; uruguaio, 192.

(4) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 106. É uma ação prejudicial e por isso considerada imprescritível. Mas extingue-se com a morte do marido, se ele, em vida, não a propôs. O marido não pode contestar a legitimidade do filho nascido antes de se completarem 180 dias após a celebração do casamento, se, antes de casar, tinha conhecimento da gravidez da mulher; se, assistindo ao termo do nascimento do filho, não contestar a sua paternidade (art. 339).

Os Códigos modernos, em sua maioria, estabelecem prazos curtos dentro dos quais deve ser proposta a ação de contestação da paternidade. O Código Civil francês, art. 316, e o italiano, art. 242, estabelecem os prazos de dois meses, se o marido se acha no lugar do nascimento do filho; de 3 meses após sua volta a esse lugar, se se achar ausente; de 3 meses depois do descobrimento da fraude, se o nascimento lhe fora oculto. Morrendo o marido, sem propor ação, mas antes de sua prescrição, terão os herdeiros dez meses para fazê-la boa perante a justiça, a contar da época, em que o filho suspeito entrar na posse dos bens do defunto. O *Projeto* COELHO RODRIGUES (arts. 2.130-2.131), aceitou esses prazos, que noutros sistemas jurídicos variam de estensão, como acontece no Código Civil português, art. 107, no argentino, 258, no zurichense, 651-652.

como seu, perdoando a injúria sofrida. A ninguém, portanto, deve ser conferido o direito de insultar a sua memória, tentando fazer uma prova que ele recusou fazer. E' perigoso concedê-la aos herdeiros do marido, que se supõe ultrajado. Estes só devem ter direito de contestar a legitimidade do filho daquele a quem sucedem, se a ação já fôra iniciada em vida do autor da herança (5), ou se o filho nasceu depois de sua morte, fora do prazo legal ou mesmo dentro dele, mas tendo havido no momento presumível da concepção, algumas das impossibilidades de concubito, acima referidas (5a).

II — A primeira hipótese que acaba de ser considerada, refere-se à contestação da paternidade. Também a maternidade pode ser posta em dúvida. E' a isso que os franceses chamam contestação de estado, porque, realmente, o que se procura demonstrar é a existência de um embuste, seja praticado pela mulher, que não recuou perante um parto suposto (6), seja pelo pretenso filho, que se arroga, perante a sociedade, um título, a que não tem direito.

Esta contestação de estado pode ser oposta por qualquer pessoa que possa ter interesse na apuração da verdade em atinência a esse ponto, isto é, o pai, a mãe e os herdeiros de qualquer deles. Mas estes últimos só poderão propor a ação de contestação da legitimidade da filiação, na hipótese agora considerada, como ação prejudicial para firmarem um direito, como o de sucessão, o de alimentos, ou outro dependente da qualidade de parente (7).

(5) Cód. Civil, art. 345.

(5a) Código Civil, art. 340.

(6) Código Penal, art. 242. Dar parto alheio por seu; ou, tendo, realmente, dado à luz filho vivo ou morto, sonegá-lo ou substituí-lo: pena de reclusão de seis meses a dois anos.

(7) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 106, pág. 212: "A outras quaisquer pessoas, a quem a ação aludida possa competir, como os herdeiros do pai ou da mãe, não é lícito propô-la, senão com

III — Em terceiro lugar, é possível contestar, não mais a paternidade, nem a maternidade, porém, a existência do casamento, de onde resulte a legitimidade da união entre os pais da pessoa, cuja qualidade de filho legítimo é negada. Como no caso antecedente, a ação negatória da legitimidade, neste último aspecto, pode ser proposta pelos herdeiros do pai ou da mãe do contestado, sempre como prejudicial, isto é, para a verificação do estado de família, quando este for a base de algum direito a cuja posse pretendam.

§ 66

AÇÃO DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA — SUA PROVA

À qualidade de filho legítimo prendem-se interesses morais de alta valia, e direitos de vários matizes. Contestada ela por qualquer dos modos indicados no parágrafo anterior, ou simplesmente desconhecida, em momento, que reclama sua clareza, fornece o direito os meios conducentes a firmá-la, seja por uma vindicação de estado, seja por uma defesa. Esses meios constituem a ação de filiação legítima.

Tem direito de recorrer a ela o filho, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz, sem haver necessidade da distinção estabelecida por LAFAYETTE, fundado em LOBÃO (1), da vindicação do estado por si exclusivamente, ou para o fim de fundamentar direitos sucessórios. Nosso direito era silencioso a estes respeito e, pois, não era lícito fazer essas distinções, que não decorrem da própria natureza dos fatos, nem se impõem pelo

carater prejudicial, isto é, como fundamento de outra que dela deriva, como é a petição de herança”.

(1) Cód. Civil, art. 350; LAFAYETTE, *op. cit.*, § 107.

acôrdo das legislações. O que se vê, nas legislações modernas, é a determinação de um prazo para dentro dele ser intentada a ação de filiação legítima (2). Mas, como as ações relativas à determinação do estado familiar das pessoas são imprescritíveis, também não era possível que adotássemos estas restrições para o direito pátrio, sem o apoio de uma disposição expressa. Entretanto, os direitos hereditários inerentes ao estado da pessoa extinguíam-se por prescrição.

O Código Civil preencheu a lacuna existente na legislação anterior, dispondo: Art. 350: A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor; ou incapaz. Art. 351: Se a ação tiver sido iniciada pelo filho, poderão continuá-la os herdeiros, salvo se o autor desistiu ou a instância foi perempta. Um ano depois do falecimento do filho, se houver morrido ainda menor ou incapaz, estará prescrita a ação (art. 178, § 6.º, XII).

Para defender a sua posição de filho legítimo, contra os ataques daqueles que o pretendem desalojar dela, ou para obtê-la, e afastar os usurpadores de seus direitos, tem o indivíduo necessidade de provar que, na realidade, é o que afirma, e não um simples intrujão.

Para que seja legítima a filiação, é preciso que haja nascimento depois de um casamento válido, putativo ou

(2) Dizem o Código francês, art. 328, o espanhol, 118, o português, 111, e o italiano, 177: "a ação de reclamação do estado é imprescritível em relação ao filho". "Esta ação só poderá ser intentada pelos descendentes do filho, se ele morrer menor ou demente, ou nos cinco anos depois de sua maioridade" (Código Civil francês, art. 328; italiano, 178, espanhol, 116). O Código Civil português, art. 112, em vez de cinco, pede apenas quatro anos, e faz prescrever a ação de filiação também no espaço de quatro anos, contados do falecimento do filho. O Código argentino, art. 260, acrescenta que a ação de filiação deve ser intentada contra o pai e a mãe conjuntamente, e, por falecimento deles, contra seus herdeiros.

desfeito por anulação (3). Conseqüentemente, o primeiro fato a provar é a existência desse casamento (4).

Se, porem, a dúvida não se refere ao matrimônio dos pais, e sim ao reconhecimento da pessoa, deverá ela provar, segundo as necessidades impostas pela contestação ou pela situação: 1.º, por testemunhas, a sua identidade; 2.º, pelo termo de seu nascimento inscrito no registro público, quais são seus pais; 3.º, que nasceu no prazo da presunção legal da paternidade.

Na falta de registro civil, seja por extravios dos livros respectivos, seja por outro motivo, é admissível em direito: I — quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente: II — quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos (4a).

Não se refere o Código Civil à prova pela posse de estado (5).

“A posse de estado, diz o *Projeto* do senador COELHO RODRIGUES, art. 2.136, de acôrdo com o Código Civil francês, art. 345, e italiano, art. 235, resulta de uma série de fatos que, no seu conjunto, bastem para demonstrar as relações de filiação e paternidade entre um indivíduo e o chefe da família a que ele pretende pertencer”. Podem esses fatos variar muito de aspecto, mas sobressaem alguns dentre eles por se reproduzirem mais frequentemente. São: 1.º, a *nominatio*, isto é, o uso constante do nome de família do pretendido pai; 2.º, o *tratactus*, que é a situação resultante de ser o indivíduo criado, educado, tido e apresentado como filho legítimo, pelo pai e pela mãe; 3.º, a *reputatio*, que é a situação resultante de ser o

(3) Vide o § 64.

(4) As provas do casamento foram indicadas no § 21.

(4a) Cód. Civil, art. 349.

(5) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 108; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 293; Código Civil argentino, art. 263; francês, 321; italiano, 235; espanhol, 116; português, 114-115.

indivíduo sempre considerado, na família e na sociedade, como filho legítimo das pessoas de quem ele afirma ser. Deve, porem, a posse de estado, para não ser inoperante, apresentar-se-nos sem interrupção e sem incongruência. O Código Civil repeliu essa prova; mas declarou: ninguém será admitido a reclamar um estado contrário ao constante de seu termo de nascimento (6).

Em falta de termo de nascimento, por não existir ele ou por ser defeituoso, e não podendo ser estabelecida a posse de estado, admitem os diversos Códigos Civís que haja recurso à prova por meio de testemunhas, mas somente "quando haja um começo de prova escrita ou quando as presunções ou indícios, resultante de fatos já certos, pareçam bastante graves para determinar a sua admissão" (7).

E' a doutrina do direito pátrio, eliminada, porem, a posse de estado.

§ 67

FILIAÇÃO ILEGÍTIMA

Filhos ilegítimos são todos aqueles que procedem de união sexual, a que o direito não presta seu reconhecimento. Se o pai ou a mãe, ao tempo da concepção ou do parto, se achava ligado por matrimônio com outrem, o filho se diz *adulterino* (1); se os progenitores são, en-

(6) Cód. Civil, art. 348. Vejam-se: o Código Civil francês, art. 322; italiano, 236; português, 117; *Contra*: o Código uruguaio, art. 200.

(7) Código Civil francês, art. 323; italiano, 239; português, 116; argentino, 263; *Projeto* COELHO RODRIGUES, art. 2.188; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 293; ZACHARIAE, 163.

(1) Os filhos de cônjuges divorciados, havidos de outras pessoas, são entre nós adulterinos (JOÃO MONTEIRO, *Aplicação do direito*, pág. 17). CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 128, § 2.º

tre si, parentes em grau tão próximo, que não se poderiam, validamente, casar, o filho se denomina *incestuoso*. Estas duas espécies, a dos adúlterinos e a dos incestuosos, formam a espécie dos *bastardos*, ou antes, *espúrios*. Aqueles cujos procriadores estavam em condição de realizar matrimônio legal entre si, ao tempo da concepção ou do parto, por outros termos, aqueles que não forem adúlterinos, nem incestuosos, tomam a nome de *simplesmente naturais* ou naturais em espécie (2).

O direito antigo, depois que firmou, em moldes rígidos, o familismo e a regulamentação social das uniões de sexos, mostrou-se agressivo contra os bastardos e tolerou os ásperos maroiços, que os preconceitos sobre eles desencadream. Em Atenas, ao filho natural (*nothoi*, em latim *nothus*), excluído da família e da sucessão paterna, recusava-se até o direito de solicitar alimentos, e o infeliz, que via fecharem-se-lhe as portas do lar, deparava a mesma repulsa por parte do Estado, que não lhe consentia o acesso das funções públicas. Em Roma, o *stuprum*, o adultério e a união com uma *pellex* distinguiam-se do concubinato que, com a lei Julia et Papia, obteve uma feição jurídica acentuada, e que era de uso geral, em muitos casos, em que a lei vedava o matrimônio, como entre as provincianas e os magistrados das respectivas províncias,

opinou diversamente, mas a sua afirmação é aberrante dos princípios. Se o vínculo matrimonial subsiste, os filhos de divorciado são filhos de pessoa casada, concebidos ou gerados com ruptura desse vínculo. Houve dúvidas, aliás injustificáveis, a respeito; mas o Supremo Tribunal Federal firmou a verdadeira doutrina, declarando que o filho de mulher desquitada é adúlterino. (*Jornal do Comércio*, do Rio de Janeiro, ed. de 16 de Março de 1933). O que se diz da mulher desquitada vale para o homem. A razão é a mesma: a indissolubilidade do matrimônio.

(2) Não há mais, perante a lei, a filiação sacrílega; nem tem mais razão de ser as expressões deprimentes — de *punível e damnado coito*, de que usou a *Ord.* 4, 93, reproduzindo o direito romano (*nati ex damnato coitu vel nefariis nuptiis*).

entre ingênuos e libertos (3). Os filhos nascidos do concubinato eram *naturales*, podiam ser legitimados e tinham um direito hereditário, embora limitado e condicional, em relação ao espólio paterno, e na vida social, não lhes trazia esse nascimento nenhuma dificuldade, se aspirassem galgar os degraus da hierarquia judiciária, administrativa ou política. Também aos *vulgo concepti*, em relação aos quais a paternidade é desconhecida e como inexistente perante a lei, o direito romano não é desfavorável.

O mesmo, porém, se não poderá afirmar em relação aos adulterinos e incestuosos, a quem Justiniano denegara o direito de pedir alimentos aos pais. O direito canônico, nos primeiros momentos benévolo e tolerante, em breve começou a reagir contra o concubinato e contra os filhos naturais, tanto dos clérigos quanto dos leigos, sobre os quais atirou a mácula de infâmia, que tomara de empréstimo ao direito germânico, mas a que dera uma outra feição. Porém, para que o direito da Igreja cristã não fosse de todo constritor da evolução jurídica, neste assunto, aparece a legitimação por subsequente matrimônio, introduzida em Roma por Constantino. Durante a idade média, a indignidade da bastardia se enxerta em quase todas as legislações, sob a influência do direito germânico e do canônico. No regime feudal, dominou a paremia canônico-germânica *semper qui nascitur deteriorem conditionem sumit*, que nos transmitiu o Decreto de Graciano, em contraposição ao benévolo adágio romano — *partus sequitur ventrem*, que afinal veio novamente a conquistar a perda preeminência.

O direito moderno ainda mantém resquícios dessas idéias de injusto desconselho, com que se estigmatizam os bastardos. A ilegitimidade é ainda também, para a consciência média da sociedade moderna, um labéu afrontoso. Sente-se que ainda se lhe não afigura anacrônica a sentença

(3) PADELLETTI, COGLIOLO, *Storia del dir. romano*, pág. 486-487, nota g; BONFANTE, *Diritto romano*, § 63.

do velho jurista: — *Spurii et bastardi ex jure communis viles et infames*. Mas é outra, não obstante, a orientação, que a conduz e a vai, em breve, pojar em terreno mais livre de preconceitos. Na generalidade dos Códigos Civís, embora não subsistam os exageros de outrora, aferram-se ainda princípios que provocaram a revolta muitas vezes fremente do ilustre CIMBALLI (4). Mas, já muito se tem feito em bem da lógica e da justiça, e legislador houve que sentiu necessidade de afirmar que a ilegitimidade não prejudica a estimação civil (Cód. Civil da Áustria, § 162), e que elidiu toda distinção entre ilegítimos, sejam adúlteros, incestuosos ou simplesmente naturais: “Die uneheliche Geburt kann einem Kinde an seiner bürgerlichen Achtung und an seinem Fortkommen keinen Abbruch thun.”

§ 68

LEGITIMAÇÃO

Legitimação é o meio de tornar legítimos os filhos que não o são. O direito romano conheceu quatro modos de legitimação, a *oblação à cúria*, o *casamento subsequente*, o *rescrito do príncipe* e o *testamento*, todos vegetações recentes, que espontaram no mundo jurídico, depois do estabelecimento do império. O direito civil moderno, po-

(4) *La nuova fase del diritto civile*, págs. 144 e segs. Strana davvero la logica de questa società, e la gustizia de questi legislatori che, con cinismo si sfacciato, capovolgono del tutto i principii più sacri dell'umana responsabilità, facendo del reo la vittima, della vittima il reo condannato ad espriare inesorabilmente la pena di um delitto che non ha giammai consumato: *patres nostri peccaverunt et nos peccata eorum portamus* (pág. 148). As mesmas idéias expuseram ROSMINI, na *Filosofia del diritto*, e LAURENT, nos *Principes de droit civil*. A convenção francesa declarara que os filhos naturais e os legítimos tinham direitos iguais (Vide RIVET, *La Recherche de la paternité*, pág. 184).

rem, com exceções raras (11), somente deixou subsistir o matrimônio subsequente dos progenitores, relegando os outros para a classe dos reconhecimentos, que não originam tão vastos direitos, quando não os deixou esquecidos entre as instituições mortas.

O efeito principal do casamento, formado segundo os requisitos legais, é a constituição da família legítima. Esta legitimidade enobrece as relações naturais dos cônjuges entre si, e se projeta sobre a prole, quer nasça após o casamento, quer lhe seja anterior. O direito, neste último caso, remonta o curso da vida, apaga, expunge a nota de ilegitimidade, que nodava os filhos, e finge supor que o casamento se verificou antes da concepção.

Foi o imperador Constantino quem primeiro ofereceu aos pais esse meio de legitimarem sua descendência, procurando conseguir, assim, o casamento de muitos concubinários. Não era, porem, na mente do imperador cristão, mais do que uma providência transitória, que desapareceria em pouco, se não contivesse um bom preceito de utilidade e lógica destinado a frutificar. Zenão, em

(1) Na Alemanha, além da legitimação *durch nachfolgende Ehe der Erzeuger*, existiam a que resultava de um *rescripto* do príncipe e a que era concedida aos filhos de desposados (*Brautkinder*). Esta última espécie, que era consagrada pela praxe no direito comum, teve ingresso no Código Civil saxônio, § 1.578, e de alguma forma existiu no Landrecht prussiano até 1878. (ROTH, *System*, II, págs. 285-289). Hoje, o Código Civil somente reconhece duas espécies de legitimação: por subsequente matrimônio, cujos efeitos são mais latos (arts. 1.719-1.722); e por declaração da autoridade (*Ehelichkeitserklaerung*), cujos efeitos são mais restritos (arts. 1.723-1.740). Nos cantões suíços dos Grisões, de Vaud e de Zurich, os filhos concebidos após esponsais regulares adquiriam o nome e a burguesia do pai (Vide o Cód. de Zurich, art. 686; dos Grisões, 84, 2.º, e lei federal de 24 de Dezembro de 1874). O Código Civil suíço, art. 260, manteve essa forma de legitimação, devendo ser declarado perante o juiz, no caso de se ter impossibilitado o casamento ajustado. O artigo 258 consagra a legitimação por casamento subsequente.

746, renova a constituição de Constantino; Anastacio generaliza-a, sob a restrição de não haver o concubinário filhos legítimos procedentes de outra união; Justiniano suprime essa restrição, dando ao instituto a forma que foi transmitida ao direito civil moderno.

O benefício da legitimação resulta, por direito pátrio, de um casamento válido, putativo, ou ainda desfeito por anulação, sem os requisitos exigidos para ser declarado putativo. Se, porem, o matrimônio for nulo, o direito o considera inexistente, e, portanto, não trará, quer para os filhos, quer para os cônjuges, nenhuma consequência jurídica favorável, das que decorrem de um enlace geral, salvo intervindo a boa fé, em atenção à qual se o declare putativo.

Da legitimidade da família, que implica a da filiação, procedem relações originando regalias, direitos e deveres para os filhos, como sejam o direito à educação, aos alimentos, à herança, como seja o dever de respeito e obediência, como seja o parentesco por consanguinidade e afinidade. Nasce também dos pais para com os filhos, direitos e deveres que se enfeixam no instituto do pátrio poder. E' preciso, pois, indicar que pessoas podem ser legitimadas pelo casamento subsequente de seus pais.

No último estado do direito civil pátrio, anterior ao Código Civil, depois de longas discussões sobre o modo de interpretar a Ord. 2, 35, § 12, nas palavras — *contanto que esse filho fosse tal que, com direito, pudesse ser legitimado por seguinte matrimônio*” — (2), haviam os civilistas chegado à conclusão de que os filhos incestuosos, os adúlteros e os sacrílegos não podiam receber o bene-

(2) Vide essa discussão em COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 296, e nota P.; em TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, notas 10 e 11 aos arts. 215-216; em OLIVEIRA FONSECA, *Legitimação de filhos adúlteros*, Rio de Janeiro, 1902; e nos *Trabalhos da Câmara*, vol. V, págs. 196-197 e 216-218.

fício desse meio de legitimação, porque o casamento entre seus pais era impossível ao tempo da concepção.

O dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 56, § 1.º, dá, como primeiro efeito do casamento, “constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contraentes com o outro, salvo se um destes, ao tempo do nascimentos ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa”. Por esta disposição, acham-se excluídos da legitimidade somente os *adulterinos*. Mas, como os progenitores dos *incestuosos* não se podiam validamente casar, também não podiam eles gozar desse benefício, a não ser que houvesse o casamento de ser declarado putativo. E nem aos adulterinos recusava a lei essa concessão.

Quanto aos chamados *sacrílegos*, isto é, aos nascidos de pessoas que estavam impossibilitadas de contrair núpcias, por força de investidura de ordens sacras maiores ou da entrada em religião aprovada, não havia mais que dizer a respeito, a não ser que a espécie se extinguiu, em nosso direito, com a secularização do casamento e separação entre a Igreja e o Estado.

A legitimação por casamento subsequente, agindo por força da lei, dispensava, no direito pátrio, qualquer ato expresso dos pais para produzir seus efeitos. *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur*. O Código Civil, art. 353, consagrou, francamente, este princípio, declarando: *a legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho*. Assim, todos os ilegítimos podem ser legitimados, desde que entre os pais se realize casamento válido, posterior à sua concepção ou nascimento. Para evitar esse efeito, tem o marido o recurso de contestar a paternidade, ou no próprio ato do casamento ou posteriormente, pois que, em favor dos filhos, de que agora se trata, não existe a presunção jurídica editada em favor dos procriados após a celebração do matrimônio.

Não havendo contestação por parte do marido, o filho tem por si a situação legal de legitimado, que será inatacavel pelos herdeiros daquele.

Por direito francês (Cód., art. 331), os filhos nascidos fora do casamento, não provindos "de um comércio incestuoso ou adulterino", podem ser legitimados pelo casamento subsequente de seus progenitores, contanto que sejam reconhecidos, legalmente, antes do casamento ou no ato de sua celebração. Por onde se vê que o direito francês não faz operar a força legitimante do matrimônio com a plenitude ostentada no direito pátrio, pois que a condição do reconhecimento é necessária à sua eficácia. Mas essa exigência não é tal que estorve a legitimação do filho falecido, que tenha deixado descendentes, sendo para beneficiar a estes (Cód., art. 332).

O Código Civil português (art. 119), também estatue a necessidade do reconhecimento para que o casamento opere a legitimação dos filhos nascidos antes dele; mas, desenvolvendo o princípio, admite o reconhecimento posterior ao matrimônio, quer provenha de escritura pública, quer de testamento, e concede aos filhos o direito de provar sua filiação por meio de ação e sentença judicial. A legitimação aproveita aos descendentes dos filhos, se estes já não existirem, como também admitia, entre nós, a doutrina dos civilistas, e estatue o Código Civil (3).

Na Alemanha, havia, antes da unificação do direito civil, uma grande variedade de formas neste instituto. Em uns países do império germânico, a legitimação pelo casamento dos progenitores abrangia todas as espécies de filhos, cujos pais se pudessem casar, inclusive os adulterinos reconhecidos; em Sleswig-Holstein, somente os rústicos se acobertavam sob a largueza desse benefício; segundo o *Landrecht* bávaro, tal legitimação não aproveitava senão

(3) Cód. Civil, art. 354; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 296; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 110; BORGES CARNEIRO, § 203, n. 10. "A legitimação prevalece ainda que tivesse intermeado casamento com outra pessoa".

aos *liberi naturales*; em outras regiões, dominava o direito francês.

A legitimação dava-se de pleno direito, em geral; somente na Baviera se fazia necessário o assentimento do filho, o qual, entretanto, se presumia enquanto não havia manifestação em contrário. Aos descendentes dos filhos falecidos antes do casamento de seus procriadores, também beneficiava a legitimação, segundo é princípio geralmente aceito (4). Estes últimos princípios passaram para o Código Civil (arts. 1.710-1.722). O casamento é o requisito único, para que se dê a legitimação. O consentimento do filho é dispensável. O legitimado está equiparado ao legítimo. Os efeitos da legitimação estendem-se aos descendentes do legitimado, mesmo quando este tiver falecido antes do casamento de seus pais.

Não sendo possível a legitimação por casamento subsequente, é possível a legitimação por disposição da autoridade (arts. 1.723-1.740), cujos efeitos são mais restritos.

Na Suíça, o princípio da legitimação por casamento subsequente passou a fazer parte do direito federal, pela lei de 24 de Dezembro de 1874 (art. 25). Em alguns cantões, havia também a legitimação por sentença judicial, quando a mãe já falecera (Cód. de Zurich, art. 709) e a legitimação em favor dos que já foram gerados sob a fé de esponsais válidos, porém cujos progenitores se não puderam casar, por ter um deles morrido. O Código Civil suíço, segundo já foi referido, manteve essa orientação.

Na Itália (Cód., art. 278 e segs.), a legitimação por casamento posterior não aproveita, como no direito francês, aos filhos adulterinos, nem aos incestuosos, e submete-se aos mesmos princípios consagrados no Código Napoleão, salvo quanto a ser possível o reconhecimento

(4) Código austríaco, § 161; de Zurich, 708; do Chile, 213; italiano, 196; argentino, 316; holandês, 334; e uruguaio, 206.

posterior ao matrimônio. Subsiste no Código italiano a legitimação por decreto real, quando não é possível por casamento. Mas não deverá prejudicar os filhos legítimos ou legitimados por casamento; e, se o progenitor requerente de legitimação está vinculado por casamento, o consentimento de seu consorte deve ser provado (5).

O direito russo até 1891 desconhecia tanto a legitimação por casamento ulterior quanto a resultante de um decreto imperial, pois que esta última espécie, depois de largamente posta em efetividade por Alexandre I, foi eliminada pelo *ukase* de 29 de Julho de 1829. Cumpre, entretanto, notar que os camponeses, os rústicos, submetidos a seus costumes locais, reconheciam a eficácia do casamento para legitimar a família, ainda retroagindo a um tempo anterior à sua celebração. Mas foi a lei de 1891, que estendeu a todas as classes da população russa o benefício da legitimação por casamento subsequente, excluindo somente os adúlteros. O casamento é, entretanto, força inoperante para o efeito de legitimar os filhos concebidos antes dele, se os cônjuges não reclamam do poder judiciário uma sentença declaratória dessa consequência (6).

O Código soviético da família, não distinguindo entre filhos nascidos de matrimônio e filhos de pais não casados, eliminou o instituto da legitimação.

A legislação argentina também conhece, exclusivamente, a legitimação por ulterior casamento, e mediante a condição do reconhecimento prévio, concomitante com a

(5) No *projeto* do senador COELHO RODRIGUES, art. 2.161, aparece a legitimação por sentença mediante as seguintes condições: "1.ª, que o pedido seja feito pelos próprios pai e mãe, ou por um deles; 2.ª, que o suplicante se ache, então, em estado de não poder legitimar o filho por subsequente matrimônio". Além disso, no artigo 2.162, ainda se contempla a legitimação por efeito de disposição testamentária.

(6) Vide LEHR, *De la légitimation et de l'adoption d'après les nouvelles lois russes*, de 1891, *Clunet*, 1891, págs. 518 e segs.; *Annuaire de législation étrangère*, 1891, pág. 822.

celebração do matrimônio ou até dois meses depois dela (Cód., arts. 311 a 323).

A legislação chilena torna bem claro: 1.º, que o casamento putativo não basta para legitimar os filhos antes dele concebidos (Cód., art. 203); 2.º, que os filhos de parentes afins em linha reta, ainda que lhes seja facultado o casamento pela autoridade eclesiástica, não poderão ser legitimados, porque a lei civil não reconhece a validade de tal consórcio (art. 204); 3.º, que os adúlteros também estão excluídos da possibilidade dessa legitimação, ainda que possam alegar boa fé dos pais, que adulteraram por ignorância do estado de um deles, ou por suporem insubsistente um matrimônio válido (art. 205). O matrimônio legitima, *ipso jure*, os filhos anteriormente concebidos, mas vindo à luz após a celebração, contanto que o marido não conteste a filiação (art. 207). Tendo, porém, nascido o filho antes do enlace conjugal, a legitimação não se opera *ipso jure*; exige um reconhecimento por escritura pública, outorgado na época da celebração ou até um mês depois (art. 208).

Na União norte-americana, encontra-se a legitimação por subsequente matrimônio, ao menos em alguns Estados (7), apesar da influência adversa da lei inglesa. Algumas vezes também as legislaturas estaduais conferem decretos de legitimação, à semelhança do que fazem os soberanos em outros países.

Na Inglaterra, são pouco frequentes e de efeitos limitados os atos do parlamento, considerando legítimo um bastardo, um *filiius nullius*, como o considera a lei do país, e a legitimação *by subsequent marriage* dos pais do ilegítimo, ainda não se aclimatou de modo algum. To-

(7) Massachusetts, Kentucky, Luiziana, por exemplo. Vide WHARTON, *International priv. law*, § 242 e segs. WALKER, *American law*, § 107, expõe o assunto da legitimação como geralmente introduzido no direito americano, sendo apenas necessário que os pais reconheçam como seus os filhos anteriores e nada importando que o casamento seja depois anulado.

dos os esforços nessa direção teem sido baldados, bem que a Escócia reconheça e mantenha essa instituição (8):

O art. 1.604 do Código Civil chinês tem a simplicidade do nosso: "O filho nascido fora de casamento se considera nascido do casamento, se os seus pais se casam".

O peruano admite a legitimação por subsequente matrimônio e por declaração do juiz (art. 314).

§ 69

RECONHECIMENTO DOS FILHOS NATURAIS

A maternidade, mesmo para os filhos naturais, é habitualmente manifesta. Os casos duvidosos são raros, resultando, quase sempre, da ocultação de um fruto de comércio ilícito, cuja existência se procura, a todo transe, reбуçar; do abandono de um ser, que a imprevidência da paixão evocou do nada, mas diante de cujo aparecimento se apavorou a pusilanimidade ou a desídia dos progenitores; de um rapto, de um desaparecimento ou de outro fato semelhante. Dessa circunstância resulta que poucas oportunidades se apresentarão às mães para reconhecerem seus filhos ilegítimos. Aparecendo, porem, nada impede a que o façam, usando para esse efeito, dos meios legais; testamento, escritura pública, outro documento autêntico, ou a confissão espontânea (1). Esta confissão espontânea poderá ser feita em segredo de justiça, segundo o processo da lei de 6 de Outubro de 1784, quando a mãe não quizer dar-lhe outro efeito, além de evitar a consumação de um incesto.

(8) Dessa divergência entre a lei inglesa e a escocesa teem resultado conflitos legais não despidos de interesse para o jurista. Vide WHARTON, op. cit., pág. 242 e nota 2.

(1) O Cód. Civil, arts. 355 a 367, regula o reconhecimento dos filhos ilegítimos, sem distinguir entre o reconhecimento do pai e o da mãe, salvo quando a filiação materna resultar do termo do

Quanto ao filho, para garantia de seus direitos, concede a lei que seja aceita a sua qualidade por simples notoriedade, não sendo necessárias provas, nem títulos de reconhecimento (2). Mas, não havendo notoriedade ou surgindo alguma contestação, lhe são facultados os seguintes meios para provar a sua filiação materna: 1.º, a inscrição do nascimento no registro civil; 2.º, o depoimento de testemunhas; 3.º, quaisquer provas admitidas em direito (3).

Quanto à determinação da paternidade ilegítima, a lei pátria fá-la depender, normalmente da espontaneidade do pai. Para a compreensão do que a respeito dispõe nosso direito, cumpria, outrora, fazer algumas distinções.

Em primeiro lugar, distinguia-se o *reconhecimento paterno da perfilhação solene*.

O reconhecimento era *ato privado, que podia revestir a forma autêntica, pelo qual o pai espontaneamente afirmava a sua qualidade de procriador de uma determinada pessoa*. Podia o reconhecimento resultar: 1.º, de uma escritura pública; 2.º, de um testamento válido, fosse embora

nascimento, porque, então, somente poderá ser contestada provando-se a falsidade do termo ou de suas declarações (art. 356).

(2) Av. de 17 de Dezembro de 1853. Tornou-se direito consuetudinário, que o art. 356 do Cód. Civil pressupõe.

(3) Argumento do art. 364 do Cód. Civil, que somente veda a investigação da maternidade, para atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira. Ver mais o cit. av.; a prov. de 3 de Fevereiro de 1848; o dec. de 17 de Abril de 1863; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 121; *Consolidação das leis civis*, por TEIXEIRA DE FREITAS, arts. 214-963; BORGES CARNEIRO, § 180, ns. 10-11. Os filhos naturais independentemente de reconhecimento expresso, desde que a sua filiação esteja baseada no registro civil, concorrem à sucessão materna com os filhos legítimos. Quando, porém, os macula a nota de espuridade, isto é, quando são adúlteros ou incestuosos, não sucedem às mães, nem aos parentes maternos, salvo o adúlterino oriundo de mulher solteira com homem casado, cujo direito à sucessão materna é inconcusso, por não ser adúlterino em relação à mãe. V. o *Direito das sucessões*, § 42.

nuncupativo, ou de um codicilo; 3.º, do termo do nascimento ou de outro documento autêntico, em que se consignasse a filiação; 4.º, da confissão espontânea (4).

As duas primeiras formas de reconhecimento, a escritura pública e o testamento, aplicadas aos filhos naturais em espécie, conferiam-lhes direitos sucessórios, com exclusão dos ascendentes e colaterais (*Consolidação das leis civís*, arts. 960, § 1.º, e 961). E o reconhecimento por escritura pública, sendo a concorrer com os legítimos que procedessem dessa união legal (5).

As outras formas de reconhecimento não originavam direitos sucessórios, mas conferiam, juntamente com estas, a que acabo de me referir, o de pedir alimentos, por isso que estabeleciam o parentesco; submetiam o reconhecido ao dever de reverência, obrigando-o, segundo o decreto de 24 de Janeiro de 1890, art. 18, a impetrar ao pai permissão para contrair casamento, exigindo que ele solicitasse, ao juiz da causa, licença para citar o pai (*Ord.* 3, 9, parágrafos 1.º-2.º), e, enfim, colocando-o em situação de filho, com direitos restritos e isento da ação do pátrio poder. Se, porem, o pai reconhecente não quisesse mais do que afirmar a existência de parentesco, para fundamentar um impedimento matrimonial, “podia fazê-lo em segredo de

(4) Decs. de 2 de Setembro de 1847 e de 24 de Janeiro de 1890, arts. 7.º-8.º.

(5) “O reconhecimento do pai, feito por escritura pública, antes do seu casamento, é indispensavel para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo com filhos legítimos do mesmo pai” (dec. de 2 de Setembro de 1847, art. 2.º). “A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes meios: escritura pública ou testamento (cit. dec., art. 3.º). O dec. de 24 de Janeiro de 1890 ampliou os meios de provar a filiação ilegítima, porem não lhes atribuiu direitos sucessórios.

Os naturais reconhecidos por escritura pública ou testamento, sucediam aos parentes pelo lado paterno. Os filhos naturais sucessíveis podiam ser desherdados nos caso em que igualmente o podiam os legítimos (*Ord.*, 4, 88).

justiça, por termo lavrado pelo oficial do registro, perante duas testemunhas e em presença do juiz que, no caso de recurso, procedia de acôrdo com o § 5.º da lei de 6 de Outubro de 1784, na parte que lhe fosse applicavel" (decreto de 24 de Janeiro de 1894, art. 8).

Se *ex vi* do dec. de 24 de Janeiro de 1890, havia tão variados modos de reconhecimentos, não produziam eles os mesmos efeitos, como já foi observado, nem se applicavam, indistintamente, a qualqutr ordem de filhos ilegítimos. Os reconhecimentos por escritura pública e testamento, que produziam direitos mais estensos e até certo ponto equiparavam os filhos nascidos *extra matrimonium* e os procedentes de justas núpcias, applicavam-se, particularmente, aos naturais em espécie, isto é, oriundos *ex soluto et soluta*. As outras formas de reconhecimento referem-se, indistintamente, a qualquer categoria de ilegítimos (6).

Não determinando a lei, particularmente, em que época devia ser realizado o reconhecimento, entendia-se, implicitamente concedido, que pudesse verificar-se em qualquer tempo, fosse durante a vida do filho, fosse após sua morte, em proveito da sua prole, fosse mesmo antes de nascer, já estando concebido (7). A condição do tem-

(6) T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 212 e notas; LAFAYETTE, *Direitos de familia*, § 126.

(7) O dec. de 24 de Janeiro ampliou os meios recognitivos da paternidade, mas não lhe adjectivou as vantagens attribuidas aos dois modos especiais do dec. de 2 de Setembro de 1847: 1.º, porque aquele decreto não legislou, particularmente, sobre direitos successórios; 2.º, porque uma lei geral posterior não opera revogação, nem alteração essencial sobre outra especial anterior, sem fazer disso expressa menção (*Ord.*, 2, 44), ou sem estabelecer princípios repugnantes aos preestabelecidos. Por estes motivos, rigorosamente jurídicos, não me rendi à autoridade dos drs. CARLOS DE CARVALHO (*Direito civil*, art. 1.773) e COELHO RODRIGUES (*Jornal do Comércio*, agosto de 1898), que sustentavam doutrina, sem dúvida mais liberal; porem, incontestavelmente, menos jurídica.

po só importava para, no caso do reconhecimento por escritura pública, dar direito sucessório em concorrência com filhos legítimos.

O Código Civil, art. 357, estabeleceu três formas de reconhecimento voluntário do filho: declaração no termo do nascimento, escritura pública e testamento.

O reconhecimento pode ser anterior ou posterior ao nascimento do filho (art. 357, § único).

Não podiam ser reconhecidos, os incestuosos e os adúlteros (art. 358).

O decreto-lei n. 4.737, de 24 de Setembro de 1942, facultou o reconhecimento, depois do desquite, dos filhos dos desquitados, havidos na constância do matrimônio (7a).

O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o seu reconhecimento, até quatro anos após a maioridade ou emancipação (art. 362).

O reconhecimento pode ser impugnado sob o fundamento da incapacidade do pai reconhecente; da inobservância de formalidades essenciais, no ato do reconhecimento; e da inveracidade da afirmação da paternidade.

A impugnação pode ser oposta pelo próprio filho reconhecido; pelos descendentes, ascendentes e colaterais do reconhecedor, porque são econômica e moralmente interessados; enfim, por todas as pessoas que tenham interesse legítimo na contestação (8).

(7-a) Ver a justificação deste decreto-lei, pelo Ministro MARCONDES FILHO, no *Jornal do Brasil*, de 25 de Setembro de 1942, e em outros jornais e revistas jurídicas.

(8) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 124. O reconhecimento válido não é revogável, nem mesmo o que se firma em testamento, porque o testamento só produz efeito depois da morte do testador (T. DE FREITAS, *Consolidação*, nota 7, art. 212); porem, aquí, se trata da nulidade.

A impugnação independe de ação judicial, quando feita em vida do pai reconhecente, que concorda.

Quando o reconhecimento era confirmado por carta expedida pelo juiz competente (9), tomava o nome de *perfilhação solene*, cujos efeitos não iam além dos conferidos pelo simples reconhecimento. Por isso, alguns civilistas pátrios, com plausíveis fundamentos, diziam que ela se tornara verdadeira inutilidade. Subsistia como o vestígio de instituto atrofiado, a legitimação per *rescriptum principis* do direito romano e do antigo direito português, mas perdidos os vastos efeitos, que lhe eram outrora adjetivados. Nem era mister que novos dispositivos lhe viessem insuflar alentos de vida, pois que o reconhecimento gozava de toda a eficácia, independentemente dela; maiormente, em um país democrático, não pode haver questão sobre a transmissão de *honras* de pais a filhos, em consequência de perfilhação solene.

A Constituição de 1937, art. 126, determina que a lei assegure igualdade entre os filhos legítimos e os reconhecidos, quanto a direitos e deveres em relação aos pais.

Conhecidas as linhas gerais do direito pátrio em relação ao assunto deste parágrafo, vejamos em frases ligeiras, a summa das legislações estranhas, segundo o método adotado neste livro.

O direito francês (Cód., arts. 334-339), aceita: 1.º, o reconhecimento feito no ato de nascimento, perante o oficial do registro civil; 2.º, o feito por ato autêntico, escritura, testamento público, ou termo de celebração de casamento. O reconhecimento, porém, não poderá aproveitar aos incestuosos, nem aos adúlteros. O efeito do reconhecimento, no direito francês, é mais restrito do que no pátrio, pois que os direitos sucessórios do filho reco-

(9) Pela lei de 22 de setembro de 1828 e dec. de 15 de Março de 1842, art. 2.º, § 5.º, o juiz competente era o municipal (art. 2.º, § 1.º).

nhecido, se modificam segundo concorrem com filhos legítimos, ascendentes, irmãos (10). Em compensação, a legislação francesa, velando melhor pela sorte do reconhecido, enquanto subsiste o pai, submete-o à sua tutela (11). Os filhos adulterinos e incestuosos, que não podem ser reconhecidos, teem, contudo, direito aos alimentos (art. 762). Mas, como observam os civilistas, o exercício desse direito é quase impossível, porque os espúrios só poderão fazê-lo valer, nos casos em que a filiação é estabelecida por determinação legal, independentemente de reconhecimento. Esses casos são os seguintes: 1.º, quando o marido nega que seja pai de um filho de sua mulher, concebido na constância do matrimônio, pois neste caso, em virtude do julgamento estatuinto a veracidade da alegação do marido, fica estabelecida a filiação adulterina em relação à mulher; 2.º, quando o casamento é declarado nulo (12).

Direito português vigente, lei de 25 de Dezembro de 1910: Podem ser perfilhados todos os filhos ilegítimos, exceto os incestuosos (art. 22). A perfilhação pode ser feita por ambos os pais, de comum acôrdo, ou por qualquer deles, separadamente, no registro de nascimento, no

(10) O Código Civil francês, art. 758, concede ao filho natural reconhecido a metade da porção hereditária que teria se fosse legítimo, quando concorre com quaisquer descendentes legítimos. Quando concorre somente com ascendentes, irmãos e descendentes destes, tem direito a três quartos (art. 759). Não havendo parentes dessas classes, estender-se-á o seu direito à totalidade da herança (art. 760). Não havendo reconhecimento, os filhos não são herdeiros, nem de seus pais, nem mesmo de suas mães (art. 757, modificado pela lei de 25 de Março de 1896).

(11) Código Civil francês, arts. 583-584; italiano, 166-186; português, 166-167; chileno, 276-279; argentino, 227 e segs.

(12) Sobre o assunto do reconhecimento e dos direitos dos filhos ilegítimos, o Código italiano pautou-se pelo francês.

próprio ato desse registro, ou, posteriormente, por averbação (art. 23) (13).

A legislação argentina, que admite a investigação da paternidade dos filhos naturais, que lhes assegura direitos hereditários, revelando-se, assim, desprovida de preconceitos, não obstante, não quis estender todas essas vantagens à classe dos espúrios. Estes, se forem espontaneamente reconhecidos por seus pais, terão direito aos alimentos até à idade de dezoito anos, mas não sucederão a nenhum de seus progenitores, nem aos pais, nem às mães, porque, perante a lei, *no tienen padre o madre ni parientes algunos por parte de padre o madre* (Cód. Civil, arts. 338 e 344).

O Código Civil do Uruguai consagra, além do reconhecimento por escritura pública e por testamento, o resultante da posse de estado (art. 233).

O Código chileno considera o reconhecimento como ato voluntário do pai ou mãe, porem admite, igualmente, a demanda do filho não reconhecido, para pedir alimentos. O reconhecimento espontâneo poderá ser feito por escritura pública ou por testamento, e não abrangerá os espúrios (arts. 270-292).

O espanhol coage o pai natural ao reconhecimento do filho: 1.º, quando existe um escrito emanado do pai, no qual o reconhecimento é feito expressamente; 2.º, quando o filho se acha na posse do estado de filho natural; 3.º, no caso de estupro, atentado e rapto. A mãe é obrigada ao reconhecimento nas mesmas circunstâncias, e mais quando se provem, perentoriamente, o parto e a identidade do filho (arts. 135-139).

O peruano, art. 366, admite a declaração judicial da paternidade.

(13) Sobre a sucessão dos ilegítimos, veja-se a lei de 31 de Outubro de 1910.

§ 70

A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE
PERANTE OS PRINCÍPIOS E A LEI

Admitiam alguns de nossos civilistas que, para o efeito da consecução de alimentos, pudesse a paternidade ilegítima, quer meramente natural, quer espúria, ser provada por todos os meios jurídicos, ainda que fossem simples indícios ou conjeturas graves, capazes de convencer o juiz (1). Contra uma tal opinião levanta-se a autoridade de TEIXEIRA DE FREITAS (2), que só reconhecia como provas legais da paternidade: 1.^a, a escritura pública e o testamento, as quais se referiam, exclusivamente, aos filhos naturais; 2.^a, as sentenças passadas em julgado que provassem a filiação, sentenças que, aliás, não podiam ser provocadas pelos filhos, como quando o casamento era declarado nulo.

A opinião restritiva de TEIXEIRA DE FREITAS não se manteve hermeticamente fechada a todas as concessões, como bem o prova o art. 45, § 5.º, do reg. de 17 de Abril de 1863, obra sua, declarando o registro do nascimento, a cargo dos escrivães do juiz de paz, título habil para determinar o vínculo da paternidade natural, confessada no ato do registro. Também a opinião ampliativa de LAFAYETTE não avassalara os espíritos.

Com o dec. de 24 de Janeiro de 1890, arts. 7.º e 8.º, novas modificações foram introduzidas nesta matéria, e o ponto de litígio se esclareceu. Realmente, dizendo o artigo 7.º, do citado decreto, que a "filiação natural paterna pode provar-se ou por confissão espontânea ou pelo reconhecimento do filho; facultando que esse reconheci-

(1) C. DA ROCHA, *Instituições*, § 300; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 126; PERDIGÃO MALHEIROS, *Comentários*, pág. 15; JOÃO MONTEIRO, *Direito das ações*, n. 33, nota 129.

(2) *Consolidação das leis civís*, art. 212 e nota.

mento seja feito em escritura pública, no ato do nascimento ou em outro documento *oferecido* pelo pai; e permitindo que este (art. 8.º) restrinja os efeitos de sua confissão espontânea à simples determinação de um impedimento matrimonial; é claro que deixou, incontestavelmente, firmada a doutrina de que o reconhecimento dependia da vontade do pai, e que podiam ser reconhecidos quaisquer filhos ilegítimos, fossem simplesmente naturais ou espúrios.

É certo que, algumas vezes, resultava a determinação da paternidade de um fato jurídico independente da vontade paterna, como já o tinha reconhecido TEIXEIRA DE FREITAS. Assim acontecia, quando o casamento era declarado nulo, por ser contraído com infração de algum dos §§ 1.º a 4.º, art. 7.º, do dec. de 24 de Janeiro de 1890, sem que houvesse atenuação do rigor da lei, por motivo de boa fé dos cônjuges. O casamento não produzia efeitos, nem entre os cônjuges, nem entre estes e os filhos, mas o vínculo natural da filiação estava manifesto. Assim acontecia também, quando, de uma ação de contestação da legitimidade do filho, resultava a evidência da paternidade natural.

Mas, se não era possível recusar, para os efeitos de alimentos e impedimentos matrimoniais, a força imperativa dessas provas judiciais indiretas, não era menos certo que elas não infirmavam o princípio da espontaneidade do reconhecimento, e, portanto, da inadmissibilidade legal da investigação da paternidade natural. Ainda mesmo que, em algumas hipóteses, a filiação se manifestasse evidentemente, e se firmasse judicialmente, sem influxo da vontade do pai, era inconcusso que o nosso direito não autorizava a investigação da paternidade ilegítima.

Foi o Código Civil que trouxe a inovação, reclamada pela justiça, da investigação da paternidade, em favor dos filhos ilegítimos, dando-lhes ação contra o pai ou seus herdeiros: 1.º Se ao tempo da concepção, a mãe estava concubinada com o pretendido pai; 2.º Se a concepção do

filho reclamante coincidia com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; 3.º Se existia escrito daquele a quem se atribuía a paternidade, reconhecendo-a, expressamente (art. 363) (2 a). Aos incestuosos e adúlteros é, porem, recusado esse direito (artigo 358). A investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, e incestuosa à solteira (art. 364).

O Código Civil francês interdizia a investigação da paternidade, exceto em caso de rapto (art. 340). A lei de 16 de Novembro de 1912 ampliou o direito do filho ilegítimo para reclamar o reconhecimento paterno, nos casos de estupro, sedução, de prova por escrito emanado do pai, de concubinato, e de ter sido sustentado e educado pelo pretendido pai.

O italiano autoriza a investigação nos casos em que concorrem indícios tais que justifiquem a declaração judicial da paternidade ou maternidade (art. 272). A lei portuguesa de *proteção dos filhos* (25 de Dezembro de 1910) admite a investigação nos casos de rapto, estupro, no de haver escrito do pai expressamente reconhecendo a paternidade; a posse de estado; sedução praticada com abuso de autoridade ou de confiança; e concubinato (artigo 34). Não tem ação para investigar a paternidade os incestuosos e adúlteros (art. 36).

Na Inglaterra, admite-se a pesquisa para a determinação da paternidade; mas, porque o filho ilegítimo não goza do direito sucessório em relação a seu pai, é a mãe

(2-a) V. PINHEIRO GUIMARÃES, *Hereditariedade*, pág. 163 e seguintes, onde o distinto biologista expõe a teoria da transfusão do sangue, como instrumento de pericia, para a determinação da paternidade. O sangue do filho é uma testemunha incorruptível e imparcial, diz ele. Mas reconhece que há elementos modificadores do tipo sanguíneo, o que torna o depoimento biológico duvidoso. Por isso YMAS, por ele citado, afirma que "o tipo sanguíneo não é característica fixa do indivíduo, não é um aspecto de sua personalidade".

quem sempre intenta a ação para forçar o pai a ajudá-la na sustentação do filho. Provada a cohabitação, e não podendo o suposto pai abroquelar-se com a exceção *plurium construpatorum*, será condenado a pagar 5 shillings por semana, até que o filho tenha treze ou dezesseis anos (3).

Na Áustria, o § 163 do Código Civil diz, em termos peremptórios: “Presume-se pai dos filhos aquele que, segundo o modo estabelecido pelas leis sobre o processo, é convencido de ter coabitado com a mãe do mesmo, durante os sete meses, no mínimo, que precederam o parto...” “Tambem presume-se pai o que confessa um tal fato, mesmo fora da justiça”.

O Código Civil alemão concede a investigação da paternidade, para os efeitos de obrigar o pai a prestar alimentos ao filho (arts. 1.717-1.718).

Mas se, entre o filho ilegítimo e a mãe, as relações jurídicas são as mesmas, que existem quando o filho procede de justas núpcias (art. 1.705), em frente ao pai ele é um como que estranho (art. 1.589).

O Código espanhol admite a investigação da paternidade, facultando ao filho natural acionar o suposto pai em certos casos. Mesmo aos ilegítimos que não se acham nas condições de naturais, é permitido provar a paternidade em dadas hipóteses, como já ficou afirmado no final do parágrafo anterior.

O Código da Luiziana não distingue entre filhos naturais e adulterinos, a ambas as classes sendo permitida a investigação da paternidade.

O Código Civil da Argentina atribue francamente, aos filhos naturais, o direito de reclamarem de seus progenitores que os reconheçam, admitindo-se, na investigação da paternidade ou maternidade, todas as provas conducentes a esse fim. Não havendo posse de estado, esse direito só pode ser exercido enquanto viverem os procria-

(3) GUSTAVE RIVET, *La recherche de la paternité*, 3.^a ed., pág. 282.

dores (art. 325). Porém, essas regalias são injustamente recusadas aos filhos adulterinos, incestuosos e sacrílegos, aos quais é interdita toda indagação sobre a respectiva paternidade ou maternidade; e, sendo voluntariamente reconhecidos por seus pais, só podem pedir-lhes alimentos até a idade de dezoito anos (arts. 338 e 344).

Pelo Código soviético da família (arts. 140 a 144) a mãe, casada ou solteira, tem o direito de declarar ao oficial do registro civil quem é o pai do seu filho. Se o indicado pai contesta, o juiz examina o caso e decide.

Como resulta da rápida resenha, que acaba de ser feita, maior é o número das legislações que autorizam a coação ao reconhecimento dos filhos naturais do que o daquelas que a condenam; e, mesmo nos países de interdição, não são raras, nem demeritórias, as tentativas em prol da investigação (4).

Mas não se faça cabedal desse argumento meramente quantitativo e considerem-se as razões da divergência, em seu valor intrínseco.

A investigação da paternidade, dizem os que a condenam, dá ocasião de se ferirem pleitos imorais e escandalosos, que fazem estremecer e vacilar a base mesma, em que assenta a organização da família. Mas esse próprio escândalo se oferece na pesquisa da maternidade, respondem outros, quando, com a quebra do recato e do decôro, que é a atmosfera dentro da qual vivem as famílias, se verificar ser a mãe natural uma senhora casada, que, tendo um desvio na quadra descuidosa da juventude, ocultara as consequências de seu mau passo, e conseguira casar-se, vivendo honestamente, sendo reputada imacula-

(4) Na França, a vitória foi alcançada depois de muitos esforços. BERENGER, BELCASTEL, FOUCHER DE CARCIL, DUPRÉ LATOUR e, principalmente, GUSTAVE RIVET, bateram-se, valentemente, para que, a justiça entrasse nestes domínios. Na Bélgica, temos o valioso esforço de LAURENT, que, no seu *Avant-projet*, aceita o princípio de investigação da paternidade.

damente virtuosa e honrada por seu marido, pelos novos filhos e pela sociedade (5). Portanto, não é suficiente, não convence o argumento dos pleitos imorais e escandalosos para motivar a proibição legal da indagação da paternidade.

Mas, retrucam os adversários dessa indagação, é uma vulgaridade da jurisprudência antiga corroborada por todo o império do bom senso e da observação diária, que a maternidade é sempre indubitosa. Portanto, é licito afrontar o escândalo, quando, através dele, se tem a convicção de empolgar a verdade. Ao contrário, a paternidade não se manifesta com a mesma intensidade de certeza, e, muitas vezes, uma contenda judiciária sob esse motivo não passa de indecorosa exploração, quando meras aparências fortuitas podem iludir o julgamento; e outras, ainda, uma vil *chantage* assume, aos olhos dos sentimentalistas, as proporções de cruciante e injusto martírio imposto à boa fé ingênua de uma incauta rapariga, que não se pode arrancar, em tempo, das garras de aço de um D. Juan qualquer. Essas ponderações, incontestavelmente valiosas, são, geralmente, contraditadas por um argumento conciliador; não se faculta a investigação da paternidade, senão naqueles casos, em que ela se imponha pelo império mesmo das provas taxativamente indicadas por lei.

Ainda, em desfavor da investigação da paternidade, invocam alguns escritores o apêio da estatística. Segundo MAYR, citado por TARDE (6), a França, interdizendo a

(5) Atendendo a isso, logicamente proíbe o Código Civil do Uruguai, que se investigue a maternidade "quando se tratar de atribuir o filho a uma senhora casada", ainda que não seja ele produto de relações adúlterinas (art. 219). O nosso Código Civil contém disposição semelhante, como já foi referido (art. 364).

(6) *La philosophie pénale*, pág. 469. Cumpre, todavia, notar que a progressão tem aumentado na França de modo sensível. De 6,96 nascimentos ilegítimos sobre 100, de 1815-1830, elevou-se a proporção a 8,07, no período de 1872-1900 (Roi, *Évolution du divorce*, pág. 463).

indagação da paternidade, não tem mais do que sete ou oito nascimentos ilegítimos, por cento, enquanto que a Baviera, por exemplo, que a faculta, conta vinte e dois ou ainda mais; donde conclue o egrégio criminologista francês, que a diferença resulta, em grande parte, do artigo do Código Civil de um país, em que aquela indagação é proibida, porque, "mesmo na ebriedade suprema da paixão, os amantes não perdem de todo a cabeça, e uma mulher apaixonada por um homem, por mais irresistivelmente, segundo dizem, que seja impelida a atirar-se aos braços dele, retém-se em número consideravel de vezes, no pendor do desejo, quando sabe que, no caso de abandono por parte de seu amante, ella não tem o direito de fazê-lo partilhar as consequências possiveis de seu amor". Pode ser que não seja falsa essa observação; tem claramente uma certa dose de exatidão; mas a estatística dir-nos-á coisa diversa, se, em vez da Baviera, fosse a Inglaterra o nosso ponto de confronto, bem que aí a condição do bastardo seja penosa.

Não quero tornar interminavel esta discussão. Recordando os mais valiosos argumentos de um e de outro lado, não visei outro objetivo, senão indicar que há interesses respeitaveis a considerar por quem pretenda oferecer solução a este litígio, o que quase importa dizer que as opiniões extremas se alongam, por igual, da verdadeira justiça.

Afastemos quaisquer idéias preconcebidas, sem o apóio dos fatos, segundo no-los apresenta a natureza, recordemo-nos de que, biologicamente, todos os filhos são iguais, quer procedam de justas núpcias, quer de simples ajuntamentos furtivos, quer sejam naturais, quer espúrios, tenhamos em consideração que a culpa dos pais não deve ser punida na pessoa dos filhos que não concorreram para ella; mas não haja tambem menoscabo de circunstâncias, que, mantendo a inteireza da justiça, salvaguardam a honorabilidade das relações de família.

Sendo assim, foram bem inspirados aqueles que, como CIMBALI, GABBA e LAURENT (7), assentando o princípio do reconhecimento forçoso, que se resolve na obrigação de indenizar um dano causado, desde que seja legalmente verificado, o envolvem numa série de condições tendentes não a estorvar o exercício do direito, mas a evitar os abusos, que sob suas aparências possam acaso surgir. A questão não é, propriamente, do princípio a firmar, porem, como diz o citado CIMBALI, "somente de limites, isto é, de admitir e ordenar a indagação da paternidade de modo a representar, nos casos em que é admitida, o exercício legítimo de um direito, mas não o abuso" (8).

As condições, a que se deve submeter o princípio do reconhecimento da paternidade, podem-se reduzir a um número limitado, pois que visam elas, simplesmente, ao convencimento da verdade, sem perturbações morais dignas de consideração.

Em primeiro lugar, deve ser admitida a investigação da paternidade, quando o filho, que se pretende reconhecer, estiver na posse do estado de filho natural da pessoa cuja paternidade reclama.

A posse de estado, isto é, o concurso de circunstâncias indicadoras da relação de filiação, é, por si só, um fato de valor demonstrativo muito considerável. Como disse

(7) CIMBALI, *Nuova fase*, págs. 104 e segs.; LAURENT, *Avant-projet*, arts. 319, 335 e 337).

O Projeto do senador COELHO RODRIGUES, art. 2.512, adotou um meio termo, ou antes, alargou o círculo da teoria francesa. O Código Civil, art. 363, teria alcançado a exata expressão do direito, se não recuasse perante a necessidade de extirpar o preconceito contra a escuridade, admitisse a prova da posse de estado e limitasse a ação do filho contra o pai, não a estendendo contra os herdeiros, ou, pelo menos, dando-lhe limites temporais restritos.

Sobre esta matéria, veja-se a memória de TITO ROSAS. *E' conveniente a investigação da paternidade?* (Cultura acadêmica, Recife, 1905, págs. 176-196).

(8) CIMBALI, *op. cit.*, pág. 117.

DEMOLOMBE, ela é um verdadeiro reconhecimento. “Quando um homem, acrescenta ele, constante e publicamente, tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pai proveu sempre às suas necessidades, à sua manutenção, à sua educação, é impossível não dizer que o reconheceu”.

Em segundo lugar, deve ser aceita a pretensão ao reconhecimento, quando, entre os progenitores do pretendido filho, haja ou tenha havido concubinato (9), pois como dizia LOYSEL, sintetizando o antigo direito:

Boire, manger, coucher ensemble
Est mariage, ce me semble.

Não será o casamento legal e disciplinado, não será o casamento segundo o exige a sociedade; mas, desde que o concubinato realiza como que a manifestação aparente do casamento legítimo, vivendo dois entes como se fossem marido e mulher, *more uxorio*, a presunção é que os filhos procriados por essa mulher, durante a vida em comum, são igualmente do homem, que a seu lado vive, pois que ela é honesta, apesar da irregularidade da união, é porque ele a reconhece por sua companheira, tal como se fosse

(9) Cód. Civil, art. 363, I. O concubinato, hoje não é um delito, senão quando em concorrência afrontosa com o casamento legítimo (Cód. Penal, art. 240). Não obstante, alguns Códigos tem editado meios coercitivos para impedy-lo. Assim, o Civil de Zurich, art. 646, declara que “o concubinato é interdito”, e que as prefeituras devem empregar as medidas necessárias para fazer cessar esse estado, quando algum caso lhe constar.

Na Grécia, esse estado nada tinha de deshonoroso, mesmo em concomitância com o casamento legítimo. Em Roma, o concubinato, não em concorrência com o matrimônio, era um estado de fato, sem consequências, a princípio, e, mais tarde, um como casamento inferior, uma hemigamia ou, segundo os próprios termos legais, — *legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii*. BONFANTE, *Direito romano*, § 63.

sua consorte. Consequentemente, se não se determinar o pai a reconhecer os filhos oriundos dessa união, é de inteira justiça que a estes conceda a lei os meios de estabelecer a sua posição, o seu estado. Em tal hipótese, diz com exatidão ENRICO CIMBALI, "trata-se apenas de trazer em verdade legal o que já constitue verdade real, ou o que, ao menos, do complexo de todas as circunstâncias, parece indubitavelmente ser" (10).

Ainda mais valiosas razões militam em favor dos filhos daqueles que apenas se ligaram em face da Igreja, que apenas sancionaram, religiosamente, a sua união, sem cumprir o dever cívico de legalizá-la perante a autoridade secular competente. Tal união é um concubinato; porem concubinato de classe especial, mais elevada, pois que a intervenção religiosa atua sobre a consciência dos indivíduos assim unidos, compelindo-os ao cumprimento das respectivas obrigações, e dando à sua união o carater da perpetuidade (11).

Em terceiro lugar, cumpre favorecer a investigação da paternidade nos casos de defloramento forçado, de estupro ou de rapto, "quando a data destes fatos corresponder ao tempo da concepção". Esta hipótese, que está legalmente consagrada em alguns países, que interdizem a investigação da paternidade, como no Uruguai (Código Civil, art. 218), acha-se exarada, atualmente, em nosso Código Civil, apesar do defeito da fórmula empregada.

(10) *Nuova fase*, pág. 138; *Projeto* COELHO RODRIGUES, artigo 2.152. E' tanto mais razoavel este modo de pensar quanto, em nossas *Ords.*, 4, 46, § 2.º, se consideravam com efeitos jurídicos os ajuntamentos daqueles que vivem "em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo o direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto se não provem as palavras de presente". E o dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 53, admitia a posse de estado como prova sufficiente da existência do casamento, em falta de meios mais directos.

(11) CIMBALI, *op. cit.*

Fugindo à expressão técnica — estupro, usa da locução excessivamente lata: *relações sexuais* (12).

O caso da sedução não é tão líquido quanto os outros de que acabo de ocupar-me, salvo se ela receber os caracteres de abuso de autoridade ou de confiança. A sedução pressupõe menoridade, ou inexperiência e honestidade por parte da vítima; ardís fraudulentos da parte do sedutor. Mas essas circunstâncias podem ser artificialmente arranjadas com astúcia, e transformar-se-á, muitas vezes, um princípio de equidade em repugnante *chantage*. A história do cadí, a quem uma jovem turca pedia justiça contra o homem que a tinha violentado, é bem sugestiva (13). Se a mulher defender a sua honra como defenderia seu pão, não haverá muito que regular neste assunto. E' admissível, em alguns casos, a possibilidade de violência; mas, quanto à sedução propriamente, ponderava DUMAS filho que não passa, presentemente, de recordação de outras eras. "Não há mais seduções na hora atual, escreve ele, há simples arrastamentos. Todos os meios de sedução estão conhecidos, arquiconhecidos por todas as moças, mesmo antes de atingirem à idade em que possam receá-los ou provocá-los, graças aos noticiários, aos romances e aos processos publicados nos jornais de preço ínfimo. Toda moça, a quem se fala de amor, sem, ao mesmo tem-

(12) Art. 363, II.

(13) Ei-la tal qual a leio no prefácio escrito por DUMAS para o livro de RIVET, sobre a *Recherche de la paternité*: "Tu te defendeste mal, diz o cadí à queixosa. — Defendi-me com todas as minhas forças. — Pois bem; toma esta bolsa repleta de ouro. — E' uma primeira compensação; vai para casa, e volta a ver-me nestes oito dias. A mulher beija a mão do cadí e retira-se. Uma hora depois reaparece assarapantada, com as mãos e o rosto a sangrar. — Quando me dirigia para casa, quatro homens emboscados no caminho atiraram-se sobre mim, para tomar-me a bolsa que me deste. — E tomaram-na? — Não; debati-me e conseguí escapar correndo. — Pois bem; se tivesses defendido tua honra, como defendeste teu dinheiro, não a teriam tomado; principalmente porque, dada a sua situação, é mais difícil tomá-la do que uma bolsa".

po^a falar-se de casamento a seus pais, sabe o que dela se quer" (14).

Não é proveitosa, para a determinação da paternidade a prova testemunhal, ainda que acompanhada de um começo de prova escrita, segundo querem alguns escritores. Como reconhece o próprio LAURENT, quase nunca se encontrará esse começo de prova por escrito (15). E é incontestável que as testemunhas são, a seu turno, muito falíveis em seus depoimentos. Porém, ainda admitindo que sejam verazes, repugna mesmo à natureza das coisas a prova testemunhal, para a determinação da filiação. É certo que o Código italiano aceitou-a, em relação à maternidade (art. 270); mas não é preciso agudeza de espírito para ver que as hipóteses divergem muitíssimo. A maternidade resulta de um ato sujeito, normalmente, à inspeção ocular; a paternidade, porém, não se acha em situação semelhante.

Em conclusão: ao Estado, como poder tutelar dos direitos, cabe garantir, aos filhos ilegítimos, a faculdade de determinarem a existência jurídica de seus progenitores, sempre que a filiação se patentear por fatos incontrastáveis; porém deve ser, ao mesmo tempo, cauteloso, para não ferir aqueles que, na realidade, se acham extremes de mácula. E, parece-me, conseguirá esse nobre *desideratum*, restringindo-se aos casos apontados neste parágrafo, procurando traçar seu caminho, guiado, exclusivamente, pela justiça, e sem perturbar-se com o clamor da calorosa controvérsia levantada neste domínio (16).

(14) Prefácio citado, pág. XIV.

(15) O Código atual, art. 363, III, refere-se à existência de um escrito de qualquer natureza, emanado do pretense pai e reconhecendo expressamente a sua paternidade. É diferente a hipótese.

(16) A matéria deste parágrafo tem sido abundantemente debatida no foro brasileiro, dando origem a arrazoados de grande brilho, como, por exemplo: VIRGILIO BARBOSA, LUIZ NOVAES e GASTÃO NEVES, *Investigação da paternidade*, 1934.

§ 71

ADOÇÃO NO ANTIGO DIREITO E NO
DIREITO PÁTRIO

Adoção é o ato civil pelo qual alguém aceita um estrangeiro na qualidade de filho.

Nasceu esta instituição da necessidade de ser mantido o culto doméstico. O direito dos povos antigos cogitava de muitos modos de prover à falta de filhos, que fossem, de geração em geração, perpetuando o culto dos deuses familiares. O *levirato* do direito hebreu, que na Índia toma o nome de *niyoga*, e as perfilhações, extravagantes do direito hindú (1), teem essa origem. De todos, porem, conseguiu projetar-se mais longe, com a civilização humana, essa ficção pela qual, para usar de uma frase de S. MAINE, "se enxerta, numa família, um filho de casa estranha".

As leis de Manú proclamam: "Aquele a quem a natureza não deu filhos pode adotar um, para que as cerimônias fúnebres não cessem. No velho direito ateniense, encontramos, igualmente, esta instituição fundada nos mesmos princípios. F. DE COULANGES, na *Cité antique*, um dos livros de mais profunda erudição que já se escreveram sobre as antiguidades jurídicas, nos fala dos processos de Meneclis, de Leochoris, e da herança de Astyphilos, em que a teoria da adoção é discutida e justificada pela dialética dos advogados atenienses. Em uma dessas discussões se diz: "Se anulardes minha adoção,

(1) Refiro-me especialmente às ficções pelas quais podiam tomar o lugar do filho, para os efeitos cultuais: — alguém que houvesse nascido, clandestinamente, ou de uma moça solteira, ou de uma noiva grávida, ou de uma mulher casada duas vezes, e todos os ilegítimos ou adúlteros, que, aliás, não fossem engendrados pelo pai cujos penates iam adorar. (Vide S. MAINE, *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pág. 105).

fareis com que Menecles haja morrido sem deixar filhos, de modo que ninguém fará sacrifícios em sua honra, ninguém lhe oferecerá os repastos fúnebres e ele ficará sem culto" (2).

O direito árabe pre-islamita favorecia a adoção: Mahomet, porem, apaixonando-se por Zainab, esposa de Zaid, seu filho adotivo, não podia ver o instituto com muitos bons olhos (3).

Em Roma, ainda o princípio é o mesmo. Cícero diz do filho adotivo, que ele se torna *heres sacrorum*, depois de ter perdido o culto de sua família natural (*amissis sacris paternis*).

O direito romano conheceu duas formas de adoção: a que se applicava aos *alieni juris* (*a datio in adoptionem*), e a que se applicava aos *sui juris* (*adrogatio*), sem falar na *adoptio per testamentum*, que necessitava da confirmação curial, como aconteceu com a adoção de Otávio por Júlio Cesar.

Na última fase desse direito, se exigiam as seguintes condições para a validade da adoção: 1.^a, que o adotante fosse *sui juris* e dezoito anos mais velho do que o adotado (4); 2.^a, que o adotante não tivesse filhos legítimos, porque a adoção era destinada a suprir a natureza; 3.^a, que o adotado não fosse filho ilegítimo do adotando, porque, neste caso, devia legitimá-lo; 4.^a, que o consentimento do adotante e o do pai natural precedessem à ce-

(2) *La cité antique*, pág. 55. O processo primitivo da adoção, simulava o parto (*per pallium et indusium*), segundo referem DIODORO e GRIMM.

(3) LAMBERT, *Droit civil comparé*, I, páginas 300 e 301. No Egito e na Mesopotamia quando se conheceu a adoção, assim como ainda hoje a vemos em uso na China (SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, págs. 99, 103 e 114). O Código Civil chinês, artigos 1.072 a 1.083, regula a adoção.

(4) Embora, por vício de organização, não pudesse gerar. Os *castrati*, porem, não podiam adotar.

rimônia; 5.^a, que esta fosse feita na presença da autoridade competente.

Se a adoção era feita entre estranhos, apenas criava parentesco civil entre o adotante e o adotado, e conferia a este direito unilateral de sucessão. Esta espécie parece ser mais recente. Se, porém, fosse feita por ascendente do adotado, além do parentesco civil, que estreitava o natural (*jus legitimo adoptionis nodo constrictum*), criava o vínculo do pátrio poder, e todos os direitos e deveres comuns entre pais e filhos (5). Chamava-se, então, adoção plena.

A mulher não tinha, finalmente, o direito de adotar, mas, depois, perdida a noção originária do instituto, lhe foi concedido esse direito, para consolação da perda dos filhos (*ad solatium liberorum amissorum*), dizem as Institutas (6).

A arrogação só se podia realizar depois de averiguado se trazia utilidade ao arrogado; de ser obtido o consentimento expresso das duas partes, ou, sendo o arrogado ainda impúbere, o de seus próximos parentes e o do tutor. Um rescrito do príncipe fazia-se necessário para confirmá-la (7).

Os efeitos da arrogação eram: 1.^o, fazer entrar para a família e sob o pátrio poder do arrogante, não só o arrogado, mas ainda os filhos que lhe estavam submetidos; 2.^o, dar ao arrogado todos os direitos de filho-famílias.

Entre os povos bárbaros, também deparamos exemplos numerosos de adoção pelas armas, escolhendo o guerreiro um sucessor de suas façanhas belicosas, quando a natureza não lhe concede filhos. Menos frequentes eram as adoções propriamente civis, que, afinal, desapareceram com as suas congêneres militares, por influência do direito canônico, pois que a Igreja considera a adoção um

(5) *Inst.*, 1, 9, § 2.^o.

(6) *Inst.*, h. t., § 10.

(7) *Inst.*, h. t., § 1.^o.

obstáculo ao casamento legítimo. Somente com a reação da crise revolucionária de 1789, é que readquiriu vigor o instituto da adoção. Em Portugal, não caiu ele, porem, em desuso, principalmente entre as famílias nobres; e as Ordenações filipinas, sem regulamentá-lo convenientemente, dizem bastante para que não pensemos que ele ameaçava soçobrar (8). Mas os princípios romanos não subsistiram em sua integridade. A distinção entre adoção e arrogação eliminou-se, e quer o adotado fosse filho-famílias, quer emancipado, a adoção devia ser confirmada pelo príncipe, a quem cabia conceder todas as graças.

Dessa circunstância concluía o Dr. DINO BUENO (9) que o direito romano não podia mais ser chamado a regular a espécie, e, portanto, que a adoção não conferia, no direito pátrio, nem autoridade paterna, nem faculdade sucessória. Segundo ele, a adoção, no direito consubstanciado pelo Código filipino, reduzia-se a "um título de filiação, sem outro efeito além de dispensar a prova desse fato, nos casos em que era exigida, isto é, para pedir alimentos e suceder nas distinções gentílicas. Por graça ou concessão do príncipe, por dispensa na lei ou por lei especial, podia ter todas as consequências que o direito romano lhe assinalava, todos os efeitos, que o pai adotante impetrasse e que o príncipe quisesse facultar, pois era *donum patris et actus principis*". Ora, com os princípios constitucionais adotados pelo Brasil, desde a independência, não sendo mais possível a dispensa na lei por parte do monarca, aquelas concessões extraordinárias tornaram-se impossíveis. Acrescia que, pela lei de 12 de Setembro de 1828 (art. 2.º, n. 1.º), eram os juizes de primeira instância os incumbidos de confirmar as adoções, e, "para conhecer os efeitos da adoção, presentemente, bas-

(8) *Ord.*, 2, 35, § 12; 2, 56, pr.; 3, 9, § 2.º; 3, 59; § 11; 3, 85, § 2.º.

(9) *Direito*, vol. XXX, 1883; *A adoção que efeitos produz atualmente?*

taria inquirir o que poderia conceder esse juiz". Conclusão: a adoração não era mais do que um título de filiação concedendo, ao filho adotivo, apenas o direito de pedir alimentos.

Esta opinião fundava-se numa base falsa. O juiz nenhum poder concede ao adotado; apenas *confirma*, homologa, isto é, dá cunho de solenidade ao ato, visando a sua firmeza e segurança, e faz declaração pública de sua legitimidade. A concessão de direitos, quem a faz é o adotante. Além disso, não é lícito confundir, sob o ponto de vista jurídico, a *perfilhação* e a *adoção*, institutos, que visam fins diversos, embora, muitas vezes, tenha o segundo substituído o primeiro. Finalmente, era aventuroso afirmar, sem apóio em preceito legal, que o direito romano perdera a sua virtude de fonte subsidiária nesta matéria.

Também não era exato dizer, com LAFAYETTE, que as adoções "caíram, entre nós, em total desuso, como em geral tem acontecido em toda a Europa", e que, "sendo a adoção uma instituição obsoleta, seria uma verdadeira inutilidade tratar dela (10). Certo não era essa uma instituição em plena expansão de juvenildade, mas não era também instituição obsoleta, pois que a víamos provocar, consideravel número de vezes, a intervenção dos tribunais, e contemplada em disposições legislativas, ao menos tanto quanto bastava para lhe reconhecerem a existência (11). Dentre as novas leis estrangeiras, umas há que silenciam sobre o assunto, enquanto outras o regulam.

A conclusão que se nos impõe é a da vitalidade do instituto da adoção; e, como não a regulavam nossas leis anteriores ao Código Civil, cumpria-nos suprir a lacuna

(10) *Direitos de família*, § 130. *Observação*.

(11) Vide o *Direito*, vols. III, VI, VII, X, XII e XXX; dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 7.º, § 1.º; reg. do selo para o Estado de Pernambuco, tabela B, n. 20.

com o direito romano (12) interpretado e modificado pelo uso moderno.

O Código Civil consagrou ao instituto de adoção os arts. 368 a 378.

Podem adotar tanto os varões quanto as mulheres maiores de cinquenta anos, no pleno gozo de sua capacidade civil, contanto que não tenham filhos dados pela natureza, ou que já tenham morrido os que procriaram. Podem ser adotados tanto os menores, quanto os eman-

(12) LIZ TEIXEIRA, I, pág. 294; LOUREIRO, *Direito civil brasileiro*, I, § 82; BORGES CARNEIRO, *Direito civil*, §§ 210-211.

Tendo o *Projeto* de Cód. Civil, arts. 375-385, regulado a adoção, o dr. GONÇALVES CHAVES, membro da Comissão do Senado, opôs algumas objeções à inclusão desse instituto no Código Civil brasileiro. Em artigo inserto no *Direito*, vol. XCIV, págs. 53-63, procurei desfazer o efeito dessas objeções, notando:

1.º Que, se alguns dos nossos civilistas eram contrários à adoção, outros lhe reconheciam conveniência e valor, como TEIXEIRA DE FREITAS, que a incluiu no seu *Esboço*, BORGES CARNEIRO, LIZ TEIXEIRA, LOUREIRO; e que o próprio MELLO lhe não era francamente hostil;

2.º Que, entre nós, não estava em desuso o instituto; segundo se via pela lição dos mestres citados, e pelos atos legislativos;

3.º Que os Códigos Civís da França, Itália, Espanha, Áustria, Zurich, Alemanha, Uruguai, Perú, Bolívia e Japão, assim como o direito russo e o norte-americano, regulam a espécie, sendo muito menor o número das legislações que a excluem, acrescentando que o *Avant-Projet* de LAURENT, e o suíço não a esqueceram;

4.º E que, segundo mostravam BLUNTSCHLI (*apud* SCHNEIDER, *Priv. Gesetzbuch*, f. d. K. Zurich) e SANCHES ROMAN (*Derecho civil*, V), a adoção tinha ainda uma alta função social a desempenhar, como instituição de beneficência destinada a satisfazer e desenvolver sentimentos afetivos do mais doce matiz, dando filhos a quem os não tem e desvelos paternais a quem, privado deles pela natureza, estaria talvez condenado, sem ela, a descer, pela escada da miséria, ao abismo dos vícios e dos crimes.

Veja-se também o meu livro — *Em defesa do Projeto de Código Civil*, págs. 533-535.

cipados (13), mas o pai ou a mãe, civil, deve ser mais velho do que o filho dezoito anos, pelo menos (13 a). O consentimento do adotado, se for de maior idade, do seu pai, ou tutor, se ainda se conservar na menoridade, é indispensável para a eficácia da adoção (13 b).

O filho adotivo, quando menor, fica sob o pátrio poder do adotante (13 c).

Alem desse efeito, produz a adoção: 1.º, parentesco civil, aliás limitado ao pai e o filho adotivos, salvo quanto aos impedimentos matrimoniais, em relação aos quais esse parentesco se faz sentir mais latamente (14); 2.º, o direito de sucessão (15) e o de alimentos, que são recíprocos entre o pai adotante e o filho adotivo, sem que, aliás, este venha, por isso, a perder seus direitos hereditários em relação à sua família natural, assim como, igualmente, não adquire direitos sucessórios em relação aos parentes do adotante.

A adoção far-se-á por escritura pública (16) e pode ser dissolvida: 1.º, pelo menor ou interdito, no ano imediato ao em que cessar a interdição ou a menoridade (17); 2.º, quando as partes convierem, e quando o adotado cometer ingratitude contra o adotante (18).

(13) Cód. Civil, arts. 368 e 373; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 3 ao art. 217, 3.ª ed.; LOUREIRO, op. cit., § 82.

(13-a) Cód. Civil, art. 369.

(13-b) Cód. Civil, art. 372.

(13-c) Cód. Civil, art. 379.

(14) Vide o § 12.

(15) Cód. Civil, art. 1.605. LOUREIRO, op. cit., § 82, dizia: "temos que, entre nós, os direitos dos filhos adotivos e arrogados são os mesmos que os dos legítimos a respeito do pai ou mãe perflhante; e, consequentemente, tais filhos sucedem na nobreza e bens do pai ou mãe perflhante..."

(16) Cód. Civil, art. 375.

(17) Cód. Civil, art. 373.

(18) Cód. Civil, art. 374.

§ 72

ADOÇÃO NO DIREITO ESTRANGEIRO ATUAL

Não obedece ao mesmo tipo a constituição do instituto das adoções nos diversos sistemas legislativos da atualidade. Umhas legislações eliminaram-no de seu seio, como não correspondendo mais a uma necessidade, em nossos dias, e assim fizeram o Código holandês, o português, o argentino e o chileno. Na Inglaterra, diz um escritor, não passa de um nome, deixou de ser uma instituição. Há, porém, uma usança, que, pode-se afirmar, toma o lugar da adoção, embora limitada e incompletamente. É o costume que tem as pessoas abonadas de tomar, sobre si, a educação de crianças pobres, e de fazerem-se doações ou legados com a condição de o donatário ou legatário usar do nome do doador. Mas é patente que os efeitos desta espécie de adoção muito se restringem (1).

Outras legislações, mantendo o instituto, segundo os lineamentos gerais do direito romano, modificaram-no, contudo, para melhor acomodarem-no ao meio onde tem de funcionar.

Uma lei de 1792 o estabeleceu em França, e, depois, o Código Napoleão. No sistema deste Código, a adoção produz somente o parentesco civil, que não destrói o natural, um direito natural sucessório e o de transmitir, ao adotado, o nome do adotante, sem introduzido-lo na família deste. Não obstante, há proibição de casamento entre o adotado e o adotante ou seus descendentes, entre o adotado e o cônjuge do adotante e reciprocamente. Diz LAURENT que essa instituição "não entrou nos cos-

(1) GLASSON, *Inst. de l'Angleterre*, VI, pág. 213..

tumes e que é apenas praticada para legitimar filhos naturais" (2).

Destas primeiras observações, já se vê que o direito francês se afastou do romano. Ver-se-á melhor essa nova orientação, tendo-se em mira que o direito francês estabeleceu uma adoção por testamento e que diferem as condições por ele exigidas para a realização deste vínculo pessoal.

As condições para a adoção entre vivos são as seguintes:

Só podem adotar os maiores de quarenta anos, qualquer que seja o sexo a que pertençam (Cód. Civil, art. 344, modificado pela lei de 19 de Junho de 1923). O adotante deve ter, pelo menos, quinze anos mais que o adotado e não ter filhos, nem quaisquer outros ascendentes legítimos (art. cit.). As pessoas casadas não podem adotar sem o consentimento de seu cônjuge (art. 347). A adoção deve ter por fundamento justos motivos e apresentar vantagens ao adotado (art. 343, lei cit.).

Ninguém pode ser adotado por mais de uma pessoa, exceto se estas forem marido e mulher (art. 346, lei cit.).

O ato da adoção deve ser homologado pelo tribunal civil do domicílio do adotante (art. 362, lei cit.).

A adoção por testamento só pode ser feita pelo tutor oficioso e com as condições seguintes: 1.^a, que durante cinco anos haja ele prestado cuidados paternais a seu pupilo; 2.^a, que não tenha filhos legítimos; 3.^a, que o testamento seja válido.

O Código Civil italiano (arts. 289-296) também não aboliu esta instituição; porem, como não lhe deu caracteres

(2) *Cours élémentaire*, I, n. 303. Este autor, porem, regulou a adoção no seu *Avant-Projet*, arts. 344-346. No direito francês a adoção tomou o aspecto de instituição filantrópica, visando ser, ao mesmo tempo, consolo para os casais estereis e socorro para os meninos pobres (PLANTOL, I, *Traité*, n. 2.327).

novos, salvo para os orfãos da guerra (lei de 31 de Julho de 1919) passemos sobre ele.

O direito alemão apresentava muitas variantes neste assunto. Em primeiro lugar, encontrava-se a adoção do direito comum (*Gemeinrecht*) que conservava a teoria romana com algumas modificações mantendo as distinções entre a arrogação e a adoção propriamente dita, e reconhecendo, nesta, duas espécies, a plena e a menos plena.

Este direito comum, no entanto, não era rigorosamente observado por toda parte, antes sofria algumas alterações em diversos Estados.

Em segundo lugar, notava-se a adoção dos novos direitos regionais (*Adoption der neueren Landesrechte*), nomeadamente o prussiano, o saxônio, o austríaco, que se aproximavam do direito francês, o qual, por sua vez, constituía direito regional em algumas partes da Alemanha.

Atualmente, o assunto é regulado pelo Código Civil (arts. 1.741 a 1.772). Podem adotar os que não teem descendentes legítimos, se forem maiores de cinquenta anos e dezoito anos mais idosos do que o adotado. A adoção é um contrato, mas deve ser homologada pelo juiz.

Dela resulta, para o adotado, a situação de filho legítimo do adotante com os direitos e deveres correspondentes. Mas o adotante não é sucessor hereditário do adotado, quebrando-se, neste caso, o preceito da reciprocidade.

O laço jurídico da adoção pode romper-se por pacto entre pai e filho adotivos, ou por se ter realizado casamento entre eles ou entre um deles e os parentes do outro em grau proibido.

O Código Civil suíço (arts. 264 a 269) seguiu o sistema do francês, do qual não é mais do que uma variante, neste ponto. A adoção é permitida a quem tenha, pelo menos, quarenta anos de idade: — Podem ser adotados indivíduos maiores ou menores. Se o adotado toma o nome do adotante, entra para a família deste, e se acha colocado em relação a ele, sob o duplo ponto de vista dos direitos e das obrigações, na situação de um filho legítimo. Toda-

via, a adoção não cria nenhum direito de sucessibilidade recíproca, entre o adotado e os outros parentes de seus pai e mãe adotivos, nem destrói os direitos de sucessão recíproca entre o adotado e os membros de sua família natural, embora os modifique (art. 727) (3). O vínculo da adoção pode ser rompido e os direitos da família natural restabelecidos.

A adoção se efetua por ato autêntico e deve ser permitida pela autoridade competente do domicílio do adotante. Inscreve-se no registro dos nascimentos. Deve fundar-se em motivos justos e ser vantajosa para o adotado.

Muitas outras legislações se ocupam da adoção com extensão ora maior, ora menor, com tais ou quais gradações. Assim, na Bulgária, em New-York, na Pennsylvânia, na Califórnia (4), na Espanha (5), no Uruguai (6). Será ocioso percorrê-las todas. Mas não pode ser sem interesse que me detenha, ainda um momento, diante da legislação russa pre-soviética.

Variava, no império russo, o valor e a extensão da adoção, conforme era um nobre, um burguês ou um camponês quem a exercia. Depois, a lei a uniformizou para todas as classes. Os que não tinham filhos legítimos ou legitimados, podiam adotar, inclusive as mulheres. Somente as pessoas votadas ao celibato, pelo estado religioso em que viviam, estavam excluídas desta regra geral.

O adotante devia ter trinta anos de idade, pelo menos, e dezoito anos mais do que o adotado. Ninguém podia ser

(3) Se o adotado concorrer com filhos legítimos à herança do pai ou mãe natural, sua parte é reduzida à metade.

(4) *Annuaire de législation étrangère*, 1889, págs. 860-938; 1891, págs. 922-930.

(5) Cód. Civil, arts. 173-180.

(6) Cód. Civil, arts. 243-251. E ainda no Perú, o Código Civil, arts. 326-347; Bolívia, Código Civil, arts. 179-187; Japão, Código Civil, arts. 837 e 876; e Colômbia, arts. 269-286. Para a América do Norte, veja-se WALKER, *American law*, § 160, nota b.

filho adotivo de duas pessoas, a não ser que estas se achassem unidas pelo casamento.

A disparidade de culto era uma causa impediante da adoção.

Se o adotado ainda tinha pais naturais vivos, deviam estes dar seu consentimento. O próprio adotado, sendo maior de quatorze anos, também havia de ser ouvido. O adotante, se fosse casado, devia pedir o consentimento de seu cônjuge; se fosse padre ou servidor da Igreja, o do bispo diocesano (7).

O filho adotivo adquiria o nome de seu pai civil; mas a transmissão da nobreza estava subordinada a uma autorização do czar. Os direitos sucessórios do adotado, em face do adotante, eram equiparáveis aos de um filho legítimo, e se transmitiam aos seus descendentes. Se o adotado morresse sem filhos, todos os bens por ele adquiridos passavam ao adotante em usufruto, salvo se proviessem dele mesmo, caso em que os retomava em plena propriedade. Em relação à sua família natural, conservava o adotado todos os seus direitos hereditários (8).

O Código soviético da família não permite a adoção de membros da própria família, nem de filhos de estrangeiros (art. 183).

Desta excursão rápida pelos domínios legislativos de vários povos conclue-se que não é, de modo algum, instituição obsoleta, órgão morto, a adoção. Se em algum país feneceu e se desfez, noutros reflora em estos de vida nova, apesar de que escritores notabilíssimos fazem votos para sua abolição (9).

(7) Na Espanha, a adoção é vedada aos padres (Cód. Civil, art. 474, § 1.º).

(8) LEHR, *De la légitimation et de l'adoption d'après les nouvelles lois russes*, de 1891, in *Clunet*, 1895, págs. 521 e segs.

(9) D'AGUANO, *Genese*, pág. 326.

§ 73

NOÇÃO DO PÁTRIO PODER

O conjunto dos direitos que a lei confere ao pai sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados, naturais reconhecidos ou adotivos (1), toma a denominação de pátrio poder.

Procurando apanhar o primeiro surto deste instituto, na história da civilização humana, reconheceremos que ele tomou as feições rígidas e severas, que se tornaram tradicionais entre os romanos, com o patriarcado, influenciando, poderosamente, para esse resultado, as crenças religiosas, que, então, envolviam os espíritos em liames indestrutíveis.

Em um período de mais profunda barbaria, diferentes são os moldes da autoridade paterna, outra é a condição dos filhos. Enquanto são débeis, dependem dos pais, de um modo absoluto, as crianças de ambos os sexos. Podem ser mortas ao nascer, vendidas, ou de outra forma utilizadas pela vontade dos progenitores, particularmente do pai, ou mesmo da tribo inteira. Passada, porem, a quadra mal segura da adolescência, adquirem os varões a posse de si mesmos, enquanto as mulheres esperam apenas mudar de patronos (2). Se a superioridade muscular é o principal suporte da autoridade, seria estranhavel que ela se prolongasse indefinidamente, quando a senilidade avança abatendo os organismos, e rijos se levantam, ao seu lado, os rebentos viçosos, a que deram o ser.

(1) Cód. Civil, art. 379; Const. de 1937, art. 126. Em relação aos adotivos que se acham sob o pátrio poder, veja-se o que foi dito no § 71, *in fine*.

O filho natural, enquanto menor, ficará sob o poder do progenitor, que o reconheceu; e, se ambos o reconhecerem, sob o do pai, salvo se o juiz decidir de outro modo, no interesse do menor (dec.-lei n. 5.213, de 21 de Janeiro de 1943).

(2) WESTERMARCK, *Matrimonio umano*, pág. 194.

Mas, já na antiga civilização mexicana, a autoridade paterna assenta sobre outras bases, e revestida de tal rigor se nos ostenta que, no dizer de um cronista, os filhos, já casados, ainda não ousavam proferir palavra diante da figura, para eles terrificante, de seu pai. No Perú, mantem-se a mesma doutrina, talvez com alguma atenuação. O filho tem de servir ao pai até completar vinte e cinco anos, e não se pode casar sem o consentimento dos progenitores, sob pena de ser nulo o matrimônio e ilegítima a prole (3).

Na China, o respeito pelos pais assume a forma de um verdadeiro culto, a piedade filial confunde-se com o sentimento religioso. A desobediência às ordens emanadas dos pais é infração de um preceito de religião, cuja punição é a morte (4).

Não diverso é o pensar dos japoneses, para os quais a piedade filial é o primeiro dever do homem. E assim, entre muitos outros povos. F. DE COULANGES fez ressaltar bem nitidamente, a influência da religião sobre a constituição do pátrio poder, quando escreveu: "Nos tempos antigos, o pai não é somente o homem que tem a força, aquele que pode impor a submissão, é também o sacerdote, o herdeiro do lar doméstico, o continuador dos antepassados, o tronco da descendência, o guarda dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas sagradas. A religião inteira reside nele (5).

Por isso é que, na Índia, como na Grécia, e entre os antigos povos latinos, o pátrio poder foi uma instituição de caráter misto, tendo muito de religiosa e muito de civil, e é ainda por isso que a autoridade do chefe da

(3) WESTERMARCK, op. cit., págs. 195-196.

(4) WESTERMARCK, op. cit., pág. 196. O Cód. Civil chinês, arts. 1.084 e segs., regula o pátrio poder à semelhança do que fazem as legislações modernas, mantendo, ainda, de modo expresso, o direito de punir.

(5) *La cité antique*, págs. 97 da ed. de 1885.

família tem a inquebrantabilidade da soberania, nesse momento histórico, a que agora me reporto. Ainda hoje, em algumas províncias da Índia, afirma-nos SUMNER MAINE, o pai é o *radjah*; o soberano absoluto da sociedade familiar (6).

Entretanto, como é sempre necessário que à autoridade corresponda a capacidade, encontram-se exceções e abrandamentos a essa lei. Na Índia, como na Grécia, a direção do grupo familiar é, algumas vezes, transferida ao filho mais apto ou mais valoroso do que o pai. SUMNER MAINE lembra a posição de Ulisses em frente a Laertes, na Odisséia, como uma caso de transferência da autoridade suprema da família, de um pai decrépito para um filho robusto e sagaz. E o direito helênico avançou um passo, em seguida, restringindo a autoridade paterna, assim na intensidade como no tempo, não podendo ela protrair-se além da época em que cessasse a inferioridade física e mental do filho (7).

Em Roma, apesar do que nos diz Justiniano (Inst., 1, 4, § 2.º), não apareceu o pátrio poder sob feição especial; mas é certo que manteve mais longamente sua rude feição primitiva. Era de uma amplitude que se nos afigura hoje odiosa a autoridade conferida aos pais, tendo mais em vista o egoísmo dos chefes da sociedade doméstica, do que o benéfico altruísmo em arrimo à debilidade dos filhos. E' certo que muitas e profundas alterações se foram introduzindo, ao tempo do império, e principalmente sob o influxo do cristianismo, porem, mesmo ao tempo de Justiniano, os pais em miséria extrema, podiam vender seus filhos recém-nascidos, ainda sanguinolentos, restando a estes o direito de rëcobrar a própria ingenuidade, desinteressando o comprador (Cód., 4, 43, 1, 2).

(6) *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pàgs. 165-167, da ed. de 1884.

(7) *L'ancien droit*, trad. Courcelle Seneuil, pág. 129.

Entre os germanos, se o pai tinha, originariamente, o direito de expor e vender o filho, assim como este podia matar o pai velho e enfermo, segundo no-lo refere GRIMM, é conhecido que o poder paterno cessava com a capacidade obtida pelo filho para prover às próprias necessidades, e que o *mundium* não tinha o rigor, nem a extensão da *patria potestas*. Foram estes povos os introdutores de um princípio novo que, modificando o sistema romano, deu a orientação moderna do pátrio poder, fazendo-o consistir numa relação dupla, indicada, segundo POTHIER, pelo modo seguinte: 1.º, direito comum ao pai e à mãe de dirigir a pessoa e administrar os bens do filho até à emancipação ou maioridade; 2.º, direito, igualmente comum a ambos os progenitores, ao respeito e acatamento, manifestado, principalmente, na ocasião em que os filhos pretendem constituir família.

Estas idéias implantadas no direito costumeiro dos franceses e de outros povos, foram estranhas à nossa antiga metrópole, onde preponderou, neste assunto, a concepção romana, conferindo, exclusivamente ao pai, o direito de dirigir a pessoa e a fortuna do filho, qualquer que fosse a idade destes, até que o poder paterno se dissolvesse por alguns dos modos estabelecidos em lei.

Com a resolução de 31 de Outubro de 1831, que fixou a idade de vinte e um anos para o termo da menoridade e aquisição da capacidade civil plena, achou-se profundamente alterado o direito português, que fora transplantado para o Brasil. Em 1890, completou-se a reforma do instituto com a concessão feita à mulher viúva, se não for bínuba, de suceder nos direitos do marido sobre a pessoa e bens dos filhos. Pouco teve o Código Civil de acrescentar ao que já consagrara lei pátria anterior. Estão sob o pátrio poder os filhos legítimos, os legitimados, os reconhecidos e os adotivos, enquanto menores ou não emancipados (Cód. Civil, art. 379). Durante o casamento, exerce o pátrio poder o marido e, na sua falta, a mulher (art. 380). O desquite não altera as

relações entre pais e filhos, senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de ter os segundos, em sua companhia (arts. 381, 326 e 327). O filho ilegítimo, não reconhecido pelo pai, fica sob o poder materno. Se a mãe não for conhecida, ou capaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor (art. 383).

Com a Constituição de 1937, art. 117, foi concedida a capacidade política aos brasileiros de um e outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem eleitores na forma da lei. O mesmo preceito consignava o Código eleitoral (lei n. 48, de 4 de Maio de 1935). Dessa capacidade política resulta, necessariamente, a civil.

§ 74

DIREITOS COMPREENDIDOS NO PÁTRIO PODER

Para analisar os elementos, cuja conglomeração constitui o pátrio poder, é necessário distribuí-lo em dois grupos: direitos que se referem à pessoa do filho-famílias, e direitos que recaem sobre seu patrimônio, cujo exercício compete ao pai no constância do matrimônio, e, depois de sua morte ou declarada sua incapacidade, se transfere à mãe.

São direitos do pai sobre o pessoa do filho-famílias: 1.º, dirigir a sua educação; 2.º, tê-lo em sua companhia, e guarda (1); 3.º, conceder ou negar consentimento para

(1) No caso de desquite amigável, os pais convencionarão sobre a posse dos filhos menores; sendo litigioso, tal posse é direito do cônjuge inocente, que o poderá ceder a bem do filhos. Sendo ambos culpados a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores e os filhos até a idade de seis anos (Cód. Civil, art. 326). Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular a situação por maneira diferente. Em caso de nulidade ou anulação, seguir-se-á o estabelecido no § 24 deste livro.

o seu consórcio, direito este que é compartilhado pela mãe ainda durante a constância do casamento; 4.º, nomear-lhe tutor em testamento ou documento autêntico, quando não lhe sobreviver o outro cônjuge; 5.º, representá-lo nos atos da vida civil e nas queixas contra crimes que sobre ele recaíam; 6.º, reclamá-lo de quem injustamente o detinha; 7.º, exigir que lhe preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (2).

Para a exposição dos direitos atribuídos ao pai, sobre a fazenda do filho, recorriam os civilistas pátrios à teoria romana dos *pecúlios*, nome dado ao patrimônio dos filhos-famílias, separado da fortuna do pai.

Havia quatro categorias de pecúlios: o *castrense*, o *quase castrense*, o *adventício* e o *profectício*.

Pecúlio castrense era o conjunto dos bens que o filho-família adquiria no serviço militar ou por motivo dele (Ord. 3, 9, § 3.º e 4.º, § 18). *Quase castrense* era o adquirido no exercício de profissões industriais, artísticas ou literárias, entrando no número destas últimas os empregos ou funções públicas. Assumiam a natureza de quase castrenses, os bens doados ou deixados aos filhos-famílias para auxílio de seus casamentos (Ord. 4, 97, § 10), assim como as pensões e remunerações conferidas pelo Estado (3).

Pecúlio adventício era a totalidade dos bens de propriedade do filho, não adquiridos no serviço militar, nem pelo exercício de profissões liberais. Assim, todas as aquisições provenientes de doações, de heranças, da administração de bens do pai, e até os que procediam do exercício de artes mecânicas se incluíam nesta classe.

Pecúlio profectício era uma porção da fortuna paterna ou comum ao casal, que o filho administrava em seu nome, mas por ordem do pai.

(2) Código Civil, art. 384. Não há, no sistema do Código, a chamada substituição pupilar, que as Ordenações consagravam.

(3) Ord. 3, 9, § 3.º; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 115.

Sobre o pecúlio castrense e sobre o quase castrense, tinha o filho a propriedade plena, mas se conservavam eles sob a guarda e administração dos pais, até à maioridade dos proprietários (4). Em relação ao adventício, tinham os pais administração e usufruto, até à maioridade dos filhos (5). Mas não podiam aliená-lo, nem onerá-lo, sem autorização do juiz, salvo para pagamento de dívidas radicadas no pecúlio; para alimento seu ou do filho, na carência de outros meios; para evitar ruína do pecúlio, ou para seu melhor aproveitamento (6).

Como administrador e usufrutuário do pecúlio adventício, não era obrigado o pai a prestar caução, mas devia zelar por sua boa conservação, beneficiá-lo, defendê-lo em juízo, reivindicá-lo. Os danos ocasionados por dolo ou culpa sua, exigiam satisfação, sendo apurada essa responsabilidade, normalmente, no momento de ser entregue o patrimônio ao filho que se emancipa (Ord. 1, 88, § 6.º). E para garantia dessa entrega e dessa responsabilidade, gravava a lei os imóveis do pai com uma hipoteca (dec. de 19 de Janeiro de 1890, art. 3.º, § 3.º).

Se o pai malbaratasse, perdulário, a fortuna do filho, ser-lhe-ia retirada a administração, aliás, sem perda do usufruto (Ord., 3, 9, § 4.º) (7).

Havia, entretanto, bens pelos autores incluídos na categoria dos adventícios, que escapavam à regra geral da submissão ao usufruto e à administração do pai, e formava a categoria à parte do chamado *peculio adventício extraordinário ou irregular*.

Pertenciam a esta classe: 1.º, os bens deixados ou dados, com a condição de não aproveitar ao pai o seu usu-

(4) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 116, II.

(5) Pelo direito alemão, este usufruto não é um direito real, e, portanto, dispensa a inscrição no registro predial (ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 147, nota 5).

(6) LAFAYETTE, op. cit., § 116, III; PEREIRA DE CARVALHO, *Proc. orfanológico*, ad. 75 da ed. Macedo Soares.

(7) Vide *Projeto*, art. 401.

fruto (Ord. 4, 98, § 1.º); 2.º, os consistentes em usufruto (Ord. cit., § 4.º); 3.º, os adquiridos por doação ou legado, contra a vontade do pai (Ord. cit., § 3.º); 4.º, aqueles em relação aos quais renunciava o pai o direito de usufruto (Ord. cit., § 2.º); 5.º, os oriundos de herança materna ou paterna, quando o pai ou a mãe não tivesse feito o inventário nos prazos da lei (Ord. cit., § 6.º, e dec. de 24 de Janeiro, art. 99) (8).

Como se tratava de uma pena, nesta última hipótese, a perda do usufruto e da administração dependia de uma sentença, legalmente proferida, em termo de uma ação proposta.

O pecúlio profectício era um bem do pai. Portanto, o filho só tinha sobre ele o poder de gestão mais ou menos estensa, que lhe facultava o pai, que respondia pelas dívidas contraídas pelo filho, nessa administração, até ao valor do pecúlio. Emancipado o filho, revertia o pecúlio ao pai, salvo se este queria doá-lo a quem, até então, o administrara. E presumia-se doado, se, depois da emancipação, o pai não chamava o pecúlio a si.

A teoria dos pecúlios apareceu, no direito romano, como abrandamento pouco a pouco introduzido no rigorismo esmagador do pátrio poder. Hoje que os antigos moldes de autoridade paterna se decompueram e se transformaram, sob o impulso de mais altruística orientação, tendo o pai maior soma de deveres do que de poderes, mantendo-se a capacidade do filho apenas sob a restrição imposta por sua falta de discernimento, e expandindo-se em pleno vigor ao término da menoridade ou advento da emancipação, seria incongruência a conservação do antiquado regime dos pecúlios.

Os códigos modernos rejeitaram-no, preferindo sistemas, por certo, mais conformes com a atualidade do di-

(8) *Projeto*, arts. 369-398.

reito, mais simples, e alguns juristas pátrios julgaram-se autorizados a pô-lo de lado (9).

O Código Civil pôs de lado a doutrina dos pecúlios, ainda que alguns vestígios dela aí se encontrem (9a).

O pai, e a mãe são os administradores legais dos bens dos filhos, que se acham sob o seu poder, salvo se se tiver casado antes de fazer inventário do casal (artigo 385). Não pode, porem, alienar, hipotecar, ou gravar de onus real, os imóveis do filho, nem contrair, em nome dele, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, exceto por necessidade, ou evidente necessidade utilidade, mediante prévia autorização do juiz (artigo 386) (9b).

Achando-se no exercício do pátrio poder, o pai (ou a mãe) tem o usufruto dos bens do filho (art. 389), exceto se os bens foram deixados com exclusão desse usufruto, ou para determinado fim (art. 390). 'O pai não terá usufruto, nem administração dos bens do filho, quan-

(9) COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 304 e segs. e nota Q no fim do 1.º vol. O Código Civil português, arts. 144-149, e o chileno, art. 243 e segs., mantem o regime dos pecúlios, embora simplificado. Em outros, ainda subsistem vestígios do sistema; mas, em geral, o assunto se acha consideravelmente modificado e simplificado. Vide o Código Civil francês, arts. 384-387; italiano, 322; argentino, 287-295; espanhol, 159-166; *Projeto* COELHO RODRIGUES, arts. 2.192-2.198. A tendência é dar ao pai a administração e usufruto sobre todos os bens do filho, com exceção daqueles que são adquiridos, como diz o Código Civil francês, art. 387 "par un travail et une industrie séparés... ou donnés ou legués sous la condition expresse que leur père et mère n'en jouiront pas".

(9-a) Art. 391, II.

(9-b) Somente o filho, os seus herdeiros, ou o representante legal do filho, se durante a menoridade do filho cessar o pátrio poder do infrator do preceito acima exposto, é que podem propor a anulação do ato infringente do mesmo preceito (art. 388). Essa ação prescreve em um ano, contado do dia, em que o filho atingir à maioridade, ou do seu falecimento, se morreu menor, ou no dia em que o pai tiver decaído do pátrio poder, segundo a hipótese (Cód. Civil, art. 178, § 6.º, ns. III e IV).

do adquiridos antes do reconhecimento; ou no serviço militar, no magistério, ou em qualquer função pública; se deixados ou doados com a condição de não serem administrados pelo pai; se herdados pelo filho, quando os pais forem excluídos da herança (art. 391).

§ 75

RESPONSABILIDADE DO PAI PELOS ATOS DO FILHO

Nos atos da vida civil, se os filhos agem por mandato expresso ou por assentimento dos pais, responderão estes dentro dos limites da autorização, podendo ser demandados pela ação *quod jussu*, ou *ex mandato*. Não havendo autorização expressa, nem tácita, exime-se o pai da responsabilidade, salvo se tiver proveito do ato não consentido, porque, então, se obrigará para com os credores do filho, até a importância das vantagens auferidas, sendo-lhe aplicável a ação de *in rem verso* (1).

Responde também o pai pelos adiantamentos de mesadas aos filhos, que se acham em lugar afastado, por motivo de estudo, ou outra razão semelhante. São alimentos dados por empréstimo (Cód. Civil, art. 1.260, II).

Afora este caso, o empréstimo de dinheiro feito aos filhos-famílias é nulo, não se obrigando por eles, nem os menores mutuários, nem seus pais, nem os próprios fiadores. Outrora, *ex-vi* do senatus-consulto macedoniano, aceito pela Ord. 4, 50, § 1.º, hoje *ex-vi* do art. 1.259 do Código Civil.

(1) Consulte-se LOUREIRO, *Direito civil*, I, § 45 e notas. Ord. 4, 50, § 3.º. Não responde, porém, o pai pelas dívidas mercantis do filho, que comercia por sua autorização e segundo as prescrições legais (Cód. Com. bras., art. 1.º, § 3.º e 26. ORLANDO, nota 6 ao art. 1.º).

E' bem de ver, porem, que o pai poderá ratificar o empréstimo contraído pelo filho (Código Civil, artigo 1.260, I).

Se o filho tiver bens próprios, excluidos da administração do pai (Cód. Civil, art. 391), responderão esses bens pelo empréstimo que tiver contraído (artigo 1.260, III).

Pelos atos ilícitos do filho, sob o pátrio poder, responde o pai, se o tem na sua companhia (art. 1.521, I).

§ 76

DA SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DO PÁTRIO PODER

I — Quando aquele a quem a lei atribue o exercício do pátrio poder se acha, transitoriamente, na impossibilidade de exercê-lo, dá-se, a bem dos interesses do filho e da própria sociedade, a suspensão dessa autoridade.

A matéria da suspensão e perda do pátrio poder está regulada, atualmente, pelo Código de Menores (dec. número 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927), arts. 34 a 36.

Suspende-se o pátrio poder ao pai ou à mãe (1):

I — Condenado por sentença irrecorrível ou crime, cuja pena exceda de dois anos de prisão (Código Civil, art. 394, § único), salvo o disposto em seguida quanto à perda desse poder.

II — Que deixar o filho em estado habitual de va-diagem, mendicidade, libertinagem, criminalidade; ou ti-

(1) Art. 32.

Bibliografia: LEMOS DE BRITO, *As leis de menores no Brasil*; ALVARENGA NETTO, *Código de Menores*; SOPHIA MINEIRO, *Código dos Menores*; ATAULPHO DE PAIVA, *Justiça e assistência*; EVARISTO DE MORAES, *Criminalidade da infância e da adolescência*; FRANCO VAZ, *A infância abandonada*; MONCORVO FILHO, *História da proteção à infância no Brasil*.

ver excitado, favorecido, produzido o estado em que se achar o filho ou, de qualquer modo, tiver concorrido para a perversão deste, ou para o tornar alcoólico.

III — Que, por maus tratos, ou por privação de alimentos, ou de cuidados indispensáveis, puser em perigo a saúde do filho.

IV — Que o empregar em ocupações proibidas, ou manifestamente contrárias à moral e aos bons costumes, ou que lhe ponham em risco a saúde, a vida, a moralidade.

V — Que, por abuso de autoridade, negligência, incapacidade, impossibilidade de exercer o seu poder, faltar, habitualmente, ao cumprimento os deveres paternos.

Termina o pátrio poder:

1.º, *Pela morte do pai e da mãe* (1a). Durante a subsistência da sociedade conjugal, o pai e a mãe teem o exercício do pátrio poder.

Quando o marido se acha em lugar remoto, ou não sabido, e quando sofre interdição, a mulher assume a direção do lar e da família (1b).

Pela passagem da mãe a segundas núpcias. Receava a lei que a bínuba se deixasse influir pelo seu segundo marido, se preocupasse mais com os renovos do seu segundo leito, e descurasse da família, a que dera nascimento com o primeiro matrimônio. Enviuvando, porem, recuperava a plenitude dos direitos sobre a pessoa e bens dos filhos (2). Embora, porem, destituída do pátrio poder, não perdia o direito de ter consigo os filhos, do leito anterior, salvo se ela ou o padrasto os maltratasse (3).

1-a) Cód. Civil, art. 392.

1-b) Cód. Civil, arts. 251, I e 454.

(2) Cód. Civil, art. 393.

(3) Cód. Civil, art. 329. Discutia-se, antes do Código Civil, se à bínuba era mantido o usufruto sobre os bens do filho do leito anterior. O Código Civil resolvera a dúvida, declarando que somente ao progenitor, que exerce o pátrio poder, é concedido usu-

Pelo direito anterior ao Código Civil, era caso de perda do pátrio poder, *quando o pai ou a mãe, que tivesse filho de matrimônio anterior, se casasse, antes de fazer inventário dos bens do casal*. Além de perder, "em proveito dos filhos, duas terças partes dos bens que lhe deveriam caber no inventário do casal, se o tivesse feito antes do seguinte casamento", sofria o progenitor, nesse caso, a privação da administração e do usufruto. O Código Civil, porem, mostra-se menos rigoroso, e somente retira ao viuvo ou viuva, que se casa, sem fazer o inventário e dar partilha dos bens do casal, o usufruto dos bens dos filhos (4). Os outros direitos do pátrio poder subsistem.

2.º *Quando o filho atinge à maioridade, ou se emancipa* (5). A maioridade começa aos vinte e um anos completos.

Alguns acontecimentos operam, perante o direito, o mesmo resultado que a maioridade, determinando a *emancipação legal* dos filhos-famílias. Assim, são tidos por

fruto sobre os bens dos filhos (art. 389). Portanto, a bínuba, na constância do casamento, não tendo o exercício do pátrio poder sobre os filhos do leito anterior, estava privada do usufruto dos bens desses filhos.

(4) Cód. Civil, art. 225.

(5) Cód. Civil, art. 392, II e III. Os expostos eram declarados maiores aos 20 anos, pelo Alv. II, de 31 de janeiro de 1775. § 8.º (LIZ TEIXEIRA, *Curso*, I, pág. 330). O Cód. Civil não faz exceção para os expostos.

A menoridade termina: na Suíça, aos 20 anos (Cód. Civil, art. 14); aos 21 na Inglaterra; na França (Cód. Civ., art. 498; na Itália (art. 2); na Alemanha (Cód. Civ., art. 2); em Portugal (art. 311); no Uruguai (art. 259); na Colômbia (Cód., art. 314, n. 3); na Áustria (Cód. Civil, art. 21, atual). Aos 22 na Argentina (art. 126); aos 23 na Holanda (art. 385), e na Espanha (art. 920); aos 25 na Dinamarca e no Chile (art. 266). Nos Estados Unidos, a maioridade é, geralmente, fixada aos 21 anos, para ambos os sexos; mas, em alguns Estados, ela é reduzida aos 18 (WHARTON, § 113, n. 3). Código Civil da Rússia soviética, art. 7: A maioridade começa aos dezoito anos.

maiores os filhos-famílias casados (6). Os que exercem funções públicas, os que tiverem recebido graus científicos e os que tiverem estabelecimento civil ou comercial com economia própria, são tidos por maiores (7).

Por efeito do alistamento e sorteio militar cessa a incapacidade do menor, que houver completado dezoito anos (7a).

A emancipação ainda resulta para os menores, que tiverem dezoito anos cumpridos: da inscrição na lista dos eleitores; de concessão do pai, ou, se for morto, da mãe; de sentença do juiz, ouvido o tutor, se estiver sob tutela (8).

III — Perde o pátrio poder o pai, ou a mãe:

I — Condenado por crime contra a segurança da honra e honestidade das famílias.

II — Condenado a qualquer pena como coautor, cúmplice, encobridor ou receptor de crime perpetrado pelo filho, ou por crime contra este.

III — Que castigar, imoderadamente, o filho.

IV — Que o deixar em completo abandono.

V — Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (9).

(6) Vide o § 30. Diz-se que essa espécie de emancipação é legal, porque resulta da lei. E tanto se refere ela aos filhos-famílias, quanto aos orfãos.

(7) Cód. Civil, art. 9.º, § único, V; *Consolidação das leis civis*, art. 202, § 3.º; LAFAYETTE, *Dir. de fam.*, § 119. Ver as minhas *Observações* ao senado nos *Trabalhos* respectivos, vol. III, páginas 58 a 60, e no meu livro *Em defesa*, págs. 349 e 355.

(7-a) Dec. n. 20.330, de 27 de Agosto de 1931.

(8) Const., art. 117; Cód. Civil, art. 9, § 1.º. A emancipação solene, entre os romanos consistia, a princípio, numa venda fictícia do filho, repetida por três vezes, para romper a *patria potestas*. ANASTACIO introduziu a emancipação *per rescriptum principis*, e JUSTINIANO reformou o direito anterior, mandando que os pais se apresentassem aos juizes ou magistrados competentes, e perante eles demittissem os filhos de seu poder, *sua manu demitterent* (Inst., 1, 12, § 6.º).

(9) Código de menores, art. 32.

A perda do pátrio poder é decretada pela autoridade competente, estende-se a todos os filhos, e abrange todos os direitos, que a lei confere ao pai ou à mãe sobre a pessoa e os bens do filho (10).

Em qualquer destas hipóteses, dar-se-á um tutor ao filho, se não for caso de transmissão da autoridade paternal ao outro cônjuge.

§ 77

TRAÇOS DE LEGISLAÇÃO COMPARADA EM RELAÇÃO AO PÁTRIO PODER (*)

No direito francês, é o pai quem exerce o pátrio poder durante a vida conjugal (Cód., art. 373), salvo o caso de ausência prolongada (art. 141), alienação ou interdição. Morrendo um dos cônjuges, o pátrio poder passa ao sobrevivente, mas, ao mesmo tempo, abre-se a tutela, e, passando o viuvo ou a viuva a segundas núpcias, conserva a autoridade paternal, embora mais restritamente.

Apesar de certos rigores do Código, os melhores intérpretes hão firmado a doutrina de que o pátrio poder, no direito francês, não é mais do que o dever de educação, e que os direitos conferidos aos pais tendem somente a torná-los aptos a cumprir esse dever. Esta doutrina foi confirmada pela lei de 24 de Julho de 1889, que decretou a dissolução do pátrio poder contra os pais, ou mães, julgados indignos de exercer estes direitos, de acordo com

(10) Código de menores, art. 33.

Para a bibliografia, veja-se a nota 1 deste mesmo parágrafo.

Já o alvará de 31 de Janeiro de 1775 estatuiu: O pai, que engeita ou abandona o filho, perde o pátrio poder; nem poderá mais recobrá-lo depois.

(*) Veja-se LEHR, *De la puissance et de la tutelle paternelle, étude de législation comparée*, na *Révue de droit international et de législation comparée*, 1907, pág. 52-76.

os interesses superiores de educação e bem estar do filho (1).

Entre os direitos, que constituem o pátrio poder no direito francês, está o de correção. Se o filho tem menos de dezesseis anos, o pai tem o direito de fazê-lo deter por via da autoridade pública. Esta prisão não poderá exceder de um mês. Se o filho é maior de dezesseis anos, o pai pode somente requerer sua detenção, podendo a autoridade jurídica negá-la. O máximo de duração desta pena, que o pai pode perdoar, mas da qual não há recurso, é seis meses. A mãe também tem direito de fazer deter o filho, mas sempre por via de requisição e mediante o concurso dos dois mais próximos parentes paternos do menor. Perderá, porem, esse direito em relação aos filhos do primeiro leito, quando passar a segundas núpcias (arts. 376 a 382).

Felizmente, não conhecem nossas leis tais disposições, mais perversoras do que garantidoras.

Uma outra diferença entre o direito pátrio e o francês, neste assunto, consiste na cessação do usufruto do pai sobre os bens do filho, quando este atinge à idade de dezoito anos. Ainda neste ponto não temos que invejar o direito francês.

Finalmente, o *Code Civil* concede o pátrio poder ao pai e à mãe naturais, em virtude do princípio de que esse poder é estabelecido no interesse dos filhos; porem, esse pátrio poder não contém o direito do usufruto, nem a amplitude que, em relação às pessoas, lhe dá o casamento válido ou putativo. Disposição idêntica se encontra em outros Códigos Cívís, como no português (art. 166), e no espanhol (art. 154). Na Argentina, (Cód., art. 264), e no Chile (Cód., art. 240), a doutrina adotada é outra. Os ilegítimos não estão sob o pátrio poder, embora reconhecidos. Mas, ao passo que, na Argentina (Cód., ar-

(1) Esta lei foi completada pela de 5 de Abril de 1898. Ver PLANIOL, I, n. 2.490; HUC, *Commentaire*, III, ns. 204-233..

artigo 308), a mãe goza do pátrio poder, no Chile, o direito não lh'o reconhece (Cód., art. 240).

O Código Civil italiano deu um passo além do francês, colocando, sob esta relação, em posição idêntica, o pai e a mãe, não só quanto ao direito de correção como quanto à perda do usufruto legal pela passagem a segundas núpcias. O Código francês, nestas circunstâncias, só retira o direito de usufruto à mãe bínuba, o italiano, mais justo, estendeu a imposição ao pai bínubo (art. 232). Entretanto, se contenta com o consentimento do pai para o casamento dos filhos.

Dissolvido o matrimônio pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder passa ao sobrevivente (art. 220).

O Código Civil português (arts. 137 e segs.), como o espanhol (art. 154), atribue o pátrio poder ao pai e à mãe, a qual deve ser ouvida em tudo o que diz respeito aos interesses do filho. Mas é ao pai que, especialmente, compete, durante o matrimônio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juízo como fora dele (art. 137). No caso de ausência ou impedimento do pai, fará a mãe as suas vezes (artigo 139). No caso de abuso, os pais poderão ser punidos, na conformidade da lei penal, e inibidos de reger as pessoas e bens de seus filhos, a requerimento dos parentes ou do ministério público. Neste caso, será dado tutor ou administrador ao filho, por nomeação do conselho de família (art. 141). O direito de recolher o filho à casa de correção até trinta dias, por intermédio da autoridade pública, é também conferido pelo Código português (art. 143) e pelo espanhol (art. 156). Passando o cônjuge a segundas núpcias, deve proceder ao inventário dos bens, que pertencem ao menor, ou que tiverem de ser repartidos com ele (art. 156), sob pena de perder o usufruto a que tem direito; mas não perde a autoridade, nem o direito de administração, salvo em alguns casos, a bínuba que, aliás, não usufrue os bens o filho. O pai pode nomear, em seu testamento, um ou mais conselheiros que auxiliem a mãe,

no estado viual, com suas luzes e experiência (art. 159). Não seguindo ela os conselhos desse mentor, e se, por sua contumácia ou por qualquer outro modo, abusando de sua autoridade, prejudicar o filho, poderá ser inibida, por deliberação do conselho de família, de reger a pessoa e o patrimônio dele (art. 161).

No direito alemão, o poder paterno consiste, como diz ROTH, em relações de proteção equiparáveis à autoridade do tutor sobre o pupilo, acrescentadas com o direito do usufruto (2). Na constância do casamento, cabe ao pai o exercício do pátrio poder. Todavia, a mãe tem o direito e o dever de cuidar do filho, prevalecendo a vontade do pai em caso de desacordo (Código Civil, artigo 1.634). Compreende o pátrio poder direito sobre a pessoa e os bens do filho, mas, em relação a determinados negócios, pode ser limitada a autoridade paterna, nomeando-se um curador. Quanto à pessoa do filho, tem o pai o direito de representação, o de educação, que compreende também a parte correccional, e o de reivindicá-lo do poder de quem injustamente o detenha (arts. 1.628-1.632).

Suspende-se o pátrio poder pela incapacidade do pai, e termina pela morte ou condenação em consequência de contudo usufruir os bens do filho (art. 1.685).

Por morte do pai, ou sendo este destituído do pátrio poder por sentença judicial, dissolvendo-se o casamento, assume a mãe o exercício pleno dos direitos, que constituem a autoridade paterna (art. 1.684). Mesmo durante o casamento se há, simplesmente, suspensão do poder do pai ou impedimento, compete à mãe exercê-lo, sem contudo usufruir os bens do filho (art. 1.685).

Na Suíça, o pátrio poder é regulado pelo Código Civil, arts. 273 e seguintes. O pai e a mãe o exercem, juntamente, durante o casamento; mas, em caso de divergência, o pai decide. Falecendo um dos cônjuges, cabe ao sobrevivente o pátrio poder; dado o divórcio, compete o pátrio

(2) ROTH, *System*, II, § 169.

poder, ao cônjuge a quem foram confiados os filhos. O pai e a mãe têm o direito de correção.

O Código Civil do Perú, art. 391, dispõe: "O pátrio poder é exercido pelo pai e pela mãe, durante o casamento. Em caso de divergência, prevalece a opinião do pai". Mas o art. 392, acrescenta: "o representante legal do filho e administrador de seus bens será o pai".

Na Inglaterra, o pátrio poder também consiste no dever de criar, educar e proteger os filhos menores. Para cumprí-lo, tem o pai o direito de determinar o lugar da residência do filho, corrigí-lo enquanto menor, encarcerá-lo em sua própria casa, e, numa palavra, toda autoridade necessária para bem cumprir seu dever de educação. Em caso de abuso do pai, a lei o destitue do pátrio poder e transfere os filhos para a proteção tutelar. Demais, a Inglaterra possui, como a França e outros países, leis que asseguram à infância proteção social contra os pais desnaturalizados, ou tutores indignos e os parentes perversos, que a maltratam ou exploram (3).

Sobre os bens do filho, o pai não tem mais direito do que um tutor comum. Administra-os, colhe seus frutos, e os restitue logo que o filho chega à maioridade (21 anos). Em compensação, tem direito ao trabalho do filho, enquanto viver em sua companhia, e de indenizar-se das despesas extraordinárias, que com ele fizer.

A mãe substituirá ao pai nesses direitos e deveres, se não tiver ele nomeado um tutor; mas poderá o tutor ser apenas um auxiliar. Tudo depende da última vontade do chefe da família.

O Código soviético da família desconhece o instituto do pátrio poder, segundo o organizam as Nações do Ocidente. Há, todavia, direitos e deveres entre pais e

(3) Atos de 26 de Agosto de 1889, no *Annuaire de législation étrangère*, do mesmo ano, e de 6 de Agosto de 1897 (*The infant life protection*) no *Annuaire* deste último ano, pág. 49 e segs.

filhos. Os pais podem entender-se a respeito da religião, que o filho há de seguir; na falta de acôrdo, entende-se que o filho, até quatorze anos, não pertence a religião alguma (art. 148). Os pais exercem poderes sobre os filhos varões até dezoito anos, e sobre as mulheres até dezesseis (art. 149). O pai e a mãe exercem esse poder em comum (art. 150). Em caso de desacôrdo, decide o juiz (art. 151). Abusando de seus poderes, será destituído o pai (ou a mãe) dos direitos que a lei lhe confere (artigo 153).

O pai e a mãe são obrigados a velar pela pessoa e educação dos filhos menores, e a prepará-los para uma atividade útil (art. 154). A lei lhes confere a representação legal para a defesa dos interesses pessoais e patrimoniais dos filhos (art. 155) (4).

(4) Tem-se avolumado, ultimamente, uma corrente legislativa em benefício das crianças, vítimas dos maus costumes ou da perversão moral de seus pais, guardas e tutores. Já no correr do parágrafo, foram citadas leis francesas e inglesas obedecendo a esse intuito de proteção social. Entre nós, além das providências consignadas no dec. de 17 de Janeiro de 1894 e no *Projeto* do Código Civil cumpre lembrar um projeto de lei apresentado pelo dr. LOPES TROVÃO ao Senado Brasileiro, em 1902.

Filiam-se à mesma orientação: — as leis de Genebra, de 20 de Maio de 1891, particularmente, nos arts. 20-39 (*Annuaire de législation étrangère*, leis de 1891, pág. 727 e segs.) e de 28 de Maio de 1898 (*Annuaire*, 1898, pág. 539 e segs.); os atos de 1893, constitutivos do Cap. 45 dos estatutos da província de Ontario (Canadá) (*Annuaire*, 1893, pág. 900 e segs.) e de 1895, Cap. 52 dos mesmos estatutos (*Annuaire*, 1895, pág. 983); a lei norueguesa de 2 de Maio de 1896 (*Annuaire*, 1896, pág. 611 e segs.); a lei da Luiziana, de 7 de Julho de 1894 (*Annuaire*, 1894, pág. 908); a lei do Cantão de Valais, de 3 de Dezembro de 1898 (*Annuaire*, 1898, pág. 562).

CAPÍTULO XII

ALIMENTOS

§ 78

NOÇÃO DE ALIMENTOS — VOCAÇÃO A PRESTÁ-LOS

A palavra *alimento* tem, em direito, uma acepção técnica, de mais larga extensão do que a da linguagem comum, pois que compreende tudo que é necessário à vida: *sustento, habitação, roupa, educação e tratamento de moléstias*. A *Ord.*, liv. 1, tít. 88, § 15, o faz sentir bem nas palavras de que usa: “o que lhes for necessário para *mantimento, vestido e calçado*”. O Código Civil francês serve-se das expressões *nourrir, entretenir et élever*. O Código Civil português, art. 171, parágrafo único, acompanhado por outros, acrescenta que os alimentos compreendem também educação e instrução, se o alimentário é menor (1).

(1) O Código Civil chileno, art. 323, distingue os alimentos em *congruos*, que habilitam à subsistência modesta do indivíduo, em correspondência com a sua posição; e *necessários*, quando bastam, simplesmente, para manter a vida. Nossos civilistas chamam *civis* e *naturais*.

O direito romano consagrava a obrigação de alimentar somente em relação aos pais, ascendentes, e reciprocamente. As ordenações filipinas (liv. 4, tít. 99, e liv. 1, tít. 88) seguiram, neste ponto, a doutrina romana. O assento de 9 de Abril de 1772 ampliou a obrigação e firmou a base do nosso direito anterior ao Código Civil, que o regulou nos arts. 396 e seguintes.

A obrigação de prestar alimentos incumbe, na constância do matrimônio, ao pai e à mãe, qualquer que seja o regime do casamento, pelo dever em que estão de conservar e felicitar aqueles que fizeram vir ao mundo. Os bens comuns e os dotais devem concorrer para isso, na falta desses os bens próprios do marido, e, finalmente, os parafernais. Não cessa tal obrigação por anulação do casamento ou desquite. Se o desquite for amigavel, os cônjuges poderão convencionar, entre si, o modo de manterem os filhos comuns e farão, perante a autoridade competente, a declaração da contribuição, com que cada um deles concorrerá para a criação e educação dos mesmos filhos. Se o desquite for litigioso, o juiz que o pronunciar mandará entregar os filhos comuns, ainda menores, ao cônjuge inocente, e fixará a quota com que o culpado deverá concorrer para a educação deles (Código Civil, arts. 320, 325 e 326).

Se ambos os cônjuges forem culpados, a mãe terá direito de conservar em sua companhia as filhas, enquanto menores, e os filhos, até à idade de seis anos, quando passarão para a guarda do pai (arts. 326, §§ 1.º e 2.º).

Se todos os filhos, por determinação do juiz, couberem a um só dos cônjuges, fixar-se-á a contribuição com que deva concorrer o outro para o sustento deles (artigo 327, parágrafo único).

Morto um dos genitores, a obrigação subsiste para o sobrevivente, e, na falta deste, para os outros ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau (Cód. Civil, art. 397). Na falta de ascendentes, cabe a

obrigação aos descendentes, guardada a ordem da sucessão (2), e, faltando estes, aos irmãos (art. 398).

Os filhos ilegítimos, sejam naturais ou espúrios, tem direito a alimentos. Os primeiros, quando reconhecidos, espontaneamente ou por ação que os declare filhos de determinada pessoa; os segundos, quando a filiação resultar de confissão ou declaração escrita do pai ou de sentença não provocada pelo filho (3). Quanto aos adúlteros, podem ser reconhecidos, depois do desquite do progenitor (dec. n. 4.73 , de 24 de Setembro de 1942).

Entre casados, subsistindo o casamento, cabe precipuamente, ao marido, o dever de prover à subsistência e bem estar da mulher. Dissolvida a sociedade conjugal, por desquite amigavel, continúa o marido na obrigação de alimentar a mulher, se por demasiado exígua, a fortuna dela não for suficiente para mantê-la. Se o divórcio for litigioso, exige-se, além da condição de pobreza, mais a inocência da mulher, para que tenha direito a alimentos da parte do marido (4).

Em regra, os alimentos são somente devidos, se o alimentário não tem recursos e está impossibilitado de prover à sua subsistência, e quando o alimentador possui bens além dos necessários para a sua própria sustentação. Este princípio é comum a todas as legislações. Excetuam-se os casos do filho menor em relação ao pai, e da mulher em relação ao marido, cujo direito é mais imperioso, é ab-

(2) No Egipto, às filhas e não aos filhos incumbia a obrigação de proverem ao sustento dos pais (PAULY, *Realencyclopaedie*, apud LEIST, *Graecoitalische Rechtgeschichte*, I, pág. 13).

(3) FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 222 e nota 18; Cód. Civil, arts. 398 e 405.

Na Grécia antiga, não tinham os filhos de cortezãs a obrigação de manter seus progenitores, como também estes se eximiam de todos os deveres paternos. Resultavam desse facto exposições frequentes de crianças, que se confiavam aos cuidados de estranhos ou da República.

(4) Cód. Civil, art. 320.

soluto. E' certo, entretanto, que a mulher afortunada deve prover à subsistência do marido carecente, como é de razão, e o preceituaram, expressamente, alguns Códigos, como o do Chile, art. 134, o do Uruguai art. 129, e outros.

Pelo direito anterior ao Código Civil, cessava, para os pais, a obrigação alimentar: 1.º, se contra eles haviam cometido os filhos alguma ingratitude, pela qual pudessem ser desherdados; 2.º, se, sem justa causa, abandonassem a casa dos pais, faltando-lhes com os obséquios e respeitos devidos; 3.º, se casassem contra a vontade dos pais, não tendo sido a falta do consentimento suprida pelo juiz (5). Para os irmãos cessava, quando o alimentário se retirava da casa do irmão, a quem os pedira, e quando se casava sem consentimento dos pais comuns.

O Código Civil não manteve esses preceitos.

Há duas regras, que dominam o instituto de alimentos: — *Devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada* (Código Civil, art. 400). — *Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos* (art. 404).

O Código Civil português estabeleceu, a este respeito, regras semelhantes às do direito pátrio antigo; mas estendeu a obrigação de alimentar, em favor dos filhos legítimos menores de dez anos, aos transversais até dez graus de afastamento (art. 177). Em regra geral, extingue-se o dever de prestar alimentos nos casos, em que é admitida a desherdação (art. 179). Cessa igualmente, quando a necessidade deles resulta de procedimento reprovável do alimentado. Se, porém, sua emenda já não puder fazer com que deixe de carecer dos alimentos, o ato reprovável será tido em consideração somente para se lhe diminuir os alimentos (art. 180).

O direito civil francês torna extensiva a obrigação recíproca de alimentar a certos parentes afins como sogros,

(5) T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 170, §§ 3.º, 4.º e 5.º.

genros e noras (Cód. Civil, art. 206) e lembra a existência dela entre o adotante e o adotado (art. 349); mas isenta os colaterais desse encargo. Quanto aos ilegítimos, houve lacuna no Código Civil, mas a jurisprudência e a doutrina estabelecem que o pai e a mãe devem alimentos a seu filhos naturais reconhecidos, tendo direito à reciprocidade, e sem essa reciprocidade devem-nos aos adúlteros e incestuosos, cuja filiação for judicialmente provada, embora por meios indiretos (6).

Cessa a obrigação alimentar, como em nosso direito, quando desaparece a necessidade, ou quando o alimentador não está mais em condições de cumprí-la (Código, art. 209).

Cessa também, quando a sogra passa a segundas núpcias, ou quando morrem o cônjuge, que produzia a afinidade e os filhos nascidos de sua união com o outro.

O Código Civil alemão consagra a obrigação alimentar dos pais e ascendentes (arts. 1.601-1.615), em favor dos legítimos descendentes, dos legitimados e dos filhos adotivos, providência para os casos de divórcio (artigo 1.585), refere-se aos cônjuges (arts. 1.360 e segs) e ocupa-se da reciprocidade entre parentes de linha reta.

Esta instituição não existia, de modo claro e distinto, no Código de Zurich. A obrigação de auxiliar os indigentes, que compete à sua família, é regulada pelas leis de assistência. Somente os parentes em linha reta estavam na obrigação de auxiliar-se fora dos casos em que pode ser reclamada a assistência pública. Cessava esse dever para a família, por atos de desrespeito à piedade e à honra pessoal ou da família. Porém, mesmo neste caso, o dever normal de assistência por causa de indigência continuava a subsistir (arts. 441-442).

(6) LAURENT, *Cours*, I, n. 194; PLANIOL, *Traité*, I, n. 2.055. Ver também HUC, *Commentaire*, II, ns. 210-215.

No cantão dos Grisões (Cód., art. 68), a dívida alimentar era regulada de modo mais completo. Eram por ela obrigados os ascendentes, os descendentes e os irmãos.

Com esta feição, passou para o Código Civil o instituto, que aí é denominado *dívida alimentar* (art. 328).

O Código Civil uruguaio (arts. 116-126) manteve-se nos moldes do francês, estendendo a mutualidade alimentar aos parentes afins, dentro de certo grau, mas afastou-se do modelo chamando os irmãos ao cumprimento desse dever. O argentino (arts. 367-368) já, precedentemente, havia adotado o mesmo sistema, que obtivera as preferências do *projeto* de Goyena (7). O chileno (artigos 221 e 337) exclue os parentes afins, e confere direito unilateral de pedir alimentos ao doador empobrecido e ao religioso egresso. Além disso, acrescenta este último Código que, somente ao cônjuge, aos descendentes, ao doador e ao religioso egresso, são devidos alimentos congruos.

Na Inglaterra, os colaterais e os afins não são chamados à prestação de alimentos, exceto em relação a estes últimos, os padrastos, na hipótese de se acharem os filhos de sua mulher, anteriores ao enlace conjugal, sejam legítimos, sejam ilegítimos, em luta com a miséria. Além disso, a lei dos pobres providencia, cuidadosamente, para que não se vejam os indivíduos em completo abandono, impõe penas aos pais desnaturados, autorizando a venda forçada de bens dos parentes abastados para subministrarse o pagamento da dívida alimentar. E estatutos mais recentes impõem, aos pais e a todas as pessoas incumbidas da educação de crianças, a obrigação de pagarem uma certa

(7) A ordem estabelecida no *Projeto* COELHO RODRIGUES, artigo 196, é a seguinte: "A obrigação de prestar alimentos incumbe: 1.º, ao outro cônjuge; 2.º, aos descendentes; 3.º, aos ascendentes; 4.º, ao genro e à nora; 5.º, ao sogro e à sogra; 6.º, finalmente, aos irmãos".

O *Projeto primitivo* (arts. 404-405) manteve o direito vigente, deixando a distinção entre a linha materna e a paterna. A proximidade do grau é o princípio regulador.

soma, todas as vezes que essas crianças forem recolhidas a uma casa de correção ou a uma escola industrial (8).

§ 79

FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS E AÇÃO PARA OBTÊ-LOS

A obrigação de alimentar, se cumpre por meio de prestações periódicas de uma certa soma, cuja fixação se determina, judicialmente, segundo os recursos do devedor e as necessidades do credor (1).

A pensão de alimentos, seja mensal, trimensal ou anual, paga-se em dinheiro, em gêneros, por meio de rendimentos de prédios (2), conforme as circunstâncias. O direito francês estatue que esta pensão seja em dinheiro, salvo se o devedor não se acha em condições de prestá-la por esse modo, porque, então, o juiz autorizará a fornecer os alimentos em gêneros ou em natureza, abrigando o alimentário em sua própria casa (Cód., art. 210). Esta regra não se aplica aos pais quando teem de alimentar seus filhos, ainda que maiores. A lei lhes dá a faculdade de chamar o filho, desde logo, para a casa, sem a necessidade de justificarem falta de outros meios, salvo se o juiz enten-

(8) GLASSON, *Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre*, página 215.

(1) Cód. Civil, art. 400. Ord. 1, 88, § 15; D. 25, 3, fr. 5, § 7.º; Código Civil francês, arts. 208-209; italiano, 432; uruguaio, 122; alemão, 1.602, 1.ª al., 1.603; austríaco, 143; argentino, 372; português, 178; espanhol, 147; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 137.

(2) Os alimentos expressamente consignados em imóvel por cláusula testamentária ou contratual, constituem vínculo real, Cód. Civil, art. 674, VI. Aquí se trata, porem, particularmente, dos alimentos devidos *jure sanguinis*, e não daqueles que se originam de convenções ou de última vontade, os quais obedecem a princípios diferentes, não constituindo, como os legais, uma figura jurídica à parte.

der que os interesses da moral e a dignidade do filho não lhe permitem aceitar esta cohabitação. Nossos escritores falam também de uma justa causa para os filhos apartarem-se da casa paterna, nestas circunstâncias (3).

O nosso Código Civil, art. 403, permite à pessoa obrigada a suprir alimentos, a dar certa soma, ou, se preferir, fornecer hospedagem e sustento. Compete, porém, ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a maneira da prestação devida (art. cit., parágrafo único).

Tanto pelo nosso quanto pelo direito português (Cód., art. 181) e pelo francês (Cód. Civil, art. 209), os alimentos podem ser aumentados ou diminuídos, ou mesmo dispensados, na razão da necessidade do credor e rendimentos do devedor (4).

A obrigação de prestar alimentos não é solidária, nem indivisível, porque, como diz LAURENT, não há solidariedade sem declaração expressa da lei, nem obrigação indivisível que recaía sobre objeto divisível.

O direito estabelece, como ficou indicado, uma ordem, segundo a qual as pessoas são sucessivamente chamadas à prestação dos alimentos. Porém, mesmo assim, podem concorrer muitas pessoas, que estejam colocadas no mesmo grau para o cumprimento dessa obrigação. Neste caso, a dívida alimentar será dividida entre todos os co-obrigados, em quotas proporcionais aos seus haveres.

Esta quota constitui uma dívida especial, que não se transmite aos herdeiros do devedor (Cód. Civil, artigo 402).

(3) Si recedant ob novercas, vel ob inimicitias cum alio fratre, aut propter litem cum patre, vel ob culpam ejusdem patris, qui sit forte nimis saevus; meretrices aut collusores male morigeratos in domo habet, filiumve ipsum a domo vel mensa egerit (AROUÇA ao fr. 3 D. de eis qui sunt sui, n. 3).

(4) Cód. Civil brasileiro, art. 401. Igualmente pelo Código Civil italiano, art. 434; espanhol, 147; uruguaio, 125; mexicano, 224, e por outros ainda.

A ação de alimentos era sumária, se se pediam *futuros*, e ordinária, se se pediam *pretéritos*, ou quando os alimentos não eram devidos por direito de sangue (*jure sanguinis*) (5).

Proposta a ação, e em qualquer estado da causa, poderá o autor pedir ao juiz que obrigue o réu a prestar-lhe alimentos provisionais, durante a lide (*alimenta ad litem*). E' necessário, porem, que justifique, sumariamente, o parentesco alegado e a pobreza. Depois do que o juiz arbitrará a quota devida, que há de ser paga com antecipação.

São pouco comuns estes pedidos de alimentos provisionais. T. DE FREITAS dizia que, no seu tempo, não conhecera exemplo deles, em nosso fôro (6). Salvo em casos de desquite, creio que continua a ser exata a observação do insigne jurista (7).

(5) CORREIA TELLES, *Doutrina das ações*, § 99, e nota 502 da ed. de T. DE FREITAS.

(6) TEIXEIRA DE FREITAS, loc. cit., nota 489, *ad.*

(7) Sobre alimentos provisionais na ação de divórcio, veja-se PAULO DE LACERDA, no *Direito*, vol. 102, págs. 345-347.



CAPÍTULO XIII

DA TUTELA

§ 80

NOÇÕES DA TUTELA

Tutela é o encargo civil conferido a alguém pela lei, ou em virtude de suas disposições, para que administre os bens, proteja e dirija as pessoas dos menores, que não se acham sob a autoridade de seus pais ou mães, quando a estas competem direitos, que a lei atribue aos pais sobre a pessoa e os bens dos filhos (1).

O direito romano antigo conhecia uma tutela dos impúberes e outra das mulheres, com exclusão das vestais (2). Os púberes menores estavam em curatela, cujo conceito é diverso.

(1) O nome, com que o antigo direito português designava este instituto, era — *guarda*; e *guardadores* chamavam-se os tutores (Ord. Af., 4, 82; LOUREIRO, *Dir. civ. bras.*, § 161, nota).

(2) O direito indiano também mantinha a mulher, segundo a lei de Manú, em uma tutela perpétua. Durante a infância, achava-se sob a guarda do pai; sob a do marido, depois de casada; e sob a dos filhos maiores, na viuvez, para que, em tempo algum, se não pudesse dirigir por seu arbítrio. E é ao elemento religioso, tão pre-

A tutela parece ter sido criada mais para impedir a dissipação da fortuna, que devia passar para os agnados, sendo como era o direito de tutela intimamente ligado ao de sucessão: *ubi emolumentum successionis, ibi onus tutelae*. Os agnados, porém, só eram chamados a gerir a tutela, se o pai por testamento não havia nomeado tutor para seu filho. Subsidiariamente, o pretor nomeava um tutor, que era chamado atiliano.

Com o evolver da sociedade, firmando-se mais poderosamente as relações nacionais e públicas em substituição aos estreitos vínculos da sociedade familiar, a tutela da mulher desapareceu e a dos impúberes foi adquirindo seu caráter de verdadeiro *jus alium tuendi* e de *munus publicum*.

Sua aceitação é imposta, salvo escusa legal, quer se trate da testamentária, quer da legítima ou dos agnados, quer da dativa (atilianiana).

Chegando o menino à puberdade, extinguiu-se a tutela.

Eram, no último período do direito romano, incapazes de exercer tutoria: os escravos, os estrangeiros, as mulheres, os dementes, os pródigos, os surdos-mudos, os menores (3), os bispos, os monges, os inimigos do pupilo ou de seu pai, os soldados em serviço, os credores ou devedores do pupilo, os que com ele sustentassem qualquer demanda, aqueles aos quais fóra interdita a tutela pelo pai, e os judeus em relação aos cristãos.

Para os escravos, abriu-se uma exceção: se o senhor nomeava seu escravo tutor de seu filho. Igualmente, a

ponderante no direito indú, que devemos, principalmente, atribuir essa pupilagem perpétua da mulher. Ainda no direito germânico a mesma concepção dominava.

Vide mais os §§ 2.º e 26 deste livro.

(3) No direito primitivo encontra-se a anomalia de poderem os impúberes e os mentecaptos do sexo masculino ser tutores das mulheres.

incapacidade sexual encontrava uma exceção, quando a mulher era mãe ou avó do pupilo.

Nosso direito atual é o direito romano com algumas ligeiras modificações. O Código Civil (art. 406), considera tutores os que velam sobre a pessoa e os bens dos menores. Desapareceu a distinção entre tutores e curadores de menores.

E' a tutela encargo público, porque é a sociedade que, no interesse dos menores, lhes dá um defensor e guia, em substituição aos que perderam na pessoa de seus pais. Devem, portanto, incidir em tutela: 1.º, os filhos legítimos, órfãos de pai e mãe; 2.º, os filhos legítimos, órfãos de pai, e cuja mãe é bínuba ou passou a segundas nupcias; 3.º, os filhos-famílias menores cujos pais e mães se acham impossibilitados de exercer o pátrio poder, por incapacidade moral, ou ausência em lugar remoto ou não sabido; 4.º, os enjeitados, os abandonados e os ilegítimos não reconhecidos, órfãos de mãe (4).

(4) Cód. Civil, arts. 379, 383, 393 e 406. Era questão muito debatida entre nós, se a mãe natural exercia o pátrio poder, e, assim, os seus filhos não necessitavam de tutores, enquanto as tivessem para protegê-los. Em sentido favorável, pronunciaram-se: o Tribunal da Relação do Maranhão, em acórdão de 25 de Novembro de 1895 (*Jurisprudência* do citado Tribunal), sendo relator do feito o notável cultor das letras jurídicas, desembargador CUNHA MACHADO; o Supremo Tribunal de Justiça do Amazonas, em acórdão inserto no *Direito*, vol. 82, pág. 190; a Relação da Baía, em luminoso acórdão publicado no *Direito*, vol. 87, págs. 657-660; o dr. GABRIEL FERREIRA, em valioso parecer estampado no *Direito*, vol. 83, páginas 473-480, etc.

Doutrina oposta aceitaram: o acórdão do Supremo Tribunal Federal, em 29 de Julho de 1898 (*Direito*, vol. 76, pág. 82); o acórdão do Tribunal da Relação do Maranhão, de 25 de Outubro de 1898 (*Jurisprudência* do mesmo Tribunal, vol. 9, págs. 44-47); o acórdão do Tribunal Civil e Criminal da Capital Federal, de 25 de Outubro de 1900 (*Direito*, vol. 73, pág. 400); o dr. RAJA GABAGLIA em observações insertas na *Revista de Jurisprudência*, vol. I, páginas 222 e 224; e o acórdão do Tribunal de Apelação da Baía, pro-

1.º *Testamentária*, feita em testamento ou codicilo pelo pai, ou mãe, no exercício do pátrio poder; ou

ferido a 19 de Novembro de 1895 (*Revista de Jurisprudência*, vol. 2, págs: 287-295), etc.

Nas edições anteriores deste livro, sustentei que o dec. n. 181, de 24 de Janeiro, alterara profundamente o direito civil pátrio, nesta parte, concedendo à mãe viuva, não binuba, os direitos constitutivos do poder paterno e exigindo do filho que impetrasse licença à sua mãe natural, quando tivesse de casar. A primeira das alludidas reformas elevou a mulher, conferindo-lhe direitos, que, anteriormente, lhe eram negados, aproximando-a da condição civil do homem. A segunda estendeu as vantagens da primeira à mãe natural. De fato, leiam-se e comparem-se os arts. 7.º, § 7.º, 14 e 18 do citado decreto, e lúcida resultará a idéia propugnada.

São prohibidos de casar, determinava o art. 7.º, § 7.º, — as pessoas que *estiverem sob o poder* ou sob a administração de outrem, enquanto não obtiverem o consentimento ou o suprimento do consentimento.

Acrescentava o art. 14 que o impedimento do art. 7.º, § 7.º, poderia ser oposto pela pessoa de cujo consentimento dependesse um dos contraentes, e o artigo 18, estabelecia que a mãe natural era uma dessas pessoas de cujo consentimento podia depender um dos contraentes.

Ora, se o casamento necessitava da prévia autorização da mãe natural (art. 18), e se a pessoa, cujo consentimento é necessário, exercia sobre o nubente, poder ou administração, segundo se exprime o art. 7.º, § 7.º, claro era que a mãe natural havia de ter um desses dois atributos. Mas administrador das pessoas, na linguagem da lei, é curador, e os casos de curadoria são os de prodigalidade ou alienação mental; portanto à mãe devia competir outra razão de autoridade. Esta não podia ser senão o pátrio poder.

Dir-se-ia que se collocava, desse modo, a mãe natural em melhores condições do que a legítima. Respondia-se, porem, a essa objecção, fazendo notar que a qualidade de mãe coloca a mulher nas melhores condições para dirigir a pessoa e os bens do filho, e por isso bem fizera a lei chamando-a, quando viuva, ao exercício do pátrio poder. Durante a vigência do casamento, à mãe legítima recusava a lei o pátrio poder, porque não queria diminuir a autoridade do pai, que é o chefe da família. A mãe natural está nas condições da viuva, que não passa a segundas núpcias; pode por isso, dedicar-se à educação de seus filhos, sem ser nessa nobre função perturbada pela autoridade do marido e, consequentemente, não havia razão

pelo avô, sendo já falecidos o pai e a mãe do menor (5). Independem de confirmação do juiz as nomeações de tutores feitas por essas pessoas. Se, porem, o pai natural nomeasse tutor para seu filho em testamento, era preciso, pelo direito anterior, que o juiz confirmasse a nomeação para produzir efeitos jurídicos.

A nomeação tambem pode ser feita por outro documento autêntico (Cód. Civil, arts. 407 e 408).

2.º *Tutela legítima*, deferida aos parentes, segundo a ordem da proximidade em graus, sendo, em primeiro lugar, preferido o avô, depois a avó, se quizer, e viver honestamente (6). De acordo com o direito romano, tem-se

para arredá-la, e em seu posto colocar um estranho, que não poderá, normalmente, ter pelos menores o mesmo interesse.

Depois, na ausência de uma disposição expressa de lei, o que se reclamava para a mãe natural eram os direitos decorrentes de sua qualidade de mãe, e os quais constituem os elementos do pátrio poder, isto é, o direito de conservar os filhos em sua guarda e o de educá-los. O usufruto sobre os bens do filho é prerrogativa normalmente conferida por lei ao progenitor legítimo, quando exerce o pátrio poder, mas nada impede que seja atribuído ao ilegítimo, no caso de que aquí se trata.

Finalmente, se a mãe ilegítima for incapaz, moralmente, de ter os filhos sob sua guarda e direção, compete ao juiz dar-lhe tutor, como daria se fosse ela viuva, como daria, tratando-se de pai legítimo.

O Código Civil solveu esta dúvida determinando, no art. 379, que o filho ilegítimo, legalmente reconhecido, está sob o pátrio poder do pai; e, no art. 383, que, não sendo reconhecido o filho pelo pai, exercerá sobre ele o pátrio poder a sua mãe.

(5) Este direito do avô, consagrado no Código Civil, art. 407, como fora na Ord. 4, 101, § 1.º, é reminiscência do direito romano, que se não compadece com o estado atual do nosso.

(6) A mãe sobrevivente, não sendo bínuba, tem o pátrio poder enquanto não passa a segundas núpcias. (Dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 94). Deste modo, ampliadas as atribuições da mãe de família, avultaram tambem as suas obrigações e responsabilidades.

Mas, se essa cominação da perda da administração dos bens deve ferir a mãe bínuba, haverá a mesma razão para ferir o pai que contrai segundas núpcias? BRIDEL reclama um tratamento igual para os dois cônjuges; mas, incontestavelmente, a influência do segundo

entendido, diz LAFAYETTE, apoiado em LOBÃO e BORGES CARNEIRO, que a *Ord.*, 4, 102, § 3.º, somente convida a avó para o exercício da tutela, na ausência de avô, quer paterno, quer materno. E' também esse o pensar de LOUREIRO; nem seria razoavel uma excepcional precedência do sexo feminino, neste caso particular. O Código Civil, artigo 409, I, pôs clara a ordem, em que devem ser chamados os avós, para a tutela dos netos.

Entre os outros parentes, são preferidos os mais chegados e os mais idôneos: os irmãos, preferindo os bilaterais aos unilaterais, o do sexo masculino ao do feminino, o mais velho ao mais novo (art. 409, II); os tios, na falta de irmãos, sendo preferido o do sexo masculino ao do feminino, e o mais velho ao mais moço (artigo citado, III).

O parente que, sem justa causa, se escusasse da tutela perdia o direito de suceder ao menor, no caso deste falecer na idade pupilar (*Ord.*, 4, 102, § 6.º). O Código Civil não manteve esta exclusão.

3.º *Tutela dativa*, conferida pelo juiz, na falta de tutoria testamentária e não havendo parentes do órfão, com a precisa idoneidade, a um estranho, residente no domicílio do menor, que esteja nas condições de bem gerir os bens e dirigir a pessoa do mesmo (7). O juiz de órfãos, dentro de um mês, a contar do dia, em que o menor entrou em orfandade, ou do dia em que sua mãe passou a segundas núpcias, ou daquele, enfim, em que se achou privado de seus protetores naturais, por qualquer circunstância, deve providenciar para que não fique ele, nem

matrimônio é mais poderosa para a mulher do que para o homem. Em todo o caso, é justo, como fez o Código italiano, art. 232, que se retire, ao binubo de qualquer sexo, o usufruto legal sobre os bens do filho do leito anterior.

(7) O juiz competente para dar tutor ao órfão é o de seu domicílio (*Revista forense*, vol. V, 1906, pág. 33 e segs.).

a sua fortuna, ao desamparo, nomeando-lhe um tutor capaz.

A nomeação do tutor far-se-á logo que ocorra a causa da tutela; mas o tutor testamentário entrará em exercício depois de cumprir-se o testamento, que os houver instituído (Cód. do Processo Civil, art. 600).

§ 81

DA INCAPACIDADE PARA EXERCER A TUTELA

Não podem ser tutores (1):

I. Os que não tiverem a livre administração de seus bens. II. Os que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este; e aqueles cujos pais, filhos, ou cônjuge tiverem demanda com o menor. III. Os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes, expressamente, excluídos da tutela. IV. Os condenados por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade, tenham ou não cumprido a pena. V. As pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade e as culpadas de abuso em tutorias anteriores. VI. Os que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela.

O estrangeiro achava-se, igualmente, afastado do exercício da tutela sobre um nacional (2); mas, diante da igualdade estabelecida pelo art. 72 da Constituição federal, entendia-se que essa proibição não se referia ao estrangeiro residente no país (3). O Código Civil tor-

(1) Cód. Civil, art. 413.

(2) Aviso de 8 de Junho de 1837; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 148; LOUREIRO, *Dir. civ.*, § 163; PIMENTA BUENO, *Dir. int. priv.*, § 85.

(3) CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, art. 1.652. Não há razão, diz FIORI, para excluir o estrangeiro das funções tutelares, e o direito italiano o não exclue (*Droit int. privé*, I, n. 467).

nou clara a capacidade do estrangeiro para o encargo da tutela.

Ainda aos doutores em direito ou em medicina era interdita a tutoria pela *Ord.*, 4, 104, § 5.º. Mas uma tal disposição, desarrazoada na atualidade, já perdera, de todo, a sua força pelo desuso, que o soterrara (4), antes mesmo do Código Civil.

Finalmente, a mulher, de modo geral, era excluída da tutela, exceto a avó, se, viuva honesta, renunciasse o benefício veleiano.

§ 82

DAS ESCUSAS

Aqueles, a quem a lei não interdiz o exercício da tutela, poder-se-ão, entretanto, escusar dela, se em seu favor militarem as razões que ela considera aceitáveis para esse efeito. Sem uma condição, a tutela impõe-se, porque é um encargo, um *munus* público.

As escusas de nosso direito são ainda as do direito romano, com alterações de pequeno valor.

Assim, estão dispensados do encargo da tutela testamentária, legítima ou dativa (1): os que tiverem a seu cargo mais de cinco filhos; os maiores de 60 anos; os enfermos temporários de moléstia grave, enquanto durarem os efeitos da moléstia; os que habitarem longe do lugar,

(4) LAFAYETTE, op. cit., § cit.; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota ao art. 262, § 7.º. Por direito romano, os doutores tinham uma escusa, mas não eram feridos de incapacidade.

(1) Cód. Civil, art. 414. Para o direito anterior: *Ord.* 104, 88, §§ 1.º a 4.º; LAFAYETTE, op. cit., § 146; LOUREIRO, op. cit., § 177; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 263.

Nesta edição se deixa de incluir a mulher, entre os que podem escusar-se da tutela, porque não há mais fundamento para esta exceção.

onde se haja de exercer a tutela; os que já exerceram tutela (1a) ou curatela; os militares em serviço.

Quem não for parente do menor, não poderá ser obrigado, a aceitar tutela, se houver no lugar parente idôneo, em condições de exercê-la (2).

O direito romano ainda continha algumas escusas que haviam sido recebidas pela prática do fôro e pelos tratadistas, como fossem: a administração de três tutelas (*Inst.*, 1, 25, pr.); e a ausência a serviço público (*Inst.*, cit., § 2.º). As Ordenações, por sua vez, se referiam aos magistrados e auxiliares da justiça.

As escusas devem ser alegadas dentro de dez dias, a contarem-se da intimação feita ao que, sendo nomeado tutor, se acha em alguma das condições previstas pela lei. Descurando-se de fazer valer seu direito em tempo, entende-se que fez renúncia dele (3). Em geral, porém, é preciso notar, as escusas, embora ocorridas depois de aceita a tutela, podem ser utilizadas, contando-se o prazo do dia em que sobrevier.

§ 83

GARANTIAS DA TUTELA

Deferida a tutela, e não havendo escusa a opor, deve, desde logo, entrar o tutor em funções, sob pena de responder por perdas e danos. Essa entrada em funções consiste no compromisso prestado, perante o juiz, de bem gerir a tutela e no recebimento, por inventário, do patri-

(1-a) Os tutores nomeados nos casos do Código de Menores, arts. 41 a 44 não são obrigados a aceitar a tutela, e, aceitando-a, serão dispensados da hipoteca legal, se o menor não tiver bens.

(2) Cód. Civil, art. 415.

(3) Código Civil, art. 416. LAFAYETTE, op. cit., § 149, apoiado em LOBÃO, *Ac. sum.*, § 383, nota.

mônio do pupilo. Antes, porem, de assumir a tutela, é obrigado o tutor a especializar, em hipoteca legal, que será inscrita, os imoveis necessários, para acautelar, sob a sua administração, os bens do menor (1).

Se os imoveis do tutor não valerem o patrimônio do menor, reforçará o tutor a hipoteca, mediante caução real ou fideijussória; salvo se para tal não tiver meios, ou for de reconhecida idoneidade (2).

O juiz responde, subsidiariamente, pelos prejuizos, que sofra o menor, em razão da insolvência do tutor, de lhe não ter exigido a garantia legal, ou de o não haver removido, tanto que se tornou suspeito (3).

A responsabilidade será pessoal e direta, quando o juiz não tiver nomeado tutor, ou quando a nomeação não houver sido oportuna (4).

A hipoteca legal do tutor, como outra qualquer não vale contra terceiros, não estando inscrita e especializada (5).

§ 84

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO TUTOR

I — A mais importante obrigação do tutor é, sem dúvida alguma, a de sustentar e educar o órfão, e dela se desempenha ele segundo os ditames a moral, da razão esclarecida e do direito, no que o auxilia e fiscaliza o juiz, como representante imediato da sociedade e depositário da autoridade pública.

(1) Cód. Civil, art. 418 e 827, IV. Ord. 4, 102, pr. e § 5.º; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 251 e notas; LAFAYETTE, *Dir. de família*, § 150.

(2) Cód. Civil, art. 419.

(3) Cód. Civil, art. 420.

(4) Cód. Civil, art. 421.

(5) Cód. Civil, art. 828.

A criação do órfão poderá ser feita em companhia dos parentes mais próximos, mas compete ao tutor, sob a fiscalização do juiz, resolver a respeito (1).

A educação intelectual e profissional será dada, como dizia a *Ord.*, 1, 88, § 15, "segundo a qualidade de suas pessoas e bens". Mas a instrução primária, sendo como é gratuita, não deverá ser recusado aos órfãos de qualquer condição.

Aqueles que possuem bens serão alimentados e educados à própria custa, arbitrando o juiz as quantias que para tal fim julgar necessárias, na proporção dos rendimentos do órfão, se, porventura, o pai não tiver providenciado nesse sentido, em seu tratamento (2).

Aqueles órfãos, que não possuírem bens, poderão ser alimentados por seus parentes, segundo os preceitos do direito (3). Aqueles, porem, que não tiverem parentes abonados, ou serão dados à soldada (4), ou recolhidos em asilos de meninos desvalidos (5), ou nos arsenais (decreto de 29 de Dezembro de 1837).

(1) Cód. Civil, art. 422. *Ord.* 1, 88, §§ 10, 11, 15 e 16; CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, art. 1.654, pr. e §§ 1.º a 3.º.

(2) Cód. Civil, art. 425. *Ord.* 1, 88, § 15. CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 1.654, § 4.º.

(3) Vide § 78 deste livro.

(4) Nem o juiz de orfãos (nem o escrivão) pode tomar para si, em soldada, orfãos de sua respectiva jurisdição (*Ord.* 1, 88, § 14).

(5) O dec. de 9 de janeiro de 1875 deu regulamento para essa espécie de asilos. Diz o seu art. 1.º: "O asilo é um internato destinado a recolher e educar meninos de 6 a 12 anos de idade". Depois de completa a educação, permanecerão ainda no asilo esses meninos, trabalhando nas oficinas por três anos. Metade do produto de seu trabalho será recolhido à *Caixa Econômica*, para lhes ser entregue por ocasião da sua saída (art. 5.º).

Os menores abandonados e delinquentes são recolhidos aos *Abrigos de menores*, enquanto não se lhes dá destino definitivo (Código de Menores, art. 189).

A idade, em que devem ser os orfãos dados à colada, é de doze anos, em virtude do art. 101 do Código de Menores. Aliás, entre doze e quatorze anos, os menores não podem ser ocupados, se ainda não tiverem completado a sua instrução primária, salvo se a autoridade competente considerar necessário o trabalho do menor para a subsistência dele, dos pais, ou irmãos, contanto que recebam a instrução escolar, que lhes seja possível (Cód. cit., art. 102).

Antes da idade de quatorze anos, os menores não podem ser admitidos nas usinas, manufaturas, estaleiros, minas ou qualquer trabalho subterrâneo, pedreiras, oficinas (5a), ainda quando esses estabelecimentos tenham caráter profissional ou de beneficência (art. 103). Exceção fazem-se os estabelecimentos, em que são empregados somente os membros da família, sob a autoridade do pai, da mãe ou do tutor (art. cit., § 2.º).

São proibidos aos menores de dezoito anos os trabalhos perigosos à saúde, à vida, a moralidade, excessivamente fatigantes ou que excedam suas forças (art. 105).

Antes da idade de dezoito anos não podem os operários e aprendizes ser empregados em trabalhos noturnos (art. 109).

Os menores do sexo masculino, de menos de dezesseis anos e os do feminino, antes de dezoito, não podem ser empregados como atores, ou figurantes, em representações públicas (art. 111).

II — Cabe, em segundo lugar, ao tutor administrar tão zelosamente os bens do pupilo como se fossem próprios. E, portanto, cumpre-lhe conservá-los, utilizando-os do melhor modo, desenvolvê-los e consolidá-los.

(5-a) Na indústria, em geral, diz o dec. n. 22.042, de 3 de novembro de 1932, que estabelece as condições do trabalho dos menores na indústria, e que modificou algumas das disposições do Código de Menores.

Para arrendar os bens de raiz do pupilo, deverá pedir a intervenção do juiz, que ordenará a licitação em hasta pública (Cód. Civil, art. 427, V). Mas, não aparecendo uma proposta aceitável, ou por derisória no valor ou por desprovida de garantias, quer de ordem econômica, quer de ordem moral, ao tutor cumpre administrá-los por si.

Quando for danosa ou improdutiva a conservação dos moveis, tanto corpóreos quanto incorpóreos, requererá o tutor ao juiz para que sejam eles alienados em praça (5b).

Os imóveis consideram-se como de mais sólida segurança, e, por isso, devem ser conservados, salvo: a) alienação forçada por necessidade ou utilidade pública; b) quando houver manifesta vantagem, diz o art. 429. Mais rigoroso, o direito anterior exigia inescusável necessidade para alimento do pupilo, para pagamento de dívidas, ou outro fato semelhante, quando fosse inadiável e não existissem outros bens. Mas, ainda assim, estas alienações devem recair, de preferência, sobre os bens de mais difícil aproveitamento, exigem autorização do juiz, e requerem hasta pública assistida pelo tutor (Cód. Civil., art. 429; *Ord.*, 1, 88, § 26) (6).

Ainda necessita o tutor da autorização do juiz: a) para ocorrer às despesas com a conservação e melho-

(5-b) Cód. Civil, art. 427, VI; *Ord.*, I, 88, § 23; av. de 12 de Julho de 1844; CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, art. 1.660., Providenciará o juiz para que a importância das arrematações seja logo recolhida à Caixa Econômica federal, ou aplicada na aquisição de imóveis, ou de títulos da União, ou dos Estados (art. 432, § 1.º).

As peças de ouro, prata, pedras preciosas serão vendidas em hasta pública e ao produto será dado o mesmo destino (*ibidem*).

(6) Os tutores, curadores, juizes e escrivães de orfãos e juizes de direito em correção não podem adquirir, por qualquer título, os bens dos menores e interditos Cód. Civil, art. 428, I; Cód. Civil francês, 450; argentino, 450; da Luiziana, 327; holandês, 457, etc.).

ramentos dos bens do pupilo; b) para solver as obrigações do mesmo e receber as dívidas ativas; c) para propor ações em benefício do menor ou defendê-lo das que lhe forem propostas; d) e para todos os atos de maior vulto que ocorrerem no decurso da administração, como aceitação de herança, legado ou doação, transação, etc. (7).

E', porem, dispensavel a autorização do juiz: a) para a alienação dos objetos naturalmente destinados à venda, como os produtos de quaisquer explorações industriais, e os de fácil deterioração; b) para o recebimento e pagamentos de dívidas, que devem ser pagas em tempo fixo, como as rendas, foros, juros, pensões e outras sobre as quais não pode haver dúvidas; c) fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, assim como as de administração (8).

As alienações gratuitas são absolutamente vedadas ao tutor, ainda quanto, porventura, as autorize o juiz, assim como adquirir direitos contra o menor (9).

III — Em terceiro lugar, cabe ao tutor *representar* os pupilos menores de 16 anos, que são absolutamente incapazes, e assistí-los, após essa idade, todas as vezes que tenham eles de funcionar nos atos da vida civil, quer em juízo, quer fora dele (10).

Os maiores de 16 anos tem certo desenvolvimento mental, sua incapacidade é relativa, por isso quer a lei

(7) Código Civil, art. 427. LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 153; LOUREIRO, *Dir. civil*, § 147. Sempre que a autorização do juiz é necessária para a alienação dos bens do menor, sua falta anulará o ato alienatório, salvo revalidação expressa ou tácita do menor, depois de alcançada a maioridade (Ord. I, 88, § 23).

(8) Cód. Civil, art. 426. LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 153; LOUREIRO, *Dir. Civil*, § 174.

(9) Cód. Civil, art. 428, II e III. *Disposição provisória* de 29 de Novembro de 1832, art. 6.º.

(10) Cód. Civil, art. 426, I. Ord. 3, 41, §§ 8.º e 9.º; LOUREIRO, *cit.*, § 174; LAFAYETTE, *cit.*, § 152; PEREIRA DE CARVALHO, *Proc. orfanológico*, nota 226. A autorização pode ser anterior, simultânea ou posterior ao ato, expressa ou tácita.

que eles figurem nos atos da vida civil, intervindo o tutor somente com o seu assentimento para competir a sua capacidade restrita, limitada, e tambem o juiz nos negócios de mais momento, como já vibos.

A falta de *autorização* vicia o ato, e o torna anulavel. Mas, somente o orfão pode intentar a sua anulação, chegando à maioridade.

IV — Tem ainda o tutor que prestar contas de sua gestão, pelo modo que se verá noutro parágrafo, e que indenizar o órfão dos prejuizos causados por culpa ou dolo (11). Na falta do tutor, por morte ou insolvência, responde o seu fiador, e, na falta deste último, o magistrado, que o nomeou ou confirmou. Exime-se, porem, o magistrado de semelhante responsabilidade, provando que tomou todas as precauções aconselhadas pelo direito, exigiu fiança idônea, não deixou de tomar contas, nem descurou de modo algum os interesses do órfão (12).

Cumpre notar que, se o juiz descursa de nomear tutor, deixa de ser subsidiária a sua responsabilidade para tornar-se direta (13).

Os tutores, salvo os de menores abandonados, teem direito a ser pagos do que, legalmente, despenderem, no exercício da tutela, e à gratificação por seus serviços, que, se não tiver sido fixada pelo pai do menor, será arbitrada

(11) Cód. Civil, art. 431, *initio*. Ord. 1, 88, §§ 26-29; 3, 41, § 3.º; 4, 102, § 9.º. “Não responde porem, pelos bens situados em diverso distrito, porque a respeito desses deve o juiz do inventário officiar ao do dito distrito para os fazer administrar por um curador capaz” (PEREIRA DE CARVALHO, cit., nota 225; Ord. 4, 102, § 2.º). Acresce que deverá nomear tutor ou curador especial, todas as vezes que sobrevier um conflito de interesses entre o tutor e o pupilo.

(12) Cód. Civil, art. 420. Ord. 1, 88, § 3.º, in fine, e §§ 7.º, 16, 18 e 24; 3, 41, § 2.º; 4, 102, §§ 5.º-8.º.

(13) Cód. Civil, art. 421. Reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 32, § 8.º; Ord. 1, 88, § 3.º.

pelo juiz, até dez por cento da renda líquida anual dos bens por ele administrados (14).

§ 85

DOS BENS DOS ÓRFÃOS

O direito anterior determinava que os tutores recolhessem ao *Cofre dos órfãos* todo o dinheiro de seus pupilos, qualquer que fosse a sua proveniência, assim como as peças de ouro ou prata, e as pedras preciosas com especificação do peso, qualidade e valor (1).

Esses valores não deviam ser retirados do Cofre se não nos casos autorizados por lei, isto é: 1.º, para despesas necessárias com a criação e educação do pupilo; 2.º, para comprarem-se bens de raiz; 3.º, para compra de apólices da dívida pública; 4.º, para entregarem-se aos órfãos, quando emancipados (2).

O Código Civil, extinguindo o *Cofre dos órfãos*, ordenou que os objetos de ouro, prata, pedras preciosas e moveis desnecessários sejam vendidos em hasta pública.

(14) Cód. Civil, art. 431.

(1) Ord. I, 62, § 31; 88, §§ 31-44; T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, arts. 294-295. *Projeto*, art. 438.

(2) Ord. I, 88, § 37; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 296; port. de 31 de Março de 1846; ord. de 4 de Junho de 1853; lei de 13 de Novembro de 1841, art. 6.º, § 4.º, prov. de 12 de Outubro de 1842. Não estava mais em uso empregar os dinheiros dos órfãos em bens de raiz; mas, desde que havia conhecida vantagem nessa operação, era autorizada. O Av. de 26 de Março de 1855 também autorizou a conversão de tais valores em ações de estrada de ferro. Consultar-se-á com proveito a respeito, o *Processo orfanológico* de PEREIRA DE CARVALHO, nota 315 e adições. *Projeto*, art. 439.

O dec. de 27 de Fevereiro de 1904, mandava considerar empréstado ao governo o dinheiro (em moeda corrente) recolhido ao *Cofre dos órfãos*, não permitia outros empréstimos, estabelecia que o mútuo vencia juros e firmava regras para o recolhimento e retirada das quantias, sempre com a intervenção do juiz.

e o seu produto convertido em títulos de responsabilidade da União, ou dos Estados, recolhidos às Caixas Econômicas federais, ou aplicados na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz. O mesmo destino terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência (art. 432). Os tutores respondem pela demora na aplicação desses valores, pagando os juros legais, desde o dia em que lhes deveriam dar o destino indicado, o que não os exime a obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação (art. 432, § 2.º).

Os valores recolhidos às Caixas Econômicas federais não se poderão retirar, senão mediante ordem do juiz: I. Para despesas com o sustento e educação do pupilo, ou administração dos seus bens. II. Para se comprarem bens de raiz e títulos da dívida pública da União, ou dos Estados. III. Para se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver dado, ou deixado. IV. Para se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros (art. 433).

§ 86

DA CESSAÇÃO DA TUTELA

Termina a tutela, em relação ao pupilo:

1.º Quando chega à maioridade, isto é, ao completar 21 anos (Cód. Civil, art. 9.º), ou dezoito, achando-se a pessoa alistada como eleitor. A capacidade que se adquire pela idade legal independe de prova, pois que é uma presunção jurídica, e dispensa qualquer ato especial de que resulte a emancipação. Basta a prova da idade, para que, *ipso jure*, se verifique a emancipação.

2.º Pela emancipação, nos termos do art. 9.º, parágrafo único, do Código Civil; concessão do pai, ou da mãe; sentença do juiz; casamento; exercício de emprego público efetivo; colação de grau científico em curso de en-

sino superior; estabelecimento civil ou comercial, com economia separada.

3.º Se o menor, atingindo aos dezoito anos, for alistado ou sorteado para o serviço militar (dec. número 20.330, de 27 de Agosto de 1931), para esse mesmo efeito.

4.º Caindo o menor sob o pátrio poder, no caso de legitimação, reconhecimento ou adoção (1).

Com a cessação da tutela, o órfão, perfeitamente habilitado para todos os atos da vida civil, recebe os bens, que se acham em poder do tutor ou depositados nas Caixas Econômicas, e passa a administrá-los e a dispor deles como entender.

Em relação ao tutor, finda-se a tutela:

1.º Transcorrido o lapso de tempo, que a lei prescreve, isto é, dois anos (1a). Este prazo era apenas para os atilianos, segundo a *Ord.*, 4, 102, § 9.º. Quanto aos legítimos e testamentários, era silenciosa a lei, mas entendia PEREIRA de CARVALHO que aqueles deviam ser exorados do incômodo da tutela, desde que o requeressem, já tendo servido por um trato razoavel de tempo, de modo que o onus se repartisse, igualmente, por todos aqueles que tinham de ser chamados à sucessão, uma vez que offerecessem o necessário pressuposto da idoneidade (2). Em relação às avós, não há dúvida alguma que dependia de sua vontade a prolongação do incômodo, que tomavam sobre si, de gerir a tutoria de seus netos, salvo se passassem a segundas núpcias. Os tutores nomeados por testamento serviriam, enquanto não sobreviesse justa causa de escusa.

O Código Civil estabeleceu um prazo só para as diferentes classes de tutores, que aliás, podem continuar a servir.

(1) Cód. Civil, art. 442.

(1-a) Cód. Civil, art. 443, I.

(2) *Processo orfanológico*, nota 228.

2.º Por aparecer uma escusa legal.

3.º Pela remoção, quando o tutor malversar os bens do pupilo, ou sequer se tornar suspeito por negligência, desleixo, ou má conduta, ou incorrer em incapacidade (3).

A remoção, que se refere a qualquer tutor, seja testamentário, legítimo ou dativo, pode ser requerida pelo Ministério Público (4). O juiz, aliás, tem competência para decretá-la *ex-officio*, quando tiver conhecimento de quaisquer irregularidades no exercício da tutela, que devam fundamentar uma suspeição (4a).

O processo da remoção é administrativo, e deve ser rápido (5); mas não será denegada defesa ao tutor, que, entretanto, será suspenso, provisoriamente.

Sendo procedente a remoção, são logo tomadas as contas do tutor culposo e nomeado um outro para substituí-lo. No caso contrário, volverá o tutor, injustamente suspeitado, ao exercício de suas funções.

Se o tutor removido era testamentário e recebera do pai do pupilo um legado remuneratório do incômodo,

(3) Cód. Civil, art. 443, II e III e o cit. 445. GUERREIRO, citado por PEREIRA DE CARVALHO, *Processo orfanológico*, nota 269, indicou quarenta e duas causas de remoção. Mas ocioso é, por certo, debulhar tamanha cópia de casos, quando ao prudente arbítrio do juiz podia ser deixada a apreciação dos motivos de suspeição. Os tutores que se revelam incapazes, infieis, perdulários, que infligem maus tratos aos pupilos, que não os educam, ou que tentam pervertê-los, enfim todos os que não cumprirem, zelosamente, os deveres inerentes ao exercício da tutela, devem ser removidos. O Código de Menores, art. 37, determina os casos de destituição de tutores: I. a condenação por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade; II. mau procedimento, falhas em probidade e abusos em tutorias anteriores (Cód. Civil, art. 413, IV e V); III. prevaricação e incapacidade (Cód. Civil, art. 445); o rapto da menor pelo tutor (Cód. Penal, art. 273, V); o lenocínio com relação à pupila (Cód. Penal, art. 277, § único).

(4) Cód. do Proc. do Distrito Federal, art. 868. PEREIRA DE CARVALHO, *Processo orfanológico*, § 142 e nota 271.

(4-a) Cód. do Proc. cit. *ibidem*.

(5) Ord. 1, 62, § 33; 1, 88, § 50; 3, 18, § 5.º; 4, 102.

que lhe deprecara, teria de restituí-lo; se era legítimo, perderia o direito à sucessão, morrendo o órfão ainda impúbere (6). Não foram mantidas pelo Código Civil essas disposições.

§ 87

DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

Todos os tutores, sem que os possa escusar disposição expressa do testador, estão sujeitos a prestar contas de sua administração, afim de que se apure a sua responsabilidade e melhor sejam zelados os bens dos pupillos. As contas se tomam: 1.º, periodicamente, durante o exercício da tutela; 2.º, quando termina a tutoria por qualquer motivo; 3.º, desde que se apresenta uma suspeição capaz de determinar um processo de remoção.

O período para a prestação de contas é de dois em dois anos, seja o tutor dativo, testamentário, ou legítimo (1). Além disso, no fim de cada ano de administração, os tutores submeterão ao juiz o balanço respectivo, que, depois, de aprovado, anexará aos autos de inventário (1a).

No momento próprio, deve o juiz ordenar a citação do tutor, e, não comparendo ele no dia aprazado, sem apresentar uma escusa atendível, devem as contas ser tomadas à sua revelia.

Deve-se fazer-se carga ao tutor, como *receita*: 1.º, de todos os bens que lhe foram entregues com o acréscimo

(6) PEREIRA DE CARVALHO, *Processo orfanológico*, § 147 e notas 282-283; Ord. 4, 102, § 6.º.

(1) Cód. Civil, art. 436. Pelo direito anterior, esse prazo era de dois anos para o tutor dativo e para a avó; o tutor testamentário e o legítimo, excetuada a avó, tinham obrigação de prestar contas de quatro em quatro anos. (CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, artigo 1.674).

(1-a) Cód. Civil, art. 435 e 436.

dos frutos e rendimentos (2); 2.º, dos valores em numérico ou em jóias, que haja reglenciado recolher à Caixa Econômica; 3.º, dos alcances provenientes de sua prestação de contas anterior (3); 4.º, das soldadas do orfão, cujos serviços estejam locados; 5.º, das perdas e danos imputáveis a dolo ou culpa sua (4).

Devem ser abonados ao tutor, como *despesa*: 1.º, os gastos com a conservação, melhoramento e utilização dos bens do pupilo; 2.º, os motivados com o sustento e educação do órfão, na medida de seus rendimentos e posição social; 3.º, o prêmio em remuneração de seu trabalho, que será arbitrado pelo juiz até dez por cento, no máximo, da renda líquida dos bens administrados pelo tutor, se os pais do menor não tiverem fixado a gratificação pelo seu trabalho (5).

(2) Os bens de raiz arrendados judicialmente teem, no preço da arrematação, a indicação exata de seu rendimento, os que forem diretamente, explorados pelo tutor pedem uma avaliação dos rendimentos prováveis, por intermédio de peritos, ou uma determinação por documentos que inspirem confiança.

(3) Os alcances das contas sobrecarregam-se com os juros legais (Regul. de 2 de Outubro de 1851, art. 32, § 8.º; T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 307 e nota).

(4) Somente os prejuizos confessados pelo próprio tutor se contemplam na tomada de contas. Se elle os impugna, a indenização só poderá ser pedida por ação ordinária (PEREIRA DE CARVALHO, *Processo orfanológico*, nota 306).

(5) Cód. Civil, arts. 431-439. Este último dispositivo sintetiza o que se analisa no texto: — *Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor.*

Para o direito anterior, vejam-se: T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 298, nota 1; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 160, pág. 331 da 1.ª tiragem; MACEDO SOARES, *Observação* (b) à nota 309, *adição* 94 do *Processo orfanológico* de PEREIRA DE CARVALHO. CARLOS DE CARVALHO, *Dir. civil*, art. 1.672, elevava a vintena (prêmio do tutor) a 400\$000, fundado no dec. n. 561, de 18 de Novembro de 1848. T. DE FREITAS e MACEDO SOARES lhe são contrários. Assim como não entrava em linha de conta para a

Não se deve pagar remuneração aos tutores removidos por malversação do patrimônio do pupilo, nem aos que receberem legados remuneratórios do incômodo da tutela.

Ultimadas as contas e julgadas por sentença, depois de admitidos os recursos legais, é o tutor obrigado a recolher, no prazo de nove dias, os alcances líquidos e juros, e entregá-los ao orfão, se as contas forem motivadas pela emancipação deste. Se não o fizesse, incorria outrora, na pena de prisão (6). O Código Civil, porem, não manteve essa pena.

Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes (6a).

As despesas com a prestação das contas serão pagas pelo tutor (6b).

avaliação da vintena, o produto das soldadas, dos legados e de outras aquisições extraordinárias do orfão, também, os trabalhos do tutor, que não se incluem normalmente na função tutelar, como os serviços médicos ou de advogado, exigiam remuneração especial, como devem continuar a exigir.

(6) Ord. 4, 102, § 9.º; reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 32, § 7.º; T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 305 e nota 3; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 160; PEREIRA DE CARVALHO, *Processo orfanológico*, §§ 159-160, nota 312, observação (a), e adição 96. Duvidaram os praxistas da aplicabilidade da pena de prisão, nesta hipótese, *ex-vi* da presumida revogação da Ord. cit. pela lei de 20 de Julho de 1774, § 19 e, entre eles, achava-se o autor do *Processo orfanológico*. Cessou a dúvida, porem, com o reg. de judicial e por isso considerada imprescritível. Mas extingue-se com T. DE FREITAS, o caso é especial, semelhante ao do depositário judicial remisso e do extrajudicial condenado por sentença, contra os quais se procede com prisão, nos termos da Ord. 4, 49, § 1.º, e 4, 76, § 5.º.

(6-a) Cód. Civil, art. 438.

(6-b) Cód. Civil, art. 440.

CAPÍTULO XIV

DA CURATELA

§ 88

NOÇÃO E ESPÉCIES DE CURATELA

Curatela é o encargo público conferido por lei a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens dos maiores que por si não possam fazê-lo.

Nosso direito reconhece as seguintes espécies de curadoria: a dos alienados, a dos surdos-mudos, a dos pródigos, a dos ausentes, a das heranças jacentes, a dos litígios (*in litem*), a geral dos órfãos, a que se dá ao réu ausente (1). Cabe, porém, tratar-se, neste momento, apenas das

(1) PEREIRA DE CARVALHO, *Processo orfanológico*, § 150; PEREIRA E SOUZA, *Prim. linhas*, nota 203; Ord. 3, 41, § 9.º. A curadoria das viúvas que dissipam seu patrimônio, de que falava a Ord. 4, 107, não se distingue da dos pródigos em geral; a dos que padecem moléstias perpétuas, destacada por MELLO FREIRE, PEREIRA DE CARVALHO e outros, não tinha assento em lei, a menos que entrem eles nalguma das classes apontadas no texto, como acontece com os surdos-mudos. Curadoria dos póstumos, curadoria do ventre, raramente se verificará, pois que não se acham os nascituros em posição diversa da do filhos já nascidos, tendo sobre todos estes a mãe

quatro primeiras, porquanto as outras ou pertencem a esferas diferentes do direito ou, como a dos póstumos, se amoldam aos princípios gerais, que vão ser expostos.

O direito romano estabelecia uma curatela para os púberes menores de vinte e cinco anos, da qual ficaram vestígios, aliás incôngruos, nas Ordenações Filipinas. Essa criação jurídica, hoje inútil e abandonada, na prática e na teoria, apareceu como uma providência em benefício dos varões púberes, a que o direito antigo atribuía capacidade civil plena, desde que não estivessem submetidos à *patria potestas*.

Essa capacidade precoce, concedida aos romanos de quatorze anos, deu funestos resultados, por que os jovens foram, muitas vezes, explorados por maléficos gananciosos. Imaginaram-se, por isso, diversos sistemas de proteção aos cidadãos menores de vinte e cinco anos. O primeiro foi o da lei *Praetoria*, estabelecendo uma ação criminal pública contra aquele que abusasse da inexperiência do menor, e permitindo a este solicitar, do magistrado, um curador. Depois, os pretores, não satisfeitos com esse primeiro ensaio tutelar, decidiram examinar todos os atos jurídicos em que fosse parte um cidadão menor de vinte e cinco anos, afim de decretarem a *restitutio in integrum*, em favor dele, todas as vezes que o julgassem lesado.

Até então, os menores de vinte e cinco anos podiam obter um curador a pedido seu, para atos determinados. Marco Aurelio permitiu a nomeação de curadores gerais, *non redditis causis*, isto é, sem necessidade de ser alegado outro motivo além da idade do solicitante. Mesmo depois das reformas legislativas de Justiniano, *inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem* (*Inst.*, 1, 23, § 2.º).

iguais direitos. E' preciso para que ela se dê, que a mãe não possa exercer o pátrio poder. E' o caso previsto pelo Código Civil, artigo 462. No mesmo sentido, o Código Civil alemão, art. 1.912.

Dêssa exposição se vê que a evolução do instituto protetor, ainda não se tinda consumado no direito romano, mas que sua orientação era bem manifesta. Restava tornar necessária a curatela até então voluntária. Mas, desde que fosse dado esse passo, estaria ela perfeitamente assimilada à tutela. Foi o que executaram as legislações modernas, segundo já ficou afirmado em páginas anteriores.

O direito francês, o italiano e o de outros povos, diferentemente do que acontece na Alemanha, como já tive ocasião de afirmar, determinam a nomeação de curadores para o menores antedipadamente emancipados do pátrio poder ou da tutela. Apesar do que lecionam alguns juristas (2), não existia essa inútil providência no direito pátrio. A emancipação expressa dá-se aos dezoito anos para os filhos-famílias, como para os órfãos tutelados.

Por identidade de razão, devíamos dizer que os suplementados sujeitavam-se, igualmente, à curatela, ou persistiam na mesma pupilage, lo que é manifestamente absurdo, contra o direito romano e contra a lei pátria. Ainda em idade menor do que dezoito anos, se dá a emancipação legal pelo casamento. Estarão também esses em curatela ou em tutela? Em qualquer dessas hipóteses, supõe-se no indivíduo o discernimento preciso para guiar-se por si nas dificuldades da existência, tanto que o pai ou juiz o reconhece apto para tomar a posse e administração de seu patrimônio; que se lhe permite a constituição e direção da família; que se lhe confiam funções públicas de responsabilidade.

Em relação às incapacidades, escusas, responsabilidades e garantias, vigoram, nesta matéria, os mesmos princípios da tutoria, da qual em pouco difere a curatela.

(2) LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 145; BORGES CARNEIRO, 1, 26, § 223, n. 9. Falam eles de tutela, para os filhos-famílias menores emancipados do pátrio poder.

§ 89

CURATELA DOS ALIENADOS E DOS FRACOS DE ESPÍRITO

Sob a expressão de alienados e fracos de espírito, compreendem-se todos aqueles que, por organização cerebral incompleta, por moléstia localizada no encéfalo, lesão somática ou vício de organização, não gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suficientes para conduzirem-se, socialmente, nas várias relações da vida, como: os idiotas, os imbecís, os surdos-mudos de nascença não educados suficientemente, os vsânicos, os loucos, que a nossa lei designa comumente pelos nomes gerais de mentecaptos, desassisados, dementes e furiosos, e cuja caracterização científica incumbe aos alienistas e aos médicos-legistas. A simplicidade, embora extrema, e a estupidez, embora notáveis à primeira vista, não sendo acompanhadas de perturbação mental, não determinam a necessidade de uma curadoria, como acontece com os alienados e fracos de espírito das diversas categorias, a que acabo de me referir (1).

A curadoria dos alienados e fracos de espírito é decretada pelo juiz de órfãos, e promovida: I. Pelo pai, mãe ou tutor. II. Pelo cônjuge ou algum parente próximo. III. Pelo Ministério Público, se a loucura for furiosa ou se os parentes acima designados forem incapazes ou não existirem (2).

Esta curadoria é deferida na ordem seguinte: 1.º, ao

(1) O Cód. Civil, art. 446, reúne todos esses doentes mentais a duas classes: loucos de todo o gênero; e surdos-mudos sem educação, que os habilite a enunciar, precisamente, a sua vontade. A rusticidade dos índios fez que as nossas leis os equiparassem aos menores (T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 11, nota 12). Cód. Civil, art. 6, IV, submetendo-os, porem, a regulamentos especiais.

(2) Cód. Civil, arts. 447 e 448. Cumpre notar que, sendo a alienação um fato, são anuláveis os atos praticados pelo demente, esteja ou não declarada judicialmente a interdição.

cônjuge do incapaz, se não estiver separado, judicialmente; 2.º, ao pai, e, faltando este, à mãe; 3.º, ao descendente maior de 21 anos.

Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos, e, dentro do mesmo grau, os varões às mulheres. Na falta dessas pessoas, o juiz escolherá o curador (2a).

Decretada a interdição, fica o interdito sujeito à curatela, à qual se aplicam os princípios da tutela, com poucas modificações (Cód. Civil, art. 453).

Quando o curador for o cônjuge, não terá que apresentar balanços anuais, nem a fazer inventário, se o regime do casamento for o da comunhão, ou se os bens do incapaz se acharem descritos em instrumento público, qualquer que seja o regime do casamento (art. 455).

O marido terá, como curador, os mesmos direitos que lhe competem na qualidade de chefe da sociedade conjugal (3); a mulher, no exercício da curatela, será a diretora da família (4); o pai, ou a mãe, na curadoria do filho, não tem de apresentar o balanço anual (5).

Cessará a curadoria logo que o demente recobrar sua integridade mental e achar-se em condições de assumir a direção de sua vida moral e econômica. Tendo a loucura remissões de lucidez, não se suspende a curatela.

§ 90

LEGISLAÇÃO COMPARADA EM RELAÇÃO À CURADORIA DOS ALIENADOS

A lei das XII táboas ocupou-se apenas da curadoria legítima dos furiosos, isto é, dos loucos exaltados e

(2-a) Cód. Civil, art. 454.

(3) V. o § 27, II.

(4) Cód. Civil, art. 455, § 2.º, com remissão para o artigo 251.

(5) Cód. Civil, art. 455, § 3.º.

completos, embora tendo lúcidos intervalos (1). *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*, editava o Código decemviral.

Mais tarde, o pretor, iluminado pelos progressos da medicina, admitiu a curatela dos *dementes e mentecaptos*.

A incapacidade dos alienados cessava com os lúcidos intervalos, e era restrita aos atos pelos quais se manifestava a sua monomania.

Em França, a interdição dos alienados é regulada pelo Código Civil, arts. 489 e segs., pelas leis de 30 de Julho de 1838 e 16 de Março de 1893. O pedido de interdição, baseado sobre o estado habitual de imbecilidade, demência ou furor, deve ser feito pelo cônjuge ou pelos parentes. A do furioso pode ser provocada pelo Ministério Público, se os parentes não o fizeram; a do imbecil ou demente pode-lo-á ser também, se não existirem parentes nem cônjuge.

Feitas as sindicâncias necessárias pelo juiz, ouvido o conselho de família e o procurador da república, é pronunciada a interdição, e o conselho de família, nomeará um tutor efetivo e um subrogado. Se o indivíduo, embora fraco de espírito, não se revela de todo incapaz de usar de seus direitos, em vez de um tutor, ser-lhe-á dado um *conselho judiciário*, pelo tribunal, a quem foi afetada a sua causa.

Teem a preferência para a tutela: 1.º, o cônjuge, marido ou mulher; 2.º, os parentes. O cônjuge, os ascendentes e os descendentes são obrigados a exercer a tutela do interdito, salvo escusa legal, durante a vida; os outros

(1) AUDIBERT, em um luminoso artigo publicado nos *Archives d'anthropologie criminelle*, de 15 de Novembro de 1892, sobre a *condição dos loucos e dos pródigos em direito romano* demonstra, apoiado em bons fundamentos, que a distinção entre o *foriosus* e o *demens* ou *mentecaptus* é a que existe entre a loucura completa, a parcial e a monomania. *Amens in totum caret mente, demens partem retinet*, diz ISIDORO DE SEVILHA.

parentes podem solicitar sua substituição depois de dez anos.

O alienado interdito recebe tratamento em casa particular ou em hospícios; e, desde o dia de sentença definitiva, é absolutamente incapaz, não pode casar, nem reconhecer filho natural, nem testar, atos que, aliás, pode praticar um menor púbere. O alienado é equiparado ao impúbere, e em tudo é substituído pelo tutor

A lei, assimilando aos alienados os condenados a penas perpétuas, a trabalhos forçados, à detenção e à reclusão, estabeleceu, em relação a eles, uma interdição legal, que importa um suplemento de pena. Mas a incapacidade dos condenados não é tão extensa quanto a dos alienados, pois que não abrange os direitos civis puramente pessoais.

O Código Civil italiano interdiz aqueles que se acham "em um estado habitual de enfermidade de espírito", usando de expressões mais largas e mais compreensivas do que as de seu modelo francês, ao qual se cinge em todas as mais disposições deste capítulo, com insubmissões de pequeno valor (arts. 709 e segs.).

Em relação à interdição dos condenados é que o legislador italiano, com o Código Penal de 1888, assumiu uma posição diversa. A condenação ao *ergastolo* ou à reclusão, por um tempo excedente a cinco anos, importa na interdição legal durante o tempo da execução da pena, sendo nomeado um tutor para administrar a fortuna do recluso (art. 33). Além disso que, como foi visto, igualmente estatue a legislação francesa, o condenado ao *ergástulo* é privado do pátrio poder, da autoridade marital, da fação ativa do testamento, rompendo-se mesmo o testamento antecedentemente feito. E' a morte civil repelida pela ciência e pela civilização, são as penas aberrantes que se restabelecem (2).

(2) Vide LACOINTA, *Code Penal d'Italie*, notas aos arts. 20-23. Diz-nos este escritor que os corpos judiciários italianos se pronun-

O Código Civil português, art. 314, estatue: "Serão interditos do exercício de seus direitos os mentecaptos. e todos aqueles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentais, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e bens. § único. Esta interdição pode aplicar-se a maiores, ou menores, contanto que, neste último caso, seja requerida dentro do ano próximo à maioridade".

A tutela do interdito é deferida na ordem adotada em nosso direito (art. 320).

"Cessanda a causa da interdição, será esta levantada por sentença, observando-se as mesmas formalidades prescritas para o seu julgamento" (art. 336) (3).

O direito inglês confere duas tutorias àqueles indivíduos que foram declarados dementes por um exame judicial; uma para os pessoas (*committee to lunatic*) que deve ser confiada a um próximo parente, e outra para os bens (*committee to estate*). Ambas estão sob a inspeção dos *masters in lunacy* (4).

As pessoas condenadas criminalmente incorrem em certa incapacidade e a corôa designa-lhes um administrador para os bens, na falta do qual os magistrados designam um curador interino. Quando a condenação importa uma proscricção (*outlawry*), dá-se uma espécie de morte civil (5).

ciaram no sentido da incapacidade de testar para os condenados ao ergástulo, e que as universidades de Bolonha e Turim opinaram em sentido contrário.

O Código Penal vigente, na Itália, a começar de 1.º de julho de 1931, manteve a pena de *ergastolo*, com a interdição legal (arts. 17, 2.º, 22 e 32).

(3) Preceito semelhante no Código Civil francês, art. 512; italiano, 338; argentino, 484.

(4) E' notavel a solicitude revelada pelo legislador inglês, neste assunto, como se pode verificar em GLASSON, *Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre*, VI, págs. 149-161. Por brevidade, limito-me a fazer esta indicação.

(5) GLASSON, *op. cit.*, pág. 139.

Na Alemanha, podem ser declarados interditos (Cód., art. 6, n. 3.º): *a*) aquele que, em virtude de moléstia mental ou fraqueza de espírito, está impossibilitado de gerir os seus negócios; *b*) o que, por embriaguez, se acha nas mesmas condições, ameaçando à família cair na indigência ou comprometendo a segurança de terceiros. Os interditos são submetidos à tutela (arts. 1.896-1.908). A vocação à tutoria não difere da do direito pátrio, salvo em não mencionar especialmente o irmão (arts. 1.898-1.900). Além da tutela dos maiores, conhece o Código Civil a curatela do surdo, do cego, do mudo e outros doentes do espírito ou do corpo (arts. 1.909 e segs.).

O Código Civil da Suíça regula a curatela dos maiores, que por moléstia, ou ausência, em caso de urgência, não podem tratar de algum negócio ou designar um representante (art. 392). Se há moléstia mental, o caso é de tutela (art. 369).

O Código Civil espanhol (arts. 213-220) occupa-se da tutela dos loucos e dos surdos-mudos. Quer que a declaração da incapacidade seja feita sumariamente, e que em relação aos surdos-mudos, sejam fixados os limites da tutela, segundo o maior ou menor desenvolvimento intelectual do incapaz, o que é uma feliz inovação, no pensar de LEVÉ. Na ordem da vocação ao exercício da tutela, nota-se: que os filhos dos incapazes precedem aos ascendentes, que não sejam pai ou mãe; que as irmãs solteiras veem após os irmãos; e que o parentesco duplicado prefere ao simples.

Os condenados, criminalmente, à pena de interdição, sujeitam-se a uma tutela restrita à administração dos bens e à representação em justiça (arts. 228-230).

O Código Civil argentino (arts. 468-484) considera incapazes os maiores dementes, ainda que tenham lúcidos intervalos, e os surdos-mudos, que não sabem ler nem escrever, para o fim de lhes serem nomeados curadores, à requisição do Ministério Público ou dos parentes do enfermo.

A ordem da vocação à curadoria é a seguinte: em primeiro lugar o cônjuge, que é o curador legítimo e necessário do outro cônjuge; em segundo, o filho varão em maioridade; em terceiro, o pai, e, por sua morte ou incapacidade, a mãe. Em todos os casos em que o pai, ou a mãe, pode nomear, por testamento, tutor a seus filhos menores, pode, igualmente, nomear curador aos maiores dementes ou surdos-mudos.

O legislador chileno decretou a incapacidade dos dementes, ainda que tenham lúcidos intervalos, e estatuiu que a curadoria, para tais pessoas, pudesse ser testamentária, legítima ou dativa (Cód. Civil, art. 456). A curatela do demente é deferida: 1.º, ao cônjuge não divorciado; 2.º, aos descendentes legítimos; 3.º, aos ascendentes legítimos; 4.º, aos pais e filhos naturais, não sendo os pais casados; 5.º, aos colaterais legítimos até ao quarto grau; 6.º, aos estranhos (art. 462).

Também se acham em curatela os surdos-mudos que não se podem dar a entender por escrito (art. 342), e as regras desta espécie pouco diferem das da precedente (arts. 469-472).

Cumpra notar, de passagem, que os menores adultos estão, pelo Código Civil chileno, sujeitos à curadoria, aliás não forçosamente; mas que, os que obtiveram habilitação de idade, se acham isentos dessa prorrogação de pupilage (arts. 435-441).

Ainda perante a legislação uruguaia (Cód. Civil, arts. 431-450), estão sujeitos à curadoria geral somente os incapazes maiores, especificadamente os dementes e os surdos-mudos, que não sabem ler nem escrever. A ordem da vocação à curadoria legítima dos maiores incapazes é a mesma estabelecida pelo Código argentino.

Merece especial menção a lei da Noruega de 28 de Novembro de 1898, relativa à interdição. Por ela são submetidos à tutela: 1.º, os fracos de espírito ou doentes mentais, os ébrios habituais e os que se dão ao uso nocivo de morfina e de outras substâncias que embriagam ou es-

tupidificam, desde que tais pessoas se achem em condições de não poderem tomar cuidado de si e de seus bens; 2., os cegos, os afásicos e os que sofrem outros defeitos corporais que lhes impossibilitem o cuidado com as suas pessoas e bens, consentindo ele na tutela ou sendo esta necessária para os proteger de manobras interessadas de terceiros; 3.º, os que esbanjam ou dissipam o seu patrimônio em bebidas, jogos, excessos, e, em geral, por atos de inszensatez manifesta, a ponto de ameaçar a sua família com a penúria; 4.º, os que, por si ou por seus cônjuges ou filhos, recebem socorro da assistência pública, parecendo insuficiente a fiscalização ordinária, a que se acham submetidos (6).

§ 91

CURATELA DOS PRÓDIGOS

Pródigo, segundo a definição da Ord. 4, 103, § 6, é aquele que, desordenadamente, gasta e destrói a sua fazenda, reduzindo-se à miséria por sua culpa. A lei considera a prodigalidade a externação característica de um particular desarranjo mental, de uma psicopatia restrita ao governo da fortuna bonitária. Por isso submete o pródigo, como se fora menor, à guarda de outrem, e fere-o com a interdição, aliás também limitada (1).

A interdição por prodigalidade somente se dará quando promovida pelo cônjuge, ou por parente em linha reta, ascendente ou descendente.

(6) *Annuaire*, leis de 1898, págs. 599 e segs.

(1) Cód. Civil, arts. 459-461. O *Projeto* primitivo não consignara esta incapacidade pelas razões expostas neste parágrafo, nas *Observações* que esclarecem o citado *Projeto*, e na defesa oral feita perante a Comissão especial da Câmara (*Trabalhos*, vol. I, pág. 18, e vol. IV, págs. 114 a 116). Veja-se também o meu *Em defesa*, págs. 61-63 e 159-161.

A interdição do pródigo só o privará de emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, atos, que não sejam de mera administração, sem ser assistido pelo curador (Código Civil, art. 459).

Se, não obstante, o pródigo interdito realizar quaisquer contratos, serão eles anuláveis a pedido seu ou de seus herdeiros (art. 461, § único). Anulado o contrato, recobra o pródigo quanto haja entregue, e restitue o que tiver recebido.

Como a incapacidade do pródigo tem por fundamento exclusivo sua desvairada dissipação, lhe é facultado fazer tudo que não entenda com a gestão de seus bens. Assim, pode viver onde lhe aprouver, com os rendimentos, que lhe forem arbitrados, os quais lhe serão entregues somente no caso de não haver perigo de pronta dilapidação; pode exercer os atos de sua profissão, qualquer que ela seja, enfim, conduzirá sua pessoa segundo seu próprio alvedrio.

Dizia-se, outrora, que lhe era até permitido casar sem consentimento do curador; mas, em vista do que dispõe o Código Civil, art. 183, XI, não é mais possível essa afirmação (2).

Perdura a interdição do pródigo, enquanto persiste o desequilíbrio mental, que a motivou, ou não existindo mais as pessoas, a quem a lei atribue o direito de promover a interdição por prodigalidade: cônjuge, ascendentes ou descendentes legítimos.

Do direito romano, por intermédio das Ordenações portuguesas, nos veio a curadoria dos pródigos. A lei das XII táboas já mandava interdizer o perdulário, por decreto do magistrado, segundo sabemos pelas sentenças do PAULO.

(2) Vide o que já ficou a este respeito afirmado à pág. 84, deste livro.

A princípio, somente os que tinham agnados ou gen-tios eram submetidos à curatela, pois que esta vinha res-guardar os direitos eventuais da família ou da *gens*. De- pois entendeu-se que a prodigalidade tinha uma reper- cussão nociva mais extensa, prejudicando a própria socie- dade, como a loucura; e, então, o pretor passou a dar cura- dor aos pródigos, ainda que não tivessem herdeiros. Sur- giram, então, duas categorias de pródigos, com incapaci- dade diversamente determinada, categorias que, mais tar- de, se fundiram em um sistema único.

Nas legislações modernas, tende a desaparecer esta classe de interditos. O Código Civil argentino e o uru- guaio não se ocupam dela. O da Luiziana aboliu-a de modo expresso (art. 413); na Inglaterra, não existe. TEIXEIRA DE FREITAS, no seu *Esboço*, e NABUCO, em seu *Projeto*, deixaram-na de parte. Entretanto, ainda subsiste ela no Código Civil português (arts. 340-352), no chileno (arts. 442-455), no colombiano (arts. 534-544), no báltico, no espanhol (arts. 221-227), no suíço (arts. 370 e 374), no alemão (arts. 114-115) e no aus- triaco (§ 273).

Pelo Código Civil francês (arts. 513-515), o pró- digo não é suscetível de ser posto em interdição, mas se lhe nomeia um conselho para assistí-lo em certos atos. Este conselho não administra os bens do pródigo nem o re- presenta, limita-se a dar-lhe conselhos e a impedir, pela re- cusa de sua autorização, que ele realize negócios jurídicos prejudiciais aos seus interesses (3).

A inhabilitação do Código Civil italiano é alguma coisa de semelhante (arts. 410 e segs.). Dá-se um curador ao pródigo inhabilitado, mas é ele que administra os seus bens, podendo alienar os moveis e praticar todos os atos que se incluem na administração simples.

(3) PLANIOL, *Traité*, I, ns. 2.949-2.959.

§ 92

CURATELA DOS AUSENTES

Ausente é todo aquele que está fora de seu domicílio; mas, no sentido em que agora se toma o vocábulo, é aquela pessoa cuja habitação se ignora ou de cuja existência se duvida, e cujos bens ficaram ao desamparo. Para os bens se considerarem abandonados e merecerem a qualificação de *bens de ausentes*, é necessário que o proprietário, achando-se fora do lugar, onde eles estão situados, não tenha aí deixado mulher, ou pai sob cujo poder ainda esteja, ou procurador. E nessa categoria, entravam as heranças pertencentes a herdeiros ausentes, nomeadamente instituídos, necessários ou mesmo colaterais sucessíveis, não conhecidos notoriamente, não tendo procuradores legalmente autorizados para recebê-las (1).

O decreto-lei n. 1.807, de 26 de Dezembro de 1939 considera jacente a herança, quando o falecido não tiver deixado testamento, nem ascendentes, descendentes, ou irmão notoriamente conhecidos, nem cônjuge.

Seis meses depois da morte do *de cujus*, não havendo cônjuge superstite, nem se tendo habilitado à sua cessão os herdeiros acima nomeados, os bens da herança vaga se consideram vacantes e deferem-se à União, onde quer que tenha sido domiciliado o defunto ou aberta a sua sucessão.

O juiz de órfãos, a requerimento de interessado, ou do Ministério Público, nomeará um curador, de preferência escolhido entre os parentes do ausente, para arrecadar os bens em abandono, existentes nos limites de sua jurisdição, inventariá-los e administrá-los, até que apareça o ausente, ou seus herdeiros; ou seja instalada a curadoria

(1) Cód. Civil, arts. 1.591 e 1.592. T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 31, § 2.º; LAFAYETTE, *Direitos de família*, § 172; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 1.700.

provisória; ou tenha lugãr a vacância dos bens por morte certa ou presumida do proprietário; ou haja a prescrição trintenária em favor da Fazenda Pública (2).

Passados quatro anos, depois das últimas notícias do ausente, se tiver ele deixado procurador, ou dõis, no caso contrário, presume-se ter ele morrido, abre-se-lhe a sucessão provisória, e defere-se a herança aos herdeiros legítimos ou instituídos, conforme as circunstâncias (3).

O herdeiro chamado à sucessão provisória do ausente é o que tem esse direito, segundo os preceitos legais, no tempo em que se completar o prazo da lei para a presunção da morte. Como porem, a presunção cede à verdade, será determinada a sucessão pela época do falecimento, se se puder precisar, de modo certo, o tempo em que se realizou (4).

(2) Cód. Civil, arts. 463 a 465. *Consolidação cit.*, art. 333; LAFAYETTE, op. cit., §§ 173-175.

Bens vagos, a que não é achado senhorio certo, são os bens de ausentes e as sucessões, quando não aparece quem as reclame, com fundamento jurídico. No domínio monárquico, eram tais bens devolvidos à Fazenda Nacional (Ord., 2, 26, § 17, e Reg. de 15 de Janeiro de 1859). Hoje, porem, com a forma republicana federativa, os bens vagos, com as terras devolutas, passaram do domínio do Estado geral para o dos Estados particulares, em cujo território se achem, segundo resulta do art. 37 da Constituição federal e da índole do sistema, que nos rege.

O Código Civil, art. 1.594, declarava que, decorridos trinta anos da abertura da sucessão, os bens da herança vaga passariam ao domínio do Estado, ou ao do Distrito Federal, se o *de cujus* tivesse sido domiciliado nas respectivas circunscrições, ou se incorporariam ao domínio da União, se o domicílio tivesse sido em território ainda não constituído em Estado. Este dispositivo está revogado.

(3) Cód. Civil, art. 469; Ord., I, 62, § 38; lei de 15 de Novembro de 1827; Reg. de 15 de Junho de 1859. Esses herdeiros serão os que menciona o decreto-lei n. 1.907, de 26 de Dezembro de 1939.

(4) LAFAYETTE, op. cit., § 177; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 396.

O sucessor provisório assume a posição de herdeiro, embora prematuro; pelo que não é obrigado a prestar contas, a não ser que apareça o ausente ou parente mais próximo. Mas, atendendo a que é condicional o seu direito, não se lhe podem dispensar as necessárias garantias de hipoteca ou penhor (5). Atendendo a que a sucessão provisória não confere o domínio, mas somente a posse e o direito de administração, somente podem os curadores alienar os bens de fácil deterioração e os destinados, por natureza, à venda, como já foi exposto em relação à tutela. Os imóveis do ausente só se poderão alienar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína, ou quando convenha convertê-los em títulos da dívida pública (6).

Aparecendo o ausente, devem ser-lhe restituídas todos os bens com seus produtos e rendimentos (7), deduzida somente a justa retribuição, arbitrada pelo onus da guarda e administração da fortuna do ausente (8).

Transforma-se a sucessão provisória em definitiva, que faculta aos herdeiros a livre disposição dos bens, quando a ausência exceda a trinta anos (9), ou quando o ausente completa oitenta anos, se de cinco anos datam as

(5) Cód. Civil, art. 473.

(6) Cód. Civil, art. 475.

(7) Cód. Civil, art. 480.

(8) Disputavam os nossos civilistas sobre se deviam ser entregues todos ou somente alguns rendimentos (PEREIRA DE CARVALHO, *Proc. orf.*, § 180 e nota 345). Preferi a opinião de LAFAYETTE, *Dir. de família*, § 178, e RIBAS, *Curso*, I, pág. 107, e nota.

(9) Cód. Civil, art. 481. E' o prazo da prescrição geral e da dos dinheiros de ausentes em proveito do Estado (lei de 17 de Setembro de 1851, art. 32). PERDIGÃO MALHEIROS, *Manual do proc. dos feitos*, § 381 e nota 695; LAFAYETTE, *Dir. de família*, e T. DE FREITAS, *Consolidação*, nota 12 ao art. 338, conformavam-se com este modo de pensar. PEREIRA DE CARVALHO, *Proc. orf.*, § 181, aceitava-o também fundado no Código Civil francês, art. 129.

últimas notícias suas (10). Ocioso é dizer que o mesmo acontece no caso em que há certeza da morte; assim como que, cedendo a presunção à realidade, serão entregues os bens ao ausente, desde que ele apareça, em qualquer tempo, após a abertura da sucessão definitiva. Neste caso, porém, como se consideram os verdadeiros proprietários definitivos, receberá o ausente os bens no estado em que estiverem, e o preço das alienações, mas não os frutos, porque o sucessor definitivo tem propriedade, embora resolúvel, é possuidor de boa fé, visto que recebe os bens do ausente *jure hereditario* (11).

O art. 483 do Código Civil dispõe: "Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum dos seus descendentes, ou ascendentes, aquele, ou estes haverão só os bens existentes, no estado em que se acharem, os subrogados em seu lugar, ou o preço, que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquele tempo".

Se o ausente não regressar e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens passarão para o Estado ou para o Distrito Federal, se o ausente era domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se o era em território ainda não constituído em Estado (artigo citado, § único).

(10) Cód. Civil, art. 482. PEREIRA DE CARVALHO, *Proc. orf.*, § 181 e nota 347; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 398; LAFAYETTE, *Dir. de família*, § 179; LOUREIRO, *Dir. civil*, § 225; RIBAS, *Dir. civil*, pág. 24. Outros de nossos civilistas, apoiados no direito romano, preferiam a idade de 100 anos. Neste capítulo do direito relativo à matéria de ausência, eram muito lacunosas as nossas leis. O Código Civil, porém, procurou suprir essas deficiências.

(11) Não era razoável a doutrina de PEREIRA DE CARVALHO, *Proc. orf.*, § 183, sobre os rendimentos legítimos, a serem restituídos nesta hipótese, pois que seu único apoio era o Código Civil francês.

§ 93

LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

O Código Civil francês distingue a presunção de ausência, a ausência declarada e a presunção de morte (artigo 112 e segs.), semelhantemente ao que estatuem nossas leis. O prazo para a declaração da ausência é de quatro ou dez anos, conforme o indivíduo tenha ou não deixado procurador para cuidar de seus bens (arts. 120-121). Declarada a ausência, o cônjuge comum de bens pode optar pela continuação do regime, impedindo, assim, a imissão dos herdeiros na posse provisória da comunhão (artigo 124). A posse provisória é um verdadeiro depósito, conferindo apenas o direito de administração (art. 125), mas não o de alienação dos imóveis (art. 128). Os depositários administradores, que são os herdeiros do ausente, são obrigados a restituir os bens deste com o quinto dos rendimentos, se ele reaparecer, antes de quinze anos a contar das últimas notícias, com o décimo, se o reaparecimento demorar mais de quinze anos.

Depois de trinta anos de ausência, a totalidade dos frutos pertencerá ao administrador (art. 127).

Trinta anos depois de declarada, judicialmente, a ausência, ou cem anos passados depois do nascimento do ausente, devolvem-se as cauções e abre-se a sucessão definitiva (art. 129). Porém, se o ausente reaparece ou é provada a sua existência, mesmo depois da partilha definitiva, se lhe entregarão todos os bens, no estado, em que se acharem, e o preço das alienações (art. 132).

O Código Civil italiano atual trata da ausência nos arts. 45 a 71. Decorridos dez anos do dia em que se tiveram as últimas notícias referentes à pessoa, os presumidos sucessores legítimos e os que julgam ter direito sobre bens do desaparecido, dependentes da morte delê, podem pedir ao tribunal competente a declaração da ausência (art. 46). Tornada exequível a sentença declara-

tória da ausência, o tribunal, a pedido de interessado, ou do Ministério Público, ordenará a abertura do testamento, se houver, os presumíveis herdeiros podem pedir imissão na posse provisória dos bens, mediante caução, ou outra cautela determinada pelo tribunal (art. 47). Ao cônjuge, além do que lhe caiba, de acordo com o regime de bens, poderá ser concedida pensão alimentar (art. 48). Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge imitido na posse provisória dos bens recolhem, em seu proveito, a totalidade das rendas; outros, devem reservar um terço delas para o ausente (art. 50). Se o ausente aparece ou se prova a sua existência, cessam os efeitos da ausência (art. 53). Se se lhe prova a morte, abre-se a sucessão (art. 54). A morte se presume, se decorreram dez anos da última notícia do ausente; não podendo, porém, proferida sentença a respeito, antes de transcorridos nove anos depois da maioridade do ausente (art. 55). Outros casos de morte presumida: 1.º, quando o desaparecido tomou parte em operação bélica e já decorreram dois anos do tratado de paz, ou, em falta desse tratado, três anos contados do fim do ano em que cessaram as hostilidades; 2.º, quando o desaparecido tenha caído prisioneiro do inimigo, ou tenha sido por este internado, passados dois anos da vigência do tratado de paz, ou três anos contados do fim do ano em que cessaram as hostilidades; 3.º, quando alguém desaparece num sinistro e passam dois anos, sem haver notícia dele (art. 57). E continua o desenvolvimento da matéria.

Firmando e desenvolvendo os princípios do direito anterior, o Código Civil português (arts. 55-56), é dos que mais detalhada e sabiamente providenciaram sobre a ausência. A curadoria provisória é dada aos bens de todo aquele que desaparece do lugar de seu domicílio ou residência, sem deixar outrem incumbido de velar por seu patrimônio (art. 55). Decorridos quatro anos depois do desaparecimento ou das últimas notícias, instala-se a curadoria definitiva, em favor dos herdeiros legítimos

ou testamentários, não tendo o ausente deixado procurador (1). Se o tiver, a entrega dos bens aos herdeiros só se fará, passados dez anos. Mas os herdeiros poderão, ainda neste caso, intervir, passados três anos, requerendo que o procurador preste caução suficiente, se ocorrer justo receio de insolvência, sob pena de destituição (art. 64).

Os curadores definitivos fazem sua a quarta parte dos rendimentos, se aparecer o ausente ou outro herdeiro com direitos superiores, dentro de dez anos contados desde o dia do desaparecimento ou da data das últimas notícias. Adquirirão a metade, se ressurgir o ausente após dez anos. Depois dessa época, ser-lhes-á concedida a totalidade dos rendimentos (art. 73). Somente ao ausente ou ao herdeiro preferido tem os curadores definitivos de dar contas de sua gestão (art. 75). A alienação dos imóveis lhes é vedada; exceto em casos excepcionais de urgente necessidade (art. 76). Igualmente, não podem transigir sem autorização judicial, nem repudiar heranças em nome do ausente, aceitando-as sempre a benefício do inventário (artigo 77).

Passados vinte anos de curadoria provisória, ou completando o ausente noventa e cinco anos, presume-se a morte, para o efeito de abrir-se a sucessão definitiva (artigo 78).

O Código Civil argentino faz presumir a morte do ausente, passados seis anos, a contarem-se do desaparecimento ou das últimas notícias, pouco importando que haja ou não deixado procurador (arts. 110-111). Fá-la, igualmente, presumir, na hipótese de desaparecimento após um combate, um naufrágio, um incêndio ou outro acontecimento semelhante, não havendo notícias por três anos consecutivos (art. 112). Declarada a ausência, segue-se a posse provisória e partilha dos bens, sem que os

(1) O Código Civil português ainda distingue os casos de ser o ausente casado, e de deixar filhos ou não. São minúcias de somenos interesse (arts. 82-96).

possuidores tenham faculdade para aliená-los, sejam moveis ou de raiz, sem autorização judicial (art. 121). A sucessão definitiva verifica-se quinze anos depois do desaparecimento do ausente ou das últimas notícias, ou oitenta anos depois de seu nascimento (art. 122).

Como se vê, não giram em órbitas muito divergentes os vários Códigos, que teem assomado diante dos olhos do leitor. Poucas e de pequeno vulto são as variantes apresentadas. O mesmo resultado obteríamos se prolongássemos esta revista. Os prazos encurtam-se ou alargam-se, as relações pessoais veem, às vezes, à tona, ao lado das econômicas, segundo se vê no Código Civil da República oriental, porem a parte fundamental do assunto mantem-se a mesma.

Notarei, apenas, em aditamento ao que fica exposto, que a duração presumivel da vida, segundo a maioria dos Códigos Cívís, é de oitenta anos, neste assunto especial da ausência, pelo menos. Alem dos já anteriormente citados, pronunciam-se por esse prazo: o Código Civil espanhol (art. 191) e o uruguaio (art. 68). O Código Civil báltico pronuncia-se pelos setenta anos.

CAPÍTULO XV

DA RESTITUIÇÃO IN INTEGRUM (*)

§ 94

Poucas frases despenderei com este instituto que vai, dia a dia, perdendo terreno, tanto nas páginas dos compêndios como nos editos dos Códigos. Além disso, a teoria da restituição prende-se à das lesões e à dos recursos, o que a transfere para outros departamentos do direito civil, o das obrigações e o do processo.

Consagrada pelo direito romano, onde se originou da necessidade de proteger os menores de vinte e cinco anos, de atos ruinosos ao seu patrimônio, e sendo após estendida aos pupilos em tutela (D. 4, 4, fr. 29, pr.) e às pessoas equiparadas aos menores (1), a restituição por inteiro viveu, algum tempo, nas legislações dos povos ocidentais, para ser, em seguida, eliminada parcial ou completamente.

(*) O Código Civil aboliu a restituição *in integrum* (art. 8.º). Mas aqui é conservado este parágrafo como elemento para a história do direito.

(1) Sobre a teoria romana da restituição "*in integrum*", consulte-se a substancial obra de ALMEIDA OLIVEIRA, *Restituição "in integrum"*, primeira parte.

O Código Civil português extinguiu expressamente esse benefício, tanto em relação aos menores (art. 297), quanto em relação ao Estado e a quaisquer outras corporações (art. 38); o argentino deixou de contemplá-lo. O francês (art. 1.305 e segs.), o italiano (1.303 e segs.), o chileno (1.682 e segs.), o uruguaio (1.560 e segs.), se o mantiveram, modificaram-no mais ou menos consideravelmente.

Em todo o caso, como o nosso direito conservou, até ser abolido pelo Código Civil, o instituto da restituição, entendendo ele, diretamente, com os menores e maiores incapazes, de que acabo de me ocupar, cabe esboçar aqui os seus traços fundamentais.

Restituição por inteiro era o benefício concedido aos menores e às pessoas que se lhes equiparam, afim de poderem anular quaisquer atos, ainda que válidos, nos quais tivessem sido lesados durante a menoridade. O fundamento desta matéria, por dreito pátrio, estava nas Ords. 3, 41 e 42, e no direito romano, em tudo que não fora modificado ou alterado pelas citadas Ords. ou leis posteriores.

Concedia-se a restituição em todos os atos judiciais ou extrajudiciais, omissivos ou comissivos, contanto que ocasionassem lesão ao menor, salvo, se esta proviera de caso fortuito. Não importava que o ato fosse praticado pelo tutor ou autorizado pelo juiz (Ord. 3, 41, § 2.º). Se o ato era nulo, como se o menor fizesse algum contrato, sem assistência do tutor, se nas alienações não tivessem sido observadas as formalidades legais, e em todos os casos feridos de nulidade, permitia o direito que se acumulassem as ações de nulidade e restituição (2).

A restituição beneficiava a todo menor, varão ou mulher, estivesse sob o pátrio poder ou sob tutela; aos alienados, fracos de espírito e pródigos interditos; ao Es-

(2) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 392; ALMEIDA OLIVEIRA, *Restituição*, págs. 225-226.

tado, ao Município e mais corporações juridicamente personificadas (3).

Podia o beneficiado, pelo recurso da restituição, usar dele até quatro anos após o termo da menoridade ou da incapacidade. Porém, se pudesse alegar algum impedimento legítimo^a o tempo desse impedimento fosse imediato à emancipação ou intercalado entre o começo e a seqüência da capacidade, não seria levado em conta (Ord. 3, 41, § 6.º). Dada a emancipação por casamento, somente depois dos vinte e um anos corria o quadriênio, apesar da emancipação (Ord. 1, 88, § 28).

O direito de pedir a restituição transmitia-se ao herdeiro do menor, contando-se para ele o quadriênio, ou a parte que dele restasse, desde a aceitação da herança, ou, se o sucessor era menor, desde que excedesse à menoridade. Aproveitava, igualmente, ao cônjuge no regime da comunhão; ao condômino ou sócio da coisa individual. Não aproveitava, porém, ao fiador (4).

Para que se concedesse esse benefício extraordinário da restituição, não bastava, como já vimos, que o reclamante fosse menor, ou gozasse do privilégio por extensão; era necessário ainda: 1.º, que tivesse havido lesão provada, se o ato não era daqueles que supõem lesivos em si mesmos, como os empréstimos gratuitos e inúteis, as doações inconvenientes, as fianças, como as omissões de litis contestação, prova, apelação, suspeição e outras que determinam lesões (5); 2.º, em geral, que outro meio não existisse para nulificar o ato contra o qual se reclamava.

(3) ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, págs. 182 e segs., acrescentava ainda os militares ocupados em serviço militar, os indivíduos que estivessem servindo em legações, embaixadas e outros.

(4) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 338; ALMEIDA OLIVEIRA sustentava, em contrário, que a restituição aproveitava ao fiador, pág. 220.

(5) ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, págs. 217 e segs. Pode a lesão ser de pequeno valor; mas seria excessivo que, sendo insignificante, determinasse a restituição.

Entretanto, nas partilhas, em que a lesão ia além da sexta parte, a restituição era meio ordinário de rescindí-la (Ord. 4, 96, § 21).

Não podiam implorar a restituição: 1.º, o menor que, maliciosamente, se fingira maior na ocasião de praticar o ato contra o qual reclamava; 2.º, o que ratificara o ato expressa ou tacitamente; 3.º, o menor comerciante e o industrial pelas obrigações contraídas no exercício de sua profissão; 4.º, o condenado por delito ou outros atos ilícitos, em relação às indenizações a quem foram constrangidos; 5.º, quaisquer menores, em relação aos esponsais e pactos antenupciais, tendo efetuado o casamento (6).

Podia ser pedida a restituição, diretamente, por ação, ou simples petição, ou em defesa, por meio de réplica, exceção, embargos, apelação.

Concedida a restituição, voltavam as coisas ao estado anterior ao ato anulado, devendo cada uma das partes repor o que tivesse recebido da outra, com seus rendimentos, e indenizar as despesas necessárias e úteis (7).

(6) COELHO DA ROCHA, op. cit., § 391.

(7) COELHO DA ROCHA, op. cit., § 390; ALMEIDA OLIVEIRA, op. cit., págs. 251-253.

ÍNDICE ANALÍTICO



ÍNDICE ANALÍTICO

	Págs.
Palavras iniciais da primeira edição	11
Prefácio da segunda edição	13

CAPÍTULO I

DA FAMÍLIA

§ 1.º

Noção da Família. Várias acepções da palavra família, no direito antigo e no moderno. Fatores biológicos e sociológicos da constituição da família. Correlação existente, segundo SPENCER, entre a evolução dos tipos familiares e as da inteligência e do sentimento	15
---	----

§ 2.º

Formas de Família. Poligamia, monogamia, formas incoerentes, o patriarcado, tipo igualitário. O matriarcado não é mais do que um modo de determinar o parentesco. Opinião de WESTERMARCK. Comparações históricas e etnológicas. O patriarcado. A forma igualitária atual	18
--	----

§ 3.º

Direito da Família. A família é um foco de onde irradiam múltiplas relações. Constituem elas o <i>Direito da Família</i>	20
--	----

CAPÍTULO II

ESPONSAIS

§ 4.º

Noção e história do instituto dos esponsais. E' uma transformação da compra das mulheres para o casamento. Alguns povos celebram esponsais, desde o momento em que nasce a criança. WESTERMARCK, HERMANN POST. Os germanos. Os anglo-saxões. Curva da variação do instituto segundo POST. Direito romano. Arras esponsalícias. <i>Osculum</i> . Direito canônico. <i>Sponsalia de praesente e de futuro</i> . Consequências	23
---	----

§ 5.º

Teoria dos esponsais pelo direito pátrio anterior à codificação civil. Legislação comparada. Que pessoas podem contrair esponsais. Requisitos legais para sua validade. Arras, indenizações e condições. Ação resultante do contrato esponsalício. Dissolução. E' um instituto em decomposição. O Código Civil francês, o português, o italiano, o holandês, direito americano do Norte, Código espanhol, lei argentina, direito prussiano, Código de Zurich. Os <i>Brautkinder</i> . Lei de Berna, Código saxônio, o Código Civil alemão, a lei húngara	27
--	----

CAPÍTULO III

DO CASAMENTO

§ 6.º

Noção do casamento. O casamento é a regulamentação do instinto de reprodução. Definições romanas. Definição adotada. E' um contrato. Opinião de SAVIGNY, LAFAYETTE, D'AGUANO, SANCHES ROMAN. Opinião contrária de ROBERTSON, HUC, CIMBALI, PLANIOL, etc. 33

§ 7.º

Primeiras formas do casamento. O hetairismo de M. LENAN, MORGAN e outros. Chins, helenos, indús, lídios, massagetas, babilônios, cipriotas, assírios balears, lócrios, australianos. O heitarismo não tem a generalização que lhe atribuem alguns escritores. Monogamia entre selvagens brasileiros, os fogueanos. Opiniões de DARWIN, MAINE, LE BON, WESTERMARCK, SPENCER. Transitoriedade das relações sexuais nas sociedades primitivas. Caraibas, esquimós, aleucianos, cossacos, zoropogos, tibetanos, bretões, árabes. O *levirato*. Poliginia. Considerações de SPENCER a respeito. Monogamia. Endogamia. Exogamia. Captura e compra. O *jus connubii*. Outras modalidades do casamento 35

§ 8.º

Cerimoniais do casamento antigo. A ficção da captura. O banquete em comum, o bolo e o licor nupciais. Intervenção da religião e do direito. Formas do

	Págs.
casamento em Sumatra, nas Ilhas Malgraves, no Egito, no México e no Perú	45
§ 9.º	
Direito romano. O <i>matrimonium juris gentium</i> e o <i>contubernium</i> . A <i>confarreatio</i> , a <i>coemptio</i> e o <i>usus</i> . Casamentos por mero consenso. Solenidades costumeiras. Monogamia. Prescrições contra o celibato. Os <i>Orbi</i> . Impedimentos matrimoniais. O adultério	48
§ 10	
Direito canônico e pátrio. Concessões da Igreja. Casamento pela simples troca de consentimento. Casamento morganático. Formas de casamento usadas, outrora, em Portugal. Prescrições do Concílio tridentino. Casamento acatólico. Casamento civil	54
§ 11	
Condições para a validade do casamento. Requisitos pessoais, solenidades preliminares e celebração ...	57
§ 12	
Impedimentos matrimoniais. Parentesco. Noção de impedimentos matrimoniais. Suas diversas figuras. Noção de parentesco. Suas espécies. Linha e grau. Contagem dos graus segundo o direito civil e o canônico. Irmãos germanos e unilaterais. Sistema descritivo e classificatório. Parentesco matrimonial. Observações dos fisiologistas. Direito romano, francês, italiano, austríaco, russo, portu-	

Págs.

guês, espanhol, inglês, norte-americano, japonês,
chinês 57

§ 13

Outros impedimentos da lei brasileira. 1.º Casamento ainda não dissolvido; 2.º Adultério; 3.º Atentado contra o consorte; 4.º Coação e incapacidade em manifestar o consentimento; os loucos e os surdos-mudos; 5.º o rapto; 6.º A falta de autorização dos pais, tutores ou curadores; Casamento de funcionários, diplomatas, consulares e dos militares; 7.º A idade inferior a 16 ou 18 anos, tábuas da idade nupcial em diversas legislações; 8.º A falta de inventário; 9.º A falta de lapso de tempo depois da viuvez ou separação judicial de corpos; 10.º O vínculo tutelar ou curatelar; 11.º O vínculo jurisdicional Código Civil brasileiro. Legislação estrangeira 68

§ 14

De alguns impedimentos estranhos à nossa lei. Impedimentos canônicos. Voto solene e ordens sacras maiores diante da legislação de vários povos. A disparidade de cultos. Outras figuras de impedimentos. O código soviético. Direito inglês. O ódio de raça nos Estados Unidos da América do Norte. O novo Código Civil italiano, estabelece restrições ao casamento de italiano com estrangeiro 84

§ 15

Oposição dos impedimentos. Quem os pode opor. Por que modo. Em que tempo. Contestação. Dispensas 86

§ 16

- Outras exigências permitidas. Atestado de sanidade e de moralidade. O Código Civil não os manteve. Não são impedimento. Leis alemã e inglesa ... 89

§ 17

- Solenidades preliminares do casamento. Editais. Publicação de proclamas. Sua dispensa, em casos urgentes. A publicação e eficácia dos banhos no direito inglês, francês, italiano, argentino, alemão, espanhol e português 91

§ 17-A

- A celebração do casamento por direito pátrio. Autoridade celebrante. Casamento religioso. Referência a leis locais. Lugar da celebração. Testemunhas. Formalidades da celebração. Casamento por procuração. Casamento em iminente perigo de vida. Sanção religiosa, anterior ou posterior ao ato civil. A doutrina da precedência do ato civil ao religioso, em França. Liberdade ampla na Itália. A precedência do ato civil, na Suíça, Alemanha, Holanda e Argentina. A falta de consagração religiosa quando prometida. A celebração religiosa do casamento com efeitos civís, em virtude do que preceituava a Constituição. A jurisprudência francesa e o Código Civil do Uruguai 94

§ 18

- Celebração do casamento no direito estrangeiro. Dualidade de formas, religiosa e civil, em Portugal e

Págs.

a reforma atual. Direito espanhol. Crítica de SANCHES ROMAN. O casamento dos que se acham em perigo iminente de vida. Origens do casamento civil no direito francês. Sua atualidade. Diferenças entre o direito francês e o pátrio. Código italiano. Lei alemã. Direito austríaco, húngaro, dinamarquês, românico, suíço, inglês, escossês, irlandês, russo, argentino, norte-americano, peruano, boliviano, equatoriano 99

§ 19

Das segundas núpcias. Imolação das viuvas. Culto do cônjuge morto. Vedação das segundas núpcias no direito antigo. Direito canônico e pátrio 109

§ 20

Casamento dos brasileiros no estrangeiro e dos estrangeiros no Brasil. Ambos os contraentes brasileiros, qual a lei applicavel e qual a autoridade celebrante. Se um só dos contraentes é nacional. O Código Civil. O Código Bustamante. A continuidade como carater essencial das leis. Códigos estrangeiros a respeito. Casamento dos estrangeiros no Brasil. O Código italiano e o espanhol. Princípios firmados na conferência de Haya. Validade dos casamentos realizados perante agentes diplomáticos ou consulares 112

§ 21

Das provas do casamento. Diversas categorias de provas consagradas no direito pátrio. Outras legislações. Confronto e crítica 118

§ 22

Casamento nulo. O que é. Vícios que determinam a nulidade. A inobservância dos preceitos legais envolve uma questão de ordem social. Doutrina do Código Civil alemão. HUC e ENDEMANN. Nota sobre os casamentos celebrados por pessoa incompetente	122
--	-----

§ 23

Casamentos anuláveis. Quais são. Casamentos do coato. Do incapaz de consentir. Se alguém casar durante o estado de loucura. Direito francês, alemão, argentino, italiano, espanhol e suíço. Erro essencial sobre a pessoa; a) o que diz respeito a identidade do outro cônjuge; b) ignorância de crime inafiançável; c) ignorância de defeito físico irremediável e anterior. Casamento contraído sem autorização das pessoas a quem compete dá-la. Casamento da menor de 16 anos e do menor de 18. Legislação comparada	124
---	-----

§ 24

Consequência da nulidade e da anulação do casamento. Filiação. Casamento putativo. Parentesco. Guarda dos filhos. Legislação comparada e, em particular, o direito russo	132
---	-----

CAPÍTULO IV

DOS EFEITOS DO CASAMENTO

§ 25

Efeitos do casamento. São múltiplos os efeitos que decorrem do casamento. Classificação deles	137
--	-----

Págs.

§ 26

Evolução das relações pessoais entre cônjuges. O direito antigo consagra a incapacidade jurídica da mulher, salvo exceções. Direito persa, indú, hebraico, helênico, germânico, romano. A manus, os casamentos livres. Atenuações do direito pelos costumes	138
--	-----

§ 27

Estado atual das relações pessoais entre cônjuges. I — Direitos e deveres comuns a ambos os cônjuges. II — Direitos especiais do marido. Quais são. Administração dos moveis. Doações e fianças. Alienações à concubina. Administração dos imoveis. Necessidade da autorização da mulher, para a alienação. A falta de autorização invalida o ato. Meio de suprir a falta de outorga uxória. Direito francês em relação aos direitos especiais do marido. O italiano, português, espanhol, russo, báltico, argentino, zurichense, chileno, basileano, americano do norte, inglês, alemão. III — Direitos especiais da mulher. Enumeração deles. Legislação comparada. O Código Civil	142
---	-----

§ 28

Incapacidade da mulher casada. Influência do passado. Atualidade. Direito pátrio. Autorização do marido para que a mulher possa agir juridicamente. Inovação constitucional. Suprimento da autorização pelo juiz. Casos em que a mulher se considera autorizada. Anulabilidade dos atos não autorizados. Legislação comparada. Sistema da incapaci-

	Págs.
cidade restrita. Sistema da incapacidade completa. Sistema de franquias. Sistema de independência completa. Nota sobre o direito mussulmano ..	154
§ 29	
A questão da misoginia e da filoginia. Posição da questão. Debate entre os biologists. Opinião de LIVIO DE CASTRO. Objeções. Adaptação e hereditariedade. MAEBIUS e LOMBROSO. Exageros da campanha feminista. A sociedade inglesa. A influência das <i>spinsters</i> . Conclusão de SPENCER. Nota sobre as confirmações de FOUILÉE	160
§ 30	
Outros efeitos pessoais do casamento. Influência sobre a nacionalidade. A lei de 10 de Setembro de 1860. Constituição Federal. Outras legislações. Emancipação. Legislações estranhas	168
§ 31	
Relações econômicas entre cônjuges. Regimes de bens, doações entre cônjuges, direitos sucessórios	171
§ 32	
Do regime dos bens no casamento. Liberdade do direito pátrio a respeito. Legislações estranhas. Necessidade da escritura pública e inalterabilidade dos regimes de bens. Opiniões de LAFAYETTE e TEIXEIRA DE FREITAS. Variedade dos regimes ..	172

Págs.

§ 33

Doações entre cônjuges. Condições de sua validade. Atos que se não consideram doações. O regime da comunhão	176
--	------------

§ 34

Direito sucessório entre cônjuges. Direito romano e germânico. Direito pátrio. O Código Civil. Direito italiano. Inovações introduzidas no direito francês. Outras legislações	178
---	------------

CAPÍTULO V

REGIME DA COMUNHÃO DE BENS

§ 35

Noção e origem da comunhão de bens: a) Manifestações prodrômicas. A comunhão de bens está em mais harmonia com a transfusão dos interesses, realizada pelo casamento, do que qualquer outro regime. Crítica a este regime. Sua defesa. Sua origem não é a comunhão patrimonial da família primitiva. Manifestações desse regime em Roma .	185
--	------------

§ 36

b) Desdobramento evolutivo. Em Roma, a comunhão de bens entre cônjuges não medrou. Na Germânia, apareceu ela com a cessação do <i>mundium</i>. Evolução do instituto, segundo ROTH e SCHROEDER. Seu germe é o <i>Morgengabe</i>. Comprovações tiradas da história jurídica de vários países. Em Portugal,	
--	--

	Págs.
procede ela dos wisigodos. Costume e convenção. Pronunciada predileção manifestada entre nós por esse regime. Tem uma explicação lógica e outra étnica e psicológica. A ação dos selvagens brasileiros	180
§ 37	
Comunhão universal de bens. Quando é legal. Quando convencional. Pressupostos de sua existência. Reservas que lhe faz o Código Civil. Países que adotam a comunhão universal de bens	196
§ 38	
Bens excluídos da universalidade da comunhão. Enumeração deles. O <i>Projeto</i> de Código Civil. Direito português, alemão, brasileiro	199
§ 39	
Administração dos bens na comunhão. A quem pertencem a propriedade e a posse dos bens comuns. O Código Civil brasileiro. O Código Civil alemão	200
§ 40	
Cessação da comunhão. Quando se verifica. Por morte. Por outras causas. Direito alemão. Cessação da comunhão na constância do casamento. O Código Civil	201
§ 41	
Comunhão parcial. 1.º, Comunhão do Código Civil francês, igualmente adotado na Bélgica, no Luxemburgo, em Genebra, no Jura bernês, na Luiziana e	

	Págs.
na Califórnia; 2.º, Comunhão dos aquestos. E' o regime comum na Espanha e em vários cantões suíços, no Chile, na Argentina. O Código Civil italiano regula esta espécie, mas não consagra regime legal; 3.º, Outras modalidades. Dissolução da comunhão	204

CAPÍTULO VI

REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

§ 42

Separção de bens. O que é. Legislações que adotam esse regime. Feições principais dele. A separação em Roma e na Germânia. Direito pátrio. Considerações morais a respeito. Separção limitada impropriamente chamada simples separação. Dívidas. Administração. Dissolução da sociedade conjugal. O Código Civil	209
--	-----

CAPÍTULO VII

REGIME DOTAL

§ 43

Noção, origem e desenvolvimento histórico até ao direito romano, inclusive. Qual é o regime dotal. A compra da mulher transforma-se em compra do marido. Transição dessa transformação entre os babilônios. O dote como simples doação <i>propter nuptias</i> . O Rig-Veda, HOMERO. Germanos, aztecas e toltecas. Obtenção do dote pelo amor venal. O dote na Gré-	
--	--

cia. Sua origem em Roma. Estipulação para restituí-lo. Sua generalização. Destinação do dote. Legislação justiniana 215.

§ 44

Desenvolvimento histórico do regime dotal no antigo direito íbero, no direito pátrio e nas legislações modernas. Código visigótico. Lei das sete partidas. O sistema dotal penetrou na Ibéria com a renascença do direito romano. E' ainda esse direito a base do sistema dotal entre nós. Dote convencional e legal. Direito germânico. Direito alemão vigente, suiço, chileno, colombiano, argentino, inglês e norte-americano 222.

§ 45

Por quem pode ser constituído o dote. Obrigação de dotar em direito romano. Desaparecimento dessa obrigação no direito moderno. Se o dote é constituído pela mulher. Pelo pai ou pela mãe da nubente. Pelos avós paternos ou maternos. Por estranho 226.

§ 46

Quando deve ser constituído o dote. Suas formalidades. Estimação e insinuação. Anterioridade ao casamento e escritura pública. O Código Civil permite que um estranho constitua dote, durante o matrimônio. O que é estimação. Suas modalidades. Que dotes dispensavam a insinuação. O Código Civil . 230.

Págs.

§ 47

Cláusulas adjectas ao contrato dotal. Cinco cláusulas destacadas por LAFAYETTE. Justificação e crítica 233.

§ 48

Obrigações do dotador e direitos do marido para haver o dote. Evicção. A obrigação do dotador é condicional. Ação do marido para coagí-lo. Necessidade da tradição para a translação da propriedade ao marido 235.

§ 49

Classificação dos bens no regime dotal. Bens dotais. Bens parafernais. Bens próprios do marido. Bens adquiridos na constância do matrimônio. Doutrina que prevaleceu no Código Civil 238.

§ 50

Direitos e obrigações do marido em relação aos bens dotais. A propriedade do dote pertence, normalmente, à mulher. Os direitos do marido dependem da natureza do regime, do estipulado e da modalidade da estimação. Estimação que importa venda. Estimação taxativa. Inalienabilidade dos imoveis. Indicação dos principais direitos e deveres do marido 241.

§ 51

Consequências da alienação ilícita dos bens dotais. São anuláveis as alienações ilícitas. Cabe à mulher

Págs.

e aos seus herdeiros o direito de promover a anulação. Responsabilidade do marido 245

§ 52

Direitos da mulher em relação aos bens dotais. Garantia hipotecária. A separação do dote e a sua administração pela mulher. Em que casos se verifica. Como se efetua. Mulher comerciante. Legislação estrangeira 246

§ 53

Restituição do dote. Quando ocorre. Quem deve restituir. Restituição prematura. Garantia da restituição. Como deve ela ser feita. Aquisição dos frutos. Os frutos do último ano. Ampliação do princípio. Quando o dote consistir em gozos de direitos reais ou obrigacionais. A restituição presuppõe a tradição. O Código Civil. Legislação estrangeira 248

§ 54

Tempo de restituição. Bens que se restituem em espécie. Bens que se restituem pelo preço. Os prazos da lei não são fatais. Nota sobre a doutrina romana a respeito 254

CAPÍTULO VIII

ARRAS

§ 55

Noção e evolução das arras. Definição. Origem do instituto, segundo VITERBO. Compra de corpo e

Pags.

Morgengabe. Opinião de LEVY MARIA JORDÃO. *Camera cerrada* é um eufemismo para designar a compra do corpo. Objeções a essa opinião. O *Morgengabe* em Portugal, como na Alemanha, transforma-se na comunhão de bens. A compra do corpo no direito português não corresponde ao *pretium pudicitiae* do direito hebreu. E', sim, a compra do *mundium*. As arras são a metábole do doário. De onde veio o nome de arras. *Osculum*. Doações *propter nuptias*. Fusão do doário de origem tedesca e arras esponsalícias de origem greco-latina

257

§ 56

Princípios reguladores das arras no direito pátrio anterior à codificação civil. As arras só podiam ser constituídas no contrato dotal. Seu *quantum*. Sua administração. Seu destino após a dissolução da sociedade conjugal. Apanágios e alfinetes

271

CAPÍTULO IX

DOS REGIMES DE BENS NO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO

§ 57

Os regimes de bens perante o direito internacional privado. Casamento celebrado no estrangeiro perante a autoridade estrangeira ou nacional. Fixação do domicílio em outra parte. Lei do domicílio conjugal. Escritores e Códigos. Escolas divergentes. Somente o primeiro domicílio conjugal teria força para determinar o regime legal. A que se reduz a questão. O art. 8 da Introdução do Código Civil. O Código Bustamante

273

CAPÍTULO X

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL
E DO MATRIMÔNIO

§ 58

Noções históricas do divórcio e do desquite. Dupla acepção da palavra divórcio. Casamentos temporários entre os primitivos. Repúdio da mulher na Índia, na Grécia, na Judéia. Divórcio pelo Código de Hammurabi. Divórcio em Roma. Reação do cristianismo. Separação de corpos. Direito pátrio. Secularização do direito matrimonial 279

§ 59

O problema do divórcio. Vantagens e inconvenientes da simples separação e do divórcio *a vinculo*. Solução preferível. As condições da sociedade brasileira dispensam o divórcio. Confronto entre o crime e o divórcio. O divórcio por ocasião de se discutir o *Projeto* de Código Civil, na Câmara dos Deputados. Opinião de ARTURO BAS 284

§ 60

Motivos e efeitos do desquite, segundo a lei pátria. Enumeração deles. Adultério. Sua punição no direito antigo. Direito pátrio. Condições para que o adultério autorize o desquite. Sevícias e injúrias graves. Abandono do lar. Tentativa de morte. Mútuo consentimento. Efeitos do desquite. A sorte dos filhos 288

Págs.

§ 61

- Legislação comparada.** Direito francês. Nota sobre a distinção entre o adultério do homem e o da mulher. O direito francês aceita o divórcio *a vinculo*. Sistemas diversos. O mútuo consenso. Legislação inglesa, russa, sérvia, austríaca, holandesa, belga, alemã, suíça, norte-americana, da Guatemala e do Salvador. Outras legislações rejeitaram o divórcio. A italiana, a espanhola, a argentina 294

§ 62

- O divórcio perante o direito internacional privado.** Que lei se deve consultar para saber se um casamento é divorciável. Opiniões divergentes. Combinação da *lex fori* com a da nacionalidade. Os cônjuges legalmente divorciados serão considerados tais, mesmo nos países em que o divórcio é desconhecido. O *Projeto primitivo* 303

§ 63

- Dissolução do casamento.** A morte. O divórcio dos estrangeiros pronunciado no estrangeiro. A ausência, embora definitiva, não dissolve o casamento. Base desta decisão 306

CAPÍTULO XI

RELAÇÕES ENTRE PAIS E FILHOS

§ 64

- Filiação legítima.** O que é filiação. Quando é legítima. Expostos. Modos de determinar se o momento da

concepção ocorreu durante a constância do casamento. Presunção do concúbito. Modo de desfazê-la. O adultério, por si só, não destrói a presunção legal da paternidade. Legislação comparada 309

§ 65

Contestação da legitimidade da filiação. I — Contestação da paternidade. Quem tem direito de fazê-la. Quando prescreve a ação para essa contestação. Quando se transmite ao herdeiro do marido. II — Contestação da maternidade. Quem pode propô-la. III — Contestação do casamento. Quem pode propô-la. Legislação comparada 313

§ 66

Ação de filiação legítima. Sua prova. Em que consiste esta ação. Tem direito de propô-la o filho, seus descendentes e herdeiros. O que deve provar quem pretende fazer constar a legitimidade da filiação. A posse de estado. Fatos de que resulta. Direito estrangeiro 317

§ 67

Filiação ilegítima. Quem é filho ilegítimo. Sub-espécies de ilegítimos. O direito ateniense e o romano em relação aos ilegítimos. Direito canônico e germânico. Direito moderno. Conceitos de CIMBALI 320

§ 68

Legitimação. O que é. Suas espécies no direito romano e moderno. Legitimação por subsequente matrimônio. Sua razão de ser e sua origem. Direito

Págs.

pátrio. Que filhos pode ele beneficiar. A legitimação por casamento subsequente atua no direito <i>ipso jure</i> . Direito francês, português, alemão, suíço, italiano, russo, argentino, chileno, norte-americano, inglês	323
--	-----

§ 69

Reconhecimento dos filhos naturais. A maternidade é habitualmente manifesta. Casos duvidosos. Seu reconhecimento espontâneo ou forçado. Determinação da paternidade. Reconhecimento espontâneo. Suas formas. Sendo por escritura pública ou testamento, que direitos confere. A que espécie de filhos especialmente se aplica. Época em que deve ser realizado o reconhecimento. Como e por quem pode ser impugnado. Legislações estranhas: francesa, portuguesa, argentina, uruguaia, chilena, espanhola

331

§ 70

Investigação da paternidade perante os princípios e a lei.

Prova da paternidade ilegítima para efeito de alimentos. Opiniões divergentes. TEIXEIRA DE FREITAS contra LAFAYETTE. Argumento tirado do decreto de 24 de Janeiro de 1890. O Código Civil regula a investigação da paternidade. Fatos jurídicos que provam a paternidade independentemente da vontade dos pais. Legislações que interdizem a investigação da paternidade. Casos em que a toleram. O direito português, inglês, austríaco, bávaro, espanhol, luiziano e argentino, aceitam a investigação. Argumentos pró e contra. Observação de TARDE. Opinião de CIMBALI, GABBA e LAURENT. Condições a que se deve submeter o princípio de

reconhecimento forçado. *Projeto* COELHO RODRIGUES. Posse de estado. Concubinato. Casamento religioso. Defloramento, estupro e rapto. A sedução como deve ser apreciada para autorizar a investigação da paternidade. Observações de DUMAS-filho. A prova testemunhal. O Código atual 339

§ 71

Adoção no antigo direito e no direito pátrio. Definição. Origem. Afirmacões de MAINE e de COULANGES. Direitos dos povos antigos, direito romano. Espécies, condições e efeitos. Povos bárbaros. Direito português antigo. Opinião do dr. DINO BUENO. Refutação. Opiniões de TEIXEIRA DE FREITAS, BORGES CARNEIRO, LIS TEIXEIRA e LOUREIRO, contra LAFAYETTE e COELHO DA ROCHA. Direito pátrio em vigor. O direito estrangeiro. BLUNTSCHLI e SANCHES ROMAN. Condições da adoção por direito pátrio. Seus efeitos 351

§ 72

Adoção no direito estrangeiro atual. Legislação que a puseram de lado. Legislações que a mantiveram. Direito francês, alemão, suíço. Outras legislações e, particularmente, a russa 384

§ 73

Noção de pátrio poder. Definição. Origens. No México, na China, no Japão, na Grécia, na Índia em Roma. Princípio novo introduzido pelos germanos. Direito pátrio 363

Págs.

§ 74

Direitos compreendidos no pátrio poder. Direito sobre a pessoa do filho. Pecúlios. Suas espécies. Direitos do pai sobre os pecúlios do filho. Garantias. Crítica à teoria dos pecúlios. O Código Civil pôs de lado a doutrina dos pecúlios. Legislações estranhas 367

§ 75

Responsabilidade do pai pelos atos do filho. Os preceitos do direito romano e do Código filipino devem ser entendidos de acordo com a feição nova do direito. Se há mandato. Não havendo. Adiantamento de mesadas. Se o filho é comerciante. Atos ilícitos 372

§ 76

Da suspensão e extinção do pátrio poder. Em que hipóteses se dá a suspensão do pátrio poder. O Código de Menores. Termina o pátrio poder: 1.º, pela morte do pai e da mãe; 2.º, pela passagem desta a segunda núpcias; se a bínuba perde o usufruto dos bens do filho. O Código Civil não considera caso de perda do pátrio poder o fato de o pai ou mãe casar sem prévio inventário; 3.º, quando o filho atinge à maioridade; 4.º, pela emancipação legal. Casos em que o progenitor perde a sua autoridade paternal 373

§ 77

Traços de legislação comparada em relação ao pátrio poder. Direito francês. Poder de correção. Outras legislações. Código Civil italiano, português e espa-

nhol. Direito alemão, suíço, inglês, russo. Nota sobre a legislação protetora da infância	377
---	-----

CAPÍTULO XII

ALIMENTOS

§ 78

Noção de alimentos. Vocação a prestá-los. Acepção técnica da palavra alimento. Teoria do direito romano. Direito pátrio. A quem incumbe prestar alimentos. Ordem a seguir. Condições para serem devidos os alimentos. Quando, pelo direito anterior, cessava a obrigação de alimentar. Direito vigente. Códigos Civis português e francês. Direito romano, suíço, uruguaio, argentino, chileno, inglês	383
---	-----

§ 79

Fixação dos alimentos e ação para obtê-los. Periodicidade da prestação dos alimentos. Como a pensão deve ser prestada. A obrigação alimentar não é solidária nem indivisível. A ação para pedir alimentos	389
--	-----

CAPÍTULO XIII

DA TUTELA

§ 80

Noção da tutela. Definição. Direito romano. Direito pátrio. Quem incide sob tutela. Nota sobre o pátrio poder da mãe natural, pelo direito anterior ao Código Civil. Espécies de tutela	393
--	-----

Págs.

§ 81

Da incapacidade para exercer a tutela. Enumeração das pessoas incapazes	399
--	------------

§ 82

Das escusas. Enumeração dos casos de escusa. Quando devem ser alegadas	400
---	------------

§ 83

Garantias da tutela. Entrada em funções. Os imóveis do tutor acham-se hipotecados em garantia dos bens do pupilo. Reforço dessa garantia	401
---	------------

§ 84

Direitos e obrigações do tutor. Criação e educação do orfão. Trabalho dos menores, segundo o Código de Menores. Administração dos bens do pupilo. Faculdade de alienar. Quando e por que modo é conferida ao tutor. Autorização do juiz quando é necessária. Quando é dispensada. O tutor não pode doar nem transigir. Representação dos impúberes e autorização aos púberes. Prestação de contas e indenização dos danos causados. Responsabilidade do magistrado	402
---	------------

§ 85

Dos bens dos orfãos. O direito anterior. Destino dado aos valores pertencentes aos orfãos. Em que casos podem ser retirados das Caixas Econômicas ..	408
---	------------

§ 86

- Da cessação da tutela.** Maioridade. Emancipação. Submissão do menor ao pátrio poder. Transcurso de tempo. Escusa. Remoção. Avó bínuba 409

§ 87

- Prestação de contas.** Quando tem lugar. Como se opera. Receita e despesa. Remuneração. Recolhimento às Caixas Econômicas 412

CAPÍTULO XIV

DA CURATELA

§ 88

- Noções e espécies de curatela.** Definição. Espécies existentes em nosso direito. Direito romano. *Lei plætoria*. Ação dos pretores. Marco Aurélio. Mesmo no direito justiniano a curadoria não é obrigatória. O direito moderno a respeito. Identidade de princípios entre a tutela e a curatela 415

§ 89

- Curatela dos alienados e fracos de espírito.** Que pessoas compreendem as expressões — alienados e fracos de espírito, ou loucos de todo o gênero. Quais não compreendem. Decretação da curadoria dos alienados. A quem é deferida. Seus direitos e deveres. Quando cessa 418

§ 90

- Legislação comparada em relação à curatela dos alienados.** Lei das XII tábuas. Direito pretoriano. No di-

Págs.

reito francês, quem deve pedir a intervenção. Como é decretada. A quem é dada a curatela. Incapacidade do interdito. Interdição legal dos alienados. Código Civil italiano. Interdição dos condenados. A pena de ergástulo determina uma espécie de morte civil. Direito português, inglês, alemão, suíço, espanhol, argentino, chileno, uruguaio, russo. A lei norueguesa de 28 de Novembro de 1898 ... 419

§ 91

Curatela dos pródigos. Conceito legal do pródigo. Decretação da interdição por prodigalidade. Extensão da capacidade do pródigo. Direito romano. Decadência do instituto. Várias legislações a respeito 425

§ 92

Curatela dos ausentes. Conceito de ausente. Curadoria provisória. Seu termo. Bens vagos. Sucessão provisória. Sucessão definitiva. Quando ocorre ... 428

§ 93

Legislação estrangeira. Doutrina do Código Civil francês, do italiano, do português, do argentino. Pouca variação na doutrina dos Códigos. Duração presumível da vida 432

CAPÍTULO XV

DA RESTITUIÇÃO IN INTEGRUM

§ 94

Sua origem. Direito pátrio. Fundamento do benefício restitutivo. A quem era concedido. Em que tempo. A quem não aproveitava. Efeitos 437



