DIREITO DA FAMILIA

Livros Grátis

http://www.livrosgratis.com.br

Milhares de livros grátis para download.

OBRAS DO MESMO flUCTOR

Estudos de direito e economia **politica.** — 2.» ed. — Rio de Janeiro, 1901 — Livraria Garnier.

Travo» Miographleos do desembargador José Manoel de **Freitas.** — Recife, 1888.

Mcções de legislação comparada,—2.» ed.—Bahia, 1897, José Luiz da Fonseca Magalhães.

Direito das obrigações. — Bahia, 1896, José Luiz da Fonseca Magalhães.

Criminologia e direito, — Bahia, 1897. José Luiz da Fonseca Magalhães.

Juristas philosoplios. — Bahia, 1897, José Luiz da Fonseca Magalhães.'

Direito das suecessões, — Bahia, 1899, José Luiz da Fonseca Magalhães.

Phrases e phantasias. — Recife, 1894 lexgofctada), Hugo & 0."

Esboços e trngmentos, — Rio de Janeiro, 1899, Laemert & C.»

Guerras c traetados, — I memoria histórica para o livro do 4.* centenário do Brazil, em collaboraçào com o Coronel Dr. Thaumaturgo de Azevedo. — Rio de Janeiro, 1900.

Projeeto de código civil brasileiro, — Rio de Janeiro, 1900, Imprensa Nacional.

Contribuições para a historia **do direito,** (artigos publicados na «Revista do Norte» e na «Revista Académica da Faculdade efe Direito do Recife»).

Principio* elementares de direito Internacional priva* do. — Bahia, 1906, José Luiz da Fonseca Magalhães.

Em Deleza do Projecto de Código civil brasileiro. — Livraria Francisco Alves, Rio, 1906.

Mtteratura e direito. — Bahia, 1907, José Luiz da Fonseca Magalhães.

TRADUOÇOES

Jesus e os Evangelhos, de J. Soury (em collaboraçào com ' João Freitas e Martins Júnior; — Recife, 1886 (exgottada), Alves de Albuquerque.

A Hospitalidade no passado, de Rudolf von Jhering, — Recife, 1891.

DIREITO

DA

FAMILIA

POR

CLÓVIS BEVILÁQUA

I/ESTK CATIIKDBATK'0 **DB [.KOIsr.» <.\"vo COUI-ARAPA**

NA

FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

RECIFE

Ramiro M. Costa & Filhos — EDITORES

LIVRARIA CONTEMPORÂNEA

1903

São conxiderados falsos, e como tal perseguidos com o rigor da lei, todo os exemplares não rubricados pelos editores.*

Ou ne .saurait se faire une idée complete des relations sociales, sans eu étadier la génese; ou ne saurait non plus se faire une [idée complete des relations domestiques sans apprendre comment elles commen-cent; pour cela, nous devons remonter dans le passe aussi loin que 1'histoire de l'hom-ma le permet.

H • HKKBKHT HPKNCIR (Príncipes de sócio-logie, trad. Ca/.elles et Oerschel).

Quaeramus iisdem de rebus aliquid ube-rius, quam forensis usus desiderat.

oici:no (De legibusi.

PALAVRAS 1MCIAES DA PRIMEIRA EDIÇÃO

Possue a litteratura jurídica brazileira um livro clássico sobre o direito da familia, devido á penna de preclaro jurista, o Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, cuja segurança de doutrina e lucidez de exposição captivam a todos os que o lêem. A elle solicitei continuamente subsidios para a composição do meu DIREITO DA FAMÍLIA, que não vem absolutamente pedir-lbe macas, porém, simplesmente, apresentar uma outra forma de pensamento. 0 elemento histórico c o comparativo transformam, presentemente, o estudo do direito, o o meu pensamento tentou abeberar-se delles, para seguir a orientação do momento histórico actual.

A essa diflérença de methodo. accrescen tem-se as modificações fundamentaes introduzidas pelo decreto de 24 de Janeiro de 1890, que nos deu o casamento civil, e comprehender-se-á, sem difficuldade. a razão de ser deste livro, que apenas irá prestando serviços em-quanto um jurista de maior competência não tomar a *i a tarefa de escrever outro.

Recife, Novembro de 1895.

LWPÍS *o/õtciuiqua.*

PREFACIO DA SEGUNDA EDIÇÃO

Â edição deste livro, apparecida em 1896, foi recebida pelos competentes com tam fidalga generosidade que nem sei como lhes traduza aqui o meu profundo reconhecimento. Acceito-lhes as bondosas expressões como encorajamento a um labor que visa mais ás recompensas de ordem moral do que a vantagens de outro género.

Em primeiro logar, destacarei a Congregação da Faculdade de Direito do Recife, que, por unanimidade, approYou o *Parecer* dos doutos collegas, Drs. HENRIQUE M1LET (relator), AUGUSTO VAZ e EPITACIO PESSOA.

Deixo de honrar as paginas deste livro cora a publicação do alludido *JPtrrecer*$_t$ tam sympathico á obra] quanto gentil em relação ao escriptor, porque já o imprimiu a *lirrísta Académica* da Faculdade de Direito do Rçcife, no volume correspondente ao anuo de 1896, pag. 108—10!».

JOÁO VIEIRA em artigo publicado no *Jornal do Çommerouj,* do Rio de Janeiro; ARARIPE JÚNIOR, cm longa è amável carta que me dirigiu, assim como no prefacio dos *1'JSIMICOS èfrayméitoifj* o Dr. COELHO RODRIGUES, em carta escripta ao distincto livreiro-editor José Luiz da Fonseca Magalhães, da Ba-

liia, e por este publicada em opúsculo que é um punhado de flores colhidas por sua amisade transbordante de affectos ; ADHEBBAL DE CARVALHO, no *Jor-i/nl «lo CoiittrwHo* e nos *Esboço» litterario*;* o Sr. VIS-CONDE DE OURO PRETO, o Conselheiro BARRADAS, o Dr. FREIRE DE CARVALHO, e ainda outros fizeram lisonjeiras referencias ao *Direito da Fa-*
ni Mn,

Mesmo fora do Brazil houve quem se manifestasse favoravelmente a respeito deste modesto livro. Re-flro-me particularmente ao preclaro RAOUL DE LA (rRASSERIE que lhe dedicou uma ligeira analyse tam inteligente quanto amável *(Berne hiteriiatltmiile de sòciologiej.*

A todos aproveito a opportunidade para me confessar profundamente agradecido.

Esta segunda edição sáe um tanto retardada, por-* quo esperávamos, eu e o editor, poder dal-a já refundida de accordo com o Código civil. Como, porém, o embaraço, que essa obra legislativa encontrou no senado federal por parte do Sr. Ruy Barbosa, é desses que *se não sabe como nem quando se hajam de remover, forçoso foi não cogitar mais dessa hypothese e publicar o livro apenas com as correcções que a pratica e as novas leituras foram indicando.

Recife, 11 de Agosto de iy04.-

«#õ ©*sefevifagua.*

CAPITULO PRIMEIRO

Da Família

§ 1."

NOÇÃO HA KAMI LIA

A palavra família, comojao notam IIJMANO (I.). Içm variai» aoc.epções jurídicas, que se dpsprpndpni do vocábulo Pin gradações chroina liças, segundo a situação Pm (|UP SP acha o observador. ('.ouiprPliPiidp. num spntido. o complexo das ppssôas ÍJUP descpn-IIPIM de um tronco ancestral commnni. tanto quanto pssa ascendência se conserva na memoria dos ctef-cendcnlps. Nesta forma ampliada.' a tamilia corresponde á *í/c-it-s* do* romanos, a *Í/CIION* dos jrrejros e. approximadampnte. a essas outras modalidades de expansão da sociedade domestica, o *ser/)/* dos celtas, a communbão familial hindu, a coinniunhào familial slava. a parentela teutonica (2). Outras vezes, o circulo 6 mais estreito, abrangendo um numero consideravelmente mais limitado de parentes, porém, de

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

(2) SUMSEB MAIKE,— *Étudeê sur Vanáen droit et ta coutume primitive,* pag. 322.

'v Bjou 'gpx *'Sml 'ouotu -0.1*
ouutp pp biuojg—'oionooo-rixanaavj (<?)

Bp *0* 9.)d.l(l 1!|> Siodap **'d)JB(ldJ OpiailIBSOpaid ᶜtg** .UHIO
'anl> OBOiaja.i i! nax-id dpa B ojouuj' upuni as-Bííia.ií>uo;>
IS|[0 ᵢBip (>p .W.I.IO.» 0\[*'/.■d.*\ BUI I) pi BUIU 0-[lMO.\(ll
BJBd 'sopjBj SB stjpo). d *sQ.)tí.i(l SH«II,»III ud SBUS \IB[|
OB ᵢ.(Jíil.lip 12.1 Bd "SBqUBlU SB SVpO) aS-Bjla.LÕUOO 1!|['.j 'upuilM.I
BipiUBJ B *JB|[B dSS.)]) .IOpd.1 lllld \) \IB|[B llllll BSBO 1!|M!-> lllr)
'BHPXVIÍlO^) 510. IHÍSÍIOJ KIp 'SOIUO,IBI|.)B ᵢSU*JUIOI| *é[)*
saovlB.ia." SB.IÍIJUB SBSSOp OTctlll O lUtid *0|
-uauiBsuad oftíd 'soui.iB|,iods(iB.(| sou rg» "oojisauiop ojpi.) op
o|duioi o Bje BSB.) B ouluud "sosopSijaJ soj
-UOUlIJUaS SOjOd O [OS Ol! SOSdJtl BJ' O "1(1111111110.) OjllOIII -\,*V*\
Bel Op .ropB.lJSIUjllipB O 9 aillI d|OI|.) llllll v)|) OII.IO) IMO SOpB(íll.l.TÍB
IIIB|llc)SO.ld0.r S()-|()|l SOBlll) SO " BÂ.I I! Od,TI1SO Bp SOAOd
SOjí1|IIB SOp .KJA.TA OB SO.\I|B[O.I SO| -tlOlUUOOp SO Ull!|lJB dS
I1|B "O|.l0SSB 0|HO() OB.)B.IO(|O.I
'jo.) B.iBd *ír*.\ ■({.;) BSB.) <>p oyqmiiiiiuo.) BUIU BII.IÍJSO|)
•apuaad as anl) B ••/w//y — BJJJJJWUMH KJBJ B aub sjod
ᵢOBÍ).)]p Bp B;)!í)O[OUl.V}0 OB.")Bi)lll|U.íí[S B f) B|S[,| *«Ut)<|
op OÃ.IO.JB IIIII o sBossod ap opmufuo.) IIIII .iL.';)jliu.o
-IS BJBd B|)B.oa.l<llll|O BI[IIIII!J B.L\B[I!(I 1! BJdS 0111) "0|d
-luoxa .iod iiiiiuiuio.) o)itiiii ^| 'sBijiiui sB.rjno OIIIO-> IUISSÍJ
*sa/dA sBpnodô.1 BJJUODUO as OB.VIO.MU iMiam -jjd B ¦SB[[B
'apuo ᵢouBiuo.i olia.np o a|UB.iad B.I.\ BJBÍI Bp opijuas
ojiapBp.ia.v o '.| 'aiaip) op apupj.iop>uu Í so)iefns SOABJOSO so
ouro;» 'odu.uí OB KBPB[U;>UIA ajuelUBoiuiou000 suossad SBJ)IIO
'sa|[a UIO.I B)MJAUU

libação» (+). Dalii a palavra grega— *cpisfioii* — o que está junc.to ao lar. para designar a família. B

No direito moderno, *familin é o conjuncto fl? hessôas íigarlus pelo vinculo da conmnyMniilqsl**,* ruja efíicacia se extende ora mais larga ora jnais restrictamente. segundo as varias legislações. Outras vezes, porém, designam-se, por família, somente os cônjuges e a respectiva progénie.

Os tnctores da constituição da família são: em primeiro logar. o instincto genesiaeo, o amor. que approxima os dois sexos; em segundo, os cuidados exigidos para a conservação da prole, (pie tornam mais duradoura a associação do homem e da mulher, e que determinam o surto de emoções novas, a philoprogeniele o amor lilial. entre ■procreadores e procreados. emoções essas <pie tendem todas a consolidar a associação f a m í l i a 1.

listes dois primeiros elementos, que são duas manifestações dilTerentes do mesmo instincto fundamental, a conservação da espécie, deparam-se tanto na família humana, (piauto nos esboços de associação famíliaI (pie nos offerecem os ànimaes. Realmente não vemos os mollusc.os e os arachnides velar solicitamente pelos depósitos de onde vae surgir a futura progénie? Quem leu o livro *Soc-tétê* nnhna-IP$* de SPINAS sabe de que admiráveis combinações é capaz o instincto maternal de seres minúsculos

(4) *La cite initíqiie,* pag. íJ9.

que nosso orgulho despreza, *inti.iinio* das abelhas e das formigas.

A esses factores biológicos se vêm ai liar outros de natureza sociológica. *K* sua indicação p fácil de apresentar a (piem não pretenda descer a uma ana-lysc minuciosa. A família primitiva é vacillante. inconsistente, não toma um caracter lixo e dissolvc-sp em pouco tempo, ligada que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervém, pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade domestica vae-se, proporcionalmente, affeiçoando por moldes mais seguros, mais deliniveis e mais resistentes. Somente depois dessa elaboração p (pie alguns escHptores querem que exista a família, que assim seria um prooucto serôdio da vida social. Penso, ao contrario, que não passa ella de uma ereação natural que a sociedade amolda e aperfeiçoa.

I Ksl nda IH lo as varias formas da família, achou eflectivamente SVKXCER que a evolução dos typos familiaes está em correlação com a evolução da intelligencia e do sentimento; que as relações domesticas mais elevadas, sob o ponto de vista ethieo, são também as mais elevadas sob o ponto de vista biológico e sociológico (õ).

H

(õ) *Príncipe* de soriologie*$_7$ II, pags. 210— 211, e 402 — 404.

g 2.°

FORMA* DA KV Mil.IA

Os differentes modos pelos quaes se podem estabelecer as relações entre os cônjuges é os filhos determinam varias formas de família. Umas delias dependem, directamente, da modalidade que reveste a união conjugal o dalii a polygamia, ora monan-drica ora polyandrica. e a monogamia. Outras procedem já das relações de dependência, parentesco e lauctoridade que se tecem entre os membros da associação familial. Dahi as formas incolierentes dos primeiros tempos, o patriarchado e o typo da lamilin actual que se poderia chamar egualitario. emhóra a sociedade domestica, á similhança de todas as outras, tenha necessidade de um chefe, ao menos em algumas situações, e esse deva ser o homem.

E' certo que, entre a dispersão e incoherencia dos primeiros tempos e o rigido faniilismo patríar-chal, medeiou uma fornia de transição — a família materna, de que alguns escriptores quizeram fazer um typo distincto e completo, mas que só apparece, 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 ura matriar-chado, mas os trabalhos de WESTEHMARK parece que

vieram terminar a contenda em < favor destes descrente?, em enio numero me havia eu inscripto (1). Km vários r-lans da Africa, da Oeeanisi e da America, eneontra-se a filiação com o caracter de uma relação puramente feminil. Nas tribus tupys, pode-se affirmar que o parentesco unilateral uterino existiu em tempo anterior á conquista. Certos costumes, como a *coHivtda;* certas lendas e mesmo al-jrumas palavras *fjac-y, coa-racy, cunhmwmbbrM,* etc.) iiiduzem-iios a pensar assim. Abralião ponde esposar Sara, sua irmã paterna: Sólon vedava os consórcios entre irmãos uterinos, permittindo-os entre irmãos consanguíneos: os lycios e os locrios, segundo o testemunho de HERÓDOTO e. -HO^YBIO, adoptavam os no-| mes de suas mães e náo os de seus pães. Fundados nestes e em putros factos análogos, muitos escripto-res presuppuzeram a preponderância da mulher na família primitiva e phantasiaram o matriarchado. Si, alguma vez, se depara, na historia, com um exemplo de gynecocrac.ia, como se diz que ha entre os koechs da Ásia: si. como acontece entre os beohua-nas e bantús, a mãe de família toma parte no concelho administrativo, não é possível negar o caracter excepciona] desses factos, sobre os q unes é mais que aventuroso construir qualquer generalização. Por-

(1) WESTBRMARCK,— *Storia dei matrimonio umano,* trad. de Giulio Rossi, capa. I e III. *Vide* minhas *Lieçõtn de legislação comparada,* \\.“ 97 da 2.ª edição.

que Joanna d"Are se poz á frente de um exercito francez. num momento angustioso de sua pátria, nao L possível asseverar que os generaes francezes, ao tempo de Carlos Vil. eram entlmsiastas *domiceUm* L-omo essa valorosa eamponeza.

0 patriarchado já constitue uma forma familial | mais consistente e delinida. Repousa ella sobre a auctoridade de um chefe despótico que é, ao mesmo tempo, o ascendente mais velho, ao menos em regra geral, e o pontífice do grupo a que preside. E\ principalmente, nos povos aryanos que o patriar-chado se affirma de modo rigoroso; vemol-o, porém, egualmente espontar em diversos outros ramos eth nicos.

A fornia egualitaria actual, si não é a,mais forte e si espera modificações do tempo para accentuar-se melhor, é, certamente, mais própria do que as suas precursoras, para satisfazer ás necessidades hodiernas da conservação da espécie, assim como para dar maior expansão á vida physica, economia e moral do individuo.

§ :i."

IIIIIKITO UA FAMÍLIA

Constituída a família pela associação do homem e da mulher, em vista da reproducção e da necessidade de crear os lilhos, consolidada pelos sentimentos affectivos e pelo principio da auctoridade. garan-

tida pela religião, pelos costumes e pelo direito, é fan <-il de ver que se torna ella potente foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, que él preciso'conhecer e firmar. E' um-circulo dentro do qual se agitam e se movem acções e reacções estimuladas por sentimentos e interesses especiaes que Mies emprestam uma feição sufficientementc caracte-risada, para exigirem uma classe a parte, na distribuição das matérias do direito privado.

A regulamentação do casamento, seus effeitos pessoaes e económicos, sua duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela, são os enfeixa-mentos de relações principaes que se originam da família e cuia exposição pertence, a esta parte do direito civil a que se dá o titulo de — *direito da, família* (1).

A successào legitima é também um instituto que se prende mui directamente A família, mas, por que somente delia tira, por assim dizer, a sua base,

(1) *Vide* SAKCHES HOMAN,— *Dtrerho civil,* V, 1." parte, n." 9, e ENDEMANN, .— *Kinfuehrung in da* Studium det buergerliselie Gexetzouvh,* II, § 147.° Os juristas allemães discutem si a tutella deve ser incluída no *direito dafamdia,* ou se merece um livro á parte.

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

0 código civil aliem ão, no emtanto, acceiton a doutrina tradicional.

desenvolvendo-se, depois, em outra espliera, segundo regras oriundas de outra fonte, e ainda porque não «leve ella aohar-se afastada da suwessão testamentária (jue representa a consagração do elemento económico individua], cumpre reservai-a para uma outra divisão, a do *direito succ-essorio.*

Ainda no *direito das cousas* e no *das obrigações* se fazem sentir influxos das relações familiaes. mas de um modo acridental. como se terá de ver, mais de uma vez, no proseguimento desta exposição.

«•AkldkA

u

II

CAPITULO SEGUNDO

Esponsaes

§ 4.«

NOÇÃO Ti HISTORIA TM) **INSTITUTO DOS KSIMINSAKS**

A família corvstitue-se polo casamento que, ou-i tr'ora, era regularmente precedido pelos esponsaes, (•orno ainda o e, certamente, no seio de limitado numero de povos, e o pode ser no fie muitos outros.

A palavra *flspottaw-s* nos veio do direito romano *íaponsalia dieta sunt a sponrfpiirfoj* e significa, em direito moderno, o contracto pelo qual duas pessoas de sexo differente se promettem uma â outra em casamento. *Sunt uientio et repro-■missio futura/rimi n U ptvi.rn.iii.,* definiu Ff-on KNTI.NO (D. 22, 1. fr. 1).

Si estudarmos a historia deste instituto, veremos que elle nem sempre foi essa promessa reciproca, tendo apresentado diversas phases em sua evolução, a qual, depois de oompletar-se. se vae hoje tornando accelerada involução senil.

Devemos considerar este pacto uma transformação da compra das mulheres para o casamento. A principio realison-se entre o grupo fa mi liai do

noivo e o da noiva ou entre os chefes das respecti vas famílias," e, só mais tarde, apresentoú-se em forma de contracto realisado entre os futuros con sortes (1), para reduzir-se, em alguns systemas jurí dicos, a um simples ajuste de casamento que não transpõe, sinào indirectamente, as raias das relações extra-judiciaes. I

Alguns povos celebram esponsaes, desde o momento em que nasce a creanca. FRANKLIN, citado por WRKTKKMAHCK. refere que, entre os esquimós, apenas vem ao mundo uma creanca do sexo feminino, «apresenta-.«p na tenda do pae um pretendente; si é bem aweito, tirina-se uma promessa, que é uma verdadeira obrigação jurídica e, na edade conveniente, a rapariga é consignada ao noivo». Si-inilbantemente procedem muitas tribus africanas e americanas. Os turcos, os samoyedas e os hebreus da Rússia oriental conhecem costumes análogos; estes últimos usatn mesmo fazer promessas esponsali-cias em relação a lilhas que esperam ter (2). A ci-vilisacão precolombiana da Anterica não desconhecia os esponsaes. como se depiehende de muitas passagens de chronistas p historiadores (3).

(1) H. l'08T,— *Grumlhiyen deé Rec/itx,* pag. 235 e segs.; *Kthnologiwhe JnrisprudeiiZ)* II, pag. 54 e seges.

(2) WKSTEBMARCK, — *Matrimoniou mano,* pag. 184 e segs.

(3) HERMAKN PosT. — *Grundlayeii,* pag. 235 e segs.; PKESCOTT, <*CompiiMa ih Mexwo,* II, pag. 339.

No direito hindu, slavo, tlialmudico, hellenico.j fizeram appariçào OH esponsaes, como entre celtas] e germanos. Na Germânia, OH promettidos em casamento eram, sob muita» relações, equipam d os aos cônjuge». Alii. como nos ensina SOIIM, eram OH es-j ponsaes um contracto pelo qual o mundialdo, o *Getvallhaber,* se obrigava a transiuittir, ao marido de sua filha ou da mulher que estava em seu *HHW-(Mum,* o poder que sobre ella tinha, mediante uma somina de dinheiro, que era, ao-mesmo tempo, o *wergeUl* e o *witlmm.* Mais tarde o *withutn* apre-senta-se, exclusivamente, sob o caracter de doario.

Os anglo-saxões. Ininsportando-se para a Inglaterra, não olvidaram o costume de contrahir esponsaes, pelo systema, do *preMum uxaris,* sendo o instituto minuciosamente regulado por uma lei at-tribuida a Edmundo. Mas, ao tempo d'esse* documento legislativo, já desapparecera a idéa de compra e preço, para dar espaço'. ás de presentes como o dote, o doario e o morgengabe (4).

Considerando a emcacia deste instituto em vários systemas jurídicos, determinou HI.KMANN POST as curvas de sua variação (5). O pacto é munido de uma sancçãe enérgica: a coacção ao casamento

(4) GLASSOK,—*Hút. du droit et de» imtitutioH» de PAngleterre,* vol. I, pag. 115 e sega. Ahi vem transcripte *in extenso* a lei de Edmundo.

(5) POST,—*Ethnologi»c1u Jn-rixpriidem,* II, pag. 55 «segs. ..♦.

mi a vindicta da família, tfiife, com o passar dos tempos, tolerou M substituição de uma qualquer pena ruminai, a privação da liberdade ou da vida *úo* infractor, por uma composição económica. Mais tarde essa coacção ao casamento desappareee, porém a retractacão de um dos desposados cria. para o outro, o direito a uma indemnização. Finalmente ^xtinjçue-se a effieacia jurídica dos es pousa es.

Mas encaremos a historia dos esponsaes no di reito romano onde, claramente, se apresentam as phases dessa evolução extinc.tiva. Pelo que sabe mos dos outros povos aryauos. desde tempo» reino-tissimos praticavain-se ahi os 'esponsaes. E FLAUTO nos da testemunho desse facto, quando affirma - *morin fuit veteribits sUpuktre- et 8pondere sibi uxores futuras.* Certas formalidade» subsistentes, os presentès espoosnlieios. como se usavam também na (írecia. a palavra *manus* applicnda para desi gnar a auetoridade marital, depõem convincente mente que. também ahi, a evolução passou.da ca ptura á compra, a principio real. depois symboliea, • finalmente, ao accordo das partes. a

Contractavam-se os esponsaes, na epoeha do direito clássico, entre pessoas maiores de sete annos; mas factos narra m-se que nos fazem crer que, muito mais cedo ainda, era permittido trocar promessas de futuros casamentos, em epochas anteriores. Já no tempo do império, não se vê Tibério desposar Ajrrip-pina *vias annicula ?*

A confirmação do compromisso de futuras nu-

peias materialisava-se pela dação de arrhas ou pela simples troca de anneis. Sua sancção appareeeu. no domínio do direito, «oin a *actío ãe npon.su*. Man. desenvolvendo-se o principio de (pie ás relações matrimoniaes deve presidir a máxima liberdade, ao menos antes de serem ellas Urinadas e para o pffeiln de lirmalas. preceituou, em breve, o direito romano que — *itihonestutn LÚSIMII. PSI vinculo po&)MHi matrimonia abstringi, eive futura sim jnm contracta :* e mais ainda: *aufficil núilus coiis&ti/sns ad constitiwwla sponscvt/icv.* Demite desses preceitos. nenbum valor jurídico tinham mais os esponsaes. podendo ser rescindidos mesmo sem justa causa, por uma das partes, (pie a pernis finava obrigada *An* indemnizações estipuladas.

Algumas vezes a dação das arrhas era sellada por uma troca de beijos *{osculo inter iwuiputej.* e, em tal circuinsta.ncia. lornando-se impossível o casamento por superveniencia da morte de um dos futuros cônjuges, mandava a L. i(i (lod. õ. 3, (pie as arrhas se restituíssem somente pela metade. E essa intervenção do osculo radicou-se nos costumes da edade media como uma forma não direi mais so-lemne. porém mais garantidora da persistência do compromisso.

0 direito canónico distinguia os *sponsalifo de. pracsflii-tfí* que, antes do concilio tridentino. constituíam uma verdadeira forma de matrimonio indissolúvel, embora dispensando a assistência de um sacerdote, e os *sponsatm ile futuro* (pie eram a

Não havendo I a bel I ião no Jogar em que residem os eontrahentes. nem até duas léguas de dislancia. ('• perniittida a- escriptura particular, mas com a condirão de ser reduzida á forma authentica, dentro de um me/. Decorrido esse lapso de tempo, sem (liie o casamento se efleetue ou sem que haja a reducçáo perde todo seu valor o escripto.

F/ facultada a troca' de arrhas esponsalicias; o é taiiiItem a estipulação de indemnisaçào pelo não cumprimento da promessa, quando não o motiva uma causa justa,. Nào repugna â natureza deste contracto a estipulação de condições, comtanto que não sejam impossíveis, torpes, ou illegaes, porque, então, o vicio delias invalidará o contracto.

Dos aspousaes validos resulta uma acção para a celebração do casamento, dentro do prazo estipu- j lado, ou a pena convencionada ou. não existindo esta. satisfacção das perdas e damnos (lei § 8.°) Essa[1] acção pela lei de t> de Outubro de 1784 é de assimilação de dez dias. si a indemnização fôr estipulada e será ordinária si fôr illiquida (§ 6.°).

O contracto esponsalicio dissolve-se por mutuo dissenso, por morte de um dos contraiientes, por superveniencia de impedimento, pelo não implemento da condição estabelecida, pela expiração do prazo, pela retraetaçào fundada < m justa causa. Consideram-se justas causas para esse effeito, o appareeimento de moléstia contagiosa ou vicio repugnante em um dos promettidos, a ausência prolongada, a infidelidade, os desregramentos. O desposado que,

sem justa causa, se retracta ou dá logar, por culpa sim, á retractação justa do outro, incide sob a pena convencionada ou torna-.se responsável por perdas e damnos, perdendo as prendas com que houver ({ratificado o outro e devendo restituir as que delle recebeu. Não havendo culpa, os donativos restituein-se reciprocamente (1).

K" fora de duvida que os esponsaes tornaram-se obsoletos entre nós, coi; o sabem todos e já o testemunhara TEIXKIKA de FKEITAS (2). O doe de 24 de Janeiro de 1890 não fez menção deste contracto, mas de seu silencio não se pode concluir abroga-ção (3), até. porque faz referencia á lei de (> de Outubro que regula essa matéria.

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

O código civil francez fez silencio a respeito, desalojando assim esse género de convenção dentre as formas jurídicas em vigor. Outros códigos, porém, não pretendendo galvanisar um instituto fe-

(1) LAFAYETTE,—*Direitos de família,* § 7.°; UOELHO DA BOCHA,—*Instituições de direito civil,* § 212.°

(2) *Consolidação das lás civis,* nota 1 ao art. 76.°

(3) *O projecto* Coelho Rodrigues, arts. 1:83õ.° — 1:836.°, nao quiz irradicar, de modo completo, essa instituição que iá desapparecen dos costumes em nosso paiz, o que fez o *projecto* actualmente em discussão no senado.

necido, providenciam exclusivamente sobre os prejuízos (jne dos oontrados de futuro casamento possam provir. O código civil portuguez refere-se aos donativos recebidos do futuro esposo, para mandar] iesIiluil-os. e ás despezas auctorisadas para algum preparativo de consorcio, as cpiaes devem ser indemnisadas (arl. l:()f>7."). Mas é possível que se eOectuem despezas não positivamente auctorisadas, c que não occorreriam, si a promessa de próximo casamento não interviesse. Os princípios geraes das obrigações são suflicientes para restabelecer o equilíbrio jurídico nesses casos; mas alguns códigos consagra m disposições especiaes garantidoras dessas indemnisações. Assim o italiano art. 54; assim o hol-I a n d PZ. art. 113.".

Outros prejuízos, outros damnos resultantes da inexecução da promessa de casar devem ser egualmente garantidos por lei ? Por exemplo, uma. senhora, por achar-se vinculada por uma promessa, psponsalicia, recusa um partido que se lhe apresenta ; mas seu prometi ido. mudando em seguida de sentimentos, dá por não existente o pacto celebrado, p prosegue no caminho da vida, sem mais se preoccupar com esse acontecimento, pagina voltada que nào pretende reler. Deve a desposada em abandono ser auctorisada a pedir uma indemnisação? E" escabrosa a questão, porque, si respondermos abertamente pela affirmativa, obedecendo aos princípios ge-raes do direito obrigacional, parece que mercantili-samos uma relação que repugna, por natureza, a

quaesquer aproçamentos. Além disso, abriremos uma fonte perenne de- duvidas e demandas. K ellas têm apparecido na 1'niâo americana, onde a lei as tolera (4). 0 código civil hespanhol também dâ guarida a essas preterições (art. í-4."), como a nossa lei de fi de Outubro de 1784. S 8." Si respondermos negativamente, iremos, não raro, cavar a mina d« quem depreea embalde a protecção da justiça. Mas o legislador argentino. preoccupado com extirpar um instituto considerado perturbador da eurythmia do direito matrimonial, não recuou perante esta segunda solução e declarou (pie não são admissíveis demandas sobre tal matéria, seja para indemnisnção de prejuízos causados, seja para com outro intuito (lei de 2 de Nov. de 1888, art. 8.").

Entre os povos germânicos é que este contracto conserva ainda alguma vida; mas ahi mesmo, vae elle incontestavelmente marcbando para o desappa- •reeimento. Assim é que a lei de 24 de Abril de 1854, § 22.°, revogou, para a Prússia, as disposições do *Landrpcht* que garantiam aos *Bratitkintler* (filhos de desposados), direitos de filhos legítimos. Assim

(■I) SMITH,—*Elements of the law,* p. 139 : Iftwo persons of opposite sexes enter into a valid agreement to marry, and either sháll afterward refuse to perform tlie engagement, he or she will be answerable to tlie òfcher. for such damages as may have been sustained by the nonperformance of the contract.

Veja-se também WALKBR,—*American, hw,* § 102."

é cjue o código civil de Zurieh, ainda que mantendo, sol) certas condições, os direitos dos *Brmithmãer,* e estatuindo (artigo 57o.°) que os esponsaes criam, entre os desposados, relações de família *(Fatnilienver-hewUftisxe der Rrntttleitfaj,* com tudo garante-lhes inteira liberdade, para, á sua vontade, retirarem sua promessa, não 11228680 permiti indo mais que unia indemni-sação por perdas e dam nos, lixada pelo juiz, quando a retractação não for suffieientemente motivada. Em outros cantões suissos, os esponsaes conservam mais vigor, sendo que, em Berne, o- desposado, que repudiar o outro caprichosa ou escandalosamente, incorrerá em pena de 2 a 20 dias de prisão. No reino da ISaxonia. existia até uma espécie de legitimação *per aub8eqiientict> sponscU-io,* (cod. art. 1:578."). Mas, para confirmar a convicção da decadência em que vae o instituto, mesmo na Allemanha, bastam os artigos que lhe consagra o *Código civil* (1:297.°—1:802."). Não se pode propor acção fundada em esponsaes, para obter a celebração do casamento. As clausulas penaes paca coagir a vontade dos desposados é nulla. Entretanto aquelle que, sem justa causa, rompe uma promessa de casamento, deve indeinnisar a outra parte de todas as dèspezas razoáveis que tenham sido realisadas na previsão desse acto. Si, porém, a ruptura dos esponsaes foi determinada por culpa de um dos desposados, é a este que incumbe resarcír os I prejuízos occasionados ao innocente. A ruptura der leiínina a restituição reciproca dos presentes ospon-salíciòs. A noiva que permittiu ao seu noivo ooha-

bit ai* com ella. pode. om caso de rompimento, recla mar uma indemnisaç.ão, si outra falta ae lhe não pode arguir. I

As acções fundadas em osponsaes prescrevem dentro de dois annos.

As disposições da lei limitara de 9 de Dezembro de 1NÍM-. arte. 1." a 5." são muito similhantes As do eodijro civil allemão *(Aiinwwr?- <\c lc{/. étranfl.,* 1KW4. pags-. 355 —• 351 >).

CAPITULO TERCEIRO

Do Casamento

§ 6.°

NOÇÃO DO CASAM UNTO

O casamento é a refutamentacão social do instinoto de reproduocào, (raballiada de uni modo lento, através de muitas e diversíssimas vicissitudes. até á aeeentuaeão de sua forma vigente entre os povos r-ultos. Mas parece fora de duvida que, cara-eterísando-se o matrimonio pela duração mais ou menos prolongada da união em (lue se acham o homem e a mulher, suas formas rudimentares e jrros-seiras appareceram com os primeiros homens que tiveram de viver em agrupamentos sociaes, urgidos pelas necessidades, e que, aliás, encontravam exemplos a seguir entre os animaes (pie, em tomo delles, andavam aos pares, cuidando da prole emquanto frágil e incapaz de subsistir .entregue aos próprios esforços (1). Deixando, porém, de lado essas varia-

(1) WBSTEBMABrK, — *Storia dei matrimonio,*

çôes do inslilulo. ronsidoral-o-oi, nos to paragraplúvi somente oin sua foi cão ultima.

Os romanos iloi sara in-IH is duas (jeliuiçòes no lavo is do matrimonio. Umn. dada por MODKKTI.NO (D. áíi. *2,* fr. I). expriíne-se n'estes termos: *Nnptiae snnt coiíjmisHo maris et fimuinae, connorUnm o i unis vitae: divini et fanuani júris cominunicatio.* Outra, contida nas Institutas de JUSTINIANO (l. 9. 8 !•")»! fala assim: *Nnptiiw sire nudrinionimii est,viri \el nmíi&ris conjuncfio. inrfiritlnam viUw consius-Itudiíieni continetis.* Ha. nessas definições, alguma oousa do olpvado p nobve. capaz de bem traduzir a sauctidado dos sontiiupntos que devem existir entre os <|ue se conjugam pelo matrimonio, alguma cousa (pio vibra como si fossem dísticos soleinues do poema antigo. Mas falta-lbes rigor «cientifico para serem mantidas. Nào é somente para completar a vida dos cônjuges o legalisar suas relações que exisle o casamento; é também para proteger a débil existência da prole que delle ha de surgir, a qual exige desvelos assíduos e prolongados de seus progenitores, a qual succumberia em sua fragilidade, si o amor materno não fosse um verdadeiro culto como disse MIC.HUI.KT. Julgo, por isso, mais completa esta outra definição: *O casanisnto é a ai contracto bilateral- e solenme, pelo qual um homem e iiiiiii mulher se unem indissoluuefoueute, tegalisando por elle suas relações sojoua-es, estabelecendo a mctds estreita cõtutnutihâo de vida e*

#

de intorejwes, e *eoiiiftrotu-cttenth-se a eivar e criticar a prole- qite de ambos tmtteer (2).*

Tendo a religião, por muito tempo, monopolizado a celebração do casamento, e tendo o christia-nismo elevado este acto ;í. categoria de um sacramento, ainda hoje ha juristas que se arreceiam de declaral-o um contracto (3). C.om,o era impossível manter hoje, no direito definitivamente secularisado, esse exotismo de sacramento, dizem que é um *acto.* Mas o contracto é também um acto jurídico difle-rençado especificamente dos outros por se constituir mediante um aocordo de interesses, uma coincidência de vontades. K justamente esse consentimento reciproco, é. *actualmente,* o ponto central da celebração da casamento.

Será um contracto mais solemne do qu© qual-

(2) Comparem-se as definições dos Códigos civis d'Áustria, art. 44.", porfcuguez, arr. 1:056.°, mexicano, 1155.", chileno, 102.°, e mais as de LITTRB, — *Dietionaire de viAleeine,* vb. *ifnrku/e;* TEIXEIKA BASTOS, — .1 *fàimiliti,* Porto, 1 884, pag. 201; e EXDEMANN,— *Einfuehvung.* § 150."

(3) SAVIGNY,— *Syxthne de denit romaiii.* III, § 42.°; LAFAYETTE, *Direitos de fu»id'«i,* § 8.°; D'AoUANO,— *(xenexe e evoliizione dei diritta eivile,* n." 5)7; SANCHES ROMÃS — *Deivrho civil,* V, 1 .ª parte, pags. 397 — 404. Este ultimo escriptor, não pretendendo esconder a evidencia, recorre a um subterfúgio, dizendo^ que o casamento não é um contracto e sim uma convenção jurídica.

quer nutro, pois que envolve elle, como dizia lord ROBKRTSO.N, ;i mais importante de todas as transac ções humanas, o ó n base de toda a constituição dal sociedade eiviliaada, terá eiTeitos mais extensos, va lor social maior, pois que legitima a família e faz teí'er-sc uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres: mas,, em todo o caso, é um contracto. Não tenhamos os escrúpulos de SAYIO.VY. e collo- (piemos o matrimonio «ao lado da venda como um contracto consensual», pois não ó posição dada a um rebento jurídico que llie empresta importância e elevação: esses attributos são-llie algo de mais intimo (4-). I

S 7."

PIUMKIKAS **KOlIMAS IH)** CASAMENTO

H (Querem muitos anlluopologistas e ethnologos, depois de MAC LUXA.N P MOKUAN, que a evolução fa-milial tenha começado pela eoinmunhão das mulhe- [res. e que o casamento, união mais ou menos per-

M) Em apoio da doutrina do texto vejam-se Huc, — *Commeittaire,* II, n." 4; ClMBALI,— .\ *nora/eme de]* \ *dhitto ckite,* n." *6'A* e *sega.*; PLANIOL,— *Traité dei droit civil,* III, n^' 3 e 4; CHAMPEAU ET UHIBK, — *Derecho civil colombiano,* I, pag. 156; A. HERCULANO,— *Casamento civil, naxxim* e. especialmente, pag. 268.

manente, mais ou menos transitória, proceda de um] estado anterior de hetairismo.

Este postulado, por satisfazer ás necessidades lógicas da constvucção de unia tlieoria da evolução Ida família e por apoiar-se, apparentemente, em do-cumen tos esparsos de um extremo a outro do mundo habitado, obteve um verdadeiro suceess© nos ar-raiaes scientificos (1).

Povos de vários matizes etbnicos guardaram reminiscências ou vestigios mal apagados de uma antiga promis<:uidade sexual, ou, antes, de uma originaria comnuinhão de mulheres. Na China, dizem que devia ter perdurado esse extranho regimen social atéjftjcitiado de Kn-hi: nu Grécia, viam-no.

(1) Vide GlRAUD TKULOX, — *Le* origines du mariage et de la famille;* D'AGUANO, — *Génese cif.;* HERMANN POST, — *G-rnndlagen de» líechts, Ethnologische* I *Jwdsprudeiiz,* etc; LUBBOCK,—*Leu origine* de la ciri-lisation,* etc.; BASCHOKRN,—*Das Mutterrecht;* além dos citados MAC LENAK e MOKGAX. SPENCER, embora não repilhi formalmente a hypofchese do hetairismo primitivo, não se pode amrmar que a acceite francamente.

Vejam-se mais: TEIXEIRA BASTOS, — *A Família;* GAMA ROSA, — *Hioloain e sociologia do casamento,* Rio de Janeiro, 1887; ABEL HOVBLACQUE,—*Le* débuts de Vkumanité;* SALES Y FERRE, — *Estúdio* de sociologia.* SANCHES ROMAN, — *Derecho civil,* V, primeira parte, pag. 60 e segs., faz um substancioso resumo das diversas theorias sobre as origens da familia.

esfumado o confuso, para alem da epocha do lendário Cecrops. Para a índia lia textos do Maha-barata (pio são mais positivos do que essas tradições vacillanlos em relação aos chins e hellenos. (hitr'ora não era um crime ser inliel a seu esposo,| resôa o cantar desse vetusto poema, era mesmo um dever. Kste eostume ainda existe entre os kurú.sj do norte. As mulheres de todas as fiasses são com in ii ns sobre a terra». HKKODOTO la la-nos da communhào das esposas entre os lydios e messagé-tas. e narra casos de prostituição religiosa «lados em liabylonia em honra a Milita. Dionoito Sir.m.o. STKAIIÃO e outros historiadores antigos referem costumes similhnntes observados entre os cypriotas. as-syrios e baleares.

Para alguns povos incultos, o casamento é alguma cousa de innatural e illicito. Por occasião de «rraiidcs catastrophes, como (pie para applacarem ;i enleia, celeste suscitada pela *imitwralidade* do casamento, voltam-se, pusilânimes e contrietos, para os costumes dos maiores, e. ao menos temporariamente, quebram essas cadeias com que pretenderam subjugar a natureza (2). Assim, os locrios recorriam á prostituição das mulheres no templo de Aphrodite, por occasião de perigos ameaçando a população inteira; pelo mesmo impulso.. alguns

(2) H. POST,—*Ethnõloy. Jwri*prud#nz,* I, pag. 19 e sega.

australianos entregam-se a uma promiscuidade transitória, para afastar de si uma epidemia devastadora ou outra calamidade <lue egualmente os aterre. Outros casos siinilliaiites podem-se ainda respigar entre narrações de viajantes p exposições de sociólogos.

Mas o que importa saber é si o hetairisnio teve a generalisaçào que se lhe altribue. h c somente <-outra os que o alfirmam que se levantam objecções serias; a promiscuidade temporária ou como facto observado algumas vezes na historia destes ou daquelles povos, seria estulto negar. Km primeiro logar, é fácil apontar, entre selvagens contemporâneos, seja em trihus brasileiras actuaes ou das que ao longo de nosso pai/, vagabundeavam, no tempo da descoberta, o uso da monogamia, ao lado da po-lygamia. I)ir-se-á que são os inferiores, os inaptos para a vida social, como esses mísero* habitantes da Terra do Fogo, pois cahiu em graça peraute os etlinologistas a proposição de (ÍIHAID TK.PLO.N: «é| uma consequência lógica do estabelecimento da vida social (pie ninguém possa monopolisar. em seu proveito, uma mulher da communhão . Mas. como lembrou DARWIN, dado o ciinue de lodos os machos maminiferos. é extremamente improvável-a promis-cuidaile no estado da natureza. K. a julgar pelos hábitos soe ia es dos homens de hoje e pela polyga-mia de quasi todos os selvagens, acerescenta o eminente observador, a opinião mais provável é que o homem primitivo viveu em pequenas cnmmunida-j

dos. cada macho tendo tantas mulheres quantas podia obter-* (8).

Assim exclama orgulhoso S. MAIXK, lambem adversário da liypolhese do hetairismo primitivo, • <> maior nome da «ciência contemporânea'apoia a Ibooria patriarchal» (1). LE Jto.x egualmente coiu-baleu essa hypothese o WKSTKKMAKCK, depois de aeciimular factos o argumentos para desthronal-a, concluo doclnrando-R ■•essencialmente antiscient fica ■ (f>). K realmente não se pode obscurecer que nenhum estado é mais impróprio para a fecundação «lo que a promiscuidade, o hetairismo.

- A verdade está. por certo, com SPKNCKK, quando escreve: Nos grupos humanos mal unidos, como são originariamente, não ha .ordem alguma estabelecida, nada é definido, nada é organisndo. As relações entre homens e mulheres não o são mais do que as relações de homem a homem. Nos dois casos, os guias uuicos são as paixões do momento. sem freio algum, a não ser o medo das consequências» (li). Km laes condições, pode-se allirinnr que a característica desses primeiros momentos da evolução das relações conjuga es foi a indisciplina, a ir- | regularidade, a transitoriedade, a existência de mo"

(3) *JJeweuilenve ile Vitamine** II, pag. 380 — 1181.
(4) SiMKEB MAINE, — *op. cit.*, pag. 274.
(õ) WESTERMARCK,— *op. cit.*, pag. 114.
((5) SPENCER,—*Prlnnpe» de nonologie,* II, pag. 213.

II ,;i1l[(i1,>S.|) l!|.IOO IMI111 0|) O(_!.).»li I! lill!U.olSSi: *V,y*

"0'.>l}milO|S.\S OpOUI IIIII Op OSSIM]|

-uad i! .m1) odu.ijí o|i oijsso.iddus li 'oonod me ojpiep ■i!Tji:jpiso.i os.m.uioo ojn.) op •siwouuiKp siii.Hienbewno.) SIM)no op 111<>]i: ˜opi!pi[!.io)so n i;i.umoísii.>oo ■o.iuin uoiiifj1o.i quico u|i[.io[<J<|i:]so ossoj ;s "siod opiounu -roánssud o |i!iii.Kiiii! ossvjsixo i.'||<i ou li .lO.i-i somopod os 'soouiiipiiuis o soiiiiJío sopo-np mo iq.iodiui so.ioi|[-mu op ompmuniin.i is SIIJY 'so.ioj.wjsod sKpmijpli-imp

SIIUI.IOJ SH UUUI/f.ms opUO dp 0)11011.l.ol1().)lll OKÔHJSOJUI -um i! usso joj .riiib oj.io.» .iod .io| somopod 'smiiuí!Àp)d nó íwinwíoiíotii •oi!;)i;.inp vonori ap saoôcjQJ moptiai -no os opiipin-isiiiio.id jod i<^ •mn!iimi| upíopiipiÃsd i: moo 0]iioi(ii!pi!ii1>o|>i! snnii irisnli! os upeu isejui.dmA e

SO,IOpHI.IOjSII| .l()d S|{|)ll[|00 SU|OjJOU Slip ,lOpnsip!.l01IO.o ojdiiiiisin;,i| I«III lisnoo Kj)no /ip sou ouj^ [SK.\I|MI ii.nl ~ sopnpoTOOi? strn oYuTíiúiuopo.id trçou *V.* OSSOJ somix -áS SõTjjun sííTT opitpouopsuwj) K õnb [jolmp onôiriso) -IIO.I op O.IO.IIMFÍIMII :(o|duioxo ,io<l souii|0(|pn so) so.'il -l.lplll!Ã[Od OljS 0111) SOp1i|ll1!Op1! O|ll0|lll!.\!)IJ|0.l "SO-VOd i:i[o '(oplmoxo Jod •HOIIIÍOIIÍIOJ so) SOIIUÍJÍOIIOIII OKH

I Olll) SOIIIJSSMpi!/1!.ipj SOAod \)JIIOIII|0.\ 1!|S01IHMII] 1!||

•S0.10l|[IIIU SI! (II!.H!|0.I

mo ejnouipniojodooxo omns i:p os omi upniojíixo mu

| -som y ' •oiuífuioo o ííjud sopluio.nl uioipup: os sop

-o| oul) oso.').ioj o •lij.mojsisqus uns i: o.[in:i| nqiJ) i: oili op oiio.i.io| o ,iopuojop i:.u;d "onluod IM.IINSOIOM otiiOi) os-opuoiio.idnio.» pii.ion.uo] ossod i:p ompiniu -moo v *f*>A!xo||iii 'KsojoJfu ou.")i!]uoinupiiíoj tram|

.) KJKJ OS 011 b dp OIIIS1.IM!|OI|- O 0 ÍSKSJOAip SOpi!pip3p

fornia polygama adoptada «nino regiinein commum. Apresenta ella duas feições, a polygynia monandrica e a polyandria mon.ogynie.a e algiimás vezos polygy-nioa ou, mais brevemente, a polygynia e a polyandria.

Esta ultima forma, a "polyandria. tem sido assinalada nos usos de certos povos incultos, os earahy-bas, os esquimós, os aleucianos, os cosacos zaropa-gos e entre esses pacíficos e felizes thibetanos a que fazia ali nsão ainda a pouco. C.KZAR aftirma que os bretões praticavam uma polyandria fraterna que põe revoltas na consciência moderna. (7). e STRAHÃO conta que. nas tribus da Arábia feliz, bavia também o casamento polyandrico.

A polyandria polygynica é mais comnium do que geralmente se imagina. E' grande o numero dos povos incultos, entre os quaes, muitos homens, principalmente irmãos, possuem, com direitos de conse-nhores, uni harém de esposas (8). E, não cause estranheza, em' certos momentos o em certos paizes a polyandria foi vantajosa. No Thibet. por exemplo, pensam WILSON e TURXKR que. PUI vista da estéril i-iladc do solo, somente uma forma conjugal pouco

(7) *De Mio i/aUico,* V, 14 : Uxores habent deni duodenique inter se commnnes, et maxime fratres cum fra tribus, parentesqúe cum liberis ; sed, «i qui snnt ex bis nati, eorum habentur liberi, quo p rim um virgo cpiicque dedueta est.

(8) H. POST, — *Ethnol. JuríxprudetH,* I. pag. 5o e segs.

prolifera seria tolerável. Encontraram-na os thibe-tauos na polyandria, © com pila vivem felizes.

Sobrevivência da polyandria fraterna, fortificada pelo sentimento de solidariedade familial é esse costume do *IfíiHrnto,* pelo qual o irmào do marido premovi o deve esposar sua cunhada viuva. Na Nova Caledónia, entre os indios ria America rio Norte, entre os os Males da Sibéria e entre os nfghans. depara-se esse costume. () código de Manú prescreve-n. quando o irmão premorto não deixa posteridade para satisfazer o ceremonial do culto domestico. A mesma preoceupação inspira usanças similliantes aos helle-nos e aos hebreus, (pie. nos seus livros sanctos, nos deixaram muitos exemplos deste costume (9).

Mais jxeral do que a polyandria é a polygynia monandrica. «Ella existe em todos os climas, nas regiões articas, nos paizes áridos e abrasados pelo sol, nas férteis ilhas oceânicas, sob os trópicos onrie o sol é asphixiante» (10). Mas. como é sabido <jue, embora o continuo tributo de vidas pago ãs guerras

(9) Todo o livro de Ruth *é* instruetivo a respeito. Consultem-se, acerca do *levirato:* SUMNEK MAINE, — *L ancieri droit et Vi ewtume primitive,* pag. 138 e segs.: DARESTE,—*Etudex hittorique**, í. pag. 61, (nota 1), 87 e segs., 144 ; PORT, — *Reehtswiasensehaft,* pag. õõ ; VABNHAGEN, — *Historia geral do Brazil,* pag. 46 da 2.ª ed. e 86 da 3." Veja-se ainda *pjvimg. de S. Matheuf,* pags. 22, 24 e 28.

(10) SPENCER, *Príncipe* de Hociologi*.* TI, pag. á7tS.

Incessantes, jamais o numero tios homens se i-1 cm. de um modo permanente em uivei muito inferior ao das mulheres, porque muitos factores, entre os quaes o infanticídio das meninas, eram postos em| acção para restabelecer o equilíbrio. torna-ne indubitável que. onde prepondera esta forma de casamento, as mulheres são attrihuidas somente a alguns, os no-| laveis, os dominadores, os chefes, os valentes, ficando muitos sem glorias, e sem esposas (11).

Apezar desse e de outros inconvenientes que viciam esta forma de relações coujiuraes, é incontestável que ella é superior As outras até agora consideradas. Como observa SCKNC.KII, na polygynia é que a paternidade e a maternidade começam a ser egual-1 mente consideradas: é com ella que se estabelece uma linha directa de ascendentes masculinos, de geração em geração, obtendo assim a família uma <*o-hesào mais fopte (12).

Alinal prepondera a monogamia, que é a forma de união conjugal de mais forte cohesão entre os consortes, a melhor organisada 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 sympathia humana», como diz (fAnrAxo.

São essas «is formas principaes do matrimonio.

(11) SPKNCBR, *op. cit.,* pag. 271.
(,12) SI-EXCER, *op. cit.,* pag. 2W.

Mas, examinando como tini sido ellas praticadas pelos povos. em-oulram-se modificações, combinações espeeiaes, qne é mister indicai".

Umas vezes, os pnlaces nialrimoiiiaes devem ser realisados obrigatoriamente dentro do mesmo grupo. Outras, é justamente o contrario «pie se estatue. No primeiro caso. dá-se a endogainia. e. no segundo, exo-gamia. Os trrupos. cujas raias servem de orbita ao gyro da selecção sexual, variam tanto na endogainia quanto na exognmia. Aqui é a tribu, ali é a casta,! além a família tolemisla.

Tem-se observado (pie. prèpneupa d os com a pureza do sangue, os povos restringem os casamentos a um rin-ulo estreilo de consanguinidade. Assim fizeram deuses e heroes nos inícios de todas as civili-sações. assim têm geralmente praticado as la mi lias reinantes, em todos os tempos e em todos os pai/es, sejam cultos, sejam de broncos selvicolas.

No Japào. outr ora, o casamento com ,-i irmã mais moça era obrigatório, pelo (pie se deduz de certas narrações e do nome *íimo)* dado ás mulheres, o (piai significa— irmã mais jovem (18). Muitos dos selvagens brazilicos. assim como os carabybas. praticavam a endogamia, elTect uando casamentos, mais ou menos necessários, os tios maternos com as sobrinhas. Esse dever de desposar parentes próximas se reproduz, em

(13) HKKHANN POST,—*lithnul. Juriaprudettt,* I, pau. 35, nota 1.

grande numero de regimens jurídicos, na índia, na Arábia, por vários o litros paizcs.

Mais extensa é. certamente, a pratica da exoga-Imia. Muito comummente o membro de uma família to te mista, de uni parcellamento de tribu, de uma aggregaeão família!, está inhibido. de tomar, por esposa, uma consócia do mesmo grupo, e terá neeessi-, dade de ir além. ao agrupamento visinlio, para eefectuar seu casamento (14).

A primeira explicação (pie occorre á mente, em| relação a estes usos da endogamia e da exogamia, é a seguinte. K provável <pie os povos de índole pacifica se tenliam sempre contentado com as mulheres de suas respectivas nações", si abundantes, seriam | inonogamos on polygynicos; no caso contrario, po-lvandric.os. Mas acontecia, muitas vezes, maxiine nas agremiações bellicosas, que os chefes e os anciãos, estabelecendo a polygynia em seu proveito, deixavam os jovens solteiros e sem esperança de consorcio. O recurso (pie lhes restava era o de irem procurar mulheres em outros bandos, ainda que nessas excursões amorosas compronietteseem. não raramente, a tranqutilidade e a própria existência de sua | nação. O roubo das sabinas, o rapto de Helena e o d'nquclla índia bahiana a que se referem as ehroni-cas de nossa pátria relatando a guerra implacável que se ateiou entre duas tribns esta nceadas nas proximi-

(14) HEUMANN* POBT,— *o/>. clt.,* pag '37.

dades da bahia de Todos os Santos são amostras de como as cousas 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 captura, da qual se conservam tenazes recordações nos symbolos dos ritos matrimoniaes, em tempos em que, já de muito, se apagara a pratica dessas em prezas.

Nas guerras travadas por qualquer razão ou pretexto, os vencedores tomavam conta dos despojos ■dos vencidos, e no meio delles estavam as mulheres. SUMNER MAINE chama a attencao para um exemplo frisante dessas apropriações apoz a derrota. E uma inscripção egypcia conservada numa stela do museu de Berlim, que nol-o offerece. Ha cinco diversas cominem orações de victorias. Çm todas ellas, â carnificina segue-se a tomada dos bens e das mulheres, geralmente poupadas (15).

Mais tarde vae-se introduzindo um elemento de pacificação. Os raptos são pagos por multas, e por ultimo, o roubo das mulheres transforma-se em compra. Mas, ainda ao tempo em que o casamento já era precedido de accordo entre o noivo e o chefe da familia da noiva, havia raptos simulados e amuos fingidos entre as duas famílias. Principalmente a sogra não falava, de frente, ao genro, em signal de

(15) *Études* ***Kur 1'anoien droit,*** **pag. 283.**

arreliamento. **Não** sei si nessas malsinações das sogras com que se entretém os galhofeiros de gazetas e almanaques haverá alguma sobrevivência **.dessas** antigas usanças.

A compra effectuava-se por bens, por moedas, mais tarde, por prestações de serviço. Desta ultima forma é clássico o exemplo de Jacob. Mas, na Califórnia, no Yucatan, entre os mayas, repetiram-se, am iudadamente, casos similhantes.

Estabelecida a exogamia e firmada por costume inveterado, é um crime não se submetter ás suasl injuncções; é mesmo uma ignominia capaz de acarretar infortúnios. Os delinquentes devem ser exemplarmente punidos; e não é raro vel-os condemnar á morte. Entretanto combinam-se os dois syste-**mas,** o endogamo e o exogamo. Dentro da **mesma** tribu endogama se estabelece a exogamia, porque ella 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 tribu. É natural acreditar que, para esse modo de proceder, haja contribuído a repugnância do mesmo sangue, além de princípios de moral domestica já em formação.

Finalmente diluem-se esses differentes systemas, subsistindo apenas os impedimentos matrimoniaes provenientes do parentesco. Em Roma, nos tempos clássicos, essa combinação attenuante. dos exageros da endogamia é da exogamia se nos revela.no ***jus**** *connubii.* O cidadão romano, para casar validamen-

te, devia escolher sua esposa entre suas concidadãs; mas não podia, era seu direito de selecção, transpor • os limites de certo grau de parentesco. A idéa do *connubiutn,* 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 extranhos e a completar-se por si mesma» (16).

Essas mesmas ideias repontam em outros muitos povos. 0 hindu, por exemplo, não pôde esposar mulher que pertença ao mesmo *galra,* mas é seu dever não aspirar consorte de casta extranha á sua, porque lh'o vedam as leis e a religião (17). I Modalidades curiosas de casamento são ainda as de previa experiência e a titulo de ensaio, que usam povos bárbaros. Em Cêyíaõ a experiência, narram viajantes, dura quinze dias. Decorrido esse prazo, conlirma-se o casamento ou separam-se os contrahentes indo cada qual para seu lado, como si se tractasse de uma compra ou de outro contracto sobre o qual não chegassem a accordo. Os indios do Canadá, os árabes, os otomios do México praticavam também esse systema de consorcio. Os tártaros alongavam o prazo da experiência até um anno, o que faz lembrar o matrimonio romano pelo *usus.*

H (16) *Uesprit du* ***droit*** *romain,* **trad. Meulenaere, 3." ed., vol. II,** pag. **15.**

(17) 8. MAINE,—*op. cit.*$_f$ pag. 295.

Differentes são os casamentos temporários que, ainda hoje, os judeus de Marrocos acariciam, os casamentos parciaes dos nairs e os de aluguel dos persas.

§8."

I CliREMONIAES DO CASAMENTO ANTIGO

Não é de extranhar que aos homens mais chegados á animalidade sejam desconhecidas quaesquer ceremonias com que solemnisem seus connubios. Em sua maior parte, as tribus dos chamados tupys assim praticavam, e é bem certo que não se acham isoladas n'esse modo de proceder (1).

Entretanto, ã proporção que a disciplina social começa a se exercer sobre as uniões sexuaes, por meio dos costumes, da religião e do direito; os ceremoniaes introduzem-se, alastram, avassalam a celebração do matrimonio, envolvendo-a n'um complicado formalismo, que, depois, vae-se, pouco a pouco,

(1) Sobre o casamento dos indios do Brazil, vejam-se : GONÇALVES DIAS, — *O Brazil e a Oceania,* pag. 196 e segs.; VARNHAGEN,—*Historia geral,* 3.* ed. pags. 86-87; ANCHIETA, — *Revista do Instituto histórico,* VIII, pags. 254-262; e as minhas *Contribuições para a historia do direito,* na *Revista do Norte,* Recife, 1891, pags. 68-69.

diluindo até deixar ao acto a sua natural gravidade 6 simpleza.

A ficção da captura, quando ella já não é roais uma realidade, é_, sem duvida, o mais antigo Cfi£§i monial dos casamentos. Os chinezes, os romanos, os gregos e vários outros povos usáram-na, como é geralmente sabido. Depois vão apparecendo outras ideias mais complexas, symbolismos religiosos de purificação, indicações da natureza e fins do casamento. Entre essas ceremonias, é notável, por sua generalisação, o banquete em commum, ou um simples bolo que os esposos têm de comer conjunctamente. Não foram somente os romanos e os hellenos que usaram delle na celebração do casamento; muitos outros povos procediam do mesmo modo, como sejam os macedonios entre os antigos, e os iroquezes, em tempos recentes. Na índia, a noiva prepara uma bebida especial para seu casamento. Na occasiào da solemnidade nupcial, senta-se ao collo do noivo, empunha uma taça em que derramou porção do licor preparado por ella, bebe a metade e entrega o restante ao noivo que avidamente o sorve até á ultima gotta. É simples,.mas é expressivo.

Estes costumes persistem, sob a forma de bodas nupciaes, mesmo em nossos dias.

Em um certo momento, a religião tomou exclusivamente a si a presidência das ceremonias do casamento, principalmente na familia indo-européa, que, desde muito cedo, considerou o matrimonio o

acto mais solemne da religião domestica. 0 direito, entretanto, não se deixa, por muito tempo, no segundo plano, e, penetrando pelas disjuncturas dos systemas religiosos, vae, pouco a pouco, intervindo no acto da celebração do casamento, até seculari-sal-o de todo. Mas esta é já a feição ultima 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 contractuaes: o *jugur,* pelo qual o homem faz acquisiçào de sua mulher, como de uma propriedade: o *cvmbelaiiak,* que produz o effeito inverso, submettendo o marido ao poder da esposa; e o *sentando,* que é a associação conjugal a titulo egualitario. Nas ilhas Malgraves, todo o casamento deve ser approvado pelo clan reunido, como devera ter sido em Roma, antes que se inventasse a representação das tribus pelas testemunhas.

No Egypto, onde, aliás, gozaram as ideias religiosas de alta preponderância, o casamento adque-riu uma feição contractual. Havia no paiz dos pharahós, um casamento servil cujas formulas se podem ler nos livros dos egyptologos, o egualitario e o dotal, sem as peculiaridades romanas este ultimo, é claro.

No México antigo, era o casamento um acto solemnissimo que o direito não abandonava exclusivamente aos ritos religiosos. «Celebravam-no com tanta solemnidade, escreve PRESCOTT. como em ne-

nhum paiz cl íris tão, e era tida em tanta veneração esta instituição que havia um tribunal especialmente destinado a resolver as questões a ella referentes.» (1).

No Peru, antes da descoberta da America, os casamentos eram puramente civis. 0 rei, de dois em dois annos convocava, era Cuzco, os súbditos que haviam attingido á edade matrimonial, unia-lhes as dextras por pares e mandava-os ir embora. Nas províncias, eITectuavam 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 pae ou ao seu sippe, e assim a mulher entrava para *mundium* do marido. Algumas vezes o casamento se effectuava pelo rapto de uma estrangeira, mas não era esta uma forma sympathica aos espíritos. Nas solemnidades com que se procurava cercar de prestigio e significar o valor social do casamento, apparecia a apresentação da lança como symbolo de. poder e dominio (3).

(1) *Conquista de México,* nueva ed., pag, 23.
(2) WESTERMABOK,—*op. cit.,* pag. 376.
(3) ENDEMANN,—*Einfuehrung,* § 154.°

8 9.°

DIREITO ROMANO

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

0 *matrimoniutn júris gentiwm,* próprio dos peregrinos, e o *contubernium,* especial dos escravos, são modalidades excrescentes, que não gozam da suprema sagracão do direito. Este as tolera, é certo j mas não lhes attribue os consideráveis effeitos que faz brotar das justas núpcias, contrahidas entre pessoas que gozam do *jus connubii.*

Havia três formas do casamento que devem ser destacadas pela importância das consequências a que davam logar: a *confarreatio,* que é a forma matrimonial dos patrícios segundo VOIGT e GLASSON, OU, antes, a forma religiosa, como asseveram PADELLETI, COGLIOLO e RUDOLF VON JHERINQ ; a *coeniptio,* em que

a seeularisação já se faz dominante; e o *usns* em que os elementos profanos são exclusivos (1).

A *confarreatio* era celebrada perante o *ponti-fex maximus* e o *flanten diális,* com assistência de dez testemunhas representando as. dez *gentes* da cúria ou as dez cúrias da tribu a que pertencia o marido. 0 nome *confarreatio* provinha de um bolo de trigo *(pannis farreus)* que apparecia na oceasiâo da celebração para ser dividido e comido pelos dois. contrahentes.

A *coempíio* era uma venda symbolica, *inaginaria venditio,* da mulher, realisada pelo *pater-fmmlias* em cujo poder ella se achava. Bem claro, por traz d'esse curioso symbolismo, patenteia-se um costume antigo de compra real que deviam ter praticado os romanos, como praticaram os babylonios, os gregos, os hindus, os judeus.

0 *usm* era simplesmente a *usucevpio* applicada á posse da mulher. Si a posse durava um anno, a propriedade estava adquirida, como si se tractasse de qualquer objecto movei e a mulher entrava sob a *manus* do marido. Mas era-lhe facultado interromper a continuidade da posse, pernoitando fora do tecto commum por três noites seguidas durante o anno.

Essas formas de que resultava sempre a *manus,*

(1) Vejam-se mais: GAIO, — Inst. I, §§ 111.° « 114.°, e ENDKMANN, — *Einfuehrung,* II, § 154.°

foram-se tornando obsoletas e tomando seu logar os casamentos por mero consenso, acompanliados da *meus matrimonii* da *maritalis affectio* e concreti-sado- na *traditio* e na *derlnctio uxoris in* tew *inariti,* casamentos que, nos primeiros tempos, appareceram sob um aspecto injuridico (2), e, só com o abrandamento dos costumes e melhor comprehen-são da sociedade conjugal, receberam a consagração .. do direito. Com a transformação, ganhou, por certo, a causa da civilisação, pois elevou-se a condição da

---

(2) E' indubitável que, originariamente, existiram casamentos sem *manus,* resultando esta exclusivamente das três formas apontadas no texto. Muitos escriptores falam desta espécie, accrescentando que ha dois géneros de mulheres : as *matres famílias (eae quae in ma-num converte)-unt)* e as que são designadas simplesmente pelo nome de *.uxores (tantummodo uecores habentur).* Mas, como observa COOLIOLO *(Storia,* pag. 165, n. f.), deveriam ser nullos perante o direito esses casamentos e só o seu grande numero fez, afinal, reconhecer sua validade. SANCHES ROMAN, *Dereeho civil,* V. prim. parte, pags. 134-137. Vejam-se mais: ENDEMANN,— *Eifuehrung,* II, § 145.°; DERNRURO,—*Pand.,* III, § 6.°, nota 2 ; ED. CTJQ, — *Les institutions jm-idiques des romainsy* I, pags. 58-59 e II, pags. 85-86; BON-FANTI, — *Istituzioni di dir. romano.,* § 58.° No casamento livre, a mulher considerava-se ainda ligada, á sua familia de origem e, embora sujeita ás ordens do marido no que concernisse á direcção da vida conjugal, oonservava a livre disposição da sua pessoa e de seus bens.

esposa, e o casamento não perdeu sua elevada importância social, continuando a ser o *consortium bnmis vitae,* e tendo, por principal fim, o nobre sentimento que os romanos souberam tam bella-mente traduzir em linguagem expressiva, a *cupido sóbolis procreandi.*

As solemnidades costumeiras,, com que eram celebrados os casamentos em Roma e que subsistiram muito tempo após o desapparecimento das formas matrimoniaes que costumavam acompanhar, a *confarreatio* e o *coemptio,* são similhantes ás que se usaram na Grécia. Podem ser colhidas em resumo nos escriptores que se occuparam do assumpto (3).

O neremonial começava pelos preparativos nu-Ipciaes. Marcado o dia, em epocha apropriada e propicia ao casamento, a noiva despia seus trajes de virgem *(toga pretexta),* vestia uma *túnica recta* apertada por um cinto de lã *(singulum),* e offerecia aos deuses lares da casa paterna seus brincos infantis. No dia do casamento tinham logar os *nnptia-rutn auspicia,* a consulta aos deuses, desde as primeiras horas da manhã. Era também usado fazer o sacrilicio de uma ovelha, cujas entranhas eram

(3) FUSTEL DE COULANGES, — *La cite antique,* pags. 41-48; GI.ASSON,—*Le mariage civil et le divorce,* pag. 168 e sega.; MICHELET, — *Les origine» du droit Jrançais,* pag. 19 e segs.

consultadas pelos auruspices, cerejnonia esta obrigatória na *confarreatio,* porque a pelle da victima tinha de servir no momento da celebração do matrimonio. Depois, congregados os amigos e convidados, compareciam os noivos. A jovem trazia um véo rubro *(fiaumieum)* que lhe cabia da cabeça coroada por uma grinalda de flores redolentes, os cabellos se achavam penteados de um modo particular e nobre, presos por um grampo symbolico, *a hasta celibaris.* Seguia-se a troca dos consentimentos e a redacção das *tabulas nuptiales,* úteis para a prova do dote, mas desnecessárias para a perfeição do acto, e tanto que não appareciam nos tempos anteriores, por falta de objecto, não havendo absolutamente um dote a constituir. Para o completo acabamento e perfeição do acto, era assas o mutuo consenso. *Nihil obsiat etiamsi. tàbulae signatcte non fuerint..*

Era nesse momento que a mulher, para testemunhar que sua existência se transfundia na de seu marido, pronunciava a celebre formula antiga: *Quando tu Ganis, ego Gaia.* Intervinha uma senhora casada que não tivesse passado a segundas núpcias *(pronúba)* e approximava os dois esposos que se davam as mãos *(dexterarum junctio).*

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

Concluídas essas cerimonias, davam-se a acelamação dos noivos e o festim nupcial *(coenaj,* em

casa do pae da noiva, findo o qual, ao tombar da noite, procedia-se á *deduclio nxoris in domum mariti,* symbolismo que recorda lucidamente o rapto primitivo. Com simulada violência arrancavam a noiva, do regaço da mãe afflicta, e condttziam-na em ruidosa passeiata, com musica, descantes e archotes, até á porta da casa conjugal, cujos umbraes ella transpunha soerguida pelos braços de outrem. Penetrava a mulher no *atrium* onde ia participar da *agua* e do *fogo,* para affirmar sua entrada na posse do novo lar e da nova familia.

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

Todas essas solem n idades, 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 reconhecia a lei nenhum effeito jurídico. O *pater famílias* era, nas núpcias ordinárias, o summo sacerdote, cujas fuucções lhe eram naturalmente assignaladas, porque toda familia tinha um culto privado de que o seu chefe era o pontífice.

Desde os mais afastados momentos da historie conhecida, no mundo romano, o casamento foi monogamo. Encontram-se factos, como o de Catão, o

moço, emprestando sua esposa, Martin, e que LUBBOCK approxima de usos semilhantes entre esquimós e outros povos bárbaros que se não pejam de offe-recer aos hospedes a própria esposa, ou, mais eom-? mummente, a filha. A exquisita aquiescência de Catão a seu amigo Hortencio foi determinada pela necessidade de obter este a producçào de filhos de boa estirpe, a julgar pela narração que nos transmittiu PLUTARCHO (4), a quem nào maravilhou o extranho facto.

E era tam imperiosa, no entender dos romanos, a necessidade de deixar descendentes que, ainda nos tempos clássicos, o espirito publico e os magistrados, seus interpretes, reagiam energicamente contra o celibato, impondo-lhe multas e censuras. Já no começo do império, a lei *Júlia de maritcmdis 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 successão testamentária que lhes fosse deferida (5).

A faculdade de contrahir justas núpcias *(ju%\ connubii)* era, a principio, muito restricta, dominando idéas de uma endogamia temperada. Os patrícios deviam casar dentro de sua própria classe.

(4) *Vie des hommes illustres,* trad. AL. PIEBBON, vol. III, pags. 468-469.

(5) BONJEAN, *Institutos,* I, pags. 686-687.

Mais tarde houve connubio entre elles e os plebeus; depois dilatou-se gradualmente a faculdade, abrangendo os latinos, os italiotas, os provincianos.

Desde então, os impedimentos matrimoniaes referem-se a um casamento anterior subsistente; áj condição civil, porque o casamento com escravo era impossível; á edade, somente aos púberes sendo permittido contralur núpcias; ao parentesco, consanguíneo, affim ou puramente civil, dentro de certos graus; a determinadas funcções ou encargos públicos, visto como eram vedados os consórcios entre os magistrados provinciaes e as mulheres que residiam dentro da circumscripção territorial de sua auctoridade, entre tutores e suas pupillas, entre curadores e suas curateladas, prohibição que attingia aos descendentes masculinos dos tutores e curadores (D. 23, 2, Ira. 36, 37 e 59). Accreseente-se que o *aliem júris* necessitava, para casar-se, da auctorisaçàò do *pater famílias;* que a viuva, somente decorridos doze mezes depois da dissolução de seu casamento pela morte do marido, podia contrahir segundas núpcias (D. 3,.2, fr. 10, § 1.°); e que os peregrinos se não enlaçavam com os romanos por justas núpcias, mas simplesmente por um *mcdrviíioniiim non legiti-tnum* (6). Pela acção do christianismo, apparecem

(6) Ao tempo de Justiniano, peregrinos são, exclusivamente, os bárbaros que marginam e apertam o império romano, em constante ameaça de esphacela-

impedimentos novos: a differença de religião, o rapto, o parentesco espiritual. Gomo 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 differente, e mais a confiscação da metade do dote da mulher e de um terço dos bens do codelinquente. Constantino elevou esta penalidade á morte de ambos os criminosos. Dado o adultério, era dever do marido divorciar-se, sinão podia mesmo arriscar-se a incorrer nas penas do lenocínio (D. 48, 5, fr. 2, § 2." e fr. 26).

§ 10."

DIREITO CANÓNICO E PÁTRIO

A egreja," mesmo depois de victoriosa e elevada ás summidades do poder em Roma, não tractou, com precipitação, de eliminar o caracter civil que, ao casamento, havia attribuido o direito. Teve de

mento, o que a final se realisou 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 NBTTO CAMPBLLO, *Prel. de direito romano,* lie. XVI.

contemporizar com as idéas 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 bençam do sacerdote e da publicação dos proclamas, condições, aliás, prescriptas por concílios locaes, porque a ausência dessas solemnidades privavam o casamento da necessária publicidade. Mas, assim procedendo, não só agiam os directores do christianismo no sentido da propaganda religiosa, como conseguiam tornar desnecessário o concubinato. Si entre o homem e a mulher havia considerável differença de posição social, em vez do concubinato regulado pelo direito germânico e tolerado pelo romano, podia ter logar o casamento *morganático,* da mão esquerda, particular aos povos germânicos, e que não constituía uma familia com os direitos communs á herança, á communicação dos bens e á consideração civil do seu chefe (1).

Os povos tedescos, avassallando a Ibéria, nella introduziram o casamento morganático de que usaram também portuguezes. Em Portugal, nos primeiros séculos da monarchia, subsistiam três formas de casamento, deixando agora de lado o morganático. São ellas: 1.ª, o casamento celebrado segundo as solemnidades todas do ritual, o que o elevava á categoria de vero sacramento; 2.ª, o casamento realisado

(1) SHULTE,—*Tiistitutions de VAllemagne,* § 174.°

som essas solemnidades, mas com a approvacào da família; 3.", o casamento sem a sanccão do direito canónico e sem a approvacào dos parentes, constituído somente pelo consentimento das partes, acompanhado da intenção de viverem os consortes como casados (2).

Mas o concilio reunido em Trento (1563), tomando uma altitude mais firme que seus antecedentes, decretou a rigorosa observância de certas solemnidndcs externas, tendentes a dar ao casamento toda a necessária publicidade e consequente garantia. Assim foi prescripto por essa assem bica religiosa: |1.°, que o casamento fosse precedido por três enunciações feitas pelo parodio do domicilio de cada um dos contrabentes; 2.", que fosse feita, de modo inequívoco, deante do parodio celebrante, a manifestação livre do mutuo consentimento; 3.", que a celebração fosse realisada pelo parodio de um dos contrabentes ou por um sacerdote devidamente auetorisado, na presença de duas testemunhas, pelo menos; 4.°, finalmente, que o acto se concluísse pela solemnidade da bençam nupcial. 0 livre consentimento dos con-trahentes, a presença do parodio e das testemunhas é que são essenciaes para que haja casamento ca- I tholico..

Foi esta, por longo tempo, a forma de matri-

(2) VITERBO, — *Elucidário, verbo;* marido conoçudo.

rnonio exclusivamente recebida pelo direito pátrio. Emquanto a quasi totalidade dos brasileiros era catholica, ao menos por tradição, nenhum grave inconveniente havia em mostra r-se o Estado desço nhecedor ou descurado de seu» direitos nesta matéria. A immigração, porém, 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 jurídica, surgiu a lei de 11 de Setembro de 1861, estabelecendo o chamado casamento *acatholico,* entre pessoas pertencentes a seitas christàs não catholicas, 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 aquelles que não pertencessem ao grémio da christandade continuavam na impossibilidade de contrahir, no paiz, matrimónios com effeitos civis, perante o direito nacional.

Com a publicação dessa lei e seu decreto regulamentar de 17 de Abril de 1863, três formas de matrimonio contou o direito pátrio: 1.", o catholico, celebrado segundo as prescripções do concilio de Trento e disposições constitucionaes do arcebispado da Bahia (ord. 4, 46, § 1." e lei de 3 de Novembro de 1827); 2.", o casamento mixto, contraindo segundo essas mesmas disposições e preceitos, porém coniii-

gando um catholico e um christào dissidente; 3.", fi nalmente, o casamento acatholico da lei de 11 de Setembro de 1861. Deu-se assim um passo, meticu loso é certo, para a intervenção da auctoridade civil em matéria de casamento, pois que a citada lei davaj aos juizes seculares competência para resolverem so-; bre o conhecimento e as dispensas de impedimentos, assim como sobre a nullidade do acto. I

Fazia-se, dia a dia, mais urgente uma reforma legislativa mais radical. Desde 1854, appareceram tentativas de secularisar-se o casamento. Uruguay, Nabuco, Diogo de Vasconcellos, Tavares Bastos, Taunay, Araripe, Saldanha Marinbo, Maciel, Enfrasio Correia, esforcaram-se pela realisação desse ideal, no Conselho de Estado, no parlamento, em pamphle-tos (3); mas, somente com a transformação do sys-1 tema de governo, com a proclamação da Republica,-é que tivemos o decreto de 24 de Janeiro de 1890, j creando o casamento civil, como uma consequência necessária da separação dos poderes, o temporal e o j espiritual, realisada pelo decreto de *ri* de Janeiro de 1890.

(3) Pode* ser lida a historia dessa campanha em HERCULANO DE SOUSA BANDEIRA FILHO, — *Commentario â lei de 11 de Setembro de I86i;* em ESCRAGNOLE TAUNAY,— *Casamento civil;* e em MACEDO SOARES,— *Cosiimento civil.*

$ **11."**

I éokpjÇÔI'» PA»A A **VAMDADK** DO CASAMKXTO

0 nosso, como todos **os** direitos, **exige condições** espeniaes **para a validade do casamento.** Essas **condições** são estabelecidas de modo a firmar **e salientar a moralidade, a segurança,** a **publicidade ie a importância do casamento e** das relàçêès **que delle promanam. I>istribuem-se ellas** por três **categorias:** 1.", requisitos **exigido* á** pessoa **que pretende contrahir** justas **núpcias; 2.",** solemnidades **preliminares tendentes á** verificação desses **predicamentos e** a publicidade **do acto; 3.°, a celebração segundo as pres«-ripções legaes.**

S 12.»

DOS IMPKM.MKNTOS **MATHJMOMABS**

Parentesco

A ausência **dos requisitos** esscuciaes ás pessoas **que se pretendem** «asar **constitue os impedimentos** matrimoníaes.

Segundo o **decreto de" 2* de Janeiro de 1890, os impedimentos** rnatrimoniaes «-omprebendem **doze** figuras. Quatro **delles** são **dirimentes, tomando nul-los. de «pleno direito, os casamentos em que** são

elles infringidos (art. 7.°, $# 1."-*^» 4■.¨): OH restantes \ meramente impediente», no sentido ou de que são apenas annullaveis os casamentos celebrados em J opposicào a sens preceito» (art. 7.°, $§ 5.° — 8.") ou de que contra a sua celebração se decretam penas, mas se .respeitam a sua eflieaoia e validade (art. 7.". §8 9."— 12.°) (1). Não tem, portanto, estes qualili-cativos—dirimente p impediente— significação com- | pletamente idêntica á que lhes attribue o direito canónico, mas podem ser mantidos com vantagem pela technica jurídica.

O primeiro impedimento, de que nos fala o Dec de 24 de Janeiro de 1890, é o que resulta do parentesco em linha recta, quer seja legitimo quer natural, civil ou aítiin, abrangendo todos os graus, [e, em linha collateral, até o segundo grau civil (2). *A affinidade *illicita* (3). explica o cif. Dec., art. 7."

(11 O *Projecto de cod, civil brasileiro* em discussão no senado, art. 187.°, segue um systema similhante, embora mais brando quanto ás penalidades.

(2) *Proj. rit.,* art. 187.° n.[08] I a V. 5

(3) 0 sr. senador RUY BARBOSA censura esta expressão (emenda ao art. 188.° do *Projecto de código ei-i"'d)*$_y$ mas é a expressão de nossa lei e tem por si o uso jurídico e a autoridade de conspícuos escríptores, como demonstrou OLIVEIRA FONSECA em suas eruditas *Observações,* Rio, 1904, pag. 26, onde transcreve trecbos do abbade ANDRÉ *(Courx de droit can.,* vb. *afjmité)* e de MANOEL DO MONTE, — *Kl. de direito eccletiastico,* § 971.°

§ 1.", alinea, só se pôde provar por confissão espontânea, e a filiação natural paterna também pôde provar-se ou por confissão espontânea ou pelo reconhecimento do filho, feito em escriptura de notas, ou no acto do nascimento ou em outro documento authentino, o Merecido pelo pae».

Na linha collateral. não sê tem que attender á affinidade nem ao parentesco civil (adopção), mas, simplesmente, á consanguinidade legitima ou natural (Dec. cit... art. 7.". i? 1.°).

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

0 parentesco por cognação ou affinidade pôde ser legitimo ou illegitimo, conforme provêm de justas núpcias ou de união sexual illicita (4).

f)iffunde-se em linhas o parentesco o as linhas

------ ——— ----- _----------

(4) Não existe nenhum laço de affinidade entre os parentes dos cônjuges: *a/fine* inter se non mnt nfjinex; a finita* 11011 parit aflinitatem.*

Na Itália, em virtude da definição dada pelo art. 52.° do código civil, não existe affinidade illicita. O vinculo da affinidade resulta exclusivamente do matrimonio.

eompõem-se do graus. *Linlui* é a serie de pessoas provindas, por filiação, de um tronco ancestral comnniin: é toda a irradiação de relações oonsan-j guineas que se expande desse foco. *Grau,* elemento das linhas de parentesco assim como os pontos o são das geométricas, deixa-se definir —-a distancia que medeia entre cada duas gerações, que se tocam.

A linha é *recta,* quando a serie de pessoas que a constituem desce directamente do progenitor aos procreados ou directamente sobe destes áquelle. Na primeira hypothese, toma o nome de *descendente,* e, na segunda, o de *ascendente,* ,E' *transversal, coltateral* ou *obliqua,* quando se consideram pessoas que provêm do mesmo tronco, mas que delle se afastam para os lados, como linhas obliquas baixadas do mesmo ponto, porque essas pessoas não são entre si procreadores e procreados. Na linha collateral. tehdo-se em vista estabelecer o parentesco de duas pessoas, pôde uma delias distar mais e outra menos do progenitor comnium, e, então, dir-se-á que é *de-se-gual,* como será egnal si a distancia for a mesma.

Para estabelecer os graus de parentesco, na linha recta, contam-se as gerações; e quantas forem ellas, tantos serão os graus. Nesta contagem, coincidem as operações arithmeticaa do direito romano com as do canónico. Na linha transversal, porém, ha desaceordo. 0 direito romano remonta do individuo ao tronco ancestral commum, e depois, desce

Leia outra ramificação* genealógica até encontrar o outro individuo cuja relação de parentesco, para •oni o primeiro, tem de ser determinada. 0 canónico limita-se á metade dessa operação, subindo somente até encontrar o progenitor commum, mas adoptando sempre a linha mais longa, si houver desegualdade entre as duas consideradas. De modo que os irmãos, que se acham em segundo grau pelo direito romano ou civil, são parentes em primeiro pelo canónico; os primos, lilhos de irmãos, acham-' se em quarto grau civil c em segundo canónico.

No parentesco transversal, cumpre ainda nssi-gnnlar algumas relações que têm valor para o direito. • Quando os irmãos descendem dos mesmos progenitores (5), pae e mãe, chamam-se *germano*,* isto é, irmãos completos, bilateraes. Quando somente se vinculam por um progenitor, são *unihvte*-raes; *uterinas,* si esse progenitor é a mãe; *consanguíneos,* si é o pae.

E' duplicado o parentesco transversal, quando os indivíduos considerados procedem de outros que já eram parentes. Assim os primos, filhos de dois irmãos que se casaram com mulheres que são também irmãs entre si, acham-se no quarto grau du-

(5) Da discussão philologica provocada pelo *Projecto de código civil,* resultou a legitimidade do emprego desta palavra no sentido em que aqui é tomada (OLIVEIRA FONSECA,— *(Mmermções,* pag. 15-20).

plioado (deci, art. 46."), porque, tanto pelo lado paterno quanto pelo materno, ha um mesmo pro-creador commum, e na mesma distancia.

For estas noções, evidenciasse que o sangue paterno e o materno mesclando-se, transfundindo-se para o producto da geração, o parentesco deve ser approximadamente egual para ambas as linhas, a paterna e a materna. Neste ponto, o direito moderno acha-se em accordo com a biologia. Mas nem sempre se entendeu assim.

Primitivamente, em consequência da predominância da collectividade, encontra-se o parentesco j de classe ou de grupo, sem aliás, excluir o individual. MORGAN, LUBBOCK, POST, estudando essas relações antigas, adoptaram a distincção entre o systema classificatório e o systema descriptivo de parentesco. 0 *descriptivo* assignala a relação parental por um numero de gerações até um *stamm-parens,* um progenitor de tribu, umas vezes masculino e outras feminino, segundo parece. 0 *classificatório* distribue os indivíduos em classes de parentela ou series de gerações, e, dentro dessas classes ou series, não se distinguem os graus, porque todos são considerados como estando no mesmo grau.

Por outro lado, a transitoriedade das uniões sexuaes e o hetairismo, onde e quando existiu, faziam enxergar melhor o parentesco pelo lado feminino. Realmente vemol-o vigorar exclusivamente, ou quasi, em alguns povos, outras vezes, ladear o

systema de parentesco agnaticio com o qual afinal se combina. 0 systema de parentesco maternal é usado, em parte, na Oceania, e deixou vestígios entre povos americanos, do que nos dá testemunho a *convada,* assim como entre congolezes e outros bárbaros africanos. Não foi também extranho aos phenicios, 1 veios, hebreus, egypcios, etruscos, árabes e inâogermanicos de varias feições. 0 systema paternal preponderou entre japonezes, chinezes, ho-tentotes e grande numero de outros povos. Na supremacia dos ajrnados, nos tempos clássicos do direito romano, está um exemplo desta espécie de parentesco, e si alii vemos a cognacão ter algum valor, podemos crer que, por toda a parte, por preponderar um systema, nào era condição que o outro fosse completamente eliminado. Assim e que os slavos distinguiam o parentesco de *grande sangue* .e de *pequeno sangue.* () primeiro resulta da descendência masculina que entronca em um antepassado commum, seja natural, seja adoptivo. E o segundo resulta exclusivamente da descendência pelas mulheres.

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

O parentesco de consanguinidade em linha recta e na collateral até o segundo grau é um impedimento matrimonial imposto pela necessidade de

sentimentos castos e elevados, de estricta moralida-j de, que devem dominar no regravo da familia. Sua infracção oonstitne o incesto que a consciência moderna considera um acto nefando.

Na linha recta, sempre foi assim entendido (6) bem que se possam apontar os persas e outros povos, aos quaes não repugnavam connubios entre pães e filhas (7). Naturalmente onde preponderava o parentesco maternal, o pae era quasi uni extra-nho, e, pois, não é de pasmar sua conjuncção matrimonial com as (ilhas.

Na linha collateral é que os escrúpulos são de data muito mais recente, mormente si o parentesco | é unilateral. A Hiblia está repleta de casamentos fraternos (8). e, como é, sem duvida, esse livro uma das bases da constituição moral do ohristia-nismo, e portanto, da humanidade culta actual, pó-de-se dizer que foi apezar delia que as idéas e sentimentos contrários a esses enlaces têm prevale-

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

(7) SANCHES IÍOMAN,—*Der. civil,* V, prim. parte, pag. 111. Também aos hebreus não foi extranho esse fcransviamento de costumes como prova o que se passou entre Lo th e suas filhas *(Genen* XIX,* 31 e 33. *'j:*

(8) ÊXODO, VI, 20; SAMUEL, X1IT, 13 a 16; e SANCHES RQMAN,— *op.* r/V., pag. 117, nota õ.

eido. Seja. porém, como fôr, e a despeito da abundância de exemplos de casamentos incestuosos que deparamos nas origens da civilisação, é fora de duvida que a disciplina social os relegou para a classe das immoralidades raras, no que foi, certamente, auxiliada pela própria natur za. Podem ser repetidas as palavras de WESTERMARCK: «O horror do incesto é um signal característico quasi universal do género humano, porque os casos em que este sentimento de repulsa não dá indicio de existir são tam raros que podem considerar-se como desvios anormaes de uma regra geral» (9). Não, talvez por esse modo raros; mas certamente a conclusão é verdadeira como a affirmacão em seu ponto fundamental.

Encarando agora a questão em sen aspecto physiologico, cumpre dizer que não são absolutamente concludentes as observações dos doutos. LA-CASSAUNE, VOISIN, PERIKR, MICHELL affirmam que os males attribuidos aos casamentos entre parentes próximos não estão demonstrados. WESTERMARCK, apoiado em dados estatísticos e até em observações j de naturalistas como DARWIN, e physiologistas de alto cothurno, affirma que a «repugnância ao incesto não tem relação alguma com os dados da experiência e da educação». PLATÃO, SCHOPENHAUER K MANTEOAZZA dão-lhe razão. Eis um dobate que não

(9) WESTERMARCK, — *op. rit.,* pag. 252.

pôde o jurista decidir. K' forçoso que se abstenha de emittir opinião antes que os especialistas se ponham de accordo.

Mas, julgo que é necessário, tornar conhecida a distincção que sobre esta matéria propõem LA- | CASSAGNE e outros biologistas. Nos meios urbanos, sempre doentios, aflirmam elles, parece que ó oom-inercio restricto a um circulo de parentes próximos, torna-se, com a continuação, fecunda em perigos. Mas nos meios salubres, no campo, muito j pelo contrario, essa restricção auxilia a selecção e j apura a raça. Assim não é a consanguinidade que é sadia ou doentia, é o terreno onde ella se produz, escreve LACASSAGNB. Mas convém egualmente ponderar, com ALEX. BAIN, que o amor procura o contraste na compleição e na estatura, sendlTlIsssa- ■ cialmente dominado pelo prestigio da dissimilhança, ^ o que também dissera SCHOPENHAUER como, antes delle, BERNARDIN DE SAINT PIERRE, e esses contrastes não se deparam tam facilmente na mesma família | quanto algures, é palpável (10).

Examinarei agora como nos códigos modernos

(10) *La grande encyclopédie, verbo—consanguinité;* WESTERMARCK,—*op. át.,* caps. XIV e XV; SCHOPENHAUER, — *Le monde comine volonté et comine représentatíon,* vol. III; BAIN, — *Lex emotionx et la volonté,* pags. 130-134.

Vêr também GAMA ROSA, — *op. rit.,* paga. 221 a 238.

se tem reflectido esta questão do incesto (11), ou, em termos mais positivos, do impedimento por parentesco de consanguinidade, de affinidade e dei adopção.

Quanto ao impedimento entre parentes consanguíneos e affins, em linha recta, não ha discrepa u-j cia nas legislações dos povos cultos (12). A adopção tamhem é geralmente considerada impedimento matrimonial; porém ha legislações que não reconhecem esse instituto, e outras que não lhe adjectivam a qualidade de impedimento (13). E' com o parentesco em linha transversal que as differenças sel accentuam.

0 direito canónico, vigente ainda em muitos pai/es, estabelece impedimentos na linha collateral

(11) O direito romano prohibia o casamento entre ascendentes e descendentes até ao infinito, e, na linha collateral, entre irmãos e entre tio e sobrinho *(Inst.)* 1, 10, §§ 1.°-5.°); BONFAKTI, — *Instituzioni di\ diritio romano,* § 59.°; ED. CUQ, — *Institutions jur. des romains,* II, pag. 89 ; NETTO CAMPELLO, pag. 285 ; Huo, — *Commentuire,* II, n.° 58.

(12) E' certo que o direito canónico permitte o casamento entre o padrasto e a viuva do enteado (Concil. Trid., sess. 24). Mais moralisadora doutrina seguira o direito romano condemnando taes enlaces (D. 23, 2, fr. 15). E o principio romano prevalece, actualmente entre nós.

■ (13) Assim o é n'AuBtria, por exemplo, como pôde ser visto em ROTH,—*System.,* II, pag. 6.

entre consanguíneos e afíins, salvo dispensa até ao quarto grau ou somente até ao segundo para a affinidade illicita.

Além d'isso, o parentesco espiritual, o vinculo resultante de esponsaes validos, e a' quasi affini-dade da mesma fonte oriunda, são outras tantas relações que o direito canónico considera impedimentos. E' um systema de grandes restricções, do qual se distancia consideravelmente a tendência actual do direito civil, que se inclina para um regimen de larguezas e franquias, como se- revela na lei argentina de 1889, art. 9.°, §§ 1.° a 3.°, no código civil allemão, arts. 1:310.° e 1:311.°, e no qual também nos veio pojar o decreto de 24 de Janeiro de 1890.

0 direito francez (cod., arts. 162.°-163.°) e o italiano (eod., arts. 59."-60.°) mantêm-se no meio termo. Na linha collateral, o casamento é prohibído entre irmãos e irmãs legitimas ou naturaes, entre afíins do mesmo grau, entre tios e sobrinhas ou tias e sobrinhos, entre irmãos adoptivos (14).

(14) Convém notar que estes códigos (franc, art. 348.°, italian., art. 60.°) tambera falam, em termos expressos, do impedimento existente entre o adoptado o a mulher do adoptante e reciprocamente, do mesmo modo que o fez o cod. hespanhol, art. 84.°, § 5.° Esta prohibição baseia-se na moral e na pureza dos costumes, e creio que se deve julgar incluída nos termos geraes do art. 7.°, § 1.° do nosso dec. de 24 de Ja-

Na Áustria, são vedados os casamentos entre primos (4." grau civil), entre sobrinhos e tios (3.° grau civil), quer o parentesco seja legitimo quer natural. O cunhadio é também uma vedação para casamento que o *aUgemeines Buergerlisches Oe-mtzbmh* consagra (§§ 64.° — 65."). Mas os judeus do império austro-hunjraro se regulam, nesta matéria, por seu direito próprio (§ 125."), pelo que não se referem a elles os ailudidos impedimentos.

Os judeus, dispersos como se acham pelo mundo inteiro, mantêm sua religião e seus costumes com admirável pureza e tenacidade. 'Os impedimentos na linha collateral, segundo a lei hebraica, limitam-se aos irmãos e aos filhos ou- netos de irmãos (15). Na linha collateral affim, em vez de

neiro, tanto mins quanto a doutrina romana, exposta nas Instituías I. 10 § § 1.° e 2.°, lhe dá apoio. Na Allemanha, porém, a adopção é impedimento somente entre o adoptado, o adoptante e os descendentes do primeiro (cod. civ., art. 1:311.°). O cod. italiano -«linda accrescenta a interdicção de casarem-se, entre si, os filhos adoptivos da mesma pessoa. Não está em nossa lei este ultimo impedimento.

O *Projecto de código civil* em discussão no senado, art. 187.°, Y, consigna o impedimento entre o adoptado e o filho sobrevindo ao adoptante. Foi sua fonte o cod. civil italiano, art. 60, 3." ai.

(15) Turpitudimen sororis tuae ex patre sive ex matre, quae domi vel foris genita est, non revelabis (Lev. 28, 9). Mas o direito thalmudido não tem por

impedimento, existe o *locirato,* direito e dever do irmão sobrevivente ou, em falta delle. do parente] mais próximo do marido premorto.

Na Rússia, ha vários regimens. A religião do Kstudo, (lue é a greco-russa, não reproduz todos osj impedimentos do direito canónico. São impedidos-de contrahir núpcias os collateraes até ao quarto jrrau canónico, OH cunhados, e os afilhados com os padrinhos. As outras prohibicões canónicas, si acharam collocação no codijro russo, foi sem caracter ohrijratorio: alii se inscreveram para que os bispos as dispensem, diz LEHR (16). Quando o casamento se tem de effectuar entre obsequentes de outras sei-las, 'que não a jrreco-russa, são os respectivos ritos que determinam os impepimentos (17).

No direito portujruez, têm somente interesse as disposições especiaes á forma civil (cod. art. 1:073). Nào podem contrabir casamento entre si os parentes

incesto a ligação, quando a irmã é filha de escrava ou extrangeira, porque, em tal caso, desconhece todo vinculo parental (CASTELLI, *in Clunet,* 1893, pags. 1:112-1:115). Comprehende-se entretanto, que a opinião-publica se revoltará, certamente, contra um tal casamento, no seio de uma sociedade civilisada.

(16) LEHR, — *Elemento de drait civil russe,* I, pag. 21.

(17) LEHR,— *op. eit.,* pags. 31 e 3(5. Para mais-particularidades, consulte o leitor curioso o livro citadoj, porque não me é possível miudear.

em secundo grau civil da linha collateral: os que se acham no terceiro grau podem obter dispensa. Da adopção o código civil portuguez nem se occupa.

Pelo direito hespanhol.* as prohibições se extendein, falo do casamento civil, até ao quarto grau em linha collateral consanguínea ou alTim, si a família fôr legitima, o até ao segundo, si fôr natural (cod. art. H4.")

Na Inglaterra, dominam os princípios religiosos, assimilados e algo modilicados pelo Kstado. K' prohibido o casamento entre irmãos, cunhados, tios e sobrinhos; mas é facultado entre primos germanos; 0 cunhadio, porém, tende a desapparecer dentre os impedimentos matrimoniaes (IH).

Nos Estados-Unidos da America do Norte, diz STORY que a união entre cunhados é não somente permittida, mas julgada moral e conforme á doutrina christà. Na Allemanha também, não existe simi-lhante impedimento.

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

0 código civil japonez, art. 769.", transporta o impedimento matrimonial entre collateraes até ao terceiro grau, e não se refere aos irmãos adoptivos.

(18) GLASSON, — *Hut. du droit et de» institutions de VAngleterre,* VI, pag. 175.

§ 13.»

OUTROS IMPRUlMRifTOS DA LEI RRAZILRIRA

Proseguindo na exposição dos impedimentos; diz o decreto de 24 de Janeiro, art. 7.°, que também não se podem casar:

M

1.°, *as pessoas que estivarem ligadas por outro casamento ainda não dissolvido* (§ ã.") (1). Esta, vedação da bigamia e, mais forçosamente, da polygamia, é geralmente consagrada nas leis dos povoai cultos. ■ E' uma conquista definitiva da disciplina social que a biologia approva, diga embora o contrario GUSTAVO LR BON. Excepções que apresentem os musulmanos e mormÕes não infirmam a regra. E estes últimos, já hoje, si são polygamos na realidade, são-no contra a lei e contra expresso compromisso toniâdo.

O facto de contratar dolosamente novas núpcias sem que o vinculo matrimonial das anteriores esteja dissolvido constituo crime de bigamia ou polygamia (cod. penal, art. 283.°) (2).

2.° *Nem o cônjuge adultero com o seu corréo*

(1) *Projecto* de cod. civil, art. 187.°, VI.

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

condemnado como tal (§ 3.") (3). Este impedimento que depara similar no direito romano, e a que o canónico imprimiu a feição que hoje lhe conhecemos, não se encontra em muitos regimens.jurídicos. Pelo direito francez, cod., art. 298.°, modificado pela lei de 27 de Julho de 1884, existe o impedimento de que agora me oecupo: o condemnado por adultério não se pôde casar, depois de dissolvido o casamento, com o seu cúmplice no crime de infidelidade conjugal. No mesmo sentido legislaram o código austríaco, § 167.", allemão, art. 1:312.", li espanhol, art. 84.",: 8 7.°, portuguez, art.'l:0õ8.", § 3.°, lei chilena, art. 7." o cod. do Japão, art. 708.". Mas, no italiano, argentino e vários outros, essa interdicção não foi contemplada. Mesmo em França têm npparecido tentativas para eliminnl-a (4). K 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» (õ).

3.° *O cônjuge condemnado como auctor ou cúmplice de homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte, com a pessoa que tenho, per-/letrado o crime on concorrido para elle directa*

(3) *Projecto* de cod. civil, art. 187.°, VII.

(4) Em 1891, M. CLICHÉ propor, a suppresaão do art. 298.° do código civil francez *(Anmiaire de legis-iation française,* **1891, pag. 11.**

(5) GLASSON, — *Le tnaríage civil,* pag. 261.

ou indirectamente (§ l-.°) (6). Veio-nos do direito canónico este impedimento que muitos códigos mo-j demos (7) reproduzem, como um additivo penal á punição daquelles a quem a paixão amorosa arrastou até aos attentados sanguinários, atravéz da lama cm que se iam rebolcando. Mas, embora baseada em flictamos da moral, nào so encontra essa inter-dicção no código civil francoz, nem no russo, nem na lei allemà.

4.° *As pessoas que, por qualquer motivo, se\ acharem eoactas ou não forem capazes de da/r seu consentimento ou o nào puderem manifestar, por palavras ou por escripto, de nm modo inequívoco* (§ ti.") (8). 0 casamento, como todos os contractos, baseia-se no consentimento reciproco, o qual deve ser tanto mais extreme de vícios quanto constituo um enlace de gravíssimas consequências, assim para os cônjuges como para terceiros. 0 coacto consente; mas sob a acção deprimente do medo, da violência. Nào ha, entre a declaração que faz e as tendências espontâneas do eu, uma concatenação natural e continua. Não é esse o consentimento psychologicamente livre, serio e convicto que se deve exigir

(6) *Projecto,* art. 187.°, VIII.

(7) Cod. civil austríaco, art. 68.°; italiano, 62.°; hespanhol, 84.°, § 8.°; portuguez, 1:058.°, § 4.°; lei[1] argentina, art. 9.°, § 6.°; chilena, 6.°; cod. civil urug., 93.°, n.° 6; mexicano, 159.°, n.° 6; peruano, 142.% TI. ° 8. No Paraguay vigora o cod. civil argentino.

(8) *Projecto,* art, 187.°, IX.

para o casamento. Entretanto está no poder dos constrangidos inutilisarem o effeito da coacção, promovendo a annullacào do acto a que foram arrastados, do consorcio a que foram compellidos. E' a providencia tomada pelo decreto brazileiro que instituiu o casamento civil (art. 04.°) (9). é o remédio que ejrualmente offerecem os códigos modernos. A coacção deve ser *gruoe* e *actual,* como pondera LU-DGERO COELHO, com apoio no D. 4, 2, frs. 5 e 9, para viciar o consentimento e tornar o casamento annul-lavel (10).

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 fallece a inteireza da mentalidade, a identidade da psychê. Mas si ossa amentalidade fôr fraccionada por in torva lios de lucidez V (11) Penso que, ainda

(9) *Projecto,* art. 214.°

(10) *Casamento civil,* Rio de Janeiro, 1899, pags. 48-49.

(11) «Não se deve tomar por lúcido intervallo a tranquillidade superficial ou, na phrase de CELSO (D. 41, 2, fr. 18, § 1.°), a sombra do-repouso, *intimorata i/uies,* 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»* (Cod. 5, 70, 1. 6). São palavras.de RIBAS em seu *Curso de direito civil brazileiro,* II, pag. 72.

durante esses intervallos, se devia impedir o casamento dessas pessoas, pois que dentro em poucd terão de volver á dolorosa condição de onde somente emergiram paru mais agra lhes doer a própria miséria. Além disso, em que base repousariam as gravíssimas responsabilidades, próprias da 'vida oonju-Igal? Mas a lei pátria assim não fez. Aehando-se os alienados em estado de lucidez mental, não pre-henobem a condição por ella imposta, que é a incapacidade de dar o seu consentimento. E o direito civil brazileiro tem por suspensa a incapacidade .na constância dos lúcidos intervallos (Ord. 4, 103. § 3.°). 0 *projecto* Felício dos Santos pôz clara a capacidade matrimonial nos periódicos recobros da razão (art. 685.°), e é também essa a doutrina do direito inglez, como do canónico (12), do hespanhol, art. 83.",| § 3.° No direito francez, como no italiano, dada a interdicção por enfermidade mental, é duvidoso que se possam casar os indivíduos a ella submettidos, embora gozem de intervallos de discernimento, pois que a incapacidade não se suspende (13). No direito argentino, se faz especial mensào da loucura como impedimento matrimonial (lei, art. 9.°, § 7.°),

(12) MONTE, — *Direito ecclesiastiao,* § 945.°

(13) LAUBBNT,— *Cours élémentaire,* I, pag. 222, não tem essas duvidas que aliás assignalam outros, como GLASSON, por exemplo.

do que se deve concluir, por uma clara hermenêutica, o desprezo dos'lúcidos interstícios (14).

Entre os que não podem manifestar seu consentimento de modo inequívoco estarão os surdos-mu-dos que não sabem ler nem escrever? E' uma interrogação que já levantara o Dr. Materno (15), sem respondel-a. querendo assim mostrar que a lei era obscura e vacillante. Não ha duvida que estamos deante de um edicto gerador de perplexidade. 0 direito romano permittia ao surdo-mudo contrahir justas núpcias. Diz abertamente o fr. 73, I). 23, 3: *Mutus. stirdiis, cceceus ãolin notnitie obiigantur, qtiia et nuptiis contrahere possunt.* Em geral, os códigos não se referem aos surdos-mudos no capitulo dos impedidos para o matrimonio, ou quando o fazem é. para exigirem a auetorisaçáo de seus pães ou tutores, o que é natural uma vez que são elles equiparados aos menores. Assim o faz, por exemplo, a lei argentina, art. 10.", e a mesma doutrina é para seguir-se em todos os regimens em que essa incapacidade é assignalada. Seja, porém, assim, parece-me incontestável que o decreto brazileiro de 24 de Ja-

(14) O *Projecto* actual não suspende a curatela do louco durante os lúcidos intervallos, collocando-se, por esse modo, na situação do direito francez e do italiano.

(15) *Prompluario da lei do casamento civil.*

neiro teve em vista os surdos-mudos (lti) que não se*feabem dar a entender por escripto, quando vedou o casamento aos que não podem manifestar seu oon,-' sentimento *por pulairas ou por escripto de modo inequívoco* (17). Não é talvez a doutrina mais justa, mas é a que esta consagrada na lei. Os surdos-mudos illetrados são incapazes relativamente por nosso direito actual (18); seus tutores ou seus pães ou o juiz interverão com suas luzes, com sua protecção para evitar quaesquer inconvenientes da fraqueza mental desses infelizes.

I 5." *0 raptor com a raptada, emipianta esta não estiver em tonar seguro e fora do poder deite* (dec., art. 7.", § H.") (19). li' um caso especial de coacção que o nosso legislador, *ad instar* do direito canónico, entendeu do conveniência destacar, como egualmente o fizeram outros. Sirva de exemplo o austríaco, SS 55.°-56,° E' ociosa, entretanto, a par-ticularisacão/[1] uma vez (pie esta figura de coacção

(16) Outros casos pathologicos se podem dar em que a com muni cação de pensamentos se difficulte ou torne impossível; mas a surdo-mudez entrará na mes ma categoria.

(17) 0 *Projecto* actual, art. 187.°, IX, diz : *ou não puderem manifestal-o de modo inequívoco,* supprimindo as expressões —*por palavras ou por escripto.* Tornou-se assim mais amplo o dispositivo.

(18) Pelo *Projecto* actual, art. 5.°, III, são inca pazes absolutamente.

U (li») *Projecto,* art. 187.°, X.

não produz effeitos especiaes. Si nào ha propriamente coacção, é porque os dois noivos, de aecordo, pretendem escapar á vontade intlexivel de um pae ou de um tutor que, por boas razões ou por mero capricho, se recusa a annuir no consorcio 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. Si, finalmente, nào ha coacção, nem se tracta de menores, o rapto é excusado, dificilmente se dará; mas, surgindo, não obstante, motivado por uma compressão que transpoz os limites do jurídico, porque erigil-o em vedação matrimonial, quando o raptor é justamente o* marido indicado para a raptada?

Gomprehende-se que afasto as hypotheses do código criminal, arts. 270." a 279." Alli o que ca-j racterisa o rapto não é o *fim de ca,sar. mas sim o\fim libidinoso,* que tanto pôde visar as solteiras quanto as casadas; e, si a mulher maior de vinte e um annos prestar seu consentimento, nào haverá crime no rapto. Tem cabimento essa vedação, em caso d*e rapto criminoso quando o raptor, interrogo, (a quem o código penal obriga a dotar a raptada, si houve defloramento), quizer casar, e quando, neste particular, concorreram as vontades de todos? Não, diz o código penal, art. 276.°, § único.

Mas, sendo assim, não ha rasão plausível para que essa figura de impedimento seja mantida como nol-a transmittiu o direito canónico. E, realmente,

na generalidade dos códigos modernos está ella obliterada (20).

6." *As pessoas que estiverem sob o poder ou\ sob a administração de outrem, emquanto não obtiA verem o consentimento ou o supprimento do consentimento (laquelles sob cujo poder estiverem* (dee. art. 7.", § 7.° (21). Trata-se aqui dos que se acham sob o poder paterno, tutelar ou mesmo curatelar, pois a estes últimos se refere aquella expressão pouco adequada — *sob a administração* de outrem. Esta necessidade do consentimento dos pães ou tutores nos vem do direito romano, ou de legislações ainda mais antigas, e teve consagração especial em leis portuguezas. 0 direito canónico, si não tractava com favor os casamentos contrabidos pelos lilbos-fa-

(20) Sejam apontados, o código civil francez, o italiano, o hespanhol, o portuguez, o allemão e a lei argentina. O *Projecto* primitivo, art. 218.°, n.° 9, assim conciliava a tradição cora a lógica: «Não podem contrahir casamento: — As pessoas que por qualquer motivo, se acharem coactas, incluindo-se entre estas a raptada, emquanto não se achar em logar seguro e fora do raptor.» Não foi acceito, porém, o meu alvitre. As penas edictadas pelo direito canónico contra o rapto *(conducção violenta da mulher com o fim de casar ou não)* são severíssimas: excommunhão *ipso facto,* perpetua infâmia, incapacidade para todas as dignidades e, si forem clérigos os raptores, deposição do próprio grau (MONTE,—*Dir. ecclesiaslico,* § 992.°).

(21) *Projecto,* art. 187.°, XI.

milias ou menores sob tutela, contra a vontade de seus pães ou tutores, comminava anathema contra aquelles que — *falso affirmant matrimonia a filiis famílias sins cons&nsu parentum contracta, irrita\ esse et parentes ea rata vel irrita facere posse* (22). 0 direito moderno, porém, guia para outro rumo as suas disposições, exigindo o consentimento dos pães para a validade mesma do casamento e dando aos progenitores contrariados o direito de pedir, a sua annullaçâo.

Aos filhos famílias, o consentimento deve ser dado por *ambos os pães, si forem casarios, ou, no caso de divergência entre elles, ao menos pelo pae; si, porém, não forem elles casados, e o contra-hente não tiver sido reconhecido pelo pae bastará o consentimento da mãe* (dec. de 24 de Janeiro, art. 18.") (23). *A contrario sensu,* deve-se concluir que, havendo reconhecimento é necessária a aucto-risação de ambos os progenitores, prevalecendo o do pae reconhecente em caso de haver desaccordo. Suffragam a doutrina seguida pela lei pátria no atti-nente á necessidade da permissão dos dois progenitores, para que se casem validamente os filhos-familias, o código civil francez, art. 148.°, o italiano, art. 63.", e o russo (24). Outros systemas jurídicos,

(22) *Vide* MONTE,—*op. cit.,* §§ 225.°-228.\
(23) *Projecto,* arts. 189.° e 190.°
(24) LEHB, — *op. cit.,* I, pag. 19.

ap contrario, pedem apenas n auotorisação «lo pae, e somente em falta deste poderá intervir a mãe. Assim dispõem o código allemao, arts. 1:306." e 1:306.°, a lei argentina, art. 10.", o código austríaco, §§ 52.° e 162.° e o direito inglez; mas apartam-se da sã doutrina, póde-se aOirmar sem rebuço.

Da recusa de consentimento dos pães, concede o nosso direito recurso para o juiz, que, na qualidade dp ol?gam vivo do direito em funcção, inter-* vem para mitigar as desastrosas consequências do desvio caprichoso da auctoridade paterna (dec. art. 7." § 7.") (25). Ha, porém, alguns regimens jurídicos que não toleram essa intervenção do poder publico, receiosos de enfraquecer a auctoridade dos pães como responsáveis pela direcção da sociedade ta mi liai. Assim o código civil portuguez, art. 1:062.°, edicta: «Da concessão ou denegação dá licença (dos pães), em nenhum caso, ha recurso». E o hespanhol, art. 49.": «Nenhuma das pessoas chamadas a dar sua auctorisação, ou seu consentimento, é obrigada a indicar os motivos sobre os quaes se funda

(25) *Projecto,* art. 192.° Consideram-se justos motivos para a denegação do consentimento dos pães e tutores : a existência de impedimento legal; algum perigo ameaçando a saúde do menor; costumes desregrados ; e incapacidade para obter com que alimentar a familia (CORREIA TELLES,—*Digesto português,* art. 352.°; C. DA ROCHA, — *Instituições,* § 223.°, escholio; LA-FAYETTB, — *Direitos de familia,* § 27.°, nota 3).

para concedel-a ou recusal-n. (lontra sua recusa não se faculta recurso algum . No mesmo sentido, a lei argentina, art. 13."

A cdade em que esse consenti mento é necessário Varia nos diversos systemas jurídicos. Nosso direito exige-o somente até á extinecão da maioridade, salvo tractando-se de maiores inhibidos do governo da própria pessoa e bens. Na mesma doutrina se abeberaram o código portuguez (art. 1:058.°), o austríaco (t?v? 21." e 172."), o allemào (arts. 1:304«° p 1:305."), a lei argentina (art. 10.") P O direito in-glez. Este systeina é o mais justo e razoável, pois não se coinprebendc bem que o individuo lenha plena capacidade para em prebendei, por si e segundo o seu alvedrio, todos os actos da vida civil e não a tenha para contratar casamento. O código civil italiano exige auctorisnção somente até aos 21 annos para a m u l h e r e 24-para o homem. 0 direito francez estabelece a mesma edade que o italiano (art. 148."): mas, além dos 21 ou dos 25 annos. si não é mais precisa auetorisacão dos pães para a validade do casamento, comtudo se faz necessário que o filho peca conselho e assentimento a seus ascendentes. E' a isso que se chama acto de respeito (art. 151.°). 0 acto de respeito devia ser repetido, por três vezes, si a (ilha maior de 21 annos ainda não tivesse passado dos 25, ou o filho maior de 25 ainda não tivesse transposto os 30» D'ahi em deante bastaria um acto respeitoso, ej denegado o assentimento, pode o casamento elfe-l

etuar-se (arts. 152.M53.[0]). Hoje a lei de 20 de Junho de 1896 revogou os arts. 152." e 153.° do código civil e apenas manteu o *acto de respeito* do art. 151.", não podendo o casamento ser reali.sado senão depois de um me/, da recusa de^assentimento,] .por parte dos ascendentes. Essa,antiguallm inútil que os redactores do código italiano rejeitaram, sobrevive no recente código hespanhol, embora sem o rigor e sem o formalismo primitivos da legislação franceza. Si os liIlios maiores não obtêm resposta de seu pae ou de sua mãe, quando solicitam seu consentimento para casarem-se, ou si essa resposta lhes é desfavorável, não se poderá celebrar o matrimonio senão três mezes após o pedido, eis o que 'estatuo o código civil hespanhol, art. 47.° Na Rússia não ha epocha em que seja ocioso o consentimento dos pães. Em todas as edades elle é necessário; bem que, em algumas províncias, ha certo abrandamento ao rigor deste preceito (26).

Os menores sob tutela e os maiores sob curatela necessitam eguálmente do consentimento dessas pessoas que sobre elles exercem o alludido múnus publico, para que possam validamente contrahir núpcias, facultado o recurso para o juiz em caso de denegação, determina o direito pátrio. Ha aqui uma innovação ao direito preexistente. 0 curador não era chamado a dar seu consentimento para o

(26) LEHR, — *op. cit,* I, 19-20.

matrimonio dos curatelados. Os dementes, durante a morbose patente não se podiam casar, e. nos luzidos intervallos. acha-se em suspensão a curatela; os pródigos podiam casar, porque estava sua incapacidade limitada á gerência dos bens, e entendia-se que o casamento era uma relação envolvendo, só»j mente ou preponderantemente, disposição de pessoa (27). Hoje. usando a lei da expressão genérica — *as pessoas que estiverem sob o poder ou sob a ladministração de outrem,* eomprehende quaesquer curatelados (28). o que ainda melhor se esclarece com a exigência do art. 20.". onde se fala *dos pães, tutores ou curadores dos menores ou inter -d idos.*

Além dos menores e dos interdictos, ha ainda pessoas que necessitam da auctorisação de outrem

(27) LAFAYETTB,' — *JHr. de famílias,* § 169.°

(28) Podia casnr-se o pródigo; roas não podia celebrar pactos antenupciaes, sem intervenção do curador ou do juiz, Ord. 4, 107, § 6.° Ora, era qualquer casamento ha regimen de bens ou expresso em pacto ou presupposto em lei; e este ultimo não é mais do que um pacto subentendido. Consequentemente havia uma contra dicção na doutrina antiga. Accrescente-se ainda que, de envolta uoui o casamento, vae um acervo de obrigações económicas de máxima importância, nas quaes pode o pródigo comprometter a sua fortuna. De tudo isso resulta que ou devemos abrir mâo dessa obsoleta interdicção por prodigalidade, ou, mantendo-a, cumpre que não seja illusoria.

para se poderem casar. São os soldados, que devem impetrar licença a seus chefes.

7." *As mulheres menores de 14 annos e os\ homens menores de 16* (dec, art. 7." § 8."), salvo si o casamento fôr realisado com o fim de evitar, a in? posição ou cumprimento de pena criminal (art. 17.") (29). Porém, neste caso, o juiz de or-phams *poderá ordenar a separação dos corpos, emquanto o ntibente menor não completar a edaãel exigida para o casamento* (art, 17.").

Pelo direito romano e canónico, a edade nupcial era de 12 annos para a mulher e de 14 para) o homem. Hoje a tendência é exigir maior edade, porque um menino apenas púbere casado com uma creança 'apenas núbil ha de produzir uma progénie fraca, e não terá ainda capacidade para assumir a direcção da casa e dos negócios da família (30). Eis

---

(29) *Projecto,* art. 187.°, XII.

(30) O *Projecto* primitivo, art. 218.", n ° 11, elevara a edade matrimonial a 15 annos para as mulheres e a 18 para os homens, parecendo aliás ao seu uuctor que, em relação ás mulheres era ainda muito baixa essa edade. Em todo o caso, a puberdade já, então, se acha completa e o espirito já se pôde compenetrar da gravidade das obrigações que se contraem pelo casamento. E' no interesse da sociedade, da família è dos próprios cônjuges que a lei deve exigir edade mais elevada da parte dos nubentes, pois importa exigir desenvolvimento physico e moral correspondente ao bom êxito do casamento.

uma lista indicando a variação da edade matrimonial em diversos Estados modernos (31).

WTAD08	F.DADKS ÍAKA HOMENS	KDADKS PA KA MULHEBES
Inglaterra	14 annos	12 annos
Portugal	» »	» >}
Hespanha	» •	tf D
Grécia	» »	*? ■
Turquia	»	D 1
Republica Argentina. .	» »	1) »
Colômbia	» *	tf D
tJrugnay	» »	» >
Bra/il	16 »	14 >
Japão	17 ï'	15 •

Vejatn-se as minhas *()b*ercação*e** para esclarecimento do *Projecto* de cod. civil, reeditadas no livro *Km Defeza* do Projecto de código civil, pags. 90-92; PLANIOL, — *Traité,* III, n." 17 e IS, e TH. Huc,— *Cotntnentaire,* II, n." 25; CHAMPEAU e TJRIBE,— *Dere-cho civil colombiano,* I, pag. 161.

(31) Entre os povos antigos e os selvagens contemporâneos, é notável a precocidade com que se celebram os casamentos. O código de Manú contentára-se com a edade de oito annos para a mulher, os groen-landezes casam-se antes da puberdade. Muitos, porém, são mais discretos e julgam necessário que os noivos attinjam uma edade mais adequada á vida conjugal, do que se podem ver exemplos numerosos em WESTER-MARCK. — *iíatrimonio timono,* pag. 118.

•I	KDADKB PARA HOMENS	EDAOES PARA MULHERES
França	18 annos	lõ annos
Hungria	* »	16 »
Rússia.....	» >	> »
Rumania.....	» »	'» »
Allemanha.....	21 ou 18	» »
Suissa, varia de	15 a 20	de 12 a 17
Estados-Unidos da America, varia de. .	14 a 21	e de 12 a 18 (32)

Na Inglaterra, como naquelles Estados da União norte-americana onde ainda persiste intacta a *com-mon la/w,* o casamento contrahido antes dos 12 ou 14 annos vale como esponsaes, que os despo-

(32) WALKER, — *American lato,* apresenta como edade núbil, nos Estados-Unidos, 18 annos para o homem e 14 para a mulher, sendo necessário o consentimento dos pães ou tutores para aquelles, quando menores de 21 annos, e para estas, quando menores de 18. Entretanto a indicação do texto está em SMITH.

A lei de 13 de Maio de 1896 para o districto federal da Columbia, art. l.°, diz simplesmente: «O homem menor de 21 annos e a mulher abaixo de 18, que não tenham sido anteriormente casados, não podem contrahir casamento sem auctorisação de seu pae ou de seu tutor. Na falta de pae ou de-tutor, o consentimento da mãe é necessário.»

Deixou de indicar a lei com que edade podem as pessoas auctorisadas por seus pães ou tutores contrahir justas núpcias.

sados podem desfazer, logo que ehejruem á puberdade (33).

8." *O viuvo ou viuva que tem filho de cônjuge IfaUecido, mnquanto não fizer inventa/rio dos bens do casal* — (dec, art. 7." § 9.°) (34). E' uma especialidade da lei brazileira, digna de encómios, esta disposição. O código civil francez retira do pae ou da màe que casa antes do inventario dos bens do casal, por occasião e em consequência do falleci-mento do cônjuge predefunto, a administração e o usufructo dos bens dos filhos do primeiro leito. Pelo direito allemão (cod. civil, arts. 1:314." e 1:669.°) assim como pelo chil. (cod. civil, arts. 124."-127."), e em alguns outros regimens juridicos, ha também a exigência da partilha prévia: mas a providencia da lei brazileira tomou um torneio mais preciso e efficaz. Impoz a vedação do casamento sem a apresentação da prova de que o Inventario está feito e puniu (art. 99.") o infractor desse preceito com a perda, em proveito dos filhos, *de duas terças partes tios bens que lhe deveriam caber no inventario do casal, si o tivesse feito antes do seguinte casamento, e do direito á administração e ao usufructo dos bens dos mesmos filhos* (35).

(33) GLASBON, — *In*t. de VAngleterre,* VI, pagai 171-172 ; SMITH, — *op. cit.,* pag. 139.

(34) *Projecto,* **art.** 1K7.°, **XIII.**

(35) O *Projecto,*- art. 230.°, **fala** somente da perda do usufructo, mas accentúa a necessidade da **partilha.**

., 9." *A mulher, viuva ou separada do maridol por nullidade ou annuUação do casamento, até\ dez mezes depois da viuvez ou separação judicial\ dos corpos, salvo si, depois desta ou daquella e\ antes do referido prazo tiver algum filho* (dec.,| art. 7." § 10.") (36). As ultimas palavras destas disposições revelam-nos a sua razão de ser. Preoc-cupa-se legitimamente o direito com evitar a con-j fusão de parto, ou antes, de filiação, e por isso, assignala o prazo máximo da gestação, tresentos dias, para que somente depois delle possa ter logar o novo casamento. Realmente, passado esse prazo, não pôde mais ser attribuido, ao primeiro marido, o liIIio que sobrevier. Si, a despeito da vedação legal, a mulher se casar antes de exgottado o lapso do tempo que a lei estabelece, *não poderá fazer testamento nem communicar com o marido mais da terça parte de seus bens presentes e futuros* j (dec. cit., art. 100.") (37). E' a comminação edi-ctada pelo direito pátrio em salvaguarda dos direitos eventuaes do filho do leito anterior.

Este mesmo impedimento é consagrado pelo código civil francez, art. 228.", hespanhol, art. 45.° § 2.°, j italiano, art. 58.". alie mão. art. 1:313.°, lei argentina, art. 99.", accrescentando-se o caso do divorcio onde elle 6 admittido.

(36) *Projecto,* art 187.°, XIV.

(37) O *Projecto* não manteve esta comminação da incapacidade testamentária (art. 231.°).

Alguns escriptores acham vexatória essa inhi-bicão, e alguns regimens jurídicos deixaram-na de parte. Mas a providencia tendente a evitar a *tur-batio sanguinis,* a *generationis Hncertitudo* tem por si a tradição doutrinal, teve ingresso no direito romano, no qual o prazo era de um anno (38), e apoia-se, além disso, em razões de alta conveniência. 0 código civil d'Áustria, í? 120.", determina que, no caso de annullação do casamento ou de morte do marido, a mulher, que ficar gravida ou sobre cuja gravidez appareçam duvidas, não se possa novamente consorciar antes de decorridos seis me-zes, prendendo-se, por tal modo, ao prazo minimo <ia gestação que termina pela expulsão de um ser viável. Si, porém, as circumstancias affastarem a possibilidade de gravidez, o prazo de espera será encurtado para três mezes.

10." *O tutor ou curador e seus descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou ciiratelada, emauanto nlo cessar a tu-* J *tela ou curatela e não estiverem saldadas as contas, salvo permissão, deixada em testamento ou outro instrumento publico, pelo fallecido pae ou mãe do menor tutelado, ou curatelado* (dec, art. 7.° § 11.") (39). O infractor deste preceito *será obri-*

(38) D. 3, 2 fr. 11 §§ l.o e 2.°; Cod. 1,3,1. 53 § 3.°

(39) *Projecto,* art. 187.°, XV. 0 *projecto* COELHO RODIUGUES, art. 1:848.° § 12.°, para maior clareza, substitue a palavra *curatelado* pela — *interdicto.*

gado a dar ao cônjuge do pupillo ou curatelado\ qilanto baste para egualar os bens daquelle aos\ deste, estatue o art. 101." do dec. de 24 de Janeiro (40). Mas si o cônjuge fôr o próprio tutor ou curador? Mas qual a sancçâo garantidora deste edicto penal, pois que a pessoa em favor de quem é constituído pôde, por suggestào, abrir mão delle ?

Esta prohibieãq foi estabelecida no intuito: 1.", de evitar que o tutor ou curador procurasse, no casamento, occultar a delapidação da fortuna cuia administração lhe fora confiada; 2.", de pôr I um freio á sua cubica; 3.°, de prevenir coacção sobre o animo da pessoa em relação á qual tenha adquirido ascendência por suas funcções. Vemol-a consagrada em muitos códigos (41); outros, porém, julgaram-na ociosa (42).

11." *O juiz ou o escrivão e seus descendentes e collateraes no mesmo grau indicado no numero*

(40) O *Projecto,* art. 231.°, não consagra esta pena.

(41) D. 23, 2, frs. 66 e 67 § 3.°; cod. civil hespanhol, art, 45.° § 3.°; chileno, 116.°; uruguayano, 113.°; peruano, 145.°; mexicano, 170." e 173.°; lei argentina, art. 12.°

(42) 0 direito francez, o italiano e o austríaco, por exemplo, não conhecem este impedimento. No código civil allemão, também não está contemplado, e a lei de introducção, art. 64.°, expressamente revoga o art. 37.° da lei de 6 de Fevereiro do 1875, que o consagrava.

anterior, com orpham ou viuva da cireumscripção territorial, onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial do presidente da relação (43) *do respectivo districto* (dec, art. 7." § 12.° (44). Perda do emprego com inhabilitacão para exercer outro por dez annos e a obrigação de dar ao cônjuge do orpham ou viuva, na situação a que se refere a lei, quanto baste para que sua fortuna eguale á do outro cônjuge, eis a pena com minada ao infractor desta disposição (art. 102.") (45). E tanto neste, como no caso do numero antecedente, presume-se a culpabilidade (dec, art. 103.").

O direito romano vedava ao funccionario civil ou militar de uma província, e a seus filhos, o ca-sarem-se com qualquer mulher originaria delia ou, siquer, nella domiciliaria. Tinba-se em vista afastar, desses funccionarios, influencias locaes que se firmassem pelo entrelaçamento de parentesco e assim os tornassem tibios na administração ou ambiciosos de poderio (D. 23, 2, frs. 38, pr., 57 e 65, I § 1."; 25, 7, fr. 57). Mas os esponsaes eram facultados (D. 23, 2 fr. 38), assim como o concubinato (D. 25, 7, fr. 5). As leis portuguezas também con-

(43) Tribunal de appdlação, hoje com vários nomes nos diversos Estados da Republica.

(44) *Projecto,* art. 187.°, XVI.

(45) O *Projecto,* art. 231.°, nâo manteve esta com-l minaçâo.

tinham disposições análogas em relação ás suas colónias de ultramar, menos quanto ao concubinato; mas oaliiram ellas em desuso.

Hoje, os códigos ou exigem de alguns funccionarios civis a auctorisação dos seus superiores Mêrarchicos, como acontece na **Rússia** e mesmo na Allemanlia, ou nada **dispõem** a respeito, como é a regra geral do direito civil moderno. Quanto aos militares, geralmente é exigida a licença ou auctorisação **como** já foi dicto em relação ao Brazil. neste mesmo paragrapho.

S li."

DE ALGUNS **IMPEDIMENTOS** EXT RANHOS Á NOSSA **LEI**

Desappareceram do direito pátrio, com a **reforma** do dec. de 24 de Janeiro, muitos dos impedimentos nelle anteriormente enxertados pelo direito canónico. Todos aquelles que se fundavam em motivos ou preconceitos puramente religiosos não podiam, em verdade, ser mantidos. Assim não se encontram, no citado decreto, os impedimentos concernentes ao parentesco espiritual; ao voto de castidade, simples ou solemne: á disparidade de cul-to; á recepção de ordens sacras maiores. 0 voto solemne e as ordens maiores ainda são impedimentos ' exarados nos códigos .civis de Portugal (art. 1:058.° § 5.") e Hespanha (art. 83." § 3.°), para o casamento civil. Na França, deante da mudez do

código civil, a jurisprudência tinha-se revelado titubeante, ora declarando a *prétrisse* um impedimento matrimonial aconselhado pela moral, ora adoptando a doutrina contraria, que, afinal, parece ter prevalecido (1). A Helgica, apezar desse exemplo, tomou, desde logo, a orientação liberal da não intervenção do Estado na economia e nos interesses íntimos do culto, e, consequentemente, os tribunaes civis se recusaram a prestar apoio judicial ás oppo-sições de impedimentos de ordens. E com excepções raras esta é a doutrina victoriosa em toda a parte onde ha casamento civil, muito embora vá ella chorar preconceitos de alguns crentes.

O direito russo interdiz o matrimonio aos membros" do clero regular, em quanto perduram suas funcções eclesiásticas. Mas aos membros do clero secular, do *clero branco,* é facultado obter uma consorte antes da consagração. Até pouco tempo era mesmo uma obrigação imposta por lei, era uma necessidade legal esse consorcio (2).

A disparidade de cultos, outro impedimento canónico, mas certamente coinmum a todas as religiões, e a todos os regimens jurídicos influenciados pelo elemento religioso; não podia ter entrada em nossa legislação actual, mas persiste em outras. Naquelles systemas jurídicos em quo o direito cano-

(1) TH. Huc,— *Commentaire,* II, n.° 78.
(2) LEHB.—*op. eit.,* I, pag. 21.

nico é mantido, como em Portugal, Hespanha, Áustria, a *cultua dispo/ritos* é um impedimento em pleno vigor e efficacia. No direito judaico, vivaz em muitos paizes ou secções de paizes asiáticos, africanos e europeus, egualmente esse horror do sectarismo pela crença alheia ostenta-se intractavel.

Mas não são somente os motivos religiosos que abrem clausulas impedientes ao matrimonio, extranhas ao nosso direito vigente. Os agentes diplomáticos de alguns paizes não se podem casar com extrangeiras sem previa auctorisação de seu governo. Assim acontece, nomeadamente, na Allemanha e na Rússia (3).

I Neste ultimo paiz ha uma figura de impedi-mento que merece ser lembrada: Quem pela terceira vez enviuva não tem direito de tentar novamente a quarta experiência (4).

Na Inglaterra, o casamento é prohibitivo entre cunhados, tendo até agora cahido de encontro á resistência da egreja anglicana todas as tentativas de eliminar este impedimento (5).

O ódio, a repugnância ethnica, entre pretos e brancos nos Estados-Unidos, creou um curioso impe-

(3) *Clunet,* 1893, pag. 257 ; LEHB, — *op. cit.,* I, pag. 22.

(4) LEHB, — *op. cit., 1,* pag. 20-

(5) SANCHES ROMAN, — *op. cit.,* pag. 294. Também na França se têm manifestado esforços no sentido de eliminar o impedimento do cunhadio.

dimento. A lei de 5 de Julho de 1894 interdiz, sob pena de nullidade absoluta, o casamento, na Luizia-lna, entre brancos e pessoas de côr (6). Na Pensylva-nia é prohibido o casamento entre primos germanos (7).

8 15."

OPPOSIÇÂO DOS IMPEDIMENTOS

Para o effeito de sua opposição, a lei pátria distribuo os impedimentos em dois grupos. Os do § 13." e os dos números 1 a 7 do § 14." deste livro podem ser oppostos pelo official do registro civil, por quem presidir á celebração do casamento (1), ou por qualquer outra pessoa (dec. 24 de Janeiro, art. 9.°) (2). Os outros indicados nos n.os 8 a 11 do citado § 14." da presente obra só poderão ser oppostos pelos as-

(6) *Annuaire de leg. étrangère,* leis de 1894, pag. 907.

(7) *Annuaire* cit., 1904, pag. 566 (lei de 24 de Junho de 1901).

(1) Os impedimentos de incesto, bigamia, adultério e homicídio consummado ou meramente tentado, *podem ser oppostos pela auctoridade que presidir ao casamento, no próprio acto da celebração delle* (dec. art. 12.°). *Mo mesmo acto, antes de proferitia a formula do casamento pelos contrahentes, a mesma auctoridade pôde receber qualquer impedimento legal, cumpridamente provado e opposto por pessoa competente* (art. 13.°).

(2) *Projecto,* art. 193.°

çcndentes ou descendentes, parentes consanguíneos ou affins, dentro do segundo grau civil, de um dos, contrahentes e pelas pessoas em cujo poder ou administração se achar o contrahente lilho-familia, menor tutelado, ou interdicto (art. 15.°) (3).

As pessoas que pretenderem oppôr impedimentos deverão declaral-o â auctoridade, *sob sua assi-gnatura devidamente reconhecida, com as provasl do facto que allegarem, ou indicação precisa do logar onde existam, ou a nomeação de duas testemunhas residentes no logar, que o saibam de scien-cia própria* (dec. art. 9.°) (4). Sendo o próprio ofiicial do registro quem suscite o impedimento, é| claro que não estará adstricto a essas formalidades, mas terá de dar aos nubentes ou a seus procuradores, uma declaração dos motivos que teve para assim j proceder, circumdando as suas allegações das provas necessárias e assumindo com a sua assignatura a responsabilidade do acto (art. 10.") (õ). Essa mesma declaração 'será dada, quando o oppoente fôr outra pessoa, cujo nome e residência serão indicados nella,

i'à) 0 *Projecto,* art. 194.*, adoptou systema algo differente, A pessoa de cujo consentimento depender p casamento, poderá retractar-se, embora tenha anteriormente consentido, sendo sempre possível o suppriraento pelo juiz (art. 14.°). Ver PLANIOL,—*Traité,* III, n.° 86.

(4) *Projecto,* art. 193,°

(5) *Projecto,* art. 195."

assim como os nomes e residência das testemunhas (art. 11.°) (6).

Para provar os impedimentos, a lei aponta os meios, ora especiaes ora os communs do direito. Prova especial têm o parentesco, (legitimo, natural, e civil) e a affinidade legitima ou natural. A affini-dade illicita prova-se exclusivamente por confissão espontânea. A paternidade natural também poderá ser provada, além de outros modos (7), por essa con-lissão, aliás somente permittida a um ascendente da pessoa impedida a quem é, além disso, facultado reclamar segredo de justiça, quando não lhe quizer dar outro eITeito mais do que evitar um incesto irnmi-j nente, por ignorância dos que o vão eommetter (art. 7 ai. e art. 8.") (8). O parentesco legitimo consanguíneo ou affim. quando não fôr notório ou confessado, tem meios de prova naturaes e convincentes no acto do nascimento dos contrahentes ou no de casamento de seus ascendentes (art. 8.", § único) (9). 0 parentesco civil só pôde ser provado pela carta de adopção (art. 8.", § único).

Para outros impedimentos as provas usadas no processo civil são applicaveis (art. 16.").

A epocha idónea para a apresentação dos impe-

(6) *Projecto,* art 1!)6.°
(7) *Vide* os §§ 67." *ust/ue* 70.° deste livro.
(8) *Projecto,* art. 188.°
(9) *Vide* os §§ 64," a 66.°

dwnentos é aquella em que têm logar as formalidades preliminares do casamento, as quaes visam, principalmente, investigar si os pretendentes estão em condições de receber-se legalmente na qualidade de marido e mulher. Mas, ainda na occasião de serem celebradas as núpcias, serão acceitas as opposi-ções de impedimento, pois que, ainda nesse ultimo instante, é tempo de evitar uma união contraria ao) direito (arts. 12." e 18).°

Conhecido o impedimento pelos interessados, cabe-lhes promover, no foro commum, a destruição das provas apresentadas, assim como a responsabilidade civil pelos damnos soffridos em consequência da opposição e mesmo a criminal si existir (art. 19.") (1©). Tractando-se de confissão de paternidade, o juiz procederá de aeeôrdo com a lei de 6 de Outubro de 1784. § 5." Esta lei, no paragrapho citado, quer que as informações obtidas pelos juizes, as inquirições de testemunhas e contestações feitas «não possam sahir das mãos dos respectivos juizes, ou dos seus escrivães;» que as sentenças proferidas se refiram indistinctamente ás provas do processo «sem que se individuem fundamentos alguns»; que, nos recursos interpostos, sejam os processos entregues pessoalmente pelos juizes inferiores aos superiores e remettidos pelo correio em segredo de justiça; e que, finalmente, passados seis mezes depois das de-

(10) *Projecto,* art. 195.°, § único.

leisòes e de haverem as partes tomado conhecimento delias, sejam mandados queimar os processos, pelos presidentes dos tribunaes ou pelos magistrados que houverem proferido as ultimas sentenças.*

O direito canónico attribuia a qualquer pessoa essa faculdade perijrosa de oppôr impedimentos. Por occasião de serem lidos os proclamas, concita vam-se os fieis M que declarassem os impedimentos de que tivessem noticia, sol) pena de excommunhão. O direito moderno restringiu, em geral, essa attribuição. e, ao mesmo tempo, cercou-a de formalidades garan-tidoras dos direitos daquellas pessoas a que poderiam prejudicai' *as* leviandades ou os infundados estorvos caprichosamente erguidos.

A lei brazileira não permitte dispensa de impedimentos, a não ser em relação ao juiz ou escrivão que pôde pedir licença ao presidente do tribunal de appellação de seu Estado, quando pretender consorcia r-se com alguma, orphan ou viuva da circums-cripçiio territorial onde tiver exercício (11). Realmente é um luxo legislativo injustificável esse de «•rear impedimentos para solver os quaes se apresenta, em seguida, o fácil expediente das dispensas (12).

(11; *Projecto,* art. 187.°, XVI

(12) Sobre a matéria deste paragrapho vejam-se: cod. civil francez, arte. 172.°-179.°; italiano, 82.°-92." e uruguayano, 96.°-98.°

§ 16.°

OUTRAS EXlttliNClAS **DKRMITTIDAS**

Além da isempçâo de impedimentos matrimo-niaes. a lei brazileira auctorisa os pães. tutores ou. curadores a exigirem, do noivo ou noiva de seu filho, pupillo ou curatelado, garantia de sanidade comprovada por um attestado de profissional que allirme estar o pretendente vaccinado e nào ter lesão que ponha sua vida em perigo próximo, nem moléstia incurável ou transmissível por contagio ou herança (dec, art. 20.") (1). Além disso, podem ainda exigir do pretendente documentos comprobo-torios de sua moralidade e de sua estabilidade domiciliar. Mas, agora, vè-se que é somente ao noivo, a um homem, que a lei se refere, quando, ainda a pouco, não havia differenca de sexo.

Taes documentos são: 1." o *folha corrida passada no domicilio actual e naquelle em que tiver passado a maior parte dos últimos dois anitos, si delle se mudou depois de púbere; 2." certidão de isempçào de ser oiço publico, que o sujeite a domicilio necessário incerto e por tempo indeterminado* (art. 21.°).

(1) O *Projecto,* na sua forma actual, não contém us providencias indicadas no texto.

Não são vexatórias essas exigências, mas tendentes a precaver, a vida, o bem estar e a felicidade do futuro casal, e mormente da mulher a quem visam beneficiar aa ultimas providencias legaes de que me oceupei. Demais lia recurso para o poder judiciário verificar até que ponto são legitimas as reiuctancias dos pães, tutores ou curadores, e finalmente é claro que não são propriamente impedimentos essas exigências, o que vem a dizer que sua infracção não produz consequências do mesmo valor. I Na Âllemanha, permitte a lei que se tomem eautellas similhant.es e até que se exija garantia de uma certa fortuna. Na Inglaterra, muitas vezes, os| pães obrigam os *gentlemen* que se lhes apresentam, como aspirantes á mão de suas filhas, a constituírem *settl&m&iits* á futura consorte, os quaes serão seus *alfineitex (vin tnoneyj* (2).

Certas legislações prohibem o casamento aos alcoólatas, aos loucos e aos tuberculosos (3), outras *o* vedam aos epilépticos (4).

(2) TAINE,— *Note» mr V Ângleterre,* pag. 96.

(3) AFRANIO PEIXOTO, — *Redita da Faculdade de Direito,* do Recife, 1901, pag. 107.

(4) SANCHES ROMAK, — *op. cit.,* pag. 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 BOMAN, — *op. cit.,* pag. 196) e a do Annam (PAUL D'ENJOY, — in *Clunet,* 1904, pag. 96).

§ 17."

SOLEM XIDADES PRELIMINARES DO CASAMENTO

A liin de dar divulgação ao casamento cuja realisaçãõ se projecta, e verificar si os nubentes se acham limpos de impedimentos e em condições de juridica mente consorciar-se, preceitua a lei que sejam pu blicadas enunciações ou proclamas indicadores dessa pretenção. Estes proclamas consistem num acto, em forma de edital, redigido pelo oflicial do registro a vista dos documentos que os pretendentes lhe apre sentarem, por si ou por seus procuradores, em prova de que se acham habilitados para o casamento, se gundo as prescripções legaes (1).

(1) Os documentos exigidos pelo direito pátrio são: 1.° a prova da edade matrimonial por certidão ou dooumento que a substitua; 2.° a declaração do estado e da residência não só dos pretendentes como de seus pães ; si estes não forem conhecidos ou residirem em logar não sabido, a explicação dos motivos do desconhecimento de ambos os factos; si tiverem morrido, a declaração do logar onde se deu o óbito; 3.° a aucto-risação dos pães, tutores ou curadores, si os nubentes forem menores ou interdictos ; a justificação por duas testemunhas maiores, parentes ou extranhos, de que não têm impedimentos que lhes inhiba o matrimonio; 5.° a certidão do óbito do cônjuge fallecido si tiver precedido algum casamento valido, ou da annullação si o casamento precedente tiver sido annullado. (Dec. art. 1." e §§, *Projecto,* art. 184.°).

0 editai] será publicado duas vozes, com inter-vallo de 7 dias de uma a outra publicação, e aflixa-do em logar ostensivo, no edilicio da repartição do registro, desde a primeira publicação ate o quinto dia depois da segunda, *reprodusitulo-se essa formalidade na circumscripção do registro de cada \w» dos contrahentes, si morarem em togares diffe~\ rentes* (arts. 2." e 4.") (2). Decorrido esse prazo, sem reconhecimento ou opposição de algum impe- " di mento, o oflicial do registro *certificará ás partes que estão habilitadas para casar-se dentro dos dois meses seguintes* (de<-.. art. 3.") (3). Si, descurando os seus deveres, dér tal certidão na pendência de algum impedimento ou sem a apresentação de todos os documentos que a lei exige", incorrera em culpa que a lei pune com 20$ a 2(K)fB de multa (art. 100.") (4).

Na hypotbese de não morarem os contrahentes na mesma circumscripção territorial, já licou affir-mado, deve haver uma publicação dupla de procla-

---

Ci) Projecto, art. 185.° pr. e § 2.°

(3) *Projecto,* art. 185.°, § 1.°

(4) Na mesma punição incorre o official que publicar proclamas sem auetorisação de ambos os contrahentes ou deixar de declarar os impedimentos que lhe tbrem apresentados ou lhe constarem com certeza e puderem ser por elle oppostos (dec. art. 103.°). Pelo *Projecto,* art 232.°, a punição *é* mais forte nas três hypofcheses a que alludem o texto e esta nota.

mas. E possível ainda que um dos contrahenteia haja residido, grande parte do ultimo anno anterior á publicação do edital, em outro Estado. Como não é mais ali a sua residência, não produziriam o eí-feito desejado as publicações dos banhos, bem que não sejam para desprezar. Mas o legislador entendeu obviar as difficuldades exigindo que, em tal emergência, o contrabente vindo de outro Estado provasse que sahíra delle desempedido (dec, art.j 5>) (5).

Os proclamas podem, excepcionalmente, ser dispensados pelo juiz. Em primeiro logar, quando algum dos contrahentes aehar-se em perigo imminento de vida ou for obrigado a ausentar-se precipitadamente,* no desempenho de serviço publico obrigatório, apresentados os documentos que a lei exige paru a confecção do edital, verificado que não ha impedimento que obste á realisação do casamento, e justificada a urgência por meio de provas documentaes ou depoimento de três testemunhas, auctorisarái o juiz ao offioial do registro a passar o certificado de habilitação (dec. cif., art. 3t>.°, dec. 481, de 14 de Julho de 1890, n."s I e II) ((>). Em segundo logar, todas as vezes que o juiz se convencer de que a demora do casamento *poderá produzir grave da-mno,* auctorisará a substituição dos proclamas pela

(5) *Projecto,* art. 184.°, § único. (.6)
Projecto, art. 186.°, § único.

justilicaçào de que não lia impedimentos matrimo-niaes no caso que lhe é apresentado. Ksta justiftea-çào resultará do *de.pounp.nlo jurado* e *escripto dt cinco tcsfemnnluis, ainda, que parentes sejam doe nubente*,* alumiando que não existem os impedimentos do S |}}." e dos *n.m* 1 a 7 e 9 do § 14." deste livro (doe. de 14 de Julho de 1890, n." III (7).

As leis extrangeiras concedem egualmente dispensa dos proclamas (8), mas creio que não é chauvinismo dizer que nenhuma apresenta providencia»» .tam particularmente acertadas quanto a brazileira. De uma rápida vista d'olhos sobre as legislações de alguns povos cultos, resultará a verdade dessa asserção,

0 direito iuglez exige três publicações de banhos feitas aos domingos, na parochia de cada um dos eontrahentes, segundo presereve o direito canónico, e mais outras três feitas, em nome da autoridade secular, pelo secretario da tutoria dos pobres. Estas ultimas serão, porém, dispensáveis, todas as vezes que o casamento se celebrar perante a egreja anglicana (9).

(7) *Projecto,* arts. 186.°, § único e 203."

(8) Código civil francez, art. 169.°; italiano, 78/:| lei aliemã, art. 50.°; argentina, art. 52.° ; cod. hespa-nhol, arts. 91.°-95.°, além do direito canónico c outros «uja recordação pouco importa.

(9) GT.ASSON, — *Droit et institutions de C Angleterre,* VI, pag. lf*4.

;, O direito franeez (cod., art. 68"), o italiano (cod., art, 70.") e a lei argentina (art. 22."), pedem <*.omo a nossa duas publicações. 0 código allemão conte nta-se com uma so publicação (art. 1:816.°), P similhantemente dispõem o código foespanhol (art. H9.°) e o portuguez (art. 1:066.°).

Havendo causa grave, o cod. civil franeez (art. 169.") permitte a dispensa da segunda publicação. Mas comprehende-se que a urgência: pôde ser tal que a espera do exgottamento do prazo da. primeira publicação impossibilite a realisação do casamento, e juristas francezes sustentam que, no casamento dos moribundos, celebrado pelo sacerdote chamado á ultima hora, não occorre a hypothese sujeita ásj severidades do código penal contra aquelle que celebra o casamento religioso não precedido do civil, porque, em tal emergência, se verifica um caso de força maior (10). Mas, ainda assim, a difficuldade | não está solvida. Faz-se indispensável o edicto de providencias mais enérgicas em consonância com o melindre e agudeza da necessidade. Kntenderam-no assim os redactores do código civil italiano (cod.. art. 78.", ai.), com os quaes se acharam de accordo o legislador allemão, o argentino, o hespanhol e o brasileiro, bem que alguns destes hajam pedido ainda formalidades excusaveis.

Quanto á duração da effioacia dos proclamas, é

(10) GTLASSON, — *Le mariage civil,* pag. 273.

de dois messes, pela lei brazileira (art. 3."): de «-em dias, pela argentina (art. 25."): de cento e oitenta dias. pelo código italiano (art. 77."): de seis mezes, pelo direito allemão (cod. civil, art. 1:316."); de ora anuo, pelo francez (cod., art. fif>.°) e liespanhol (cod., art. 1:077.", ?? 2.").

S 17." A

A CELEBRAÇÃO l>0 CASAMENTO POR DIREITO PÁTRIO

Fará a conveniente solemnidade do casamento. publicidade ampla e perfeita authenticidade. não basta, evidentemente, que o poder publico, em sua qualidade de representante da sociedade, intervenba exijrindo as formalidades preliminares de que Irácio u o paragrapho antecedente. Sào inícios que estão a solicitar complementos. E" necessário que esse contracto especialíssimo do casamento se conclua de um modo correlativamente solemne. perante a auetoridade publica, assistida por testemunhas e. tanto quanto possível, *coram popitlo.* A perpetuidade do enlace, os importantes interesses que alii se jogam, a própria moralidade do grupo social a que os nubentes pertencem, assim o reclamam.

O decreto de 24 de Janeiro (art. 110.°), confiou a celebrarão do matrimonio a um juiz privativo, onde existe essa entidade, e a um juiz de paz onde não tivesse sido creado esse orgam especial da vida jurídica. Sendo, porém, este assumpto matéria pro-

•cessual. e, portanto, da competência dos Estados confederados, não têm estes adoptado a mesma nor-| ma, acceitando uns o estatuído no decreto citado, attribuindo outros a funccão de celebrar o casa-j mento a juizes de categorias differenfes (1).

O casamento deve, além disso, oelebrar-se na casa das audiências, durante o dia. portas abertas,! presentes, pelo menos, duas testemunhas que podem ser parentes dos contrahentes. E' concedido,. entretanto, o casamento em casa particular. eon-j vindo nisso o juiz celebrante ou sendo necessário, por não poder um dos contrahentes saliir de casa (dec, art. 24.°, § 4.") (2). Sendo a celebração realizada em casa particular, as portas deverão estar francamente abertas durante o acto,'e o numero das testemunhas elevar-se-á a *três,* si ambos os contrahentes souberem ler e escrever e a *(piatro* si, pelo menos, um não souber (art. 25.°) (3). Serão forço-'

(1) Na capital federal, os casamentos são celebrados pelos pretores (dec. n.° 1:030 de 14 de Novembro de 1890, art. 50.°, § 3.°; lei n.° 1:338 de 9 de Janeiro de 1905, art. 12.°, § 1.°, n.° V, e dec. n.° 5:561 de 19 de Junho de 1905, art. 128.°, n.° VI;; em Pernambuco, são Celebrados, na capital, pelos juizes municipaee, e, no interior, pelos juizes de districto (lei n.° 15 de 14 de Novembro de 1891, arts. 30.° e 42.°, § 7.°, seu regulamento de 23 de Novembro de 1893, art 27.°, § l." o lei de 20 de Junho de 1904, art. 35.°, n.° *5).*

(2) *Projecto,* art. 197.°, pr.

(3) *Projecto,* are. 197.°, § único.

sãmente quatro testemunhas, maiores de 18 annos e sabendo ler e escrever si. por motivo de moléstia grave de um dos eontrahentes, a celebração for ";íl noite, como faculta a lei (arl. 34.°) (4).

Onde quer que se celebre o casamento, presentes os nubentes, as testemunhas e o official do registro, o juiz por uma leitura da lei, art. 7.". recordará os impedimentos matrimoniaes e interpellará a cada um dos eontrahentes, *a começar peto mulher,* si não se acha em alguma das situações que a lei indica para vedar o consorcio. K' uma ultima verificação, pois que nesse momento, qualquer pessoa competente na forma da lei. ainda poderá oppor impedimentos lega es cumpridamente provados (art. 13.°). Nada appareeendo que suste a continuação do acto. interrogará o juiz aos eontrahentes, dirigindo-se, primeiro á mulher, si querem oasar-se por sua livre « espontânea vontade. Obtida a resposta affirmativa, convidal-os-á, a repetirem a formula legal do casamento (art. 21)."), e, depois, declarará, de pé, que os reconhece como legitimamente casados (art, 27.°) (5). Não obtendo resposta affirmativa. ou recusando-se algum dos. eontrahentes a repetir a formula legal, será immediatamente suspenso o acto (art. 32.°), pois que é. da essência de todo contracto, e particularmente do casamento, o concurso das vontades.

(4) *Projecto,* art. 202."
(5) *Projecto,* art. 198.°.

Xem admiti»' a lei retractação no mesmo dia. porque traria apparéiieiris de uma suggestão actuando pode-^ rosamenle contra a espontaneidade que se procura] apurar, na medida do possível. Accreseenla ainda a lei (art. 38.") f(i) que, re<*usando-se a mulher, menor de 21 annos, a aflirmar nua vontade de receber PUI casamento o outro eontralicnte só poderá ser re-admittida a6
casar-se com elle, depois de depositada *pm*
togar twyuro r fora- tlit coiH/Muihúfihi ppssôa, sob cujo /MXIPI' ou (uhniuistvdP!}o ue nchnm mi\ data «In reeiutn ou. arrp/Miiiri'im-enl'o.

Km sojruida. será lançado, no livro do ro«rislro, um termo circumstnnciudn do acto (doe*, arts. 2í)."-;ll.") (7). Permitte a lei que um dos conlmhonles *e laca representar no acto da celebração por um procurador, em casos urgentes e de força maior (art. í4."): (H) mas. si o impedido fôr extranj/eiro. só poderá usar dessa faculdade si a sua lei nacional admiltir a validade do casamento por procuração (ti).

Quando iii«i dos contrahentes estiver cm imminencnlc risco de vida. não sendo po.-sivel obter com a necessária urjiencia, a presença da nuetoridnde com-

i♦*» 0 *Projecto,* art. 201.", § único, refore-fie indis-fi IH; ta mente a qualquer do» confcrfthentes.

(7) *Projecto,* art. 199.*

(8) *Projecto,* art». 19N.* e >*ift.*° Não se refere eite ultimo artigo ás <-ir(-um»tati<-ia* do força maior <■ de urgência.

(9) *Pi ojerto,* ***uri,*** *H."* **da lei preliminar.**

petente nem. do seus legítimos substitutos para a celebração do casamento, poderá ser ella dispensada. Celebrar-se-á. então, o casamento em presença de seis testemunhas, maiores de 18 annos (10), que não sejam parentes em *grau prohibuto do infermo ou que não sejam- mais de-tle- que do outro contrahente*-(art. 27."). Dentro das 4K horas seguintes, estas testemunhas deverão ir apresentar-se á auetoridade judiciaria mais próxima para que esta faça tomar por termo as suas declarações referentes ao casamento celebrado com sua assistência (art. 38.°) (11). Essas declarações devem affirmar a existência das condições necessárias para que o casamento seja possível sem as formalidades preliminares dos proclamas e sem a presença da auetoridade competente para funecionar como celebrante. E' necessário que um dos contrahentes se ache em perigo de vida, sem que, entretanto, a enfermidade lhe perturbe a lucidez *do espirito: que um principio de justiça ou de moralidade reclame o casamento até.então adiado ou afastado por qualquer motivo (12); que as teste-

(10) Somente neste caso e no de celebração de casamento á noute é que a lei se refere á edade das testemunhas. 0 *Projecto* não contém disposição similar.

(11) *Projecto,* art. 204.°, cujo prazo, aliás, é de 5 dias.

(12) A existência de um filho commum, o rapto, o desfloramento ou o concubinato, segundo os termos da lei, art. 39.°, § 3.° Esta condição não é exigida pelo *Projecto.*

111 unhaP lenham sido convocadas para o acto e tenham ouvido, de ambos os contrahentes, a formula] do rasa mento que a lei prescreve (art. 39.") (13). 0 juiz procederá a uma investigação cuidadosa da ido-l neidade dos contrahentes para o casamento, e, sendo magistrado, julgal-a-á por sentença, da qual ainda poderão ajrprravar os interessados (arIs. 40.°-41.°) (14). Solvidos os recursos, que porventura forem oppos-tos, será o casamento registrado no livro competente, com efleito retroactivo, em relação aos conjures, desde a data do casamento, e, em relação aos lilhos com m uns, desde o nascimento, si nasceram viáveis (arts. 42.°-43,°) (15). Si o enfermo convalescer, será ratificado o casamento perante o juiz e o ciliciai do registro, e as testemunhas ficarão dispensadas de levar as suas declarações perante a aucto-ridade, pelo modo exposto (art. 43.°) (lf>). Dada a convalescença e o restabelecimento sem a ratificação, não terá valor o casamento, visto como se tracta de uma providencia excepcional e unicamente admissível tw *articulo mortis.*

(13) *Projecto,* art. 204.°

(14) *Projecto,* art. 204.°

(15) *Projecto,* art. 204.*, notando-se que não fala da *viabilidade.*

(16) *Projecto,* cit. art. 204.", § 5.° URIBB e CHAMPEAUX,— *Derec/io civil colombiano, I,* paga. 171-172, levanta objecções a esta disposição que de certo modo corresponde ao art. 136.° do código civil colombiano.

E' facultado aos cônjuges sanccionar religiosamente a sua união antes ou depois do acto civil. Esta foi a doutrina primitivamente estabelecida (dec. |art. 108.", >} único). Em breve appareceram os inconvenientes dessa liberdade incondicionada e o decreto de 2b* de Junho de 1.890, corroborado pelo co-dijro penal, art. 284.°, prohibiu a celebração religiosa do casamento antes da civil. Mais tarde, promulgada a .Constituição, entendeu o governo que pelo art. 72.", §§ 4.° e 7.° desta se havia restabelecido a doutrina anterior (av. circular de 15 de Abril de 1891). O apoio dessa interpretação aventurosa são-las palavras do art. 72.", § 7.° da Constituição : — *nenhum culto ou er/reja terá relações de dependência com o Governo da União ou dos Estados,* as quaes não parecem talhadas para fundamental-a. No Congresso federal a questão tem sido, por varias vezes, debatida, sem se chegar a um resultado pratico (17).

A doutrina da precedência do acto civil ao religioso foi considerada necessária na França, cuio código penal, arts. 199.° e 200.". pune o sacerdote que transgredir esse preceito. Na Itália, em homenagem ao principio de completa independência entre os poderes, o civil e o eeclesiastico^ consagrou o

(17) Vejam-se JOÃO BARBALHO,— *Constituição federal,* comm. ao art. 72.°, § 4.°; SYLVIO ROMERO,— *DiMcwraoMf* pag. 42 e segs.

código a doutrina da ampla liberdade a esse respeito: porém, ahi mesmo, «as suggestões e instigai] (.-ões, representando o casamento civil como um acto irreligioso e contrario á egreja.» fizeram com que sé) haja tentado, por varias vezes, modificar a doutrina <|ue primeiro vencera, imposta por sua npparencia de generosidade. Assim é que, em 1879, passara victoriosa na camará dos deputados e seguira para o senado um projecto de lei oomminando penas ao sacerdote que celebrasse o casamento religioso antes do civil (18). Na Suissa, na Allemanha, na Hollanda. na Argentina, adoptaram as leis a doutrina da precedência do casamento civil, e, para evitar dam-nosas especulações creio que essa é a mais digna de ser tomada por guia.

Mas si o marido se recusar a receber a ben-çam nupcial, apezar de se ter compromettido a isso para com a mulher, antes da celebração .do casamento civil? Ha. por certo, ahi um sobresalto de consciência que merece acatamento e um abuso que pede correcção. A jurisprudência franceza firmou o principio de que ha, na hypothese. injuria grave, capaz de auctorisar um pedido de separação, o que é perfeitamente justo. Si, porém, não houve promessa alguma, não ha que attender.

0 código civil do Uruguay, art. 93.°, n.° 7, considera impedimento dirimente, melhor fora dizer

(18) GrLASSON, — *Le mariage civil,* pag. 287-289.

causa de uullidade absoluta,—*a falta de consagração religiosa quando estipulada no contracto de casamento,* si o cumprimento dessa clausula fôr exi-j «fida no mesmo dia da celebração.

No Kquador. o casamento civil deve preceder ao religioso, mas a auetorídade civil pode permittirque este ultimo seja celebrado im mediata mente depois do primeiro (19).

S 18.°

CRLEBRAÇXO DO CASAMENTO NO DIKRITO KXTHAXGF.IR0

Sem querer que a inscripção deste paragrapho induza o leitor em erro, pois não pretendo esgotar o assumpto nem percorrer toda a gaiuina da legislação comparada, entendi de bom methodo destacar o assumpto agora enfrentado, para que, em melhor relevo, pudesse o leitor fazer o confronto entre as disposições de algumas legislações exlrn.nl ias e as do direito pátrio.

0 código civil portuguez reconhece duas espécies de casamento, o religioso para os catholioos e o civil para os não catholioos, sendo este ultimo celebrado pelo official do registro civil (arts. 1:057." e

(19) Lei de 28 de Outubro de 1902 *(Annuaire étrang.*. 1903, pag. 732.

y

sègs.). O casamento eatholioo, para produzir effeitos civis,' deve ser celebrado em conformidade com ás leis canónicas recebidas no reino, que são justamente as edictadas ou roboradas pelo concilio trin dentino. O casamento civil é realistado em Portugatí como que por favor e a contra-gosto: mas as sua» formalidades nada encerram que pecam menção especial. A procuração para a celebração do casamento civil é admittida (art. 1:081.°).

(.) systema adoptado pelo codijro civil portujiuez não me parece lógico nem justo. Não e lógico, porj que considera o casamento un\ contracto, reconhece] a necessidade da intervenção civil e do registro, e$_t$| ao mesmo tempo, entrega-o, de modo completo, á| auetoridade ecclesiastica, sempre (pie os eontraben-tes pertencerem ao grémio da religião preferida» Não é justo, porque os súbditos portuiruezes não ca-tbolicos devem,' com ejruaes direitos aos que professam o catholicismo, merecer que se Ibes attendam os escrúpulos de consciência (1). A verdadeira dou-

(1) SANCHES ROMAN,— V, primeira parle, pags. 420-422, combate o systema põrtuguez com argumentos valiosos, aceusaudo-o: 1." de desconhecer que o es-j tabelecimento do casamento civil é uma consequência necessária das ftmeções do Estado e não um mero arbítrio politico e legislativo; 2." de derivar a idea do matrimonio civil de um fundamento erróneo, qual é *o*\ direito do individuo, debaixo do ponto de vista do respeito á crença religiosa *jireferenlc,* por ser a mais ge*

trina é a que tem sido adoptada pela maioria dos povos cultos. O casamento civil é o que o Estado reeonhece e celebra exclusivamente. Aos crentes [abe procurar a intervenção religiosa, de accordo (•om as suas convicções. A secularisacão do direito e uma imperiosa necessidade que já se acha quasi completamente traduzida em facto.

O código civil hespanhol. onde também se < n-conlra a dualidade das formas de celebração, a ca-i. nonica e a civil, regulou mais racional e previdentemente esta ultima do que o lizcra o legislador do outro reino ibérico.

Quem preside ao acto e o juiz municipal de ambos os contrabentes ou, siqner. de um delles, perante o qual comparecerão (2) acompanhados de duas testemunhas maiores e capazes (arts. 87.", 88." e H)(►."). O juiz lê os artigos tio código referentes aos deveres do* cônjuges e á posição do marido na sociedade conjugal, consulta si persistem na resolução de contrahir casamento, e, recebida a resposta

iieralisada no piíiz: 3." de, por isso mesmo, não res peitar o principio da liberdade de consciência, con cedendo privilegio a uma certa fé religios <; 4." de crear uma causa de desegualdade civil, moral e social, ").° de ser occasião de violências moraes, quando hou ver discordância nos sentimentos religiosos dos con» trahentes. H

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

affirmaliva, effeet.ua a celebração e lavra um termo em que se mencionarão todaji as. circuinstancia comprobatórias de que a lei foi fielmente cumprida.

Para os que se acham em perigo iniminerite de morte, auctorisara o juiz municipal o casamento sem as formalidades communs preliminares e concomitantes da celebração. Mas esse casamento será condicional até que se faca a prova da liberdade dos contrabentes por occasião do acto (art. 93.°). A bordo dos navios de guerra ou de mercancia, os respectivos con 1 mandantes têm, competência para dar essa auctorisação, assim como os chefes de corpos militares em campanha, em falta de juiz municipal (arts. 94.°-95.°) (3).

0 movimento de secularisação do casamento que vae avassallando o direito civil moderno, partiu da França revolucionaria nos fins do século passado, I pois que a laicidade romana havia, desde muito, desapparecido para dar logar á competência exclusiva da egreja. A constituição de 1791, art. 7.° di- j zia: «a lei considera o casamento como acto civil», e esse principio fecundo cahiu na consciência moderna como bôa semente em torrão ubertoso.

Na republica franceza, o matrimonio deve ser celebrado perante quatro testemunhas, effectuando-sr

h ----------

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

as solemijidndes comraummente prescriptas nas leis reguladoras desta matéria, a consagração do enlace pela auctoridade e a redaeeào do termo em que se especificam todas as circumstancias que, de facto se dêem, assim como aquellas que constituem base de algum direito.

Embora em muitos pontos similhante ao nosso, com tudo apresenta o direito franeez assignalaveis differencas, as. quaes. em geral, indicam um progresso realisado e cujos fructos soube colher o legislador bra/ileiro. aproveitando a lição dos factos e da doutrina, para inserir clausulas não contidas no velho código Napoleão, mãe fecunda de vasta progénie. Kntre as dissimilhaneas, apontarei as -seguintes: calou o código francês* o casamento por procuração, aliás acolhido pelo antigo direito. Desse facto concluem os juristas que foi intenção do legislador abolir a espécie (1). Quanto aos casos ingentes, foi também mais completa P melhor orientada a lei brazileira, eliminando excepcional e condicionalmente soleinn idades estorvantes, deante da gravidade da situação.

0 código civil italiano (arts. 93.°-94.°) não pouco alterou seu modelo neste assumpto. As testemunhas são reduzidas a duas, nos casos ordinários» em que o casamento é celebrado na casa comniu-nal. Serão quatro, quando a cerimonia tiver logar

I4I DKMOLOMBE. — III. n." 2ln.

na residência de um dos contra bentes. Para o casamento do rei e das pessoas da família real, o celebrante r o presidente do senado. *K somente para esses casamentos privilegiados é admittida procuração.

Na Allemanha regulava-se a matéria do casamento pela lei de (> de Fevereiro de 1875, que. ge-neralisou, para todo o império, a obrigação de contraiiil-0 perante a auctoridade civil. Mesmo es-criptores franeezes opinam que as formalidades preliminares da lei allemã são melhor organisadas do que as do direito franeez. Actualmente vigora o cor digo civil, art. 1:803.° e segs., subsistindo da lei an terior os artigos não revogados pela lei de introduc^ ção (art. 4t>.°) (5).

O casamento é celebrado perante duas testei uul nlias e o official do registro civil que recebe as affir] mações dos nubentes, deolara-os legitimamente casal dos e inscreve no registro competente o acto dá celebração do casamento. Xão é admittido o casamento por procuração (ar,t. 1:317.°).

0 código civil italiano dera um passo além doj fruncez. dispensando, em casos gravíssimos, a formai lidade das publicações, mas exigindo um *acto (to non torie(lri,(/p-* (art. 78."). A lei allemã simplificou, in-j

(.")) A citada lei. art. 4H.", abrogou os art?. 28. a 40.(1, 42.°, 43.", 51.° a í>3." da lei anterior e substituiu por outros os arts. 41.", 44.°, 50.° e Õ5."

contestável mente com vantagem, esta melindrosa providencia eontentando-se com o ai:testado medico (6); mas a lei braxileira e a argentina (art. 52.°) São mais completas a este respeito.

Na Áustria, subsistem, mesmo depois das ultimas reformas, e da lei de 2f> de Maio de 1H68, as duas formas de casamento, a civil e a religiosa, intimamente collijrndas e constituindo um typo compósito (cod.. >} 75." e sejrs.). Mas. si o pastor evangélico se recusar a celebrar o casamento por causa de |"uni impedimento não reconhecido pela lei civil, a união conjugal se poderá realisar perante a auetori-dade secular. Além disso, o casamento religioso não é exclusivamente concedido aos ehristãos. Os judeus também participam dessa regalia, realisada a cerimonia nupcial perante um rabbino (§§ 127.°-131.°). Para aquelles que não professam alguns dos cultos reconhecidos pelo Kstado. estabeleceu-se o casamento civil (lei de 9 de Abril de 1870).

Na Hungria, a sccularisaeão do casamento foi realisada pela lei sanccionada a 9 de Dezembro de 1N94 e promulgada a *IH* do mesmo mez. 0 casamento é celebrado perante o ollicial 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

(6) Lei de introducçao, art. 4fi.°; ESPEMANN,— *Einfttelmuig,* II, § § 155.°-157.*

um (los contrnhentes em perigo do vida por molesn tia, o casamento podo ser celebrado independentemente de publicações, declarando os dois futuros eonjujres (lue nflo sabem da existência de impedimento algum ao seu consorcio (art. 3tt.°).

Na Dinamarca o systema acceito é mixto como na Áustria e na Romania. Quanto a forma, o casamento é religioso, na Dinamarca: ó a lei civil, entretanto, 11 ne lhe regula os eITeitos e os casos de nullidade, estabelecendo até a sua dissolução por divorcio.

Na Romania, o código civil reconhece o casamento sob sua fornia leiga, mas a Constituição con-| sidera a bençam religiosa como requisito para a sua validade.

Na Sirissa, 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 á legislação catho-lica anterior.

Na Inglaterra, o casamento religioso mantêm-se ao lado do civil, para que os contrahentes, a seu alvedrio, escolham a forma que lhes aprouver. Mas o casamento religioso não é independente de certas formalidades civis, mesmo quando é celebrado segundo os ritos da egreja anglicana que é a privilegiada. Assim é que, para effectuar-se a celebração, se faz indispensável um attestado do *registrar,* referente ás proclamações civis e ausência de impedi-

mentos, e, depois da benzam nupcial, lavra-se um termo do acto no registro da parochia, e mais outro no civil. A lei de 12 do Agosto de 1898 equiparou, sob o ponto de vista da celebração do casamento, as religiões não conformistas á religião do Estado. Ce--1 obram-se os casamentos nos legares inseri ptos, que são os estabelecimentos destinados aos cultos não conformistas, perante duas testemunhas e a pessoa nuctorisada. Os eontrahentes fazem a declaração solemne de que não existe impedimento matrimonial entre elles e de que se recebem um ao outro por legítimos consortes (7). O casamento civil oelebra-se em presença do *reí/istrar,* com assistência de duas testemunhas.

Note-se ainda que, na Escossia e na Irlanda, se encontram formas divergentes. Xa Escossia, conserváram-se as formas do casamento christão. anteriores ao concilio tridentino. Hoje não ha mais os chamados casamentos de *Greettm-Grefn,* tam celebres, e cujo nome veiu do uma localidade na fronteira escosseza. para onde aBluiain os inglezes que encontravam qualquer embaraço, em reeeberem-se matrimonialmente, e que o vinham fazer perante um

(7) *Aiunudre de ley. étrcmgkre,* leis de 1898, pao-s. 7H-70. Os jndeus e os quakers dispensaram os favores da nova lei, porque, antes delia, já podiam casar-se na Inglaterra segundo os seus ritos. Também não se applica a lei de 185)8 á Escossia nem á Irlanda.

ferreiro arvorado em ministro religioso., ou, antes, em mera testemunha, porque a intervenção sacerdotal era excusada (8).

O (casamento civil tornou dispensável esse recurso; mas a Eseossia tomou, ainda assim, uma providencia, exigindo uma residência de três semanas a quem se (pieira utilisar das facilidades de sua legislação (li) e 20. Vidoria. eap. ÍMi). K são grandes essas facilidades, visto como é, nesse paiz, tolerado o ca-j samento irregular sem formalidades preliminares, sem anclorisação dos ascendentes e sem presença de parodio, sendo sufticiente o concurso da vontade dos contralientes *(wrbn ile preesc-nii).* Esta forma de casamento é facultada aos escossezes como a quaesqner outras pessoas, ainda que extrangei-ras (9). 4|

Na Irlanda, lia diversas espécies de casamentos, o anglicano, o catholico, o dos quakers, todos elles com effeitos civis reconhecidos.

Na Rússia, celebram-se os matrimónios nu egreja. presentes os dois futuros cônjuges que não podem ser substituídos por procuradores, deante de duas ou de três testemunhas, com a troca dos anneis- e segando o rito greco-rupso. Mas. havendo grave

(8) GLASSON.—*Le mariage civil,* png. *?*>.\ 5 e segs.; *Ifist. tiii droit et* <//•« *iunl. de VAnyletenv,* VI, pag. 162 e ?egs. ,#&

(9) GLASSON, — *Hut. rit.,* p»g. 16b'.

motivo, o bispo concede que a ceremonia se realise em casa particular. Depois da celebração, deve o acto ser inscripto no registro da paroohia.

Os súbditos russos não ehristàos podem livremente conlmhir núpcias segundo seus costumes e crenças, não tendo que intervir no acto a auctori-dade civil nem a ecclesiastica, salvo quando lia algum impedimento. Assim é que os musulmanos e os judeus são obrigados a esperar a edade legal fixada pela lei russa para o matrimonio. A não serem essas limitações, muito restrietas aliás, é amplo o respeito á consciência dos crentes.

Quando somente um dos futuros esposos é sectário do rito ítreco-russo. o divergente deve com-proinetter-se, de modo solei une. a respeitar as convicções religiosas-do outro, em acto escripto que é entregue ao bispo da eparcbia. Na Finlândia, entretanto, esses casamentos celebrar-se-ão duplamente, devendo o filho seguir a religião do pae (IO).

Na Republica 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 offieial do registro civil, em seu escriptorio ou em casa particular» si algum dos. cônjuges tiver impossibilidade para >aH comparecer. São duas as testemunhas, na primeira hypo-these. e quatro na segunda. No acto da celebração,

(10) LEHR, — *JJroit ih-il nu»*, X,* pag*. 22-36.

como é adoptado por muitos outros systemas juridi-j nos, o offieial publico faz a leitura dos preceitos le-| gaes em que se estabelecem os principaes direitos e deveres dos cônjuges. Depois do acto civil, mesmo em seguida, é permittido bemdizer a união por um ministro do culto a que pertençam os cônjuges. A representação de um dos cônjuges por procurador especial é acceita (lei cit., arts. 44.°-54.°).

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

(11) SMITH,—*Elements,* pag. 138. WALKEB,—*Amervan law*$_f$ § 102.°, n." 4, ainda que declare que somente os ministros das religiões existentes no Estado e| os juizes de paz, nos seus districtos, são competentes para celebrar casamentos, cita auctoridades que sufFra-gani a opinião transcriptu no texto e dá noticia de julgados que declaram validos casamento* não contrahidos perante pessoas aucforisadas.

Nota-se, entretanto, uma tendência no sentido de cercar o matrimonio de solemnidades garantidoras do, direito individual e da regularidade das relações fami-| liaes. E' assim que a lei de 18 de Maio de I89H *(An-nuaire de leg. étranyère,* leis de 1X1)6", pags. 748-749), somente reconhece competência, para celebrar casamentos, aos juizes de paz ou de um tribunal de *record*

I No Peru existia, a principio, somente o casamento catliolico. A lei de 23 de Dezembro de 1897. porém, estabeleceu ao lado delle o casamento civil! para os que náo professara a religião catholica (12). lNo Equador, em consequência da lei de 28 de Outubro de 1902, somente o casamento civil é reconhecido (13). No Paraguay applica-se o disposto na lei argentina, que entrou para a legislação dessa republica (14).

lê aos ministros de cultos ou outros representantes de seitas, mas estas pessoas extranhas ás funcções judiciaes devem ser auctorisadas pelo tribunal. Esta lei é especial para o distrícto da Colômbia, mas, por isso mesmo, é significativa. Além disso, em Massachnsetts ha- disposições similhantes *(Annuaire cit.*, pag. 756).

(12) *Annuaire de leg. étrangere,* leis de 1897, pag. 971. Explicando esta lei, declara a de 25 de Ou tubro e 23 de Novembro de 1903 que para ser admittido ao beneficio desta reforma da legislação, basta que um dos nubentes declare perante o alcaide que nunca pertenceu ou não pertence mais á religião catholica *(Annuaire cit.,* 1904, pag. 746).

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

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

" _ ——

§ 19.°

J)AS SEGUNDAS XII PCI AS '

I 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-tumulo, é costume generalisado immolar as viuvas juncto aos cadáveres dos maridos, para. que ninguém se locupletei com o alheio ou para que se prolongue além a vida conjuneta que arrastaram por este mundo.

Não trasladarei para aqui os copiosos exemplos que se poderão encontrar em WESTKRMARK (1) e outros escriptores. Escolherei apenas alguns suflicien-1 temente eloquentes para corroborarem a aflirmação feita. No Darien e no Panamá, por occasião da morte do chefe, eram com elle sepultadas as suas concubinas.

A morte de um dos incas acarretava uma heca-tombe no Peru, pois aeompanhavam-no ao tumulo suas esposas, seus servos e seus otliciaes de maior estimação. Na índia, até ha pouco tempo, era observado o costume de sacrificarem-se as mulheres doff radjahs nas fogueiras que incineravam os corpos *âe*\ seus maridos, sem que aliás viesse contrangel-as oi aguilhào de uma lei obrigatória. Mas é que, ás ve-

(1) *Matrimonio nmano,* pa/xs. 10/-I11.

|zes, <» cosi ume é a opinião publica falam mais persuasivamente do que a'própria lei esoripta, que-brando-se, de encontro a essas energias, todas as resistências. Na Germânia, houve costume si milha n te Xii China, até as noivas, que nào somente as casadas, abalançaram-se a tam grave sacrifício. No Congo, no Daliomey, nas regiões do Xiger, na Polynesia e na Melanesia, pensou-se do mesmo mo-J do. si (' (|ue de todo se não pensa ainda.

Dominando essas idéas*e sentimentos, as segundas núpcias raiam pelo impossível ou quasi. Outros povos, não impedindo as viuvas ao victima-rio, entenderam que ellas se devem antes devotar ao culto do esposo falleoido, perpetua ou temporariamente. E* muito curioso o que a respeito nos refere HAXKIIOKT. falando da tríbu dos mosquitos? •a viuva tinha obrigação, diz olle, de prover de vi-i veros a tumba do marido por um anuo, findo o qual, tomava-lhe os ossos e guardava-os. por mais um anuo. junoio a si, depois eollocava-os sob o tecto da própria casa e estava habilitada.a remari-dar-se».

Na Índia actual, diz-nos Dcnois que é um in-\ sulto falar a uma viuva PUÍ segundas núpcias, e é repplida pela sociedade a que se desrespeita a ponto de acceitar substituto ao primeiro marido. Os antigos bellenos e romanos, como os slavonios do sul, consideravam o segundo casamento como uma injuria irrogada.ao primeiro marido. Não é desconhecido quanto eram desconceituadas pelo direito ro-l

mano antigo as segundas núpcias. Além do anno do lucto ijiio diziam imposto por Numa, e durante o qual se devia a viuva mostrar desolada pelo golpe <lue a prostrara, sem poder pensar em outro casamento, considerava-se um despudor que o reali-sasse. mesmo depois dessa epocha (2).

Também o direito canónico e pátrio não tinham sympathias pelas segundas núpcias. O decreto de 24 de Janeiro de 1890, art. 9-4.°, preoo-cupa-se parti<• ularmente com a mulher binuba, a quem retira os direitos de dirigir as pessoas e de administrar os bens dos filhos do leito anterior. A lei argentina dispõe no mesmo sentido, responsabilisando a binuba e seu segundo marido pelos prejuízos oceorridos aos filhos do primeiro matrimonio, si não pedirem a nomeação de um tutor para os menores (art. 101).

0 mesmo decreto de 24 de Janeiro, art. 7.° §§ 9." e 10.", também toma certas providencias para evitar que as segundas núpcias prejudiquem os filhos das primeiras, impedindo o novo casamento antes do inventario dos bens do casal, e impondo á mulher dez mezes de espera depois da dissolução do casamento por morte do marido ou da separação por nullidade ou annullacão, como já foi exposto no logar competente.

(2) PADELLKTTI e CoOLlOLO,—*Storia dei diritto romano,* pàgs. 162-171; WlNDSHElD,—*Pandectas,* § 511.°

Por outro lado, já o direito anterior (3). não dava ao pae ou mãe binuba a herança da propriedade dos bens que, por intermédio de filhos do primeiro matrimonio, viessem do cônjuge predefuncto ou por parte delle, einquanto restassem outros filhos irmãos do falleeido. Somente o usufrueto cabe em tal hypothese ao binubo (4).

§ 20."

CASAMENTO DOS BRAZILKIROS XO BXTRAXGEIRO E DOS EXTRA XGEIROS NO BRAZIL

0 brazileiro que se acha no estrangeiro, pretendendo consorciar-se, ha de escolher ou uma pessoa da mesma nacionalidade ou de nacionalidade estranha. No primeiro caso, poderá realisar seu casamento por um dos dois modos seguintes: ou adoptará para seu casamento a forma usada no paiz onde se acha com o outro contrahente; ou preferirá a forma estabelecida no direito pátrio (dec. art. 47." (1). Neste ultimo caso o agente consular

(3) Ord. 4, 91 §§ 2.° e 4.°; C. DA ROCHA, § 342.° Concorda em parte a lei argentina, art 123.°

(4) Do *Projecto* actual desappareeeu esta comminaçâo.

(1) *Projecto,* art 208.°, pr.

ou diplomático do Brazil é a auctoridade competente] para a celebração; as formalidades e os impedimentos serão os prescriptos pelo direito pátrio, e por auctoridade judiciaria brazileira solvidos estes últimos (art. 47.°, § 3.°) (2). No segundo caso, como somente um dos nubentes é brazileiro, a lei reguladora da forma do casamento é, preceitua o dec. de 24 de Janeiro, a do logar onde fôr celebrado (3).

listas disposições da lei brazileira encerram uma doutrina que não me colhe applausos. «Si ambos ou um só dos contralientes fôr brasileiro, o casamento poderá ser feito na forma usada no paiz onde fôr celebrado» (art. 47.", § 1.°). Eis um edicto legal q,ue não parece attender aos mais legítimos interesses da .família nem aos princípios scientiiicos melhor assentados. A palavra *forma* é ambígua, porque pôde ser tomada no sentido mais amplo, abrangendo as *intrínsecas,* ou, numa acepção mais restricta, comprehendendo somente a porção exterior das solemnidades, a forma *extrínseca,* para dizer tudo numa expressão geralmente adniittida. Mas, o t; 3." do art. 47.", exigindo as formalidades preliminares, as habilitantes e todas as mais em relação ao casamento realisado perante o represen-

(2) *Projecto,* art 108.°, § único.
(3) *Projecto,* art. 11.° da lei preliminar.
r

tante consular ou diplomático-da Republica, tira todas as duvidas sobre a extensão do vocábulo *forma,* empregado no § 1.° K[1] a forma em sua maior amplitude, abrangendo solemnidades intrínsecas e extrínsecas. Forem, sendo assim, ignorar-se-á no Brazil o casamento de brazileiros, realisado no extrangeiro, sempre que perante a uctor idade estrangeira for elle celebrado (4).

I)ir-se-á que á lei do paiz onde se achar ou onde residir obrazileiro caberá providenciar, e realmente assim acontece, como se verá dentro em pouco. Não obstante, convém ter em vista que, sendo brasileiro, deve estar submettido á lei de sua nacionalidade todas as vezes que fôr occasiào de determinar a extensão de sua capacidade e de firmar suas relações familiaes, porque se jogam abi graves interesses desse e de outros brasileiros, os quaes o legislador pátrio tem o dever de acautelar. E nem recorra alguém á evasiva da theoria 'domiciliar, que não afasta o inconveniente apontado, que nem sem-

(4) 0 *Projecto primitivo,* lei de introducção, art. 24.°, exigia que se publicassem proclamas no Brazil, sempre que se tivesse de reafisar, no estrangeiro, um casamento de brasileiro ; submettia o nubente brasileiro, nesse caso, aos impedimentos da lei pátria; e mandava inscrever uma copia authentica do acto de casamento no livro do registro civil do domicilio nacional do cônjuge brasileiro.

rsim/T-T*"

pre -poderá ser invocada e que não teve ingresso na lei pátria (5).

Os embaraços que podem surgir dessa suspensão da efficaeia da lei pessoal são fáceis de imaginar. Um brasileiro, para fugir ás injuncções da lei, procura um outro regimen que se lhe afigura mais benévolo. Emprehende uma viagem, e quando os montes do seu paiz natal lhe desapparecerem da vista, esbatidos e afundados no horisonte, desfeito egualmente estará o império da lei.- E nem será preciso tanto esforço, muitas vezes: dez passos adeante de sua casa é a fronteira; que custa mo-ver-se e transpôl-a? Uma lei que si esbarrondasse, anniquilada por tam simples operação, não teria um de' seus caracteres fundamentaes — a *continuidade,* que, nas relações internacionaes, assume o aspecto especial da *ultra-territorialidade*. A este propósito escrevia recentemente o douto PILLET: «Para que uma lei seja verdadeiramente continua, é necessário que se applique, em qualquer circumstancia, á pessoa que suas disposições visam, que a siga pelo ex-trangeiro, quando elle sahir do seu paiz, que regule os interesses que ella ahi possuir, tanto como os

(5) O art. 45.° do dec. de 24 de Janeiro, por exemplo, só permitte, ao extrangeiro, a faculdade de casar-se fazendo representar-se por um procurador, *te provar que sua lei nacional* admitte a validade do casamento assim celebrado.

que tiver em sua pátria. Toda infracção a esta regra constitue uma lacuna total ou parcial na appli-cacào da lei, e, portanto, um defeito compromette-dor de sua efficacia, sempre gravemente, ás vezes irremediavelmente» (6).

I Os códigos estrangeiros, em regra se têm mostrado lieis ao principio da ultraterritorialidade das leis relativas á capacidade e ao direito da família, estatuindo que o casamento do nacional possa reali-sar-se de accordo com a *lex loci actns,* quanto ás

(6) *Clunet,* 1894, pug. 426. E' conveniente observar que o *projecto* do código civil, do senador COELHO RODRIGUES, tentou fazer face ás objecções aqui lembradas, mandando que, em ambos os casos, quer o brazileiro se casasse perante seu cônsul ou agente di-plomático, quer perante a auctorídade extrangeira, fossem admittidas opposições de impedimentos perante o agente consular ou diplomático a quem cabe, *de oficio, communicar, ao cotitrahente brazileiro, para promover o levantamento dou mesmos no foro de teu domicilio nacional* (art. 1:895.°). Mas, então, não será a fornia do logar do acto que terá applicação em seus dois aspe-Lctos, como quer o decreto de 24 de Janeiro; tel-a-á somente em sua feição extrínseca. Evitou-se assim a necessidade dos proclamas publicados no paiz ; mas, evidentemente, sem elles, a publicidade será limitada onde ella mais deveria ser ampla, para que os interessados viessem á fala, antes que o casamento se realizasse e que fosse necessário lançar mão He recursos mais damnosos e de preferencia talhados para preencher as lacunas dos outros mais brandos.

WílWçí

formalidade» externas, e segundo a lei pessoal, quarí-do se tiver de verificar a aptidão legal. * capacidade. K, por isso-, faz-se necessária a publicação de proclamas de casamento no paiz, sempre que os nacio-naes pretenderem realisar seu matrimonio no ex-trangeiro, sob pena de ser inefíieaz esse acto dentro das fronteiras nacionaes (7).

Quanto ao casamento dos extrangeiros no Bra-zil, diz o dec. de 24 de Janeiro, art. 48.": «As disposições relativas ás causas de impedimentos e ás formalidades preliminares são applicaveis aos casamentos de extrangeiros celebrados no Brazil.» E' claro que somente a celebração ficou resalvada, podendo ser confiada tanto á auctoridade brasileira quanto á extrangeira, alternativa que a lei firmou também, como foi visto, em relação ao brasileiro

(7) E' a doutrina do código civil francez, arfc. 170.°; italiano, 100.°; portuguez, 1:065.°-1.066.°; hespanhol,. í).°-100.°, 2 ai. A lei argentina deixa que o assumpto se regule pelo direito internacional privado. A lei al-lemã de introducção ao código civil, nos arts. 13.°-40.° regula a matéria. O primeiro desses artigos submette a celebração do casamento á lei nacional dos nubentes e o segundo modifica a lei de 4 de Maio de 1870, regulando o modo pelo qual os aliemães effectuam seus casamentos na presença do funccionario competente.

que- se achar no extrangeiro. ás formalidades preliminares o os impediinentos.regulam-.se pelo direito brasileiro. Não negarei a este principio a virtude da logioa. Está de accordo com o preceito que, ha pouco, eu combatia por cercear a efficaeia da lei nacional brazileira. E por harmonisar-se no edicto. irmana-se egualmente sob o ponto de vista da critica.

Comprehende-se que, si a lei pessoal do cx-l tranjreiro contiver alguma disposição perturbadora da ordem publica e da moral, encontre obstáculos á sua applicação. Nesse conllicto, cederá forçadamente a lei alienígena. Mas eliminal-a de um modo absoluto e proclamar o principio inexorável da territorialidade não é, certamente, próprio de nações cultas que se respeitam e se estimam reciprocamente, nem digno de homologação da verdadeira justiça. E nem se comprehende que a lei pessoal tenha valor num incidente, na validade do casamento por procuração (dec, art. 45."), mas não, quando se tem de fazer sua applicação normal e directa (8).

(8) Em nota á legação britânica foi declarado polo Governo do Brazil que, embora applicaveis ao casamento do extrangeiro no paiz as disposições da lei brazileira relativas aos impedimentos é ás formalidades preliminares, seriam respeitadas as condições de capacidade segundo a lei pessoal (CABLOS DE CARVALHO,— *Dir. civil,* art. 1:425.°).

Da verdadeira doutrina approximou-se o código italiano, art. 102.°, dizendo: *A capacidade do extrangeiro, para contrahir casamento é determinada pela lei do paiz a que elle pertence. Entretanto, © extrangeiro acha-se também submettido aos impedimentos estabelecidos pelo código.»

O código li espanhol, art. 91.", fez uma distincção. Si os nubentes extrangeiros' residem desde dois annos na Hespanha, submettem-se á lei territorial combinada com a pessoal firmada pelo art. 9.° Si não ha residência de dois annos é necessário que o extrangeiro prove, que em seu paiz foram feitas publicações do casamento de que se tracta. Esta exigência, aliás, é prescripta pelo decreto brazi-leiro; pois, exigindo elle que o brazileiro que vem de *outro Estado* se mostre expungido de impedimento (art. 5.°), applicando os preceitos reguladores das formalidades preliminares aos extrangeiros (art. 48.°), tornou extensiva a estes aquella necessidade (9).

Os internacionalistas, empenhados em dar uma solução definitiva a estas duvidas e conflictos, pouco têm conseguido de legisladores de propósito surdos á voz da razão e do direito. Nas conferencias de Haya, em 1893 e 1894, foram propostos, em rela-

(9) Na França, a circular de 4 de Março de 1831 estabelece o mesmo preceito (Huo, IT, n.° 103). Vejam-se os arte. 170.°-171.° do código civil francez.

ç.ão ao casamento de extra ligeiros, os princípios seguintes: '

«1.° *O direito de contrahir casamento* é regulado pela *lei nacional* de cada um dos futuros esposos, devendo-se ter em conta quer a lei do domicilio quer a lei do logar da celebração, si a lei nacional o permittir. Consequentemente, salva esta reserva, para que o casamento possa ser celebrado em outro paiz, que não o dos dois esposos ou de um delles, é preciso que ambos se achem nas condições previstas pela lei nacional respectiva.

«2.° *A lei do logar da celebração* pôde interdizer o casamento dos extrangeiros que seja contrario ás suas disposições concernentes aos graus de parentesco ou de aífinidade, para os quaes haja uma prohibição absoluta; á necessidade da dissolução de um casamento anterior; á prohibição absoluta de se casar, edictada contra os culpados de adultério em razão do qual o casamento de um dos dois ioi dissolvido. *M* «3.° Os extrangeiros 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 attes-tado dos agentes diplomáticos ou consulares, de auctoridades competentes de seus paizes, quer por outro modo julgado sufficiente pela auetoridade local que terá, salvo convenção internacional contraria, toda liberdade de apreciação nos dois casos.

«4." Será reconhecida por toda a parte como valido, *quanto á forma,* o casamento celebrado segundo a lei do paiz onde tiver logar.

«Todavia poderão os paizes que exigem uma celebração religiosa não reconhecer como válidos os casamentos contrahidos por seus naeionaes no extrangeiro, sem a observância desta preseripção.

«As disposições da lei nacional em matéria de publicação deverão ser respeitadas,

«Tina copia authentioa do acto do casamento será transmittida ás anctoridades do paiz a que pertencem os esposos.

«5." Será égua 1 mente reconhecido como válido,) quanto á forma, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, conforme á sua legislação, si as duas partes eontractantes pertencerem j ao Estado de que depende a legação ou o consulado, e si a legislação do paiz onde o casamento for celebrado não se oppuzer» (10).

(10) *Cluntt,* 1893, paga. 1276-1277; 1895, pag. 196. Relator, Mr. RENAULT, delegado francez. No mesmo *Clunet,* 1901, pags. 13 e segs., vem transcripto o *Projecto* de convenção a ser coneluida entre 14 Estados da Europa, para regular os conflictos de leis em matéria de casamento. E na mesma revista, 1904, pags. 572 e segs., vem o texto da convenção celebrada.

Procurando consignar as idéas vencedoras no Congresso de Haya, sem romper com os princípios consa-

Esta quinta proposição toca em um ponto que tem sido fertilissimo em illogismos no domínio das legislações oecidentaes.

I A questão reduz-se ao seguinte: A maior parte dos listados conferem aos seus agentes consulares ou diplomáticos a faculdade de celebrarem casamentos de seus naturaes, no extrangeiro, e, ás vezes, de um natural com uma alienígena. Entretanto, esse direito que firmam para si desconhecem para as outras nações, c recusam validade aos casamentos que em seus territórios celebram, entre extrangeiros, os cônsules extrangeiros ou outras auctoridades competentes para esse acto, segundo disposições da lei ex-trangeira. Ainda em 1893 o tribunal do Sena sentenciava que não eram válidos, na França, os casamentos alii celebrados entre um extrangeiro e uma franceza, no interior do palácio da embaixada do

grados em nossa legislação e seguindo a orientação do código civil italiano, o *Projecto* primitivo estatuía, nos arts. 25.°-26.° da sua lei de introducção : «As disposições do código civil hrazileiro sobre os impedimentos e as formalidades preliminares do casamento são applicaveis aos extrangeiros que se casarem no Brazil. O extrangeiro, que se quizen casar no Brazil, deverá, além disso, provar que se aeba em condições de contraiu r casamento segundo a sua lei nacional. Esta prova far-se-á por meio de certificado, quer do agente consular ou diplomático, quer de auctoridade competente de seu paiz, quer por outro modo julgado suffieiente pela auctoridade local.»

pãíz a que pertencia o extrangeiro, por suã nacionã^ lidade.

Attendendo, entretanto, á boa fé dos cônjuges J foi o casamento julgado putativo (11). Os repositórios de jurisprudência, de quando em vez, apresentam decisões similhantes, variando ligeiramente as hypotheses, mas subsistindo inalterável o principio iIlógico em que todas se estribam.

E' lamentável que a proposição quinta não tenha aproveitado a opportunidade para cortar cerce esta causa de conflictos. Nem o projecto de Con-j vencào sobre a mesma matéria, orgnnisado pelos congressistas de Haya, tomou orientação melhor (12).

Nossa lei nada dispondo sobre o *acto da celebração* do casamento dos extrangeiros deixou-Ih es a liberdade que facultou egualmente aos nacionaesno extrangeiro, isto é, permittiu-lhes recorrer á auctori-1 dade local ou á nacional (13). Fugiu assim ao illo-

(11) *Clmiet,* 1893, pags. 880 e sega. ; 1894, pag. 986.

(12) *Chmet,* 1901, pag. 30: a Será reconhecido como válido, quanto á forma, o casamento celebrado perante um agente diplomático ou consular, conforme a sua legislação, si nenhum dos contrahentes fôr cidadão do Estado onde o casamento se celebrar e *ti este estado si não oppuzer.»*

(13) Contra—CARLOS DE CARVALHO,—*Direito d-* j *vil,* 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

gismo criticado; mas incorreu ainda nelle determi nando, sem excepções e sem attenuações, que as condições preliminares da validade do casamento e a capacidade dos contrahentes se regulassem pelo di reito brazileiro, sem attender á lei nacional dos nu bentes (14). ** •

§ 21.'

B DAS PROVAS DO CASAMENTO

O dec. de 24 de Janeiro admitte seis categorias diversas de provas, para ser legalmente determinada a existência do casamenio: 1.°, certidão extrahida do registro civil, para os que forem celebrados perante as auctoridades brazileiras no paiz ou no ex-trangeiro, depois da publicação do mesmo decreto (arts. 49."-52.°) (1); 2.°, para os contrahidos anteriormente ao estabelecimento do casamento civil, a certidão extrahida dos livros parochiaes (art. 50.°):

24 de Janeiro de 1890 não se oppunha a que os agentes consolares e diplomáticos da Suécia celebrassem, no Brazíl, casamento entre súbditos daquelle paiz ou entre súbditos de outra nação, exceptuada a brasileira. Veja-se o meu *Direito internacional privado,* § 40.°

(14) *Legislação comparada:* código civil francéz, arts. 170.°-171.°, modificados pela lei de 29 de Novembro de 1901; italiano, arts. 100.°-103.°

(1) *Projecto,* arts. 205.°-210.°

o.", para os celebrados perante auctoridade extrangeira, as provas legaes admittidas no respectivo systema jurídico; *i.*\ si assentos não tiverem sido feitos, por desleixo ou fraude do oflieial publico ou do parodio, ou quando se extraviar o livro do registro civil ou parochial, qualquer género de prova conveniente ; 5.", a posse do estado de casado (2) também será uma prova subsidiaria, mas sufíiciente, em caso de contestação não convincente, e para os que morrerem durante elle, salvo provando-se que um dos pretensos cônjuges estava ainda vinculado por casamento anterior (art. 51.°) (3); 6.", a sentença que. julgou real a existência do casamento em uma contestação j udicin ria.

Comparando este systema da lei bra/ileira com o aooeito por legislações extranhas, notar-se-á que, si elle se conforma, ao menos parcialmente, com o de algumas dessas legislações contrasta, pela variedade dos meios de prova, com o de outras, com o

(2) Denomina-se *posse de estado de cisado* a situa ção em que se acham duas pessoas que vivem publica mente como marido e mulher, sendo como ta es repu tadas geralmente pela. sociedade (Huc, — *Cotnmentaire,* II, n.° 171). Vemos uma consagração da posse de estado de casado na O rd. 4, 46, § 2.°:..,,, *provando que estiveram em casa teúda e manteáda por tanto tempo ijue, segundo direito, baste para presumir matrimonio entre elles, posto se não provem as palavras de presente.*

(3) *Projecto,* art. 207."

da lei allernã de 6 de Fevereiro de 1875, por exemplo, que só reconhece um meio dei provar o casamento, que *4* a inseri peão no registro civil (art, 1.°). Mas, sendo o registro civil uma instituição nova entre nós, era indispensável uma disposição de caracter transitório, como é a do art. 50.[u] de nossa lei que encontra similares no código civil portuguez, I art. 2:443.° (4) e no hespanliol, art. 58."

Por outro lado, um extremo rigor nesta matéria poderia trazer graves embaraços, mesmo perturbações ás famílias, K, por essas razões poderosas, in-I elinou-se o auctor da lei pátria pelo systema dos eo-I digos- da França, e da Itália, modificando-o, porém, I ligeiramente. A primeira modilicaçào está em que I aquelles códigos só admittem a prova resultante da I posse do estado de casado, quando é confirmada pelo I acto da celebração, ou quando é solicitada pelos li-I lhos que se acham, por seu turno, na posse do es-I lado de Mlhos legítimos, não contradictada pelo acto I de nascimento. A lei brazileira é mais benigna. Á I símilhanca do código civil portiiguez, art. 1:()84.[0], I considera reaes os casamentos dos que fallecerem I na posse do estado de casados, não admittindo prova I em contrario, em prejuízo dos filhos de taes pes-[soas, salvo provando-se, por certidão extrahída do

(4) Dos termos do dec. portuguez de 28 de Novembro de 1878, art. 4.", se conclue a confirmação do I preceito do código.

registro civil ou dos livros pãrõõhíãõs^ que alguma delias era casada com outra pessoa. 0 código bespanhol. art. 54.°, não reproduz a doutrina do fran-cez, antes approxima-se do portuguez.

A segunda modificação ou, antes, ampliação, é a prova resultante de um processo. 0 código civil francez (art. 198.°) e o italiano (art. 122.°), de accordo com o systema restrictivo que adoptaram, cogitam de um processo criminal intentado contra o official de registro, por culpa ou dolo. 0 julgamento condemnatorio do empregado desidioso ou fraudulento, é inscripto no registro do estado civil e faz as vezes do termo que falta. Mas é possível que o registro desappareça, sem culpa do official a cuja guarda e direcção é elle confiado; é também possível, entre; nós, o desapparecimento dos assentos parochiaes por casos fortuitos. Como providenciar? Os citados códigos (francez, art. 46.°, italiano, art. 364.°) prevendo a hypothese de perda, destruição ou interrupção do registro, acceitam a prova *por documentos, escripturas ou testemunhas,* como faz a nossa lei, art. 49.° Porém a lei brazileira é mais completa, estabelecendo (art. 53.°) (5) que, no caso de contestação do casamento, si as provas exbibidas pro e contra a sua existência se contrabalançarem, *a duvida será resolvida em favor do casamento,* si os cônjuges *tiverem vivido ou viverem na posse desse estado.* De

(5) *Projecto,* art. 210.°

onde se vê que a posse do estado de casado não aproveita exclusivamente aos mortos, como no sys-tema daquelles dois códigos.

Ê mais amplo, mais liberal o systema da lei pátria, e mais consentâneo com as nossas próprias condições.

No direito russo, além do registro, ailmittem-se as provas por inquirição cujo resultado se registra, por certificados de confissão, por documentos civis de outra natureza, justilicando a posse de estado de casado, e pelos efleitos produzidos pelo casamento ai legado (tf).

• A lei argentina (art. 102.° e segs.) adstringiu-se ao systcma do código civil francez.

8 22."

CASAMENTO NUXL0

Casamento nullo é o que, inquinado por al-\ynm vicio essencial, não produz effeitoalgum, nem] para os contrahentes, nem para os filhos, nem para terceiros (der. de 24 de Janeiro, art. 61.") (1). A declaração da nullidade pôde ser provocada por qualquer pessoa que tenha interesse nella ou *ex-ofíi-cio* pelo ministério publico. Considera-se como não

((>) LEHR, — *Droit civil nisse,* I, pag. 24. (1) *Pi-oji-elo,* art. 211.°

existente e o que não existe nenhum effeito produz, segundo aflirma a conhecida regra jur-idica. A relação sexual.resultante desse casamento não passa de um concubinato. Entretanto, atlendendo á boa fé dos cônjuges, pode ser **ella** declarada um casamento putativo, beneficiando os próprios cônjuges e os filhos (dec. art. 75.°) (2).

Os vicios que determinam a nullidade do casamento são: o incesto, a bigamia ou polygamia, o adultério e o crime (3). Accrescente-se a essas cau-SÍIS de nullidade a inobservância dos preceitos lega os quanto á celebração. Só serão considerados válidos, di/, o dec. de 24 de Janeiro, art. 108.°, os casamentos celebrados no Brazil, si o forem deaccordo com a disposição da lei. Portanto os casamentos que não forem celebrados pela auctoridade competente nem com as solemnidades legaes julgadas es-senciaes serão radicalmente nullos. Refere-se a loi directamente aos casamentos feitos segundo as pres-< ripçTies religiosas. Para a lei civil elles passam des-percebidos, não existem. Mas o preceito é bastante amplo para abranger outros casos de auctoridade incompetente.

(2) *Projecto,* art. 226.°

(3) Dec. de 24 de Janeiro, art. 61.° combinado com o art. 7.°, § § 1.[8] a 4.° inclusive. Desses vicios oceupa se este livro em seus § § 12.°-13.°, n.[oS] 1 a 3. Estes factos, exceptuando o incesto, constituem egual-niente figuras de crimes punidos pelo código penal.

l'ma duvida natural sòergué-èe ao eojrilar-se no que preceitua este dispositivo. E é: terá, por ventura, força para annullar os effeitos desta null idade a bòa fé «los conjujres?

O art. 75." do dec de 24 de Janeiro dfz: «Quando o casamento *nullo* ou annullavel tiver sido contra-liido de bôa fé, produzirá os seus effeitos civis, quer em relação aos conjujres. quer em relação aos lilhos, ainda (pie esses fossem havidos antes do mesmo casamento.' Mas é claro que a lei se refere exclusivamente ás nullidades provenientes de impedimentos matrimoniaes, com as quaes se oceupa exclusiva- j mente o capitulo VIII do decreto, capitulo de que faz parte o citado art. 75." As nullidades desse capitulo devem ser declaradas e podem merecer essa atte-nunção do art. 75.". quando forem determinadas por um erro de facto, uma ignorância insuperável. A nnllidade do art. 108." (4) é, por assim dizer, mais fundamental no systema inaugurado pelo dec. de 24 de Janeiro, envolve uma questão de ordem social que não tolera abrandamento no seu imperativo. Ou a lei se annullará a si mesma, ou terá de sellarcom absoluta e insupprivel nullidade os casamentos con-trahidos sem as formalidades por ella prescriptas,

(4) O *Projedo,* art. 212.°, decreta a nullidade absoluta do casamento contraindo perante auetoridade incompetente, salvo si houverem decorrido dois annos depois de sua celebração.

mesmo pórcjuo o OITO C a ignorância do direito não exetisnm cm nosso systcma jurídico (5). Ksta é doutrina do codijro civil allemãó que esclarece ejrual-mentc este ponto. U citado codijro disihuniiu: 1.°. a *HulWlade h(-(lic(U,* por vicio nas formalidades lojraes da celebração do casamento e cujos effeitos a boa fc dos contrabentes não attenúa : 2.", *niUlirfarles* por incapacidade absoluta, incesto e bigamia; ;}.", a *sim-] mhs annn!labiU(la'le,* por violência, dolo. erro. in-snflicienein de edade e falta de aiu-torisaçào do re-presentante lejíal duquellos a quem a lei não attri-bue sullicicncia para validamente consentirem (arts. 1:323.°-1:347.°) («»).

(õ) Far-se-ao sempre, quanto ás provas, as obser-vações constantes do § 22." deste livro. E' já uma attenuação.

(6) Ver também TH. HUC, — *Commeidaire* II, n.°* 100, 124, 161 e 162, e ENDBMANK, II, §§ 150.° e ICO.^{0}-102.°

Devem considerar-se inexistentes: *o)* os casamentos celebrados por ministros de qualquer culto, pois a nossa lei somente reconhece o casamento civil (Const. fed., art. 72.°, § 4.°); *b)* assim como os que se concluírem perante quaesqner outras pessoas ás quaes não confira a lei expressamente a necessária competência (CARLOS DB CARVALHO, — *Dir. civil,* art. 1:391.°).

Cumpre, entretanto, fazer uma distineção. Si a incompetência fôr absoluta *(ratwiie matei úe)* não pôde haver casamento, em face da lei, nem a boa fé dos pretendidos cônjuges poderá ser invocada para ser o

g 23."

CASAMENTOS ANNUTXAVEIS

O casamento é annullavel quando contraindo coin algum vicio capaz do determinar sua ineflk-n-

casamento declarado putativo. O *Projecto,* art. 212.°, é que permitte ao decurso de tempo (dois annos) a transformação desse estado de Tacto em estado de direito. Outro c o systema da lei actual.

Si a incompetência fôr relativa *(ratione persome),* isto *è,* quando a auctoridade tiver jurisdicção, por ser ■ a designada por lei para presidir á celebração dos casamentos, mas não tiver competência por se ter de concluir o casamento fora do circulo de seu poder, ainda a nullidade deve ser considerada absoluta, porque a auctoridade, neste caso, funecionou onde - não lhe permit-tia a lei que o fizesse.

Si, porem, pessoas domiciliadas em circumeripção territorial differente daquella em que a auctoridade exerce as suas fnncçõps vêm, perante ella e dentro do districto da sua competência, celebrar o seu casamento, 0 acto é indiscutivelmente valido, tendo-sc sempre reconhecido que, dentro dos limites da circumscripção territorial onde exerce as suas attribuições, a auctoridade tem competência para assistir aos casamentos de quaesquer pessoas legalmente habilitadas ainda que residentes, em outro districto. E' a doutrina do aviso de 1 !l de Fevereiro do 1891 e a que resulta da leitura dos arts. 4."-").° do dcc. do 24 de Janeiro de 1890.

cia. mas que poderá, todavia, ser eliminado, e restabelecida assim a normalidade do enlace matrimonial. São aanullaveis os casamentos contraindo-com infracção de preceitos lejraes relativos á ver-dade e a clareza do consentimento, ao rapto, ao consentimonto das pessoas sob cujo poder e administração se acham os confrahontos, á edade matrimonial.

Km relação á verdade do consentimento sào annullaveis: 1." o *casammto do coacto,* inclusive a *ruptaia,* por presumir-se a extorsão da vontade. Mas, cessando a coacção, moral ou psychica, é possível que se harmouisem as vontades; por isso a lei só ao coacto permitte o direito de pedir a annulla-çào de seu casamento. K, mesmo para elle, desap-pareee esse "direito, si por seis mezes, seguidos á cessação do constrangimento, viver com o outro eon-

0 casamento celebrado sem as formalidades dos arts. 24.°-26.° ou 34.°-42." será radicalmente nnllo, porque essas solemnidades são substancia es.

Por falta ou defeito, porém, das formalidades preliminares não ha motivo para ser annullado o casamento.

Vejnm-se no *Direito,* vol. 94, pags. 330 a 333, um parecer do Dr. BULHÕES CARVALHO, em sentido contrario á doutrina acceita na presente nota. No mesmo volume, pags. 483-488, encontram-sc as opiniões do Dr. COELHO RODRIGUES e do auetor des-to livro que se conformam com o que aqui vae exposto.

juge sem usar do recurso que a lei faculta (dec, art. 64?."). A acção toraa-.se, então, caduca e o casamento valido, inatacável. Este prazo é também de sei* mezes no direito francez (cod., art. 181.") o no lieHpanliol (cod., art. 102."): é de um mez no italiano (cod., art. 106.") e argentino (lei, art. 90.". § 3." (1). Este ultimo faz uma distincção digna de nota, pois determina a extineção da acção concedida ao varão coacto—no fim de três dias depois de sup-primida a violência, havendo cohabitaçào. e no fim de trinta dias para a mulher. A condição da cohabitaçào está no código italiano» mas a distinnção ■emquanto ao sexo não se encontra ahi.

2." O *casamento tio incapaz de consentir,* isto é, do alienado, do surdo-mudo que não sabe ler nem •escrever e de outros infermos mentae». Esta annul-lação só pôde ser promovida: *aj* pelo próprio incapaz, quando recuperar a capacidade: *b)* por seus representantes legaes, nos seis mezes seguintes ao casamento: *c)* por seus herdeiros, seis mezes depois de sua morte, si esta se verificar continuando a incapacidade (art. 65." (2). A ratificação do casamento retrotráe os seus efiei tos até alcançar a data em que foi celebrado (art. 66.°) (3).

Si alguém casar durante o estado de insanidade

(1) *Projecto,* art. 182.°, § 5.°, I, e 214."
(2) *Projecto,* art, 21(3.°
(3) *Projecto,* art. 216.°

mental não manifesta, não tendo, por es.se motivo. reconhecido, desde logo, a auotoridade celebrante] que se achava deante do quem não podia responder satisfactoriamento si queria oasarrse *por sua livre* e *espontânea vontade,* como pede a lei? Não obstan-| te. o casamento será mantido, até que a acção de| a mutilação seja proposta pelo próprio inferi no de espirito depois do recuperado o uso da razão, ou pelos» representantes lega es até os seis mezes seguiu-j les ao casamento ou pelos herdeiros depois da morte (4).

Não parece mais lógico e mais justo que seja uni tal casamento julgado nu1lo, inexistente, por conter um vicio essencial, uma irreparável macula na ausência absoluta do consentimento? (5)

No direito canónico, era a loucura um dirimente absoluto emquanto perdurava ((>). Pelo direito fran-cez o casamento do louco, não em lúcido intervallo.

(4) *Projecto,* art. 182.°, § õ.°, IT. E' digno do ser recordado que a lei brnzileira permitte, neste caso, annullaçao do casamento, depois da morte do cônjuge incapaz ; mas que, no art. 74.°, declara, aliás com o código francez, art. 190.°, o italiano, art. 144.°, e lei argentina, art. 91.°, que a mdlidade não poderá ser pedida *ex-ojjicio,* depois da morte de um dos cônjuges.

(õ) Assim o determinava o *Projecto* primitivo, art. 247.°, 1." e 248..° com apoio no direito romano, D. 23, 2 fr. 2, e no código allemão, 1:825.°

(6) MONTE, — *Direito ecclesiastico,* § 945.°

('■ inadmissível, é inexistente, por força do principio) —il n'y a pas de mariage, lorsqu*il n'y a pas de consenteivient (7). Àquelle que se acha em estado de alienação mental está psychicamente impossibilitado fie consentir. A lei allemã diz similhantemente que o casamento presuppõe o consentimento dos esposos, donde resulta que se não podem casnr valida* mente' aquelles que a lei considera absolutamente incapazes de consentir. K não é preciso insistir neste ponto, porque esta doutrina é inteiramente, elementar.

Mas, então, não é consequente a tbeoria dos |que consideram o casamento do louco simplesmente annullavel. como fazem a lei brazileira (arts. Hl." e (>õ."), a argentina (nrt. 90.". § 2.") e o código civil italiano (art. 112."). E verdade que o código italiano, como fez mais tarde o hespanhol (art. 102."), | conferiu ao ministério publico, jlindamente com outras pessoas, competência para pedir a nullidade do casamento do alienado: mas acerescentou que esta não terá mais logar. si, por três mezes contínuos, apoz a revogação da interdicção, persistir a cobabitacão dos cônjuges (M). E assim um *iiupc-*

(7) LAURENT. — *Coiir* élemenlaiire,* I, pag. 21 í) ; TH. HUC,— *Commentahe,* II, n.os 1(5-18.

(S) Este acerescimo está egnalmente no *Pnjtfcto* COELHO RODRIGUES, art. 1:908.°, nins níio so encontra no *Projecto* actual.

dimento dirimente, dando logar á acção publica, transforma-se em simples *impediente,* valendo sn mente por queixa das partes.

A consideração da cohabitacão- é. sem duvida, de grande valor, em relação á mulher. Mas ha expedientes para lenir as más consequências que delia possam resultar, no casamento putativo, si a loucura persistir, na revalidação do acto, si houver cessação) ou mera intermissão. Não vejo, porém, recurso lógico para dar como existindo o que real, visível, notoriamente não existe.

E não é de pura theoria a questão agora ventilada, porque citei legislações que obedeceram ao principio por cuja inteireza pugno. E posso invocar outras. Sirva de exemplo a lei federal suissa i de 24 de Dezembro de 1874, art. 51." (9).

3.° *Quando houver erro essencial sobre a pes- \ sôa.* Entenda-sp erro de um dos cônjuges em rela-1 cão á pessoa do outro (art. 71.") (10). A lei encar- j

(9) Ahi se diz que devo ser pedida de officio *(von Andes)* n nullidnde do casamento, quando celebrado em contravenção dos preceitos do art. 28.°, § § 1.°, 2.° e 3.° Ora justamente o § 3.° do art. 28.° da citada lei refere-se :i interinidade do espirito e á imbecilidade *(Geisteshran-^ ken und Blodtinnujtv).*

De uccordo com a nossa lei estatue o direito americano (WALKER, — *American hw,* § 101.°, 2).

(10) *Projecto,* art. 222.° Sobre este assumpto é digno de consnlta o que expende TH. HDC, — *Conimen-\ taire,* II, n.os 69-84.

[rega-se do determinar o (jue devemos entender por [erro essencial em relação ao casamento (art. H3.°) (11). [Três hypotlieses foram destacadas: *a) Ignorância- do ISP-II. estado,* expressão vaga e elástica, vacillante e •equivoca. Parecerá que a lei se refere princípal-f mente ao estado de virgindade da mulher, o que é ■cabível e justo: porém pôde aquella expressão perfeitamente referir-se á situação económica de uma [pessoa, e é repugnante a todos os princípios que se [proponha a an nu Ilação de um casamento sob tal fun-clamento. Estou convencido de que não está no espirito da lei esta esquisitice, mas quero salientar a [inconsistência do vocábulo empregado. Porém o projecto do código do Dr. COKLHO KO-[DRKÍUKS nos esclarece um pouco nesta obscuridade, | visto como pôde ser tomada por uma interpretação autlientica a restricção contida no art. 1:914.", § 1.° Estado *civil* e *religioso,* explica o projecto. E. portanto, da existência legal, do modo de ser jurídico[1] Ido individuo na sociedade, mormente na família, que se tracta, pois são relações de família que o estado [civil determina. Si o individuo é pae (ou mãe), si é lillm legitimo, adoptivo ou natural, si tem capacidade plena "ou soffre alguma interdicção, si é solteiro I ou viuvo, eis as situações, as modalidades do estado civil que interessa determinar, para o caso da annul-
i - i
laça o uo casamento.

(Ill *Projecto,* art. 223."

O estado religioso é bem claramente indica| pelas palavras que o designam, para dispensar qHiaÕl quer explanação.

Assim fica excluída a questão da virgindade, pois que o estado civil faz abstracção dos sexo*» como bem disse DRAMARI». Mas entrará ella na hy« pothese seguinte.

bj A ignorância de defeito physico, irremedia» vel e anterior, como a impotência e qualquer moléstia incurável e transmissível por contagio ou herança (12). A impotência incurável e anterior ao casamento era, por direito canónico, um impedimento dirimente, que deu logar a muitos processos escandalosos, em tempos recentes, e até repulsivos por sua iminoralidade, em epochas de obscurantismo. 0 código civil italiano deslocou essa indagação do capitulo dos impedimentos para o dos vicies do consentimento por ignorância ou erro, para assim ti('duzir a reacção que fazia o espirito moderno e culf

(T2) Quando falamos de impotência, quê eonsl na inaptidão para gerar, referimo-nos mais direcfe mente ao homem *(impotentia coeundi);* comtudo, ainl que mais raramente, ella se encontra na mulher sbi outra feição *(impotentia condjdendi).* Consultem-se I ASGIOLO FILIPPI—*Medecina legal e,* § 13.°; LACASSÁ-GNE,— *Mêdecimi judicia ire,* pag. 100; BROUARl>EL,— *Le mariage,* pag. 115 e segs.; LEGBAND DU SAULLE,—-■ *Traité de médiíciíte Wgale; Grande encydopédie,* vb. — j *impidsmnce.*

réutra aquellas demasias. Seguiram seu exemplo rerios códigos posteriormente pui d ira d os, e, com NI os. a nossa lei. Kntretanto mostra-se ainda des-■oante desta harmonia o moderno código hespanliol, ml.. 89.", íj 3.°-, que mantém o systema canónico.

cj A ignorância de, crime inafiançavel e não vrescripto, commettido por nm dos cônjuges antes lo casamento.

*Nos casos de erro sobre a pessoa, a annullacào PÓ poderá ser pedida, pelo cônjuge illudido, dentro «Ic dois anu08 (IH).

4." *Quando o casamento fâr conlrahido sem uwlorisacão* daquellas pessoas a quem compete 'dal-a. terão ellas, como saneção desse direito, facul-plade para promover a annullacào do casamento, den-Iro de Ires mezes, a contar da epocha em que tiverem conliecimento delle (art. H7.°) (LI). Mas si tiverem assistido ao acto da celebração, presume a lei, som admiltir prova em contrario, que deram ta-■•ita acquiescencia (lõ). Pelo direito pátrio anterior

(13) A contar da data do casamento, ou da data da lei, si o casamento fôr anterior, diz o art. 73.° do dee. de 24 de Janeiro *(Projecto,* arls. 224.°- 182.°,| § 7.", I).

(14) *Projecto,* art. 182.°, § 4.", II.

(lõ) Pelo código oivil francez, arts. 182.°- 1S3.°, o prazo é de um anno; pelo italiano, arts. 108.°-109.°, o lapso c de seis mezes.

não era possível essa nu MU liarão; o casamento subsistia valido, embora contraindo contra expressa von-ta do dos pães ou tutores. Mas aquelles achavam-se munidos de um meio de fazerem valer seu direito] que, talvez, por indirecto, excessivo e tardio, tinha j pouca appii<-a»;no. Ileliro-me á desherdaçâo (Ord. 4,1 88, § 1."). Mais prudente é o systema actual da an-1 anilarão, que importa implicitamente na extinrçào daquelle outro direito de desherdaçâo conferido pelõj código philippino.

5.° Também podem ser annullados os casamen-f tos da menor de li annos e do menor de 16 (lo)J Têm direito de promover a annullação: o próprio] cônjuge menor, até seis mezes depois que attingir á| edade legal do matrimonio; os ascendentes, os descendentes, os parentes consanguíneos e os affins dentro do segundo grau civil do contrahente menor, na ordem aqui indicada, e até seis mezes depois do ca-J samento (art. 68.°) (17).

Si fôr o casamento anu aliado por acção de ter-? ceiro, fica salvo aos cônjuges o direito de ratilical-o,I quando attingirem a edade legal do matrimonio. Km tal hypothese, é dispensado o consentimento dos pães ou tutores, pois que a lei, conferindo aos cônjuges *ot* direito de ratificação, nào o subordina sinào á con- «

(16) *Vide* o que a propósito ficou dicto no § 13.°

(17) *Projecto,* arfcs. 217.° -182.°, § 5.°, HL

I <li<;ão do regimen de bens que será o dotal (arts. 60." I e 58.°, §§ 1.° e 2.") (18).

Este prazo de seis messe* eneontra-se egual-
I mente no código franeez, arts. 184."-185.", no italia-
I no, art. 110.". lei argentina, art. 90.", $ 1." e 2." ai.,
I cujo systema. aliás.'não coincide com o da lei bra-
■ zileira. Nestas leis accrescenta-se que a nnniillaeãnj
I não será possível, si a esposa tiver concebido. Nossa
I lei não menciona esta segunda circumstancia (ti)),
j aliás não em desbarmonia com o seu próprio syste-
ma. quando permitte o casamento dos menores de
Iquatorze e dos menores de dezeseis a mios para evi-
I tarem a imposição ou o cumprimento de uma pena criminal.

Na Inglaterra e nos Estados-Unidos, onde ainda I sobrevive o velbo direito costumeiro dos anglo-nor-I mandos, os impúberes que se casam podem também, I chexando á puberdade, amiudar o matrimonio. Si I um dos esposos é púbere ou núbil e o outro ainda I não attingiu á edade adequada ao connubio, mesmo I ao capaz, ao que tinha a edade conveniente, é facultado o direito de desfazer o casamento, differen-I temente do que estatue a lei pátria. Mas, neste

(18) *Projecto,* art. 220.° O regimen preferido for o da separação de bens.

(19) Mas o *Projecto* não a deixou no esqueci mento, art. 215.°

caso, o a-uetor da annullação do casamento sujei--tii-se a uma acção de perdas e dam nos (20).

A theoria da millidadc do casamento, pelo direito inglez oflerece aljrumas dillercnças notáveis da que se vê adoptada, com variantes pouco sensíveis, j entre as legislações dos povos latinos. No assumpto restricto de que agora me oecupo, deve-se aceres* centar que si, attingida a edade legal, o menor continua a cohabitar com o outro esposo, não tem mais direito de propor a annullação do casamento. Nem elle nem outra qualquer pessoa, pois que, em principio, qualquer interessado pôde pedir a annullação de um casamento contraindo com infracção de impedimentos garantidos por essa saneção. Mas pouco -j importa a concepção, si cila fôr anterior á edade legal do casamento. Apezar delia, tanto a mulher quanto o marido podem promover a annullação do casamento, emquanto não é ultrapassado o praso que a lei estabelece e o filho concebido é bastardo, sem as attenuações do casamento putativo que a lei ingleza mal reconhece em casos limitados e com efleitos restrictos (21).

(20) GI-ASSOK, — *Inst. de VAnglelerre,* VII, pag 171 - 172; SMITII, — *EUmentx,* pag. 137.

(21) GLASSON, — *op. cit.,* pag. 175.

§ 24."

CONSEQUÊNCIAS DA NULL1DADE E DA ANNULLAÇÃO

Dada a nullidade ou annullação do casamento (1), este desfaz-se tam completamente como se não tivesse existido, salvo algumas restricções que a equidade impõe e a lei pátria acceita.

A simples annullação não determina a illejzitimidade do filho concebido na constância do casamento que assim se desfez (dec. art. 70.") (2). Mas, jsi o caso é de null idade, nenhum effeito subsistirá perante o direito, e os filhos serão iIlegítimos. Entretanto, quer nullo quer annullavel, sendo, o casamento contrai lido em boa fé, produzirá seus effeitos civis como se fosse válido, beneficiando assim não

(1) 0 dec. de 24 de Janeiro, diz, art. 77.°: «As causas de nullidade ou annullação de casamento e do divorcio, movidas entre os cônjuges, serão precedidas de uma petição do auctor, documentada quanto baste para justificar a separação, que o juiz concederá com a possível brevidade *(Projecto,* art. 228.°)». Art. 78.° : «Concedida a separação, a mulher poderá pedir os aliuieutos provisionaes que lhe serão arbitrados na forma do direito civil, mesmo antes da conciliação» *(Projecto,* art. 229.°).

(2) *Projecto,* art. 343."

só os filhos como também os cônjuges. E' a estai espécie que se denomina casamento putativo. Si apenas um dos cônjuges estiver de boa fé, somente em relação a elle e aos filhos o casamento será declarado putativo (de<;., art. 75.°) (3). Aquelle que estiver de má fé ou por cuja culpa fôr annullado o casamento *perderá todas as vantagens havidas do outro cônjuge,* ficando, não obstante, adstricto ao *cumprimento das promessas feitas no contracto, antenupcial* (dec, art. 79.°) (4). Não havendo pacto, por ter sido acceito o regimen legal, a consequência é a mesma. 0 cônjuge de má fé terá de ceder a metade dos seus bens e dos bens adquiridos pelo casal, si o cônjuge innocente acceitar o regimen da communhão; no caso contrario, preferindo 0 innocente a separação dos bens, porque a communhão o prejudique, terá direito a retirar o que era seu anteriormente ao casamento e mais a me-) tade dos bens adquiridos na constância do casamento (5). E' um tanto differente a doutrina ensinada por alguns escriptores e que gozava entre nós dos foros de clássica. Por essa doutrina, a que me refiro, o cônjuge innocente podia pedir ou a ineffi-cacia absoluta do casamento em relação aos bens,]

(3; *Projecto,* art. 225.° (_)
Projecto, art. 238.°
(5) *Projecto* do Dr. COELHO RODRIGUES, art. 1:916.% § 2.°

bu invocar, em seu beneficio, todos os effeitos oriundos do casamento válido, taes como a coram unhào de bens ou a observância dos pactos antenupciaes. Porém não lhe era permittido estabelecer distincção de validade até certo ponto e nullidade d'ahi em deante, observância de um regimen para um lado e inobservância para outro (6). Mas 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 contracto antenupcial.* E a communhão, por ser o regímen da lei, não pôde achar-se em posição menos favorecida do que outras quaesquer promessas. A intenção da lei é não prejudicar o cônjuge innocente em sua fortuna, quando o casamento na-'j turalmente o prejudicou sob outras relações, e, ao mesmo tempo, comminar pena ao culpado.

Do casamento nullo resulta somente um parentesco illegitimo, seja consanguíneo, seja affim. Do annullado emana um vinculo parental legitimo em relação aos filhos; mas a affinidade será forçosamente illegitima. Dado, porém, o casamento putativo, quer haja nullidade quer annullação, como se equipara esta hypothese á do casamento dissol-

(6) MoURLON, — *Repétitiom écrites, n."* 703; LAFAYETTE,—*Direitos de família,* § 331.°; Huc, — *Commenlaire,* II, n.°* 159-170.

vido, o parentesco é legitimo era suas duas feições. a da consanguinidade e a da áfHnidade (7).

As legislações, desde o direito romano (cod. 5, 5, 1. 4). e principalmente, por influencia do canónico. t$m consagrado a theoria do casamento putativo com maior ou menor latitude (8). A lei in-ingleza, por exemplo, é restrictiva. Os effeitos do casamento putativo não vão além dos cônjuges; porém a mulher de um bígamo, ainda estando de boa fé, não pode reclamar os direitos reconhecidos ás viuvas (9).

Em relação á posse dos filhos, ainda offerece consequências apreciáveis a nullidade ou annulla-ção do casamento. Não havendo culpa que attri-buir a qualquer dos cônjuges, caberá á mãe a posse dos filhos de ambos os sexos até seis annos, depois j ficar-lhe-ão as filhas até ser attingida a maior edade. Ao pae restará, portanto, a posse dos filhos do sexo masculino, desde seis annos até á maioridade (dec. art. 95.°) (10). Chegada essa epocha, obtém a pes-

(7) TEIXEIRA DE FREITAS,—*Esboço,* arts. 164.° e 165.°

fc. (8) O código civil frahoez, arts. 201." -202.°; italiano, 116.° ; portuguez, 1:091.°- 1:092 ; hespanhol, 69." ; chileno, 122." ; lei argentina, 93.°, 94.° e 97." A theoria desta ultima lei *è* um tanto complexa e inconsequente.

(9) G-iiASSON, — *Inst. de V Angleterre,* pag. 176. |

(10) *Projecto*^ art. 334.° combinado com os arts. 332." -333.°

sôa a plenitude de sua capacidade civil, podendo fi-xar-se onde lhe aprouver.

Havendo culpa de um dos contrahentes, ao innocente cabe exclusivamente a posse dos filhos de ambos os sexos. Uma attenuaçào a este rigor abre-se em relação á mãe, quando ambos os cônjuges são culpados: terá o direito, apezar da culpa, de conservar comsigo os filhos communs até a edade de três annos sem distincção de sexo (art. 96.") (11). Mas bem se vê que a concessão da lei visa apenas beneficiar as creancas de tenra edade que não encontrariam naturalmente desvelos epuaes aos de sua mãe, indo talvez estiolar e fenecer em mãos indifferentes ou mercenárias.

E' ainda em attençào aos filhos que a lei per-mitte aos pães, haja ou não culpa, *concordarem particularmeiite sobre a posse tios filhos como lhes parecer -melhor em beneficio destes* (art. 98.") (12).

Rematarei 'este assumpto das cousequeneias da

(11) O *Projecto,* artigos citados, concede, nesse caso, á mãe o direito de conservar em sua companhia as filhas, emquanto menores, e os filhos, até seis annos.

(12) Não ha uniformidade nas legislações a respeito da posse dos filhos, mas o systema seguido pelo direito pátrio é conforme á equidade e ás conveniências sociaes. *Vide* o código civil hespanhol, que é muito detalhado, arte. 70.° - 71.°; o portuguez, 1:093." ê 1:094.°, e também o francez, 302." - 303.", e o italiano, 154.° -155.°

nullidade ou annullação dos casamentos com certas í praticas ã respeito usadas no direito nisso. Quando o casamento é annullado por subsistir um casar mento anterior, o esposo culpado poderá reatar suas relações conjugaes com aquelle que havia abandonado, si obtiver o assentimento deste. Ma?, si o conjure abandonado se recusar a partilhar novamente sua existência com o bígamo, ficará este perfeitamente incapaz para contrahir outro consorcio, punida assim a sua condemnavel incontinência. ao| passo que os dois cônjuges que com elle se achavam tilados, tanto o segundo quanto o primeiro, sào declarados para isso desempedidos. ET certo, porém, que o primeiro cônjuge, como seu casamento é o verdadeiro, necessita de auctorísação do diocesano, -quando pretender casar-se de novo. O] mesmo principio ê observado, quando um esposo se ausenta por cinco annos sem dar noticias suas ao outro. Quando ha culpa da parte dos dois a lei mantém a primeira união e interdiz todo o casamento ulterior, mesmo depois da viuvez (13).

(13) LKHB.—*Drok mil* ****. I, pag- 26.

CAPITULO QUARTO

§ 25.'

EFFEITOS DO CASAMENTO

São múltiplos os effeitos que decorrem do casamento validamente contrahido. Destacam-se como principaes: 1.", as relações pessoaes e económicas entre os cônjuges, as quaes constituem um enfeixamento de importantes direitos e deveres; 2.°, a legitimidade da união sexual e da família que delia procede, abrangendo até os filhos nascidos anteriormente á celebração do consorcio de seus pães; |3.°, as relações pessoaes e económicas entre pães e filhos legítimos, as quaes formam um grupo não menos considerável de direitos e deveres; 4.", o parentesco, do qual deíluem muitas consequências jurídicas, como os impedimentos matrimoniaes, a que já me referi, os direitos alimentares que terei de considerar mais tarde, e os direitos de successão legitima sufficientemente vastos e importantes para, com a successão testamentária, formarem uma das grandes divisões do direito civil 5.°, a emancipação dos casados.

A legitimidade da família resulta do casamento, valido (dec., art. 56.°, § 1.") (1). E' um facto que se impõe claro, patente em todas as suas consequências, dispensando commentarios que as evoque. Basta aflirmal-o. Apenas a extensão de sua effiea-cia aos filhos communs havidos anteriormente ao casamento poderá pedir uma explicação á historia e um apoio ás necessidades sociaes. Essa explicação, porém, tem melhor cabimento quando se estudarem as 'relações pes«oaes e económicas entre pães e filhos. Outros effeitos do casamento, além dos acima apontados, serão considerados particularmente nos paragraphos seguintes.

EVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES PESSOAES ENTRE CÔNJUGES

O direito dos povos antigos, em suas remotas manifestações, consagra a incapacidade jurídica, a inferioridade domestica 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 vinculo do parentesco feminino e em que certa classe de mulheres gozava de

(1) *Project';* art. 23-J-."

alta consideração. Mas esses factos, já tive occasiáo de affirmal-o em capitulo anterior, não nos auctori-sarn a dar como real um estado jurídico de supremacia da mulher, o matriarchado, a gynecocracia, antecedendo, na historia do género humano, o governo varonil, na cidade e na familia.

Aquella mesma consideração especial da mulher, ao tempo em que o vinculo do parentesco só se prendia pela linha feminina, é excepcional e transi-toria, diminuindo e desapparecendo, quando os homens estabeleceram a familia patriarchal sobre as bases da religião e do direito incipiente. (.) marido era, então, o pontifico do lar e a mulher lhe era hieraticamente inferior, porque não podia exercer os olficios da liturgia domestica; o marido era o administrador da justiça, o representante da auntoridade civil no pequeno circulo de organisaçào social a que pertencia com a mulher e os filhos (2). «No direito

(2) Ha, por certo, excepções a que já francamente iiIludi em paragrapbo anterior. Recordarei, ainda, agora, um curioso caso. Quando Annibal atravessou a Gallia para transpor os Alpes e cabir sobre as hostes romanas assombradas, celebrou com os gau-lezes um tractado de paz memorável por sua singularidade. Estipulou-se que quaesquer pendências entre gaulezes e carthaginezes fossem submettidas ao julgamento das mulheres da G-allia. 1'ausanias refere um facto similhante, quando houve uma grave discórdia entre elianos e pisoes. Formou-se um conselho de

c

persa, diz DARESTE, vê-se uma esposa legitima comn prada aos pães, ao lado de tantas concubinas quan-tas comporta a fortuna do chefe de família, e,' sobre todas, tem elle 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 pae, durante a mocidade, de seu marido, morrendo este, de seus filhos, não havendo filhos, do parente mais próximo de seu marido, por

9

que a mulher nunca deve governar-se por seu alve-, drio. É fértil este velho código em passagens asse-1 verantes da inferioridade feminina. «Uma virtuosa mulher, ainda que seu esposo tenha conducta reprovável, ordena elle, deve, todavia, reverencial-o cons-

dezeseis mulheres, e tam a contento sentenciaram que foi julgado conveniente fundar um collegio permanente de dezeseis senhoras para presidirem os jogos e distribuirem os prémios (C. CANTÚ,—*Historia Universal,* ed. reformada por António Ennes, vol. III, pag. 213). *Adde,* quanto ao Egypto : SANCHES ROMAN,—*Derecho\ civil.* V, primeira parte, pags. 94 - 98; quanto a Babylonia e Ninive, o mesmo livro, pag. 102, e o celebre código de Hammurabi, do qual existe uma traducçao portugueza de ALVES DE SÁ, noticiada pelo *Archxoo de Jwiitprudencia,* do Recife, vol. III, pags. 255-269. Sobre esse velho código, leia-se um extenso trabalho de TELONI, na *Rivista italiana de sociologia,* 1903, Setembro - Dezembro, pags. 516-532, e outro de E. BESTA, cit. *Rivista,* 1904, pag. 179 e segs.

tantemente *como a um deus.»* 0 marido tem, para com a esposa, o dever de sustental-a, amparal-a sempre, traetal-a com affecto; mas, por outro lado, extensos direitos se lhe conferem, inclusive o de punir (3). 0 direito hebraico, ao envez disso, parece já ter o gérmen que havia de expandir-se no occi-dente. Cerca a mulher de certa consideração, com-mina penas a quem a offende physicamente, a quem seduz uma virgem, a quem maldiz sua mãe. Ha mesmo uma tal ou qual reciprocidade de deveres entre marido e mulher, que não os distancia muito na participação do direito. Na legislação grega, re-produz-se a doutrina da indiana, como nos instrue DEMOSTHENES. Na Germânia ainda o mesmo princi-

(3) Entretanto ha disposições no mesmo código que obedeceram a um espirito mais benévolo e mais galante. «Não batereis numa mulher nem mesmo com uma flor», é um exemplo frisante. O marido não forma, eom a mulher, mais do que uma pessoa única, affirma também a lei de Manú.

No direito annamita, segundo nol-o descreve PAUL D'EKJOY *(Clunet,* 1904, pag. 92-107), o marido é o senhor absoluto da familia por elle fundada, mas a pri-meira de suas mulheres é considerada a esposa legitima e egual ao marido, ao passo que as outras são concubinas que devem obediência á mulher de primeira classe. Si o marido tractor a sua mulher legitima como si fosse uma concubina, incorrerá na pena de cem bastonadas. Dentro do lar é a senhora, dirigindo os servi ca es e mantendo a ordem na casa.

pio se affirmou, sinão com o rigor de outros repimens, ao menos o suffioiente para que a inferioridade feminina echoasse nas paginas da lei; si a mulher formava uma associação com o marido, si era tida em alta estima no grémio social, o marido era sempre o chefe. *(Haupt)* que exercia sobre ella o complexo de direitos a que se dava o nome de *mundium.*

Em Roma, as formas conjuga s jurídicas dos primeiros tempos *(confarreatio, coemptio, wsusjl* attribuem todas, ao marido, uma amctoridade extraordinária *fmanus)* (4) sobre a mulher que era tida como filha do marido, podendo ser por elle julgada

(4) A palavra *manus,* em direito romano indica visivelmente, como lembra JHERING,—*Espnt du droit\ romain,* I, pag. 115, a força physica effectiva creando uma somma de poderes, de onde surgiu o direito primitivo. No tempo do direito meramente familial, é provável que significasse o poder de cada chefe em frente a outro. No *jus quiritium,* porém, já se ostenta, diz-nos CAULE, como uma «concepção juridica e abstracta, que comprehende o complexo dos poderes pertencentes a uma pessoa, na sua qualidade de quirite.» *(Origini dêl diritto romano,* pag. 247). Restringiu-se esse conjuncto de direitos para designar somente um poder particular a que se achavam submettidas as mulheres (GAIO, I, § 108.°). Finalmente cahiu em desuso a *manu»* e, ao tempo de JUSTINIANO, já não existe mais.

e punida (5), sob a garantia única, em casos graves, do conselho dos parentes, e nada lhe sendo permit-tido adquirir nem possuir como próprio.

Com a introducção dos casamentos livres, *8ine\ manus conventione,* si bem que se mantivesse ainda o direito de morte decretado pelo *judicium dont.es-\ticum,* 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,* comtudo a condição económica da mulher transformou-se, de modo completo, pois que seus bens não passaram mais para o património do marido, erigindo-se, então, o regimen dotal; e dessa condição económica resultaram consequências notáveis, tendentes a erguer a individualidade da esposa na família. O progresso da cultura humana assignalou á mulher uma posição mais vantajosa no lar domestico, cercando-a de direitos e impondo-lhe obrigações, visando consolidar e ennobrecer a sociedade familiar. Demais, no período clássico do direito romano, já participa a mulher legitima das honras e da condição social do marido e nisto differe da concubina. Illude-nos o rigor

(5) As Ords. philippinas, 5, 36, ainda concediam, ao marido, o direito de castigar a mulher; mas esse uso «tam repugnante á dignidade humana,» segundo se expressa LAFAYETTK, foi abolido pelo código criminal brazileiro de 1830.

do direito na inflexibilidade de sua letra, segundo veiu até nós. A mulher era a companheira do marido. Os costumes, a religião, a vida agrícola, dizem os escriptores, fizeram, da familia romana, um frouxelado ninho de paz, de affectos e de nobres virtudes, ao menos nos tempos áureos da vida roma-j na (6).

(6) *Vide* JHEÍUNG, — *Esprit du droit romain,* II, § 37.°; PADELLETTI e COGLIOLO, — *Storia,* cap. XIII e| pag. 175, nota *d;* ENDEMANN, — *Einfuehrung,* II, § 154.° Mesmo com a separação doa bens, referem alguns historiadores que os patrimónios dos cônjuges eram utilisados como se fossem communs, não se traduzindo, geralmente, na vida conjugal, o egoísmo do direito: *nihil conspiciebatur in domo dividuum.* Quanto ao respeito e affecto que ás suas consortes tributavam os homens, attestara-nos as inscripções tumulares, num laconismo elevado e doce, que bem traduz a cálida emotividade daquelles puros latinos. Eis aqui alguns exemplos : *Jucunda suis, omnibus oficiosa ; —À frugt bona, pudica; — amantíssima suis, fi.de máxima! pia.*

§ 27."

KSTADO ACTUAL DAS RELAÇÕES PESSOA KS ENTRE CÔNJUGES

Para maior clareza e mais fácil comprehensão das relações pessoaes entre os cônjuges taes como se reflectem nas leis pátrias e extrangeiras, distri-buil-as-ei, com os civilistas, em três categorias.

I

Direitos e deveres comimms a ambos os conju-\ge8. Os deveres communs são: *a) o de fidelidade \reciproca* (código penal, art. 279.°): *b) o de convivência perpetua, salvo si, pela auctoridade competente, foi concedida a separação* (dec. de 24 de Janeiro, arts. 80."-88.°); *c) o de mútua assistência* (D. 24, 3, fr. 22, g 7.°) (1).

(I) *Projecto,* art. 236.° Estes direitos e deveres connnuns a ambos os cônjuges não discrepam nas legislações occidentaes. Vejam-se o código civil francez, arts. 212.°-214.°; portuguez, art. 1:184.°; de Zurich, art. Õ83.°; italiano, art. 130.°; hespanhol, art. 56.°; lei [argentina, arts. 55.", 56." e 58.°; código báltico, art. 7.°; [chileno, art. 131.°; uruguayano, art. 129.°; mexicano, arts. 189." -191; e boliviano, art. 129.'

De deveres coinmuns e recíprocos resultam direitos egualmente recíprocos, contidos,. aliás, na raesma idéa e noção. Inútil é. portanto, alongar considerações a respeito.

II

Direitos especiaes do marido. 0 conjuncto dos direitos especiaes do marido forma o que se conti-| nua a chamar *poder marital.* Por nossa legislação, os direitos que competem particularmente ao marido são: *a) fixar o domicilio da família* (dec. cit., art. 5(1", § 3.°) (2); *b) representar* e *defender a\ ■mulher nos actos judiciaes e extra-jttdiciaes,* direito | este que é, ao mesmo tempo, um dever (dec. cit.. art. 56.", §§ 2." e 5.°) (3); *ç) administrar os bens communs e aquelles que, por contracto antenu-\ pcial, ou, em virtude da lei, devam ser adminis-\ trados por elle* (dec. cit., art. 56.°, § 2.°) (4); *d)\ auctorisar a profissão da mulher e dirigir a edu-\ cação dos filhos menores* (dec, art. 56.", § 3.", e código commercial, art. l.°, §§ III e IV) (5).

A administração do marido é a mais ampla em relação aos moveis do casal, podendo validamente]

---

(2) *Projecto,* art. 239.°, III.
(3) *Projecto,* art. 239.°, I.
(4) *Projecto,* art. 139.°, II.
(5) *Projecto,,* cit art. 239.°, IV

obrigal-os, alienal-os, e por causa delles estar em JUÍZO como auctor ou como réo, por direito próprio. Não obstante, a lei não quiz que esse poder, por illi-mitado, degenerasse em abusivo. Assim as doações gratuitas e immensas ser-lhe-ão imputadas na meação, tendo a mulher direito de repetil-as dos donatários na parte inofficiosa (ord. 4, 6, 4) (6). As fianças do marido, sem assentimento da mulher, em regra, obrigam somente os bens próprios delle ou a sua parte na meação (7), porém, si forem garantias de contractos sobre rendas publicas, obrigarão, excepcionalmente, todos os moveis do easal e os im-moveis da meação do marido (ord. cit., tit. 60) (8).

(6) *Projecto,* art. 241.°, IV.

(7) Havendo outorga uxoria, obriga-se a meação •da mulher, é a conclusão a *contrario sensu* que resulta <los termos da ord. 4, 60. E assim pensava T. DE FBEITAS *(Consolidição,* art. 181.", nota 25. de accordo com LAFATETTE, — *Direitos dê família,* § 74."). Este ultimo escriptor sustenta, porém, que os *immoveis* do marido não estão sujeitos ao efFeito da fiança não auctorisada pela mulher, porque, sem a sua outorga, não podem os bens de raiz ser alienados quer parcial quer totalmente (§ cit., nota 1). E' verdade isso, mas não está na lei a distincção apresentada, nem havia mister, pois que a meação se verifica somente com a dissolução -da sociedade conjugal.

(8)0 *Projecto,* art. 241.°, III, não abre excepção para as fianças do marido'em garantia da execução de contractos sobre rendas publicas.

' ~" ----- """""""^"|

No regimen dotal e, pela mesma razão, no de separação completa sem clausula de dotalisação, a fiança do marido não obriga os bens próprios da mulher (ord. cit.). As doações ou alienações, que o marido, por qualquer titulo (9), faz á concubina ou amante] ephemera, podem ser por sua mulher annulladas (ord. 4, 66).

Em relação aos immoveis, o direito pátrio cercou a administração do marido de maiores restri-i cções, justificáveis, certamente, como um meio de evitar que seus desmandos levassem de rojo toda a fortuna, amassada a custa de penosos labores por seus antepassados ou pelos da mulher, e cujo natu-» ral destino é servir de sustentáculo á família, no presente, e de amparo, no futuro. A mulher tem

(9) *Por qualquer titulo,* inclusive o testamento (COELHO DA ROCHA, — *Instituições,* § 690.°, ALMEIDA E SOUZA,—*Acções sumularias,* § 18.°). Em contrario] decidiram alguns praxistas citados por CÂNDIDO MENDES, notas á ord. citada. Fizeram-no sem apoio na lei, quando usa das palavras:—«por outro qualquer modo traspassado.» A excepção admissível e legal é a dotação, pena comminada complementarmente nos casos de estupro de mulher honesta e defloramento, pois que não é possível, em tal hypothese, o casamento (código penal, art. 276.").

Vejam-se mais: T. DE FREITAS, — *Consolidação,* art. 147.°; CARLOS DE CARVALHO, — *Direito civil,* art. 1:843.°, § 2, letra A, e o meu *Direito das succes-\xões,* § 90.°, nota 4.

de intervir, por sua auetorisação, qual(luer que seja o regimen do casamento, todas as vezes que o marido pretender alienar bens immoveis sejam do casal sejam próprios. Sem essa auetorisação, tornam-se annullaveis as alienações (10). E neste vocábulo geral de alienação se incluem muitos actos que, á j primeira vista, se supporiam delle excluídos, como o litigio em juizo sobre immoveis, o aforamento, que consiste na creação de um direito real sobre o immovel, a hypitlieca e outros similbantes (ord. 4,

(10) A origem histórica dessa auetorisação ver-se-á, quando for estudada a historia da communhão 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 deve provar-se por escriptura publica (T. DE FREITAS, — *Consolidação das leis civis,* art." 121.", CARLOS DE CARVALHO, — *Direito \eivil,* art. 1:473.°). LAFAYETTE, sustenta uma doutrina ditferente *(Dir. de família,* fiag. 71). «O consentimento deve ser por escriptura publica ou particular, diz elle, segundo a espécie do instrumento que o acto eximi'». Mais sem razão o diz. Mesmo o dec. de 26 de Agosto de 1892, auetorisando as procurações de punho próprio e contractos por escripto particular so -bre qualquer quantia, resalvou a hypothese da ord. 4, 48, pr. Nas transladações pelo systema Torrens, porém, bastará uma simples declaração do consentimento no escripto de transmissão ou em documento separado que se averbará no titulo e no registro (dec. n.° 431 B, de 31 de Janeiro de 1890. art. 44.°).

48 pr. e $$ 8." e 9.", CARLOS DE CARVALHO, *Dir. ci-\ vil,* art. 1:482.°). Para a divisão e demarcação judiciaos de terra, observa CARLOS DE CARVALHO *(op. cit.,* art. 1482.", § 2.°), não é necessária a intervenção ou citação da mulher casada. E a razão deste dispositivo é que em tal hypothese não existe alienação. Hypothecar vale alienar, portanto o marido não pôde prescindir da outorga da mulher para gravar o immovel com este ónus (dec. n.° 1(59, de 19 de Janeiro de 1890, art. â.", § 4."). Uma excepção a este preceito: si a hypotheca for constituída parai segurança dos contractos pelos quaes o marido fôr cessionário de rendas publicas ou particulares (11). Excepção mais geral do que a precedente é a constante do dec de 24 de Janeiro, art. 89." Os con-1 juges divorciados que se reconciliarem conservam seus bens em completa e absoluta separação, podendo ser administrados e alienados sem *dependência de auctorisação do marido, ou outorga da mulher.*

(11) Ord. 4, 60; LAFAYETTE, — *Dir. de família]* § 73.°; T. DE FREITAS,—*Consolidação,* art. 134.° Diz este ultimo: «Tracta-se de cessão de impostos do Estado ou de rendas de particulares, perpetuas ou temporárias, vitalícias ou não, como juros de apólices da divida publica, foros, alugueres, prestações periódicas em geral; e não de locação ou arrendamento de cousas» (nota 28 ao art. cit.). O *Projecto,* art. 241.°, I, não acceita a excepção de que agora se tracta.

A falta de consentimento invalida o neto; e a mulher, ou seus herdeiros, poderá reinvindicar os bens para cuja alienação não haja concorrido (ord. 4, 48, § 2.°) (12). Este direito é, por ella, transfe rível ao marido ou aos herdeiros delle, embora seja elle o alienante (ord. cit., §§ 1.", 2." e 3.") (13). Mas, como é justamente um direito em protecção e

•

favor da mulher, pol-o-á por obra ou não, segundo parecer-lhe mais conveniente, e si der o seu consentimento depois de ellectuado o acto alienatorio, este se revalidará como si fora sem vicio, desde o primeiro momento (14).

Da recusa do consentimento da mulher tem o marido recurso para a auctoridade judiciaria que.

(12) *Projecto,* arts. 245.°-255.°, II e III.

(13) O *Projecto,* art. 24õ.°, não transfere esta acção ao marido alienante. E' realmente contrario aos bons princípios que ao marido culpado de uma infracção da lei se dê acção contra as pessoas que com elle contracta ra ni.

(14) LAFATETTE, — *op. cit.,* § 39." ; T. DE FREITAS,— *GonsoUd-ição,* art. 121.°, nota 14 ; COELHO DA ROCHA, — *Instituições,* § § 233.° - 234.° Annullada a alienação por ausência de outorga da mulher, o adquirente do immovel só terá direito á restituição do preço na hypothese de ter a mulher tirado proveito da operação ; mas, si ignorava que entrava em relações obri-gaeionaes com um homem casado, terá direito de haver do marido a repetição de quanto lhe deu (ord. 4, 48, §§ 4.°-6.^{n}).

ouvidas as razões de ambos os lados, confirmanH recusa ou dar-lhe-á suprimento, seja para alguma alienação a operar seja para algum litigio a propor (15). O mesmo processo terá logar, quando a mulher fôr incapaz de dar consentimento.

Estacionando um momento neste ponto, e an-j tes do proseguir no desenvolvimento ulterior das relações pessoaes entre os cônjuges, lançarei um li-| geiro olhar sobre as legislações, a ver com que fei-i ção modelaram ellas esses direitos de marido de que| agora me ocoupo.

Sào amplos, no direito franoez, os -poderes do marido. A synthese que delles iaz o art. 213." do| *coifa civil* é própria a dar-lhes um cunho de maior rigorismo do que, em verdade, comportam as idéas actuaes, que devem ir produzindo benéfica erosão sobre as fragosidades ásperas dos códigos que se avelhantam. Ao passo que. em nosso direito, o poder marital vae tendendo a desapparecer dos costumes, da vida real, o código civil franoez, sem no-meal-o com todas as syllabas, mantem-no, em rústica dureza, quando affirma, no art. citado: «o marido deve protecção á mulher e esta •*obediência* a seu| marido», como que procurando accentuar a relação de subordinação perpetua em que esta se acha. Si

(15) LAFAYETTE,— *op. cit.,* § 39."; COELHO DA ROCHA,— *op. cit.,* § 233."; ord. 3, 47, § 5.°; 63, § 4.°, lei de *2'2* de Setembro de 1828, ort^AVg^P

o código italiano deixou em silencio a segunda parte do trecho transcriptu, não a esqueceram os de Portugal, art. 1:185.°, de Hespanha, art. 57.", da Rússia, arts. 107." e 108.° (16), das províncias bálticas, art. 8."

«A mullier é obrigada a habitar com o marido e a seguil-o para onde elle julgar conveniente resi-| dir>, diz ainda o código civil francez, art. 214.", e sua doutrina que, alias, nada tem de anormal, é reproduzida pelo italiano, art. 131.", hespanhol, 38.°, portuguez, 1:196.°, e lei argentina, 58." Mas, a não ser o italiano, todos esses systemas de leis oflere-cem abrandamentos ao rigor da regra geral. Quando ha perigo de vida na execução desse dever, necessário será excusar a mulher de cumpril-o. como preceituam o código civil de Zuricli, art. 585.", do Chile, art. 133." e a lei argentina, art. 58.", *in fim.* A retirada do marido para o extrangeiro é também, na Hespanha e em Portugal. uma»exeusa legitima (cod. port., art. 1:186.", hesp., art. 58.").

(16) LEHR, — - *Droit civil rusue,* diz-nos que os direitos ma ri ta es são bem accentuados na legislação russa, embora por ella, como pela germ inioa, seja tida a mulher como sócia *(Genosin),* e apezar do que aconselha o art. 106.° do código civil russo : «0 marido deve amar a mulher como sua própria carne, viver com ella em bom accordo, honral-a, defendel-a, desculpar suas faltas, mitigar suas dores.» (Pag. 38).

A jurisprudência franceza, pí»rt*ni, **<*oni o apoio de que não se deparam excepções áquelle preceito no código napoleónico, tem** facultado **aos maridos a** requisição **da forca publica a fim de** constrangerem **a mulher** a manter-se **sob o tecto conjugal.** K uma desastrosa **confusão de** idéas. **Como bem observa LAURKNT, a** sancção única **do dever de cohabitnção. tanto para a** mulher **quanto para o marido, é o pe-| dido de divorcio (17)** com ou sem dissolução do **vinculo matrimonial, segundo o systema** preferido **pela legislação do paiz onde a desharmonia domestica se dá. K" incompatível com** a **natureza** das **relações conjugnes esse constrangimento** pela **força; o é pasmoso què a** espíritos **cultos** não **tenha repugnado apresental-o como** cuia nação **directa da lei, na actualidade. O código civil de Zurich expressamente o regeita. e** nisso é apoiado **|*»lo** voto **«los civilistas.**

Nào quereado insistir mais sobre **este** assumpto, **por me parecerem** suincientes, para **o fim que tenho em vista, as observações** apresentadas, **volverei os olhos, um instante, para o direito de** administração **conferido ao marido, direito** que, **embora de manifestação** económica, **tem uma bane essencialmente pessoal. K eis porque aqui teve** entrada. **K' certo que os** poderes **de** administração **oonferido***

< 17) ***Vottr» éUniOHtaire, Y,*** **B.# 201 ; TH. HCC, —** ***Commentaire,*** **II, n.**** *2'My* **e** 239,

ao marido variam com os regimens de bens e somente poderão ser bem apreciados, quando forem estes expostos; mas ha uma parte fundamental que se mantém sempre, apezar dessas variações.

O direito francez concede ao marido, no regimen da communhão, o direito de dispor livremente, sem *concurso da mulher* (art. 1:421."), de todos os bens communs, si o faz a titulo oneroso, e com responsabilidade, si o faz a titulo gratuito (18). No mesmo sentido o código italiano, art. 1:438.°, o hes-panhol, art. 59.", sendo que este é mais franco em attribuir poderes ao marido, o chileno, art.- 135.", o mexicano, art. 196.", o uruguayano, art. 132.° e o peruano, art. 180." O que caraeterisa estes syste-mas, é, salvo excepções, a dispensa de outhorga da mulher para as alienações dos immoveis, que nossa legislação exige. Mas outros systemas encontram-se era que também se faz sentir essa doutrina afagada pelo direito pátrio.

O direito portuguez vigente prescreve, para a administração do marido, as mesmas restricções que foram indicadas quando tractei do direito pátrio, não tendo o código civil alterado, de modo sensível.

(18) Não pôde, porém, dispor entre vivos a titulo gratuito dos immoveis da communhão, nem da universalidade, nem de ama quota parte dos moveis, a não ser para o estabelecimento dos filhos communs (art. 1:422.°).

o direito preexistente. Accrescentou simplesmente que. si o marido alienar bens immobiiiarios que lhe sejam próprios, sem outorga da mulher, só se poderão annullar tnes alienações, «achando-se o marido constituído em obrigação para com os herdeiros delia, o não tendo outros bens pelos quaes responda» (cod. *rivil, art. 1:191.°, $ 2.°). No direito allemào. depara-se egual mente com a necessidade do consentimento da mulher para a alienação dos immoveis e a responsabilidade do marido pelas doações unila-ternes, porém, somente, entende-se, quando o regimen dos bens fôr a communhào (19). A nova lei de Basiléa — campo, exige também a auctorisaçào formal para alienações e ónus de immoveis, com recurso para o conselho communal e tribunal superior.

Pelo código de Zurich, o marido é o administrador dos bens da mulher e deve represental-a nos actos judiciários e extrajudiciarios. Quanto aos bens, elle é um tutor (art. 580."). Os immoveis da mulher, porém, só poderão ser alienados com sua outorga (art. 591."). Em certos casos, além do consentimento da mulher, é necessário o de um tutor nomeado *ad hoc.* K' assim, por exemplo, quando a

(19) Código civil, nrts. 1:444."-1:445.° Ver-se-ão melhor os matizes do direito nllemão nos § § 35.° a 40.°

alienação recáe sobre immovel de que ella tem somente a nua propriedade (art. 592."). 0 marido tem direito de uso e gozo sobre todos os bens da mulher, salvo os reservados expressamente pelo contracto *(Sondergnt)* ou pelo uso, como as suas eco-, nomias e as doações do marido a titulo de alfineites *(SpargtU)* (arts. 593."-597."). Gessará o direito de usufructo, si o marido não prover ao sustento da família, podendo até ser-lhe retirada a tutela marital, passando a mulher, com sua fortuna, para a tutela publica (art. 594."). Estas ultimas disposições já se acham em attinencia com a incapacidade da 'mulher casada, que será enfrentada em paragrapho posterior.

Nos Estados-Unidos como na Inglaterra, com a i preferencia dada ultimamente á separação e independência dos patrimónios, a liberdade plena ou res-tricta da administração do marido, que agora se examina, perdeu o interesse. Mas, na Tnião norte-jamericana, é bem certo que a uniformidade está muito longe de ser um attributo das legislações civis. A par da independência, está a submissão dos velhos tempos de rigor. Ainda em 1891, as camarás legislativas da Califórnia votaram uma lei relativa aos poderes de administração do marido, no regimen da communhão, os quaes foram conservados com grande latitude. O direito de disposição, a não ser por testamento, é livre, como si os bens fossem próprios. Entretanto as alienações que não forem a titulo oneroso *(ivithont a valnabte consideratúm)* ne-

cessitam, para sua validade, que a mulher dê o seu consentimento por escripto (20).

Na Allemanha, variam consideravelmente osl systemas reguladores dos direitos do marido, mesmo si o rejrimen é o da communhão de bens; mas, pelo regimen legal, esses poderes são muito extensos, sem (iomtudo anniquilar os direitos da mulher*

III

Direitos especiaes da mulher. Si aos direitos do marido correspondem deveres da mulher, esta, por seu lado, é também um foco de onde se irradiam direitos que visam assegurar seu bem estar e sua dignidade na vida conjugal. Como direitos próprios da níulher, reconhece a nossa lei os seguintes: *a) mar do nome de família do marido e gozar das honras e direitos que se lhe possam communicar* (dec. de 24 de Janeiro, art. 56.°, § 4."): *b) exigir do ma/rido sustento e defesa para sua pessoa e para seus bens* (art. cit., § 5.") (21). O direito russo ac-centúa bem que esta obrigação do marido está subordinada á condição de que a mulher viva sob o seu tecto conjugal ou delle somente se tenha visto afastada por acto do marido, digno de .reprovação,

---

(20) ***Annnaire de Uyialation*** *étrangère,* 1891, **pag. 130.**

(21) ***Projecto,*** **arts. 246.°- 239.°, V, e 240."**

como diz o código báltico, art. 10b\" *(mis einen ta-de-lnswertlwn OrundeJ* (22).

As legislações dos povos occidentaes mantêm todas, sem discrepância, os dois grupos de direitos que acabo de indicar. Na variedade possível da linguagem, .mantem-se a unidade substancial dos princípios. Póde-se fazer apenas uma excepção para o direito allemão. É certo que, desde o tempo de Tácito," os esposos são considerados, pelo direito germânico, associados com direitos eguaes. dada ao marido a preponderância natural que lhe cabe como chefe da sociedade domestica e representante da família. E, por isso mesmo, a mulher, si tem o dever de acompanhal-o, participa de seu nome e estado. 0 código civil não reconhece, no circulo do direito privado, distincção entre marido e mulher para considerar o primeiro superior á segunda. São sócios com direitos eguaes (23). Mas, si o casamento é feito segundo a lei salica ou morganática, deixa a mulher de ter direito ao nome e á posição do marido, 8endo-lhe, apenas, consignada uma diminuta quota nos bens delle (24).

(22) LEHK, — *Droit civil russe,* T, pag. 38 - 39. *Projecto,* art 240.°

(23) ENDEMANN, — *Einfuelmmg,* II, § 150.°

(24) GEBBER, — *System,* § 224." ROTH faz notar, fundado no art. 72.° da lei de 6 de Fevereiro de 1875, que esses casamentos só são, hoje, permittidos ás

Ainda cabe á mulher: *c) reivindicar os bem de raiz alienados sem sua auctorisação* (25). Esse direito nasce da exigência que faz nossa lei da outorga da mulher, para a alienação de bens immoveis, no que está de accordo, segundo foi visto neste mesmo paragrapho, com algumas outras legislações, e em desaccordo também com outras, como a franeeza, a italiana, a hespanhela, a argentina.

Si o marido recusar o seu consentimento para que a mulher efteetue a reivindicação, o juiz poderá suppril-o.

d) Rehaver, para si, independentemente de indemnisação, as cousas moveis ou im/moveis doadas ou alienadas peto marido á concubina ou á mulher com quem haja tido affeicão carnal (ord. 4, 66) (26). Para esta acção prescinde ella de aucto-

familias soberanas e á 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 ás famílias dos soberanos. Em face dos arts. 57.° -58.° da lei de introducção, que mantêm o privilegio das famílias reinantes e dos nobres, *é* possível para umas e outras o casamento morganático. *(Einfuehrung,* II, § 150.°, 3 e notas 16-17).

(25) Ord. 4, 48, § 2.° •; CARLOS DE CARVALHO,— *Direito civil,* art, l:4b3.°, § 1.°, letra c. *Projecto,* arfc. 255.°, II.

{26) TEIXEIRA DE FBEITAS, — *Cotwolidaçã* , nota 9 ao art. 1:327.°, considera real esta acção. Adde: CAK-

risaçào marital. Morto o marido, ou havendo separação por divorcio, a acção deve ser proposta dentro de quatro annos depois desse acontecimento. Si fal-Jece a mulher antes do marido, ao» seus herdeiros passa o direito de demandar, perdurando egualmente até quatro annos após o fallecimento (ord. cit., ultima parte). Em direito francez, italiano, allemão e outros, as disposições a titulo yratuito, dos bens communs são, em geral, vedadas ao marido. Não se encontra ahi, porém, um principio equivalente ao do direito pátrio.

e) Vendar beíis que lhe forem doados OU *deixados sob a condição de ficarem sob sua livre disposição, e administrar, onerar e alienar aquelles que, por pacto antenupcial, lhe ficarem reservado* com essa clausula, que dispensa a auetorisação marital* (27).

f) Vropor acção de nullidade ou annullação de casamento, pedir divorcio e os alimentos provi-sionaes que o direito lhe assegura (dec. de 21 de Janeiro, art. 78.°) (28).

LOS DE CARVALHO, — *Direito ciril,* art. 1:483.°, § 2.", n." 3.

(27) *Projecto,* art 295.°, V.

(28) *Projecto,* art. 255.", VII e JX. Accrescen-te-se ainda : 1," que a mulher casada se presume aueto-risada pelo marido, quando, estando este ausente, é necessário praticar actos conservatórios de direitos e

§ 28/

INCAPACIDADE DA MULHER CASADA

Do que ficou aflinnado em relação aos direitos especiaes do marido, já se pôde concluir a incapacidade civil da mulher casada. Agora é conveniente accentuar as linhas do quadro e mostrar como, perante o maior numero das legislações vigentes, a liberdade de disposição de sua pessoa e bens é parcimoniosamente concedida á mulher casada, investido o marido de uma certa auctoridade ou tutela sobre sua consorte.

Que muito inílue para a permanência deste estado de cousas a poderosa acção do passado que, infiltrada nos costumes, dificilmente se irradicará, penso que ninguém o contestará. Que o futuro

propor acções que não admittem demora (CARLOS DE CARVALHO, — *Direito civil,* art. 1:483.°, § 2.°, n.° 4); 2." que dispensa auctorisação do marido para receber o que lhe for devido por pensão, meio soldo ou montepio, assim como para constituir e retirar depósitos nas Caixas económicas federaes. O marido pôde, porém, neste ultimo caso, oppor-se tanto a que a mulher constitua deposito quanto a que o retire (CARLOS DE CARIVALHO; ■■— *op. cit:,* art9. 1:476.°-1:477.°).

trará modificações commedidas a esse regimen de caturrice, estou convencido, sem aliás pensar numa emancipação incompatível com o recato e os melindres próprios do sexo feminino. Mais bellas estro-phes do que essas que o lapidario dos *Emaux ef Camées* ouviu cantar num bello corpo»-, reçumam do pudor e do mansueto resguardo em que a civili-sação abriga a mulher das brutalidades do conllicto vital.

I Outrora a mulher era incapaz simplesmente em razão do sexo. E persistem dessas formas antiquadas da civilisaeão incrustações bem firmes ainda. A incapacidade para exercer a tutela e para servir de testemunha, apezar das excepções que comporta, é um claro exemplo do que affirmo.

Actualmente a mulher, feitas essas e outras restricções, goza de capacidade civil a par do homem. Porém casando-se, entra para a categoria dos inca pazes, para recobrar a inteireza de sua personali dade, quando se quebra o vinculo matrimonial ou siquer se afrouxa pelo divorcio canónico (1). Éque

---

(1) Veja-se ARTHUB ORLANDO, — *Ensaios de critica,* Recife, 1904, pag. 49. Cita elle uma observação de THULIÉ, que merece ser lembrada : «é no momento em que ella (a mulher) devia entrar no seu apogeu de grandeza e dignidade, é quando ella desempenha o maior dos deveres humanos, vae ser mãe, consagrando sua vida á perpetuar a espécie, que é amesquinhada. > Por isso o *Projecto* primitivo recusou se a incluir a mulher casada na classe dos incapazes.

procede da auctoridade marital a incapacidade com que o direito civil moderno fere a mulher casada. Mas ó sempre bom recordar'que ha nessa incapacidade da mulher muito de protecção e desvelo tutelar.

Segundo o direito pátrio em vigor, a mulher casada não poderá adquirir bens, contrai) ir obrigações, exercer qualquer profissão, litigar em juizo, sem que o marido lhe dê a necessária auctorisaçào, ou, em falta d'elle, o juiz. Mas, como a cila cabe a direcção interna dos negócios domésticos, com tal ou qual amplitude, constitua costume acceito, valendo por direito, que ella está auctorisada a comprar os objectos que pertencem á economia do lar, ainda que os adquira por credito (2).

A auctorisaçào do marido pôde ser expressa ou tacita. Expressa, quando, por acto escripto levanta a incapacidade que, em seu beneficio, a lei adjectivou á sua esposa. Tacita, quando concorrer, de qualquer modo, para a pratica do acto.

Quando o marido, por capricho ou dolo, recusa auctorisaçào a um acto necessário, conveniente, pôde a mulher recorrer delle para o juiz, e com dobrada razão si se tracta de fazer valer um direito que a lei expressamente confere á mulher, como nas hypotheses de pretender ella rehaver immoveis

(2) LAFATBTTE,—*Direitos de família,* § **42.°;** *Projecto,* **art.** 253."

alienados sem sua outorga, ou os bens dotaes ou os de sua exclusiva propriedade il legalmente alienados, de requerer a inscripçào da hypotheca sobre irnmo-veis do marido, para garantia do seu dote e bens paraphernaes, e em outras análogas (3).

Muitas vezes acontecerá que o marido estará privado de capacidade, e, portanto, nào poderá emprestal-a á sua esposa. Km tal situação achar-se-á o menor de 18 annos, ou o orpham menor de 21, em relação á alienação de bens immoveis (ord. 1, 88, § 28) (4).

Finalmente, em alguns casos, prescinde a mulher da auctorisacào marital e da intervenção sup-pletoria da justiça: apparece na seena jurídica por

(3) LAFAYETTB,— *op. cit.,* § 44.°, destaca, para exemplificação, vários casos. *Adde:* CARLOS DE CARVALHO,— *Direito civil,* arfc. 1:483.°, § 1.°; *Projecto,* art. 251.°

(4) Dada a organisação democrática e republicana dentro da qual vive, politicamente, a sociedade brasileira, e, mais particularmente, deante das disposições da lei que instituiu e regulou o casamento civil, está sem applicação o preceito da ord. 1, 58, § 19.", relativo ao orpham menor de vinte annos que casa sem licença do juiz, sendo o casamento amenos d'aqui lio que o orpham poderá achar, segundo a qualidade da sua pessoa ou da fazenda que tiver.» Em emergência dessas, só podemos pedir luzes aos arts. 7.", 17.", 58.°, (57.°, 68.° e 69.° do dec. de 24 de Janeiro de 1891. Quanto a erro sobre a pessoa, edictam os arts. 71.°-72.°

si e como pessoa capaz: 1.", quando.o marido se achar ausente em logar remoto e não sabido, ou quando for ella ouradora do marido, para administrar os bens do casal, e dispor dos moveis para pro-l ver á subsistência própria e dos* filhos: 2.°, para administrar e dispor dos bens que por pacto antenupcial ou por deixa lhe tenham sido reservados ■ com esse direito; 3.°, para testar sobre sua meação ' e bens próprios; 4.", para rehaver da concubina do marido os bens que este lhe haja transferido e del-les dispor a seu talante; 5.°, para propor acções urgentes na ausência- do marido e praticar todos os actos judiciários relativos á curatela, quando ai exerce sobre o marido; 6.°, para accionar o marido pedindo-lhe o dote ou tentando o divorcio (5). Depois de*divorciada não necessita mais de auctorisação alguma, e, ainda que se reconcilie, tem faculdade para livremente administrar seus bens e delles dispor.

Tendo a mulher auctorisacão geral do marido para commerciar, pratica todos os actos relativos a seu commercio, sem que tenha necessidade da intervenção delle nem do juiz, podendo até alheiar seu dote. si já antes do casamento exercia a profissão de commerciante (cod. do comm., arts. l.°, § IV, e 27.". dec. de 24 de"Jan., art. 60.°). Em compen-

(5) LAFAYBTTE, — *Dir. de família,* § 46.°; *Projecto,* arts. 255.° - 258.°

sacão perde o beneficio velleano, que exonera as mulheres das obrigações alheias que tomarem sobre si, beneficio que, aliás, também desapparece, quando a mulher afiança conjunctamente com seu marido.

Os actos praticados sem permissão marital ou judiciaria, quando é exigida essa formalidade, são annullaveis. A' própria mulher, ao marido e aos herdeiros de ambos, cabe acção para demandarem essa annullação. Si, porém, o acto é relativo aos bens incommunicaveis da mulher, é obvio, como observa LAFAYETTE (6), que o direito de annullal-o não passará aos herdeiros do marido.

A auctorisação deve preceder o acto. mas vindo posteriormente tem força para revalidal-o.

Similhantemente ao nosso direito estatuem o código civil francez, o italiano, o hespanhol, o por-tuguez, o hollandez e o argentino. E" certo que entre esses regimens jurídicos ha certas dissimilhancas accidentaes. 0 francez, por exemplo, é mais rigo-rista do que os outros, exigindo sempre uma auctorisação especial, a não ser quando a mulher é com-merciante, e, até ser publicada a lei de í> de Fev. de 1893, a separação de corpos não fazia cessar a incapacidade. O código italiano é mais liberal, mais favorável á personalidade da mulher. Mas podem

(6) LAFAYETTE,—*op. cii.,* § 49.°; *Projecto,* art 259."

todos esses systemas jurídicos ser englobados numa só classe: o da incapacidade restricta-da mulher casada'. E aos codijíos citados podem ser accrescenta-dos os dos cantões românicos da confederação helvética, Genebra, Vaud, Valais e outros.

1Tm outro grupo de códigos submette a mulher a uma incapacidade completa, collocando-a sob uma verdadeira tutela. Mais ainda, sua incapacidade não pôde ser levantada, como no direito pátrio, nem de modo algum attenuada porque, explica-nos o professor BRIDEL, «é uma disposição de ordem publica, consequência forçosa e inevitável do matrimonio (7). E' assim em Zurieh, de cujo código já extractei as principaes disposições a este respeito (8) e na maior parte da Snissa germânica.

Ainda outras legislações assignalam uma tendência mais accentuada a dar franquias á mulher casada, alargando o circulo de sua capacidade, sem comtudo afastar a intervenção marital. É, julgo eu, o systema que melhor traduz os votos dos civilistas sensatos e desprendidas de influxos de seitas. Citarei deste grupo, a lei noruegueza de 20 de Junho de 1888. Esta lei, no art. 11.°, diz: «A mulher ca-| sada tem a mesma capacidade que a solteira e pode dispor de seus bens, com as restricções que na pre-

---

(7) *Derechos de la mujer,* — Madrid, 1894, pa-| ^ina 63.

(8) *Vide* o § 27.°, II.

sente lei se estabelecem» (9). Quanto áo código de Neufcliatel e ao allemào, contêm um systema indeciso que OH approxima dos três grupos indicados; mas. certamente, por suas concessões á mulher, podem ter ingresso neste terceiro agrupamento.

A extrema esquerda é representada, neste assumpto, pela Inglaterra e pelos Estados-Unidos da America do Norte, a que se poderiam ajunctar o direito allemào commum e alguns estatutos particulares, si a unificação do direito civil nào tivesse tomado outra orientação.

A *common la/m* ingleza eliminara de modo absoJ luto a personalidade jurídica da mulher casada, que ficara absorvida na de seu marido. Até por crimes delia respondia elle. De 1870 a esta parte, tem-se operado no direito inglez um forte movimento feminista que já forçou as portas de gonzos perros da legislação, hasteando alli o rubro estandarte da lei de 18 de Agosto de 1882. Estando no fundo escuro do valle, onde se projectavam espessas as trevas da edade media, o direito inglez, de um jacto, por assim dizer, galgou o cimo da montanha. Segundo o novíssimo direito inglez. -a mulher pôde

(9) Em Genebra, a lei de 7 de Novembro de 1893 concedeu á mulher casada o direito de dispor livremente do producto de seu trabalho pessoal *(Annuaire de lea. étranqkre,* lois de 1903, pags. 635 - 636).

realisar por si, livremente, todos os actos da vida civil», diz-nos ERNESTO LEHR (10).

Nos Kstados-Unidos da America do Nort ■ ha grande variedade legislativa a este respeito. Ora encontra-se a restricçào da capacidade feminina, ora] a independência do novo direito injrlez. E!, porém» esta ultima forma do direito que se vae accentuando e dilatando (II).

(10) LEHR, — *Droit civil anylaw; Grande enci/clt-pédie,* verb. femme mariée ; BRIDEL, — *Dereclios de In ímijer,* pag. 76 ; SANCHES ROMAN,— *Derecho civil,* V, 1." parte, pag. 296. A lei de 1882 foi ligeiramente modificada pela de 5 de Dezembro de 1893 *(Annuaire*$_{vi}$ leis de 1893, pags. 9-10).

(11) A lei de 1 de junho de 1896 paru o distrícto da Columbia reflecte esta feição do direito novo. Transcreverei alguns de seus artigos :

Ari. l.° Todos os bens, moveis ou immoveis que uma mulher possa ter no distrícto da Columbia, seus rendimentos e acquisições de qualquer natureza, sejam a titulo gratuito ou oneroso, constituem, apezar do casamento, sua propriedade exclusiva *(lier mie and aeparate property)* da qual nào poderá dispor o marido.

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

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

Na Allemanha, enoontravam-se *Landrechte* que submettiam a mulher casada a uma tutela marital rigorosa *(ehelkhe Vormunrtschnft),* similhante á (lue estabelecem os códigos da Suissa jrermanica. Ao contrario, pelo direito allemào commum (12) o por alsuns estatutos particulares, a capacidade da mulher nào se restringia, em sua face económica.

Art. 4.° A respeito de seus bens, a mulher casada tem, para contractar e 'comparecer em juízo, quer como auctora quer como ré, a mesma capacidade que a solteira. Somente quando o acto jurídico interessar também ao marido *è* que este poderá agir juntamente com ella.

Sobre este assumpto é digno de consultar -o livro de LEUR, — *Êtude* *ur le droit civil des Etat*- Cais de V Amérique du Nord,* 19015, n.° 34 e segs.

(12) Direito commum aliemão *(DeuUchea tiemein-recht)* era o conjuncto das regras e principios tomados ao direito romano, aos antigos costumes germânicos c ao direito canónico (GLASKON, — *Le mariage civil et le divorce,* pag. 106; AMIATTD,— *Législationx civile*,* pag. 2(5: ROTH, — *System,* I, .pag. 5.

O código civil em vigor não considera a mulher incapaz. O homem e a mulher, na vida conjugal, são associados de direitos eguaes. Si ao marido pertence a decisão em todas as circumstancias da vida e a determinação do domicilio da família, a mulher pôde recusar a sua adhesão ao resolvido pelo chefe da sociedade domestica, quandoelleabusa de seu direito (art. 1:3õ-l.[1]). A direcção do lar é um direito da mulher, e, para melhor se desempenhar de suas funecões de sacerdotisa do

em consequência do casamento. Só não podia ella dispor de seus bens próprios e de sua parte dos communs. eniquanto seus actos de •disposição «se oppuzessem aos direitos conferidos ao marido pelo regimen de bens adoptado. Os negócios .jurídicos unilateralmente realisados pela mulber não eram absolutamente nullos. mas não podiam ser validos na constância do casamento, si se referissem a bens delia que se achassem sob a administração do marido» (13).

Outros Landrecbte aliemães não reconheciam mais a tutela marital, porém conservavam quasi inalteradas as consequências que delia promanavam. Assim é que, perante o código prussiano, o bavaro. o saxonio, e o wurtemberguez, os actos jurídicos que a mulber praticasse desacompanhada de seu marido eram, em regra, nullos, excepção feita daquelles que por lei lhe fossem facultados, o numero do* quaes não avultava muito (14).

lar, lhe confere o código o *poder domestico (Schuenselgewalt)* (art. 1:357.°). Oonsulte-se ENDEMANN, II, §§ 169.° -170.° *F*

(13) ROTH, - *Sy*tem,* II, § 61.°, pag. 22.

(14) ROTH, —*op. cit.,* pag. 21. Para não alongar desmesuradamente este paragrapho, evitei referencias áquelles systemas jurídicos que, por seu afastamento, atrazo ou outras circumstancias, pudessem ser olvidados sem real prejuízo para as deducções a tirar. Julgo, entretanto, de interesse, dar

A lei dinamarqueza-noruegueza de 7 de Abril de 1899 declara a mulher casada plenamente capaz, como a solteira, para realisar, por si, os sons negócios jurídicos. Somente para obrigar-se pelos actos do marido necessita de auctòrisacão do juiz (15).

conta, em poucas palavras, do que existe em relação ás mulheres muçulmanas, que. geralmente, se suppõem reduzidas a uma escravidão mal disfarçada, mas que. segundo mias LuOT GARNKTI *(Uineteenth Century),* são verdadeiras companheiras do homem, pois que o Korân diz: — • Entrae felizes, vós e vossas mulheres, no paraizo (XXX, III, 35). Em relação ao assumpto do paragrapho, affirma a citada escriptora que a mulher casada tem a livre disposição dos bens que lhe pertenciam antes do casamento e d'aquelles que lhe são adquiridos depois. Sem intervenção directa de seu marido, pôde intentar uma acção judiciaria e sustentar, perante a auctoridade competente, a defeza n'um processo que lhe mova alguém. Pode mesmo pleitear sua causa perante os tribunaes civis e oríminaes, e, accrescenta a douta informante, quasi sempre sáe-se galhardamente da tarefa. Veja-se também MARIE LETIZIA DE RUTE. —*Letlreà d'une vogageuse* na *Recue internationale,* 1897, jmg. 95 e segs.

(15) *Yahrbuch* der internationalen Vereinigung fuer vergleichenden Rechtewissenschaft, 1904, pag. 661.

8 29."

A QUESTÃO DA MISOUYNIA E DA PHILOGYNIA

Examinando os efleitos do (casamento sobre as relações pessoaes reciprocas dos cônjuges, determinando os direitos que a cada um compete, os deveres a que se acham submettidos, assoma ao espirito a debatida questão a que allude a inscripção deste paragrapho e que não julgo, de todo, extranha a um livro de jurisprudência, embora não tenham poJ habito os juristas eommuns fazer destas digressões, preoccupados como se acham com as minúcias da analyse a que submettem a letra e o espirito das leis escriptas.

Consoante este meu modo de ver, examinarei ligeiramente o assumpto.

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

Não quero intervir no debate como enthusiasta que se arregimenta sob uma das bandeiras. Não cabe aqui o grito apaixonado, mas simplesmente a phrase eommedida e fria da sciencia, que pode errar, porém nunca exaltar-se, abalada pelos ímpetos emocionaes da paixão; que deve ter a firmeza dos convictos, porém nunca as iIlusões dos fanáticos.

Afaste-se, desde logo, a questão politica, porque nada tem que ver com ella este livro, e é muito possível que as feministas por dever do sexo cedam de suas pretenções a essa colmeia de intrigas (pois importa nisso a politica pratica da actualidade) si tiverem de compral-as pelos duros labores da guerra, não sendo justo que tenham as vantagens da direcção social aquellas pessoas que não tiverem os incommodos de sua defeza, quando ella periclitar.

Como era natural num século de zyraosis scien- 1 ilica. foram chamados os biologistas a pronunciar-se na questão feminista, cabendo-lhes dizer si a natu-' reza apoiava todas as ambições que agitavam os es píritos, si, anatómica e physiologicamente, 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 elle se tem de purado, é certo, e também exgottado. Os hospí cios regorgitam e a degenerescência vae lavrando, filha da exhaustão, pelas creações da mente hu mana. *i"Q<l*

0 cérebro da mulher pesa menos do que o do homem, disseram sábios consultados (1). Porém outros, não menos competentes, disseram que essas 130 ou 150 grammas de differenca em favor do homem, se compensavam pela differenca do volume, desfazer)do-se a desegualdade apparente numa egual-dade real.

Voltaram á carga os rebatidos misogynistas, declarando que, na mulher, os lobos frontaes eram reduzidos e os parietaes excessivamente desenvolvidos, ao passo que no homem, eram os primeiros que occupavam maior espaço, em prejuízo dos segundos. Ora, sendo os lobos fronlaos a sede da intelectualidade, residindo nos outros a motilidade o a emocionalidade. a inversão era favorável ao homem corno ser intelligente.

Mas todas essas afli ri nativas foram derruídas pelos estudos de BROCA, EBERSTALLEK O CUNNKHIAM.

Um joven brasileiro, sábio ainda no verdor da mocidade, tomando parte na contenda, affirmou depois de CLEMENTE ROYEU o outras notabilidade* eu-| ropéas, mas com abundância de argumentação admi-

(1) Eis, segundo BISCHOFF, citado por LOMBROSO o peno comparado do cérebro da mulher • do homem:

Máximo.....	1.925	1.565
Médio.....	1.018	720
Mínimo.	1.362	1.2 li)

ravelmente erudita e preponderantemente original, que a inferioridade intellectual feminina existe, com seu *sithstratum* cerebral, por eITeito das forças combinadas da adaptação e da hereditariedade. 'A mulher pouco precisou do cérebro, resume elle, pouco serviu-se delle, por isso pouco se desenvolveu cere-bralmente. A biologia nos ensina o mechanismo das atrophias por inacção. A dysteologia multiplica os exemplos das reducções anatómicas, uma vez supprimida a necessidade funccional. A selecção explica-nos a lei que, na génese dos organismos, preside á eliminação dos elementos e órgãos inúteis» (2).

Mas me parece que o illustre escriptor, como seus confrades europeus', faz'repousar a discussão sobre um *mal entendu.* A verdade histórica é, incontestavelmente, que o homem tem chamado a si

(2) Lívio DE CASTRO, — *A mulher e a Soeioyenia.* Este livro, editado em 1894, foi escripto em 1887.

BSTELLITA TAPAJÓS colloca-se no mesmo ponto de vista, para explicar a pretendida inferioridade intelleotual da mulher, a A mulher teve de retardar-se em .sua evolução psychica, principalmente por seu afastamento da lueta que foi o que assegurou ao homem a supremacia mental, acerescendo mais que sua cultura teve de fazer-se para o lado da emocionalidade e do instincto que era favorecido pela sua característica sexual *(Ensaios de philosophia e scieneia,* S. Paulo, 1894, pag. 17).

mu quinhão mais vultuoso na partilha dos direitos, que a educarão da mulher tem sido parcimoniosa, sol) o ponto de vista do desenvolvimento intellectual. de modo que, nesse terreno, sua actividade não se tem podido expandir com o vigor de que talvez possa dispor, a não ser talvez na Inglaterra e na America do Norte, onde as *spinsters* se acham desembaraçadas de todos os obstáculos que empecem a espontaneidade das mulheres em outros paizes. Admittindo que dessa educação atrophiante resulte um apoucamento mental transmissível pela hereditariedade, o que se conforma com as presumpeões scientiflcas melhor fundamentadas, julgo indubitável que não seria somente a mulher a prejudicada, mas conjunctamente as duas parcellas em que o sexo divide a humanidade. Que hereditariedade unilateral é essa que accumula na cellula germinativa que tem de ser a mulher, exclusivamente as qualidades adquiridas que vêm do elemento feminino? Não comprehendo muito essa mysteriosa operação de analyse e separação, contra a qual protestam as fusões ethni-cas observáveis por todos os olhos, 0 que é natural é que os dois elementos, o masculino e o femi-1 nino, se combinem em dosager. variável, o que não recusa nem poderia recusar o Dr. Lívio DE CASTRO. Si assim é, o resultado será, visivelmente, um | desequilíbrio produzido pela adaptação de cada ge-[ração que vive e se educa impulsionando as faculdades mentaes do homem e recalcando, por falta de exercício, as da mulher, mas um desequilíbrio se-

guido lojro dé um restabelecimento de egualdade. em virtude da herança (jue realisa a confluência das duas correntes. Cada geração herdará, de seus pães qualidades progressivas, intellectualidade apurada, e, das mães. qualidades conservadoras, e todas as que formam a rutila grinalda das mães e das esposas, mas todas fundidas e distribuídas a esmo pelos dois sexos, produzindo, ás vezes, phenomenos de terato-login moral capazes de impressionar dolorosamente os observadores mais preparados para receber as surpresas da natureza. K assim, o que a adaptação aceentúa, vem ser diluído pela hereditariedade. Essa é a these geral; os pormenores trazem complexidades que não podem ser destrinçadas com facilidade. Nem delles havemos agora mister.

Si. portanto, a anatomia e a physiologia assigna-lam differenças cerebraes nos dois sexos, essas não se explicam por acquisições seculares; eis a conclusão a que forçosamente sou levado, e julgo-a rigorosamente lógica. Além disso, os biologistas vacillam, o se inclinam, nestes últimos tempos, a negar a existência dessas differenças apreciáveis e capazes de servir de base a uma theoria, porque devem ser ellas antes rellexas do que essenciaes (3).

(3) MAEBIUS e LOMBROSO mos-tram-se, entretanto, irreductiveis. A mulher, dizem elles, tem o craneo menor, que o homem, quer absoluta quer relativamente. Sua moral deriva do sentimento e não do raciocínio.

Mas, que a mulher não foi talhada para as mesmas tarefas que o homem, para funcções civis e domesticas absolutamente eguíies, tenho por irrecusável. Basta attender para a orgaoi sacão physica de ambos, que dessa dissimilhança estática resultam forçosamente differenças funccionaes, umas physio-^ lógicas, outras puramente psychioas. Como desco-nhecel-oV Forque não affirmal-o?

O homem, por sua própria organisação, será mais apto para certos misteres, terá capacidade maisj valiosa para certa classe de actos, mas não conseguirá egualar sua companheira em muitas outras ap-plicações de sua actividade. A este respeito, adopto as conclusões de Varigny quando escreve: «Essa differença é de ordem natural: é inevitável e neces-

O amor e a devoção lhe fazem praticar milagres, mas-raramente possuem o sentimento do justo. Sua memoria é fácil e sua intelligencia prompta, mas suas faculdades não realisam as promessas que fazem. EUa será sabia sem comtudo conseguir inventar novos me-i liodos.

Como se vê, são antigas affirmações que se reeditam.

A razão dessa inferioridade mental da mulher, diz LOMBROSO, não deriva da escravidão intellectual em que tem sido conservada, mas do facto de terminar mais cedo do que no homem a sua evolução mental. A mulher tem apenas trinta annos de vida completa. *Revue,* 1904, Aôut, pag. 375.

saria. Ella comporta um elemento mental: seguramente a intelligencia da mulher é de ordem diversa da do homem; mas a differença é de ordem, de natureza, e não de grau. Não se comparam elementos differentes. um ancinho e um pente, por exemplo; cada um tem sua funcção diversa e não ha razão .para collocar um acima do outro» (4).

Consequentemente, si a campanha feminina corresponde a uma real necessidade, e uma educação mais adequada deve. com justiça, ser concedida á mulher, e ahrir-se-llie mais vantajosa situação na sociedade, é visível que os exaggeros a que levam as paixões e o partidarismo ferem de frente a própria natureza. Ah! mas quam duramente se vinga ella dessas affrontas, deliquescendo as energias do grupo social que lh'as assaca por systema, ou, pelo menos, retribuindo-o com verdadeiros phenomenos de teratologia moral ou social! Esse terceiro sexo da sociedade ingleza actual, segundo a feliz denominação de FERRERO é um caso bem digno de reparo. A elle devem-se, no pensar do citado eseri-ptor, muitos ridículos a que não tem podido fugir a grave e digna sociedade britannica. Essa doentia sensibilidade que não tolera os ligeiros maus tractos

(4) *Recue de* Reme».* 1895, Janeiro, pag. 20. No mesmo sentido pronunciou-se BENEDICT, o eminente professor da Universidade de Vienna *(La ijuextion feminine, Reviu oit.*, 1305, Agosto).

a uni cão (5), mas que se não oommove com o mor-ticinio dos rudes africanos e dos ingénuos asiáticos que os batalhões inglezes heroicamente varrem a metralhas, não é tanto um ridiculo quanto um phe-nomeno revelador de accentuado desequilíbrio nas faculdades mornos.

E não são somente os críticos e sociólogos ex-trangeiros que nos dão conta desse estado de incon-gruência em que se acha o espirito da sociedade ingleza. (ÍKOROE BARLOW, por ter nascido na Inglaterra, não teve os olhos embaciados para vol-a também sob todos os seus aspectos e e.xpol-a, em termos acres As vezes, mas nunca injustos. Tudo isso é ridículo, exclama elle depois de uma resenha de factos mais ou menos extravagantes, «mais até do que ridículo, — escandaloso! >

E qual a causa desse desequilíbrioV

A inlluencia das *spiíil&rs,* afíirma-nos FKUKKRO, as quaes desliguram o sexo, fazendo-se quasi homens.

Olhemos do frente a natureza o amoldemol-n ás necessidades sociaes sem dosvirlual-a. EUa está claramente dizemlo-nos qué imlividuos d i floroulo-

(5) FEBRKIBO,—*Rcvue cit.* MARIA (JORKLLI,—em *The mwder of Dilicia,* e em outros livros, encara :tl questão por outro aspecto, mostrando o esforço digno de algumas nobres e inteligentes mulheres, a luctar contra os preconceitos que as torturam.

mente conformados estão destinados a funcçòes differentes. Na família, perante o direito, a mulher deve ser egual ao homem, cabendo a cada um desses dois seres uma esphera própria de acção, dentro da qual se movam de harmonia, porque synergica mente] impulsionados devem ser os dois elementos funda-mentaes do organismo la mi liai.

Mas, si nina divergência se levantar no domínio em que coincidir a competência de ambos, é natural que a um caiba a decisão ultima, si o negocio não fôr daqiielles sobre os quaes deva intervir o poder judiciário. E si o homem é o director da sociedade domestica, si sobre seus hombros pesam as prinei-paes responsabilidades dessa direcção, por isso mesmo que tem o espirito mais judicioso e a constituição mais solida, como nos diz SPENCKR, é forçoso que a elle seja conferido esse direito.

E para concluir, seja-me licito transcrever desse notável pensador, um trecho que, por sua lucidez, consubstancia quanto poderia dizer uma larga discussão, embora me pareça que a acção do meio não permittiu que o philosopho desse á sua doutrina toda a largueza liberal que era de esperar: Quando recordamos que, partida dos últimos graus do estado selvagem, a civilisação chegou a isemptar a mulher dos labores do ganha-pão e que, nas sociedades mais adiantadas, se adstringem ellas, unicamente, ás oc-cupacões domesticas e á educação dos filhos, podemos achar extranbo que, actualmente, ellas se queixem, como de uma injustiça, que sua actividade se

ache restricta. aos trabalho» do interior, e reclamem o direito de concorrer com os homens em todas as oocupacões do exterior. Ksta anomalia provem, em parte, do excesso anormal do numero das mulheres...» K preciso consentir que todo obstáculo que lhes impede o caminho seja abolido: mas, ao mesmo tempo, é preciso aflirmar que nenhuma alteração essencial na carreira das mulheres, em peral, pôde nem deve ser trazida por essa abolição, e, mais, que é perniciosa toda modificação importante na educação das mulheres no intuito de tornal-as próprias, para o commercio ou para a industria» (0).

Não vejo razão para afastar-se, de modo systelinatico". a actividade da mulher, do commercio e da industria. Num e noutro campo tein-se ella revelado capaz "de lactar vantajosamente, encontrando

(6) SPENCEB,—*Soeiologie,* II, pag. 414-415. 0 novo livro de ALFRBD FOUILLKE, o insigne escriptor da *Psychologie de» ideei force»,* confirma as asserções sustentadas neste paragrapho, pois demonstra, por um engenhoso estudo de ethologia, que o sexo masculino se caracterisa pelo movimento e pelo dispêndio de energias a que é conduzido pelas necessidades orgânicas, emquanto que o sexo feminino se caracterisa pela reserva, pela economia que conserva e accumula. A mulher, por isso, é mais paciente e o homem mais explosivo. Porém as funcções de ambos, embora diversas, são solidarias, embora individualisadas, são inter-pendentes, embora irreductiveis entre si, são equivalentes *(Teinpérament et caractere,* 1895).

recursos para tnanter-se com dignidade o para prover ás necessidades da prole, quando lhe falia o arrimo do marido que a morte arrebatou ou que o vicio levou de arrasto.

TEIXEIRA BASTOS fa/. a este respeito umas ponderosas observações sobre as boas disposições femininas para as concepções artísticas onde prepondera o sentimento e acbn que afinal, reconhecida a egual-dade das funccões dos dois sexos, sob o ponto de vista social, desapparecerá «a inferioridade politica e domestica da mulher, sem comtudo se cahir no exaggero contrario > (7).

8 30."

OUTKOS BFFEITOS PESSOAES DO CASAMENTO) INFLUENCIA SOI1IMO A .NACIONALIDADE; EMANCIPAÇÃO

Foi objecto de longos debates e de duvidas sempre renaseentes a perda da nacionalidade da brasileira que se casasse com extra ligeiro, imposta pelo art. 2." da lei de 10 de Setembro de 1860, em virtude das palavras do seu edicto: — *seguirá a condição deste* (do marido extrangeiro) e, — *si enviuvar, recobrará a sim condição brazileira.* 0 decreto

(7) *A família,* pag. 210.

11." 3:509 de.6 do Setembro de 1865 insistiu nu! inesnia doutrina. Mus. preceitos de lei ordinária *o de regulamentos, não podiam tnes ediclos derrocar! um principio estabelecido na carta constitucional do império; o sempre solTreu contestação a constitucionalidade da lei de 10 de Setembro de 1860. Vindo a Republica e sendo votada uma outra con-stiluição. na qual não se cogita dessn espécie de ilesnacionnlisação, menos consistente ainda ficou a doutrina da cilada lei (1).

Mas. si não quer a Constituição federal que a bra/ileira perca a sua nacionalidade pelo facto de niiir-se matrimonialmente a um oxlrnngoirn. lirmou, por outro lado, uma legitima inlluencia do vinculo nupcial sobre a acquisição da cidadania brasileira. considerando cidadãos braziloiros, si não manifestarem intenção contraria, os *exJrnnyeiroH qtte possuírem bfim immove-ia no Jlrnzil e forem castulox com brnzileiriut* OH *limem filhos brasileiros* (artigo 6íl.", S 5.°).

Outra orientação tom seguido muitas das legís-

(1) Resulta a conclusão acoeíta no texto, nau somente do art. 71/, § 2.", que nâo se refere á perda da nacionalidade pelo casamento, mas ainda do art. (59.", { õ.°, onde He fala de *txtranyeiro** casados com *brasileira**. No em tanto, o *Projecto,* art. 8.°, § 2.", da lei preliminar tenta ainda galvanisar o princípio derogado •la lei de 10 de Setembro de 1860. Xfto «M «MM a orientação do *Projecto primitiro.*

laeòes europèas com as quaes se harmonisa o direito norte-aniericano: a mulher casada adquire a nacionalidade de seu marido (2).

Com a entrada na vida oo ijusral, constituindo o homem e a mulher uma la mi lia cuja direcção 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 individuo sob o pátrio poder, embora já progenitor de larga descendência (3). O código phi-

(2) Código civil portuguez, art/ 22.°, § 4.°; hespanhol, art. 22.°; francez, art. 9.°, modificado pela lei de 26 de Junho de 1889 ; italiano, art. 14.° ; russo, art 102.° ; lei ingleza de 2 de Maio de 1870; WHAB-
I TON, —*Private internacional late,* 2.°ed. § 11.°; BLUNT8-CHLI,—*Rfvue de Droii htternational,* 1870, pag. 107 : DESPAGNET,— *T)voit -inter, prirrí,* n.° 258. Veja-se, sobre este assumpto, um interessante artigo de RIVAROLA, no *Buletin argenlin de droii international prive,* 1906, pag. 19 e segs.

(3) l*or direito romano, o pátrio poder extinguia-se, exclusivamente, pela: morte do chefe da família, pela *rapiíin diminutio* máxima ou media, quando o filho exer cia certas fim ecoes publicas de alta consideração, quando era solemnemente emancipado pelo pae. quando este o dava em adopção a outrem. *Vide* ENDEMASN, — *Einf.,* II, § 170.°, n.° 2 e nota 13.

lippino deliberadamente afastou-.se da theoria romana, concedendo a emancipação, de pleno direito, pelo lacto do casamento, sem que cessem os seus effeitos peln viuve/ (4). No mesmo sentido se aflir-m.iin. em sua generalidade as legislações modernas (õ). Mesmo na Rússia, onde o *Svod* impera, severo e rígido, o casamento emancipa ou pode emancipar os filhos, e restringe o pátrio poder em relação ás filhas, porque uma pessoa, explica a lei, não pôde estar, ao mesmo tempo,, submettida a dois poderes illiinitados. o dos pães e o do marido (6). Na Alle-manha, discutiam os escriptores sobre si a doutrina romana encontrara acceitacão no direito commum. e, dos *TMUrfreohtP;* uns tinham a emancipação como consequência forçosa do casamento para ambos os sexos (Baviera. Bremen, etc). ou. siquer, para o fe-

(4) Ord. 1, 88, § 6.°... «porque, segundo stilo de nosso Reino, sempre, como o filho é casado, he havido por emancipado e fora do poder de seu pai.» *Projecto,* arts. 9.°, § único, II, e 237.°

(5) Código civil francez, art. 476.°; hespanhol, 314.°, §]."; portuguez, 304.°, § 1.°; italiano, 310.°; das províncias bálticas. 225.°; lei polaca de 1825,| 467.°; código chileno, 266.°, § 2.°; argentino, 131.°;| uruguayano, 258.°, § 2.°; mexicano, 590.°; boliviano, 248.°

(6) LiSHli, — *Droit civil rusue,* I, pag. 103-104. Os detalhes não cabem, de modo algum, neste momento. Deslisarei por entre elles sem afctritos.

—

o*011 § 'II a $_0$*IS § 'I 'AJ3T —-SínrHaaiia (g) '61 •^{g}«$^{'d}$
'Ç $_0$$^{'a}$ VT6 § 'II •"»-*% — 'HXOH (i)

■ S OJ I I J j JSUI so .jri-ino.iiuniBu
-tfdp 9p íM1.id qpS $^{'}$OBâOUj1Sip 1! Olíl|lO| OJII1III .IC.VOJ [OA
-fssod <ies OMII i: opoiu op ísijossQcl *m* uioo SBpwôiqaai -ue
ojiiouii:uir|ui mnipi: as ˜O.IB.I OBU ^{k}anb a samoadsa rfBUUOu
i! uiajjâuiqiis as anli •si.-.iiiuoiio.ia sao.nqo.i .quanquiuía ')||0|>
iiii;m:iiio.i$_{(}$] •rioiíiijiiu.» so QJJtía sauos -sad sao.')T?|a.i
adiamos uuiJffjo umi npiaiiiBsiM o

saoíirsiop MIIJ-KM KY:>II\<I\O.>M SMC/IVIMU

.ie s

*.IUI||I1UI l!!J Ulj.iudj.)
•uuuia i: is jod .HiMiu<q.q> opiouirjHU.j o oiib anpupB uijii
',,•(_!/.] 'j.iii -i;!.i|sii\'|j ||AI.) ujfipu.) o UioquiBj,
*(K) sui.ido.id suaq suas op o|.»iuj -
IIKII u ■sa.iiquiaiío.id sop ()]iiaiiii)iiassi! uio.) opBjqo[-00
O|II.JIIII!SI:.) o[dd 'a.nnlqi: (qur|a.i]ua 'aiib .ioi|[iiiu u ojqos
ajuauii!Ajsiq.»xa mai!.>a.i OBOBAOUIU iwsop SBE) -iianbasuo.i
si? \ionuu upuuiil) o|iiaiiu:si;.> o opi)|iuj -.iad .i ajuauios
iiiauioq OB oiuo.> SIMII *opB(op o]sod IOJ <qiianii{si!:i rqad
oij.iiidj.jiníiua tip uaiin:ui.iaí> oídio -III.KI o 'soSafUGO sop
apupujiidua BU ojiiauiiíni: uuiui
-.ld|Op OIMI 0|(ia<lll!SI!.> O ||!U|.)i: [IAI-J OIÍjpO.) *0\<ô,]*
'((_) (BIIIOXIXJ 'IÍISSII.I$_C$J) apiqq.ioiuui B
JBjnpjed iiiHABxjap so.ijno •(«.iá<|uia|.m\\) ouiuiui

ÇfSf. VriUVY.1 V(l OJ.K-ISIKI

0 conjuncto dos princípios jurídicos que regulam as relações económicas dos cônjuges constitue o que se denomina — *regimen dos bens no casamento.* í)a lei ou da convenção originam-se esses princípios.,: pelo que o regimen será *legal* ou *convencional.*

Mas relações de caracter económico existem que, embora muito influenciadas pelo regimen dos bens, por elle modificadas ou delle dependentes, formam, não obstante, categorias distinctas. exigindo um tractamento á parte, embora perfunctorio e destinado apenas a dar maior aceentuacão ao posto que na vida família! assumem os dois consortes. Refi-ro-me particularmente á *faculdade de fazer doações* e ao *direito successorio* entre cônjuges.

§ 82."

DO REGIMEN DOS BENS NO CASAMENTO

A ord. 4, 4fi, permitte que se façam quaesquer convenções antenupciaes para regular o modo de administrar e dispor dos bens de ambos os cônjuges na constância do matrimonio. A essa ampla liberdade do velho código philippino, apenas oppõem-se as restriecões que nascem da offensa ás leis, aos bons costumes e aos Uns naturaes e sociaes dò casamento. Si clausulas, por esses motivos, iIlícitas, forem addicionadas ao pacto antenupcial, pelo qual se hão de

regular as relações económicas ou não. eutre os cônjuges, ter-se-ão por não escriptas; e. a n nu liadas ellas. niillas serão todas as estipulações delias dependentes: nias subsistirá o pardo em tudo o mais que fôr substancial e d es relacionado eora as partes viciosas (1).

O dec. de 24 de Janeiro manteve esse preceito, irias não sem restringil-o. impondo o regimen dotal. em alguns casos, e o da separação, si se tractar de esposos divorciados que se reconciliarem (arte. 58.", 59." e 89.").

Esta liberdade para a regulamentação contra-ctnal do direito dos bens no casamento, que é ga-rautida por nosso direito e que não nos veio da legislação romana, teve ingresso na maior parte dos systemas jurídicos dos povos occidentaes; na Alle-manha (cod. civ., art. 1:432.°), em França (cod. civ.. arts. 1:387.° • 1:389.°), na Hespanba (cod. civ., art. l:31õ." e segs.), em Portugal (cod. civ., art. 1:096."). Outras legislações, ao contrario, não deixam á livre disposição das partes a determinação do modo pelo qual se devem regular os bens que levam para a vida conjugal ou durante ella adquire. 0 legislador julgou prover melbor ás necessidades e interesses de todos, estabelecendo um regimen ao qual se têm de subinetter os que se conjugam pelo matrimonio.

(1) LAFAYETTE, — *Dir. de família, p&g.* 105 ; código civil portuguez, art. 1:103.°

d28 Na Suissa, a liberdade dos pactos antenupciaes hão existe em muitos eantões, ou porque não se.faculte aos esposos derrogarem o regimen legal por um contracto, e esta p a regra geral, ou porque se exija a homologarão do juiz, como em Zurich e Ap-| penzel. ou, fínalmente, porque os limites da liberdade contractual são muito restrictos como no cantão dos (írisões (cod., art. 47.°). Naquelles Estados da união norte-americana, onde ainda vigora a *coni-mom lan*\ a lei toma a si, egualmente, regular as relações económicas dos esposos. O código civil argentino também deve ser incluído neste grupo, porquanto só permitte que os cônjuges façam convenções antenupciaes, para designarem os bens que cada um possue ao tempo da celebração do casamento; para reservarem, a favor da mulher, a administração de alguns bens de raiz seu: para Urinarem as doações que o marido fizer á sua consorte, ou as que ambos se fizerom dos bens que deixarem por morte. Fora deste circulo, não é admissível convenção alguma outra sobre os bens dos cônjuges (art. 1:217.° | e §§). Na Itália, a liberdade concedida aos esposos pelo art. 1:378." soffre a limitação consagrada pelo art. 1:433." Não podem elles estipular a commu-nhão universal de bens.

Os contractos antenupciaes devem ser lavrados por escriptura publica, anterior ao matrimonio e não poderão ser alterados na constância deste. É a doutrina de nosso direito, com o qual concordam, em grande maioria, os códigos vigentes. Citarei o fran-

(•PZ, arts.'l:894."-l:89õ.", o portuguez, 1:097."-1:105.". o argentino, 1:217.°-1:219.", o cliiJp.no. L:716."-1:722.", o italiano. 1:883.° a 1:385,", o liespanhol, 1:820.° a 1:824.°, p o uruguayano, l:91o.°-1:918."

Estes princípios, no emtanto, não vigoram para a Allemanha. cujo código civil, art. 1:482.", tolera (|UP os pacto.[w] reguladores rio regimen de berís se alterem e se dissolvam respeitando-se, todavia, os direitos adquiridos de terceiros.. A mesma doutrina, quanto á possibilidade de sua alteração e dissolução dos contractos matrimoniaes na constância do matrimonio, com resalva dos direitos de extranlios, depreiiende-se do silencio do codijro civil d'Aus-tria (2).

H Também o código civil mexicano, ar Is. 1:979.° e 1:980." admitte que os pactos reguladores da vida económica dos cônjuges sejam celebrados e alterados na constância do casamento.

Mas, dada a inalterabilidade dos regimens de bens.no casamento, será admissível fazel-os modificar por condições suspensivas ou resoluto rias? Parecerá talvez extranha a interrogação; mas, uma vez que LAKAYETTK julgou possível a subordinação da comuuinbão a uma condição resolutiva, é licito que seja formulada a pergunta em termos geraes, porque não ha motivo plausível para admittil-a em relação a um regimen, excluindo-a dos outros. Portanto de

(2) RoTH, — *System,* II, 93, nota 11.

v

TOVS;

novo levanto a interrogação: é possível modificar os regimens dos bens por meio de condições resolutoria» ou suspensivas? Apezar'das conhecidas hesitações do indigesto cansidico «de curta intelligenoia e nenhuma plulosapbia» que. por instincto, adivinharam «os Bernardos e os Cruzios», no dizer de ALEXANDRE HEUCULA.NO. e apezar da concessão de LA-FAYETTE (3), julgo que a questão não pôde ser duvidosa.

TEIXEIRA DE FREITAS mostrou que os interesses de terceiros estariam sempre ameaçados pela condi-1 (•ãn resolutoria de um contracto matrimonial, e da mesma disposição do dec. de 24 de Janeiro, art. 57.", pôde ser tirada a consequência da inalterabilidade dos pactos antenupciaes (4). Finalmente é doutrina geralmente-Jicceita entre os escriptores pátrios e fran-cezes que, pelo facto do casamento, tornam-se irrevogáveis as convenções relativas aos regimens de bens dos cônjuges (ã). E a condição resolutoria ou

(3) *Dir. de família,* pag. 115, nota.

(4) O *Projecto,* art. 235.°, consagra expressamente n irrevogabilidade dos pactos antenupciaes.

(5) TEIXEIRA DE FREITAS,— *Consolidação,* art. 88-.° e nota; C. DA ROCHA,— *Instituições,* § 256.°; B. CARKEIRO, — *IHr. civil,* § 133.°; MOURLON,—*Rep. écrite*.* liv. 3, T. 5, n.° 23 ; LAURENT, — *Cours ãémentaire,* n.° 384 ; código civil francez, art. 1:395.°; hollandez, 202.°; italiano, 1:385.°; *Projecto* COELHO RODRIGUES. 1977. Este ultimo só admitte uma excepção á regra

suspensiva redundaria em alteração do regimen adoptado.

I Os regimens de bens no casamento, embora a flertem modalidades diversíssimas (t>), reduzem-se todos a dois typos, o da communbão e o da separação, os (juaes, combinando-se, fazem surgir essa expansão polyinorphica de tantos regimens differen-tes consignados nos códigos e engendrados pelas convenções dos indivíduos.

da inalterabilidade: é a renuncia da communhão pela mulher, quando verificar que lhe é prejudicial. LAFAYBTTE, egualmente, faz uma só excepção em relação Lá communbão, sustentando, com sólidos argumentos, a irrevogabilidade dos pactos antenupciaes (§ 53.°).

(6) Os redactores do *Projecto* do código civil allemão, para darem idéa da abundância de soluções legislativas a respeito do regimen preferido, avaliaram em mais de cem os systemas vigentes nas raias do próprio império germânico. BBIDEL, professor em Genebra, a quem devo esta informação, accrescenta que, em proporção, a Suissa oflerece ainda maior variedade : «os 35 cantões de que se compõe a confederação têm regimen especial para cada um delles com uma população de três milhões de habitantes *(Derecho* de la mujer,* pags. 83 84).

§ 33 • DOAÇÕES

ENTRE CÔNJUGES ( )

Nosso direito recebeu do romano a desconfiança pelas doações entre cônjuges. Somente as tolera mediante as condições de revogabilidade, até á morte do doador, de annullaçào por superveniencia de filho e de rescisão por inofliciosidade (ord. 4, 65) (1). Esta inofliciosidade apparecerá quando o cônjuge doador fallecer, deixando herdeiros que se considerem desfalcados em suas legitimas. Estas devem ser completadas com os bens doados, e o restante será restituído ao cônjuge donatário (ord. cit. e *Consolidação das leis civis,* arts. 138." -139.°).

Consideram-se, no emtanto, como efticazes e-al coberto da revogabilidade os actos benéficos: 1.°, que não fazem o doador mais pobre, embora tornem o donatário mais rico; 2.°, que diminuindo o património do doador não augmentam o do donatário *X*

(*) Como este assumpto é mais desenvolvidamente traetado no meu *Direito das obrigações,* § 99.°, para elle remetto o leitor.

(1) Pelo *Projecto,* as doações entre cônjuges submettem-se aos preceitos do direito commum.

3.°, que constituírem doações módicas ou *inorlis causa* (2).

Quando o regimen do casamento *ê* o da com-IIIiinlião universal de bens, nào têm objecto, saio impossíveis as doações entre cônjuges durante a vida. Mesmo as anteriores ao casamento resojvem-se com elle, si não tiverem a clausula da incommunicabili-dade.

Nas legislações extranbas, encontra-se uma grande divergência. Acceitam umas a possibilidade das doações de que agora me ocrupo, regeitam-nas em absoluto algumas outras, emquanto um terceiro grupo se harmonisa com a doutrina da lei pátria (3).

| 34.°

I DIREITO SUCCRSSORIO ENTRE OS CÔNJUGES

No direito romano decemviral, a esposa, sob a *manu8* marital, era chamada á successão *loco fi-*

(2) D. 24, 1, fr. 5, § 16."; *Repertório da* ordena ções,* pag. 176; BORGES CARNEIRO, § 154.°, n.° 21, e sega.; I4AFAT8TTE, — *Direito* de família,* § 99.°

(3) *Vide* o cit. § 99.° do *Direito da* obriga ções.*

Mae, e, portanto, era herdeira legal na successão intentada de seu esposo. I)il-o, em termos positivos, ULPIAXO: *SHÍ hererJes sunt liberi quós in potestate liabnni ns, faw naturales guatn adoptivi item u-xor qwte in ituinu ost.* Não havendo convenção de mo-*nit8,* a mulher era, até certo ponto, como que ex-tranha á familia do marido, e, consequentemente, sem direitos hereditários em relação á fortuna patrimonial delia.

Com o desapparecimento gradual das formas solemnes de casamento, das quaes resultava a *ma-nns.* interveio o pretor deferindo a successão ao cônjuge sohrevivo, todas as vezes que o premorto não deixasse herdeiros que podessem invocar a 6o-*nornm possessio* na qualidade de cojrnados. Exigia, porém,,, o direito pretoriano que, no momento da morte do cônjuge successivel, subsistisse um *justam matrimonium* alim de ser concedida a 6o-*norum possessio nnãe vir et tixor.*

Com as innovações introduzidas por Justiniano no direito hereditário, tornou-se difíicil a successão dos cônjuges, porque os collateraes eram preferidos, sem dlstinccão de graus. Por isso mesmo, o imperador resolveu remediar, de certo modo, o mal, conferindo, á mulher pobre e indotada, o direito de sucoeder ao marido abastado. A quota hereditária, tomava, em tal circumstancia, a designação de *quarta uxoria,* mas sua. determinação quantitativa diversificava, segundo a qualidade e o numero dos herdeiros com os quaes concorresse a esposa indo-

fada. Si liavin filhos comiuuns em numero superior a três, a porção uxoria era uina quota viril no usufructo: si havia três ou menos de tros filhos communs, era de uma quarta parte, no usufru-<lo: si outros eram os herdeiros, «caberia á esposa uma quarta parte na propriedade dos bens deixados (1).

Ao marido pobre não julgou o imperial legislador que necessitasse de favores suecessorios. Bastava-lhe a concessão pretoriana'da *hononmi, posses-sio imáe vir PÍ tutor,* embora fallivel.

No direito germânico, a sorte das viuvas encontrou amparo em varias instituições, mormente no *Morgengabe* e no *tloario.*

0 direito pátrio chama o cônjuge sobrevivo ã successão do predefuncto somente na ausência de parentes collateraes até o decimo grau, exigindo, além d'isso, a cohnbitação ao tempo da morte (Ord. 4, 94) (2). E assim, na melhor hypothese, quando o regimen de bens acceito for o da comnumhão universal, a metade da fortuna commum poderá ir

(1) *NovtlUi* 53, cap. 6, *et* 117, cap. 5. I (2) A ordem estabelecida pelo *Projecto,* para a. successão legitima é a seguinte: l.ª os descendentes; 2." os ascendentes ; 3." o cônjuge sobrevivente ; 4.* os collateraes; 5." a União ou os Estados.

O *Projecto* primitivo, art. 1:772.° e segs., collocava o cônjuge superstite na terceira classe dos chamados

ter a mãos de pessoas já quasi extranhas á família, em prejuízo d'aquelle que talvez seja o principal factor delia pela habilidade com que dirigiu a fortuna conjugal ou mesmo por tel-a trazido em sua totalidade! Mas, na liypothese de um regimen de separação, será possível que um dos cônjuges se ache, por oeeasiào da morte do outro, na privação completa de bens. K, ao menos em attenção á fragilidade feminina, ao menos em attenção aos preceitos sociaes dominantes que 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.

Pensando assim, acho que mereceu todos os encómios de iIlustre CIMBAM O legislador italiano, quando se afastou do código civil francez, cujo art. 7(i7." tirmava doutrina similhante á do direito brazileiro. e, - animado por alto sentimento de justiça reparadora >, conseguiu organisar «a* suecessão dos cônjuges sobre uma base, ao mesmo tempo justa e racional, dando merecida satisfação ás intimas relações nascidas da tenacidade do vinculo conjugal, da coniniunhão de affectos, da participação assidua e connnum nos trabalhos da vida. do cuidado diu-

á suecessão, mas permittia-lhe concorrer com as duas primeiras, quando o regimen matrimonial dos bens não fosse a communbão.

turno e frequente, emfíiu, prestado á prole com-mum» (3).

São estas as disposições do código civil italiano, em relação ao direito do cônjuge auperstitc deante da successão íntestada do premorto: Art. 753." «Quando o esposo fallecido, deixa filhos legítimos, o outro esposo tem, sobre sua successão, o iisufructo de uma porção hereditária egual á de cada um dos filhos, incluído, no numero destes, o próprio cônjuge sobrevivente. Si vierem filhos na-turaes a successão em concorrência com os legítimos, o cônjuge tem o usufructo de uma porção egual á de cada filho legitimo. Esta porção de usufructo não poderá exceder á quarta parte da successão». í Art. 754." «Si não ha filhos legítimos, mas ascendentes, filhos naturaes, irmãos, irmãs, ou descendentes destes, o cônjuge sobrevivo tem direito á terça parte da successão em plena propriedade. Entretanto si o cônjuge vem á successão concorrentemente com os ascendentes legítimos e filhos naturaes, só tem direito a um quarto da sucees-são». Art. 755." «Quando o defuncto deixa outros parentes successiveis, a successão é deferida ao cônjuge por dois terços. Si o defuncto não deixa herdeiros successiveis até o sexto grau, a successão é devolvida ao cônjuge, por inteiro». Art. 756." «Si

(3) CIMBALI, — *La nuova fase dei diritto dvile,* pag. 257.

o cônjuge se acha em concorrência -com outros herdeiros, deve imputar sobre sua porção hereditária as vantagens resultantes de suas convenções matri-moniaes e os ganhos dotaes*. Art. 757." «Os direitos de successão concedidos ao cônjuge sobrevivo não pertencem áquelle contra o qual o defuncto haja obtido uma sentença de separação corporal passada em julgado».

Perante a successão testamentária, conservou o código civil italiano a qualidade de herdeiro reser-vatario ao cônjuge superstite, concedendo-lhe, porém, somente uma quota de usufructo, que não poderá exceder jamais á quarta parte, no caso de concorrer com herdeiros legítimos, e da terça, na hypothese de concorrer com outros herdeiros (4).

Para essas equitativas disposições, haviam o código civil d'Áustria (arts. 757." e segs.) e alguns dos códigos civis italianos anteriores á unificação do reino preaberto o caminho aos eruditos oollabora-dores do código vigente. E a força da razão e da justiça actuou mais tarde em França, onde appare-ceu a lei de 9 de Março de 1891, vasada em moldes não de todo similhantes aos das disposições com que o código italiano firmou a reserva do cônjuge

(4) Código civil italiano, arts. 812.°-8I4.° e 820.° Quanto á natureza e valor jurídico da reserva conjugal vejam-se as luminosas ponderações do egrégio CIMBALI, — *Numa fane,* pag. 260 e segs.

superstite. As particularidades e minúcia." do assumpto, porém cabem mais adequadamente na exposição do direito hereditário do que no da la mi lia. Abstenho-me, por isso, de mais delongas, contendora e nos limites de simples referencias a algumas legislações que se cccuparam do assumpto (5).

Na Suissa, o esposo sobrevivo concorre geralmente com os mais favorecidos dentre os herdeiros. Em Berne, chega mesmo a excluil-os mais ou menos completamente (ti). Km Zurich (cod. civ., arbv 899." a 90o."), além dos presentes de núpcias c dos objectos domésticos *(Hausraihj,* tem o cônjuge direito a uma quota de usufructo ou de plena propriedade sobre a herança deixada, a qual varia de extensão, conforme a qualidade dos herdeiros com 'que entra em partilha. Na falta de parentes suc-«•essiveis, a herança é, por inteiro, deferida ao esposo sobreexistente. No cantão dos (írissões. o cônjuge sobrevivo tem direito ao usufructo dos bens deixados pelo premorto, emquanto permanecer ua viuvez. Será de um terço esse usufructo si o de-functo deixar descendentes e de dois terços no caso contrario.

(5) Veja-se o meu *Direito dns sucee»nõei>,* §§ 48." e 49."

(6) LEHR, — *Code cwU de Zurich, introductioti,* pag. XLVI.

Em Portugal (cod. civ., art. 2:008.°), o- cônjuge sueeede na falta de descendentes, ascendentes, irmãos e descendentes de irmãos do suceedendo, salvo achando-se judicialmente separado por culpa sua. No Chile (ood. civ., arts. 1:172°-1:180."), a porção conjugal, que compete mesmo ao esposo divorciado, quando innooente, é de um quarto do acervo hereditário, excepto si existem descendentes legítimos, porque, nessa hypothese, a quota do cônjuge j será egual á de um filho. Na Republica Argentina (cod. civ., arts." 3:570." - 3:576."), o viuvo (ou viuva) concorre com os descendentes e ascendentes legítimos, providos de direitos eguaes, e exclue a todos os parentes collateraes, respeitados, porém, os direitos dos filhos natura es. E" o systema 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).

(7) Consultem-se ainda: o código civil hespanhol, arts. 834.°-839.°, que nssignala como reserva ao cônjuge sobrevivo, sempre uma parte de usufructo, e que o chama á successão após os descendentes, ascendentes, irmãos c descendentes de irmãos ; o direito russo que assegura direitos hereditários bem consideráveis aos esposos (LEHR, — *Droit civil rússe,* I, pag. 424 e segs.).

O código civil allemào, art. 1:981.", chama o cônjuge sobrevivo á successão, concedendo-lhe uma quarta parte, si em concorrência com herdeiros'legítimos da primeira ordem, conferindo-lhe a metade, si em concorrência com os da segunda ordem. Não havendo herdeiros das classes indicadas, nem avós,
o cônjuge recolhe toda a herança.

CAPITULO QUINTO

Regimen da communhão de bens §

3Õ.»

NOÇÃO **E ORIGEM DA COMMUNHÃO** 015 BENS: ***d)***

MANIFESTAÇÕES PRODROMICAH

Depois das noções geraes que acabam de ser dadas sobre as relações pessoaes e económicas entre os esposos durante a permanência da vida em commum e após a sua cessação mesmo, tem-se uma ligeira mas sufliciente noção para apanhar, em seu conjuncto, esse tecido de direitos e obrigações que se urde com o casai; ento, e é possível penetrar mais aprofundadamente em certos detalhes, sem temor de que a especialisação conturbe a vista do observador. Entrarei, portanto, agora, no exame directo, embora não exhaustivo, embora não minucioso, dos regimens de bens em particular. Não ambiciono traçar neste livro, mais do que as linhas essenciaes dos vários institutos que se englobam na orbita do *Direito fia família-*.

Considerarei, em primeiro logar, o regimen da communhão, por ser o preferido pelo nosso direito,

e por estar mais em harmonia com a transfusão de interesses que deve caracterisar a vida conjugal e que faz do marido-e da mulher uma só pessoa, *caro una.* Realmente, *a cotumunhào de bens unifica os patrimónios dos cônjuges, ou totalmente, formando com elles um- acervo sob a propriedade e posse indivisas de ambos, quando ê$_m$ universal, ou limitadamente, abrangendo somente certa classe de bens, quando é parcial.* Muitas objecções têm sido levantadas contra o regimen de communhão de bens. E de todos o mais perigoso, diz BRIDBL (1), porque deixa os interesses da mulher á mercê do marido como chefe da sociedade, sem que as garantias da lei os possa proteger. E um dos maiores enganos consignados nas leis, accrescenta ACOLLAS, pois que a mulher traz para essa communhão abusiva e desleal tudo quanto possue, mas de nada pode dispor e, quando se dissolve a sociedade conjugal, reconhece, muitas vezes, que foi esbulhada.

Por occasião de se discutir o código civil allemáo ainda se allegou em desfavor deste regimen que impede a conservação das propriedades territoriaes nas famílias.

Afastemos esta ultima objecção de ordem puramente económica, por se não apoiar nos dados da

(1) *Dereclws de la mujer,* pag. 100. Do mesmo parecer se mostra TH. HUC,— *Commentaire,* IX, n.os 14 a 19.

respectiva scieneia, os quaes aconselham antes a distribuição mais fácil, a circulação mais rápida dos bens como remédio contra as torturas dos necessitados p a injusta desegualdade dos benelicios ligados á detenção das riquezas. •

As outras têm algo de fundado, mas os inconvenientes que ellas destacam podem ser evitados. Podemos conceder á mulher casada maior autonomia e cercar o património da sociedade domestica de «rara nt ias mais sérias.

K o que se não pôde contestar é que este regimen, sobretudo a coinmunlião universal, é o que melhor corresponde á natureza do casamento como fundamento da mais estreito união de vida e de interesses entre o homem e a mulher. 'E, no dizer de ENOKMANN (2), a expressão mais perfeita da com-munhão de vida estabelecida pelo matrimonio sobre as bases da confiança plena.» «Aquelle a quem a mulher confia o seu• corpo, confia também a sua fortuna,» acerescenta o mesmo escriptor: «Wem die Frau ihren Leib trauet, dem trauet si» auch ihr (iut.»

Este regimen da communhão de bens entre con-' juges encontra-se vicejando em quasi todas as legis-

(2) *Einfuehrung,* II, § 184.° Vejam-se também os pareceres favoráveis de BAUDKY,—*Lacantinerie,* IDL n.° 15 ; PLANIOL, — *Traité,* III, n.os 907 - 911 ; LAU-RENT, — *Avnnt Projet.*

laçòes do» povos europeus e seus descendentes; ora, sendo o regimen preferido, como na Franca, ora sendo apenas tolerado, como na Itália, ora tendo maior largueza, como entre nós, na Hollanda e em Portugal, ora com limitações, como na Hespanha, por exemplo, e nos paizes germânicos onde está em pratica simplesmente a *particulaere Guetergemeins-\ chaft* em antitliese á *allgemeine Guetergem&ins-chaft.*

Mas de onde nos veio esse regimen de bens, qtfe povo o engendrou primeiro, para, transmittil-o aos modernos como uma das mais bellas conquistas do direito familial?

Mergulhando fundo na historia das instituições e do direito, encontra-se o condomínio, a compropriedade nâ familia. constituindo a base da succes-sào legitima entre povos antigos, base que era, aliás, corroborada pelo elemento religioso. Devemos prender a com muni ião de bens entre cônjuges a esse antiquíssimo costume que os historiadores attestam haver existido entre antigos aryas, gregos e romanos dos tempos primitivos?

Parece-me que não. Essa communhão patrimonial da família primitiva, era, simplesmente, o reli exo de sua organisação naquelles tempos, em que o Individuo ainda não tinha uma vida jurídica distin-cta da collectividade, estado social para o qual poderosamente concorreu o culto dos antepassados. Esses agrupamentos de homens, a familia, ou a *geriu* ou o *clan.* estavam todos organisados de forma a

constituírem uma verdadeira unidade, na qual estavam absorvidas todas às manifestares vitae» dos átomos que os perfaziam. K um tal.systema parece essencialmente distincto daquelle em que se attri-buem largas prerogativas á mulher, egualando-a, na esphera do direito civil, a seu esposo.

O que se pôde affirmar com plausível razão c| (|ue essa cnmmunbãn patrimonial da família primitiva preabriu o caminho para a communhào dos bens entre cônjuges, depositando, na consciência dos povos, sedimentos sympathicos 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, eolloean-do-a em condições de preencher dignamente os fins a que se destina dentro da sociedade domestica e civil.

E assim que, mesmo em lioma', depois de individualisada a propriedade, encontram-se aflirmações de um regimen de communhão de bens entre os que se casavam pela forma solemne da *confarrea-tio,* como anteriormente, conhecera-as também o direito egypcio e ainda o de outros povos (3). Mas

(o) É certo que, a despeito da *mamu* havia, no viver dos romanos, ainda nas epochas sadias de modéstia e virtude, pelo menos, indivisão de interesse e fortuna : *Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil*

foram vegetações que não poderam enraizar na crosta rochea dos costumes, e, em breve, feneceram sem legar sementes de onde espipassem novas hastes.

Si a communhâó de bens entre cônjuges não se prende, por elos directos, a compropriedade primi-

i/uod maritus ac foenúna proprium esse júris sui diceret; sed in commune couspiciebatur ab utroque. Não era o viver jurídico, mas era o real esse de que nos fala Col. *de re rústica,* III, citado por COGLIOLO, nota *(d)* ao cap. XIII da historia de PADELLETTI. Além disso, diz Dionísio que, desde Rómulo, se firmara o principio de que *uxorem quae nuptiis sacratis (confarreatione) in manum mariti conrenisset, eommunioneni cum eo hàbere omnium bonorum ac sacrorum* (apud OARLE,— *Origini dei dir, rom.j* pag. 331). Mas bem se vê que não é a communhão egualitaria.

No Egypto uma das formas do casamento assimilhava-se á *confarreatio,* e determinava uma certa communhão patrimonial entre os cônjuges (d'AGUANO, — *Genesi,* pag. 285).

Em Babylonia, segundo o código de Hammurabi, havia uma certa commnnhão limitada aos fructos e rendimentos (F. BESTA, — *Le leggi de Hammurabi,* na *Revista italiana de sociologia,* 1904, pag. 203).

Na Grécia, dizem os historiadores que o dote trazido pela mulher se tornava propriedade commum dos dois esposos, mas, como o marido teve de restituil-o, depois, esvaiu-se a communhão parcial desse systema jurídico.

Em Sumatra, o casamento pela forma do *semando* origina uma verdadeira communhão de acquestos *(Grande encyclopêdie,* verb. *FamilleJ.*

tiva, nem a esses mallogrados ensaios a que acabo de me referir, só um caminho nos resta a seguir, e esse" deve ser norteado para as florestas lendárias, onde estanceavam as tribus germânicas, das quaes brotaram fontes fecundíssimas do direito moderno, quando puzeram eln contacto suas usanças ainda mal polidas com o artístico e harmonioso poema.jurídico dos romanos.

§ 36."

NO(,:ÃO E ORMEM DA COMMUNIIÃO DE BENS: *b)* DESDOBRAMENTO EVOLUTIVO

•A cominunliào de bens, é um ponto liquidado na historia do direito, nos veiu dos germanos que a derramaram por quasi toda a Europa. Profundas pesquizas realisadas por escriptores tedescos, especialmente por SCHROEDER, SOHM e SCIIULTE, deixaram o assumpto perfeitamente elucidado.

Em Roma, tal instituição não poude medrar, e a evolução jurídica orientou-se para outro rumo, neste particular. Aò tempo dos casamentos *cum ma/nu,* a mulher nada podia adquirir, nada possuía para si, quaesquer que fossem as attenuações introduzidas na intimidade do lar em beneficio delia. Com os casamentos livres, passou a ter a propriedade exclusiva de seus bens, sendo, afinal, destinados para a sustentação dos encargos matrimoniaes, somente os rendimentos de seu dote.

Na Germânia, ao tempo do *mundiwm,* o marido! tinha direitos de senhor sobre os bens da mulher, embora não fosse proprietário exclusivo; mas ô rigor desse principio era abrandado pelo antiquíssimo costume das mutuas doações. Com o desapparecimento do *nmndiwm,* os esposos foram considerados como uma unidade, ou como associados de direitos eguaes sobre o património do casal. Desse principio resultaram: a communhào meramente administrativa do direito saxonio e a communhào real de outras estirpes, principalmente franca. Esta communhào foi-se, dia a dia, accentuando, no sentido de uma compropriedade effectiva, diz SCHULTE (4). Mas é intuitivo que esse resultado não foi alcançado de um jacto. A evolução foi lenta, ascendendo por estádios suocessivos. Para acompanhal-a, em traços ligeiros, cumpre a qualquer tomar por guia SCHROE-DER, em quem se apoia ROTH.

«Está hoje fora de duvida, diz este ultimo escriptor, que o ponto central da formação da communhào de bens do direito allemao deve ser* procurado entre os francos.» E, para comprovar a these assim enunciada, accrescenta: «0 regimen dos bens no casamento, segundo o direito franco, tem como ponto de partida, a communhão dos acquestos que, já no século ix, se manifesta entre os francos ripuarios.

(4) SHULTE,—*Hist. du droit et des ínst. de VAllemagne,* §§ 168.°-171.°

O costume de obter a mulher, por *Morgengabe,* uma parte dos bens adquiridos *(tertia collaborationisj,* transforma-se, com o correr dos tempos, em um direito da mulher *(gesetzlicher Amprttch der Khefrau)* a uma parte dos mesmos bens, em todos os casos em que não foi tomada outra deliberação por contracto antenupcial. * E mais adeante: < Einquanto pela comniunhão de administração, a disposição do marido em referencia 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 nina disposição unilateral de seus próprios iinmoveis. Essa garantia consistiu cm exigir que o *marido pedisse outorga de sua mulher \para a alienação dos bens immoieis,* quer fossem seus, quer trazidos por ella. Logo, porém, tirmou-se o principio de que nenhum dos cônjuges podia, durante o casamento, dispor de seus immoveis por acto. unilateral, e a consequência natural delle foi a aceeitacáo de uma .communhão da propriedade immovel, a qual encontrara sua expressão *no* costume, já anteriormente estabelecido, de inscreverem-se os bens de raiz nos livros públicos *(offentliclie Buecher),* .•sob o nome de ambos os cônjuges»... Além de que já o uso da assignacáo de uma parte dos bens adquiridos importava, para a mulher, em uma pretenção jurídica sobre os mesmos, effectuou-se, por meio de re -iprocas doações entre os cônjuges, uma expansão da communhão sobre os moveis, e, mais tarde, sobre

todm m tem m **aart»** *qm* **IH iam** *m* **«aa ftatafi-<$anfe. «ar** *purlúthuivUm <mtrr o emjmgé wjjwmwmte em fXkm^qmer fmww movei*, qmr útmmmvÍM. qmr qmtm&%*

%r :•.:.•;.-■ a *-." -:-.i-'-?u:'.- =---■ lsuga <át»^uu ***atUta-•famA**** **a «|HM> «9 1 '•** ***mm* toa as !:••*• ...-»-'r..t'>-. t,^-SeSfeíUíovesraft*" fluavçaáto a MOUHKI <éa «ajlílala/éaaaa a ♦ma fardava» ••** ***MtHrgrmynt*.* **ali?' aea** ***$Mhm* <e^la-**

"fct ***ptímÓfA.*** **««MS ajMl¦ilim JSMITWAIIfiUL dfffiráfu S **>*»-**

iKÍliUlltiUÍi;? ' aíaHVWte «Mi áliIJJiH;!'. i- ' - #. \- '--;,•.•-:■!.:-. £«

■ia éwwfni ***4»*** **«|«9 -v,'.. •—mi"'—i** ***':•■•:■ úi >A;*** **■■ «M P'<*f»zaiL, e tumkaajt** ***nnnnê mnmw*** **■■■*-.* ;■•- jari-**

ImiMi a i^p4ré*tãft v» «fl*- *wai !^;^->; ■-..- M—** ***u •T^iií- ||i")9 «fnMfaV. <» m» mupe*** **a ■****fH><ft»â*' 4a «*-**

HíWJSRI idb **nm^Kf | !>■,'•■:. -0 aHóemaçaa do- 5*w«**w€à*-**

uaateaiaiicí **pOTuprin»** ***4t»*** **nataria».**

Ma* ***um**** *é -'* **atenta p*r«** • jyjaasiiHltói «gume **a**

'»;»:* "V';i -»■-; • -•• • ***é* **m*mmmkm de** Saem* ***atw**

flijw».,;. .• ^- láwef **#er** • •■■,'-'ii32Kdto illWJW im*4**Ut»i JMridMltt^

■'í '•- pWHtMHNe. A ite**- é flaMiitaM waiiHUi jrtua *a*

tjMjU^fjMU <fíi'fd 'iS.|(i'í^-lHiíil rffjpJ

$99 Hz/Tm,—%/tútm de» demXmd^m PrígMt*.!**^* **H,| !#£.% fogft. ftSMSfil A «>««Nwawga» «wíibwMi l*-»»iBa «MB ftcanMWtt,—*** ***GmM^Oe de» titUdLm Gwe**-rviiáUt;*** **asas 0 rç«* <J*ÉS*B** ***tnmmúyto» i*** **«dStáfte. O»**

meiro, principalmente do costume de Paris, para o código civil, onde se fundiram ás duas principaes correntes divergentes do direito francez, a germânica infiltrada ou. antes, consubstanciada no direito costumeiro e a romana expressa no direito escripto.

A tliese ainda é verdadeira para os paizes escandinavos, onde as antigas leis já estabelecem uma certa communbão, cabendo na Islândia um terço da totalidade dos bens do casal á mulher; começando a communbão, alguns mezes depois do casamento na Noruega. Na Suécia existe a communhào dos adquiridos, com certas .garantias para a mulher, quando o marido nfío puder administrar convenientemente os bens do casal ((>). Na Dinamarca, o regimen legal de bens entre cônjuges é a communhào universal (7).

E assim por toda a parte.

Em Portugal, também está fora de duvida que o regimen da communhào procede de origem germânica, por intermédio dos wisigodos (8). cujas

(6) Lei de 27 de Maio de 1898, *Annuaire de législation étrangère,* leis do mesmo anno, pag. 585 e segs.

(7) *Jahrbuch der internationalen Vereinigung fuer vergl, Rechtswispenscliqft,* 1904, pag. 661.

(8) *Código mhigothico,* IV, tit. 2, lei 16; WlLHENA, — *Raças históricas da península ibérica,* pag. 136 ; MELLO FREIRE, — *Instituições do direito civil;* Liz TEIXEIRA, — *Curso,* vol. 1, pags. 376-379.

doutrinas, no que diz respeito a dotes e outros regimens de bens, conservaram-se tenazmente, através j do domínio árabe e dos tempos em seguida, como nol-o at testa ALEXANDRE HERCULANO (9).

Dos wísigpdos passou essa instituirão aos IIPS-panhoes e portuguezesr Começara por ser, entre os wisigodos, simples communlião de adquiridos, com fundamento na mutua eollaboração. como diz MELLO FREIRE, e ainda sob esta forma oonsagra-a modernamente o código civil li espanhol. Km Portugal, porém, o instituto assumiu um desenvolvimento mais completo, arraiamndo-se nos costumes, consolidando-se dia a dia, alarVando-se n"uma expansão de pujante florescência. As *ordenações af-fonsinas* referem-se á communhão universal como uso penetrado inteiramente nas populações, que a" faziam vigente pelo simples facto da entrada na vida conjugal, em algumas partes, e, por convenção, em outras. Esta face dupla da communhão de bens, como criteriosamente o nota COELHO DA ROCUA, deixou vestígio indelével na dualidade de expressão j usada pelo código philippino: — *segundo o costume da reino; por carta de ametade.*

As *ordenações manuelinas* determinaram que a communhão fosse o regimen legal, sempre que as partes não estipulassem outra cousa; e a mesma doutrina reproduziram as *philippinas.* E de tal

(9) *Historia de Portugal,* I, nota VI.

forma inoculou-se e alastrou este regimen nos costumes portuguezes, que o citado COELHO DA BOCHA se julgou habilitado a dizer que legislação similliantc somente se poderia deparar na Hollanda, referindo* se á universalidade da cominunhão legal (10). Essa affirmação do erudito civilista portuguez tem sido levianamente repetida por juristas pátrios, mas a verdade c que, em vários Estados da Allemanha. também a communhão universal de bens foi regimen legal, como, por exemplo, em muitas províncias da Prússia, em vários pontos da Baviera, PIII Bremen, onde este regimen remonta a um estatuto de 1433, em Hamburgo e mais ainda (11).

De Portugal, passou para nós outros brazileiros. o regimen da communhão universal de bens. que é, actualmente, tam decisivamente preferido a quaes-quer outros que os tomamos já por pactos de excepção, onde alguns enxergam mesmo um como desar para qualquer dos cônjuges.

Este favor especial, esta pronunciada predilecção pelo regimen da communhão, entre nós, explica-se bem por estar elle em aecordo mais pleno com a índole da união conjugal, *individuam vitae consne-tudinem continens,* e pela hereditariedade jurídica que nol-o transmittiu dos portugueses.. Mas creio que para esse resultado também muito contribuiu a

(10) COELHO DA ROCHA,—*Instituições,* I, nota M.
(11) ROTH, — *op. Hf,* TT, §§ 106.°-104.^{n}

indole dos íncolas brasileiros qae os portugueses dominaram e adaptaram A sua civilisação.

Entre os selvagens brasileiros, entre os tupys. menos broncos que os tapavas, permittam-me usar destes nomes oonsngrados. as famílias viviam promíscua mente em suas ocas. como si formassem um só todo. de modo que a caça por uma delias obtida era devorada irmãmente por todos os parceiros. Isto, dir-se-á. nada atais é do que um costume com-ínum a todos os povos no estado de cultura em que se achavam os tupys. Certamente; mas o que eu quero discr é que elle corroborado, além. disso, por certas notas de psychologia etbnica especial, preparou os espíritos a receberem a communhão de bens no casamento. Os outros regimens não disfarçam a dose de egoísmo e desconfiança que os engendrou; o da comina a hão é francamente altruísta. E o aspecto meramente económico do altruísmo é uma das bellas facetas do caracter desses pobres antepassados, que nol-a transmittiram desdobrada em despreocoupação. transformada em acidia. THKVET que muitíssimo conheceu os nossos selvicolas deixou, a respeito, o seu testemunho: «Reputar-se-ia, para sempre, deshonrado o selvagem que, possuindo qualquer cousa, não supprisse o visinho ou parente que carecesse delia.»

Por outro lado, é certo ainda que, entre os tupvs, a condição da mulher, embora precária, era, comtudo, menos miserável do que na maioria das sociedades selvagens, e d^RRiGNY não trepidou em

affirniar que ella era menos desgraçada do que a das classes industriaes da Europa. E accreseenta o illus-tre viajante: «A condição da mulher, quanto ao trabalho, é penosa, o mais que é possível; *porém, não soffre jamais censura pela maneira porque governa a casa»* (12). Si é verdadeira esta afflrma-ção, serve-nos ella, ainda mais do que quanto ficou anteriormente affirmado, para explicar a fácil p pro-tunda acclimataçào do regimen communista, nào direi na lei escripta, mas nos costumes brazileiros. Não seria impossível que, por um natural desen-volvimento das instituições, viessem esses povos, al-cançada espontaneamente a civil isação de que fossem capazes, a consagrar um regimen de bens simi-lhante para a vida conjugal, pois que, nol-o narra HANCUOFT, OS nnlkas, em caso de divorcio ou morte. e os spoknes partilham equitativamente a propriedade do casal; similhantemente procedem os kha-sias, no affirmar de STEEL: e os dayks. fazem a mulher participar dos trabalhos do marido, dando-lhe direito á metade dos bens accumulados pelo trabalho commiim. quando o casamento se dissolve (13). São tentativas visando, ao longe, o mesmo alvo. Si os germanos foram mais felizes por terem mais energia, e porque foram chamados a dar seu contingente

(12) *Uhomme américain,* pag- 176. ,

(13) São citações de SPENCER, — *Socioloaie,* II, pags. 329-330.

ao património geral da civilização, não julguemos que totalmente se perderam os ensaios de outros povos. E eu somente quero vêr, na Índole e nos] costumes desses povos rudes que povoavam nossas, mattas americanas, um elemento que preparou o brazileiro, psychíca e etimologicamente, para abraçar, coniii abraçou, o regimen que a lei portugueza lhe rlictava.

| §7-"

CO.MMIJNHÃO UNIVERSAL DE ItENS

I O regimen da communhão é.*legal* ou *convencional.* E' legal, quando é a lei .que o estabelece na ausência ou na invalidade de qualquer contracto. E[1] convencional, quando expressamente escolhido pelos contrahentes em pacto para esse fim celebrado.

No direito pátrio, a communhão é o regimen legal por excellencia, porque, salvo casos especializados em lei (dec-de 24 de Janeiro, arts. 58."-89.°) olle prevalecerá, reputando-se adoptado, sempre que não existir um pacto derogatorio delle (ord. i, Wí pr. e dec. cit., art. 57.° (1).

A communhão legal, por direito pátrio, é .universal, porque abrange a total idade dos bens que os

| ~~~ : ~ ." "^

11) *Projecto,* art. 265.°

Iesposos trazem para a sociedade conjugal e os que, na constância delia adquirem.

Fará que se dê esta communhão, faz-se necessário : 1.", que se tenha realisado um casamento valido ou tido por tal; 2.", que não tenham os cônjuges estipulado alguma cousa em contrario, ou que seja nullo o pacto concluído; 8.°, que haja passado o primeiro dia após a celebração do casamento, si não se provar que o casamento foi consummado (ord. cit., § 1.", dec, art. cit.). Rsta ultima condição é uma persistência de falsas idéas introduzidas pelo direito canónico e creio que também vestígio, sobrevivência attestando a origem da communhão de bens entre cônjuges, que foi o *Morgengabe.* o presente do dia seguinte (2). Hoje nada significa, e apenas poderá ser occasião de contendas vergonhosas, como ponderou COELHO DA ROCHA.

(2) No tractado entre D. João VI de Portugal e Francisco I d'Austria para os desposo rios de D. Pedro de Alcântara com a Archiduqueza D. Carolina, assi-gnudo em Vienna, a 29 de Novembro de 1816, pro-mette-se, a titulo de *presente do casamento,* a somma de 60.000 florins, que serão assígnados á noiva, depois de *consummado o casamento.* Diverso e mais nobre era o pensamento que dominava esta matéria no direito ro-mano. «A vontade marital, diz BONFANTB *(Direito romano,* § 58.°) era entendida em sentido ethico e não no sentido materialistico.» E a lei declarava : *nuptias non concubitus, sed consensus facit* (D. 50, 17 fr. 30).

Em três casos dispensa a lei a prova de conjunceão após a celebração do casamento: quando os cônjuges tiverem li lhos oommuns antes do cabimento; quando, mesmo sem filhos, forem concubinados um com o outro; e quando o casamento fôr prece-? dido de rapto (doe, art. 57.", ai.). Afastou assim a lei umas tantas duvidas ociosas com que se entretinham demandas juridicamente fúteis embora social-, mente desastrosas. Mas foi incompleta a providencia. Hastará a *copula anterior* para haver commu-nliào? Sabe-se que foi este um ponto litigioso entre os civilistas pátrios. Não está, de modo positivo, afastada essa duvida; mas, raciocinando com o preceito legal (doe, art. 67.°, ai.) que exceptuou, da necessidade da prova de união sexual posterior, aquelles casos em que ella devia ter forçosamente existido como no concubinato e na procreacão de lilhos oommuns, attendendo mais ainda a que elle a presuppõe onde pôde se ter dado, como no rapto, parece irrecusável a cessação de similhante duvida.

Apezar de ser o regimen preferido pelo nosso direito escripto e o de que mais profundamente se acham saturados os costumes em nosso paiz, faz-lhe o dec. de 24 de Janeiro de 1890 algumas reservas, além dessa a que me acabo de referir. Não é permittida a eommunhão legal ou convencional: 1.°, si a mulher fôr menor de 14 annos ou maior de 50;! 2.°, si o marido fôr menor de 16 ou maior de 60; 3.", si os cônjuges forem parentes em terceiro grau

civil ou quarto duplicado; 4.", si o casamento fôr contraindo entre tutor ou curador, ou seus parentes em grau proldbido, e a pessoa tutelada ou nirate-lada; õ.", si fôr oontrahido entre o juiz ou o escrivão, ou seus parentes em grau prohibido, e a viuva ou orphan da círcumscripcâo territorial onde um ou outro tiver exercício, ainda que haja licença especial do presidente do tribunal superior (art. 85."). Em todos esses casos o regimen imposto é o dotal (art. 59.") (3).

Haverá separação completa de bens, si os cônjuges se tiverem reconciliado após divorcio (art. 89.") (4).

A (iommunhão universal de bens é também o regimen da lei em Portugal (cod. civ., arts. 1:098.° e 1:108.°), na Hollanda (cod. civ., art. 174."), em Narva, na Dinamarca e nas cidades livonias da Rússia, em Basiléa-campo (lej de 20 de Abril de 1891, $ 2.°), em Turgovia. Nestes systemas jurídicos não subsiste mais o prazo que as antigas leis assignalaram para o começo da communhão, nem a necessidade

I (3) 0 *Projecto,* art. 265.°, preferiu, para os casos em que teve de impor um regimen legal, o da separação. Esses casos são, na sua maioria, os da lei actual,) mas accrescentaram-se outros e diminuiu-se também o da mulher menor de 14 annos.

(4) 0 *Projecto,* art. 239.°, auctorisa os reconciliados a restabelecerem a sociedade conjugal nas condições existentes antes da separação, respeitados os direi tos de terceiros.

da consummaçào do matrimonio. K, para cessarem as duvidas, o código civil hollandez. art. 174.°, á ri-| milhanea do francez, 1:899.", recorda que a commu nhào se estabelece de direito entre os cônjuges, desde a celebração do casamento. I

O direito francez conhece e regula a coinmu-nhão universal, porém somente quando determinada por um pacto antenupcial (cod. civ.. art. 1:526.").

O código civil allemão também só reconhece a communhào universal de bens quando firmada por contracto (arts. 1:*37.M:518.°).

Quanto ás reservas prohibitivas da communhào, recordarei que o código civil portuguez fel-as em relação aos menores casados sem o consentimento de seus pães ou das pessoas sob cuja direcção estiverem ; aos tutores ou parentes destes com os tutelados antes de (inda a tutela ou prestadas as respecti- j vas contas, salvo consentimento do pae ou da mãe do menor dado em testamento ou em outro eseripto | authentico (art. 1:098." combinado com o 1:058.°, il§ 1." e â.°). Preferiu, nestes casos, o legislador portuguez a comm unhão dos adquiridos, ao passo | que o brazileiro se decidiu pelo dote.

Mais radical niostrou-se o código hespanhol que impoz, como pena, ao tutor que se casar, com sua) pupilla ou aos parentes delle em grau que a lei pro-bibe: 1.". o regimen da separação absoluta de bens, licando cada esposo proprietário e administrador in-dependente do"que lhe pertencer; 2.°, prohibição de doações e liberalidades testamentárias entre os con-

jugos; 3.", não reconhecimento da emancipação do menor polo facto do casamento: 4.", perda, por parte do tutor, da administração dos bens da pupilla com quem casar.

§*38.°

BENS EXCLUÍDOS DA UNIVERSIDADK DA COMMUNHÃO

A communhão universal importa a communiea-c-ão de todos os bens presentes e futuros, assim como das dividas (1); mas a lei estabelece excepções a esta regra fundamental. Assim não se communicam as dividas passivas anteriores ao casamento, salvo se nascerem de despezas com os seus preparativos ou si o outro cônjuge participar das vantagens delias (2); nem as que resultarem de fianças prestadas pelo marido sem outorga da mulber (3): nem os dotes promettidos ou constituídos expressamente por um só dos cônjuges a filho ou filha; nem as doações unilateraes immodicas não sendo remuneratórias (i):

(1) *Projecto,* art. 296.°

(2) Si o cônjuge devedor não tiver bens próprios, «com os qunes pague essas dividas, serão ellas pagas pela sua meação, isto é, imputadas nella.

£■■ (3) Pú# o § 27.° (4)

Vide o § 27.°

nem as obrigações provenientes de jogos ou de outros actos illicitos (5).

Também não se communicam: l.°,'as pensões, tenças e rendas similhantes, concedidas especialmente a algum dos cônjuges ou a elle transmitti-das hereditariamente, porque, sendo inalienáveis esses direitos, são incommunicaveis, segundo observou MELLO FREIRE; 2.°, os bens emphyteuticos, quando o aforamento fôr concedido antes do casamento j 3.°, os bens doados ou deixados com a clausula da incommunicabilidade; 4.°, os bens provindos de herança de ascendente, transmittidos *ah intestato* ao binubo, por morte de filho do primeiro matrimonio, existindo irmãos germanos do fallecido (ord: 4, 91, §§ 2." -4.°) (6); 5.°, o dote promettido ou constituído a li lho do primeiro matrimonio, e todas as

(5) Liz TEIXEIRA,—*Curso,* pags. 405-407; MELLO FREIRE, — *Instituições: ob illius delictum bona sua noit timitit. W* claro que as dividas oriundas de bens in-l communicaveis ou a elles referentes não se podem communicar. Neste mesmo sentido dispõe a lei dinamarqneza.

(6) A reciproca é também exacta; a herança devolvida a filho do segundo leito, e, por morto delle transmittida ao pae ou mãe, não se deve communicar em prejuizo de irmãos germanos. Bi, ao tempo do fal-l lecimento do binubo, só restarem netos, não terá applicação esta restricção da lei (ord. 4, 91, § 2.°). O *Projecto* não consagra esta norma de snccessão do progenitor binubo.

despezas com elle feitas, inclusive a de alimentos (7); 6.°, as duas terças partes do que possuir a mulher viuva ou .separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, que se tiver passado a novas núpcias, sem que. hajam decorrido dez mezes depois de dissolvido ou annullado o casamento anterior (dec. de 24 de Janeiro, art. 100.°); 7.°, os bens gravados de fideicommisso, assim como o direito do herdeiro udeicommissario, emquanto viver o fiduciário (8); 8.°, os vestidos e roupas de uso pessoal dos cônjuges e os presentes de espon-saes (9).

Estas excepções correspondem ás do código civil portuguez (arts. 1:109.°—1:110.°), com ligeiras variações. Ahi não se fala de tenças, pensões e fi-

(7) LAFAYETTE, — *Dtv. de família,* § 64.°

(8) Embora incommunicaveis esses bens numerados de n.° 1 a 7, seus fructos e rendimentos entrarão para a com m unhão, desde que sejam percebidos ou vencidos na constância do matrimonio.

(9) As exclusões da communicaçao dos bens, segundo o art. 270.° do *Projecto,* são as indicadas neste paragrapho, exceptuadas as dos n.os 4-6, além das doações unilateraes immodicas. Estas, porém, pelo svs-tema do *Projecto* ou serão annulladas (art. 245.°) ou subsistirão com a responsabilidade de ambos os cônjuges. Por seu lado o *Projecto* destaca, entre os bens excluídos da communbâo, as doações antenupciaes de um_ cônjuge a outro, quando feitas com a clausula da incom mun i cabi li dade.

deic-ommissos, aliás, por sua natureza, bens incommunicaveis em vista de seu caracter de inaliena-bilidade. Por outro lado, tornou o código portu-guez incommunieaveis 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.*), Providencia mais geral e mais rigorosa do que a de nossa lei, eorno é fácil de ver.

No direito allemão, os bens subtrahidos á communhão são em numero mais limitado. Os feudos, os íideicommissos familiares, as roupas de uso, os. bens reservados á cada esposo *(Einkands oder Son-dergueter)* são os objectos incomrnunicaveis (cod., arts. 1:47:3.°-1^40.°).

A lei de Basiléa-campo exclue apenas da communhão, as roupas, objectos de uso e as jóias dos cônjuges, porém procura dar algumas garantias á mulher (lei de 20 de Abril de 1891, § 3.°) (10).

---- ;- !--------^_.--
....

(10) *Annuaire de Ugislation étrangère,* leis de 1891, pag. 681.

§ 39."

ADMINISTRAÇÃO DOS BENS NA COMMUNHAO

Na constância do matrimonio, a propriedade e a posse dos bens da communhão pertencem conjuntamente a ambos os conjures. Mas essa composse e compropriedade apresentam um caracter especial: não pôde ser transferida a terceiro, emquanto perdura a sociedade conjugal, e por acto *inter vivos,* a *tneaçio* que a cada esposo pertence. Essa translação importaria na dissolução do regimen de bens estabelecido.

Mas a administração desse condomínio pertence ao marido somente, em consequência da incapacidade imposta á mulher casada (1). Apenas algumas limitações se oppõem a essa faculdade, como já vimos nos paragraphos 27." e 28." Avulta, entre essas limitações, a outorga uxoria, necessária para todas as alienações de immoveis e gravames sobre elles impostos. Também só por excepção cabe á mulher a administração dos bens do casal, como foi exposto no citado paragrapho 28.°, ao qual remetto o leitor.

Nos vários systemas em que existe a communhão de bens, esse direito de administração- *é* con-

(1) *Projecto,* art. 239.°, II.

ferido ao marido, ora com amplitude maior como na França (cod., art. 1:421.° e segs.), ora com as restricções do direito pátrio ou ainda -outras similhantes.

0 código civil allemão (arts. 1:443."-1:465.°) deu unidade aos diversos systeinas outr'ora existentes na vigência dos *Landrechte.* Os bens communs estão submettidos á administração exclusiva do marido, sob a condição de impetrar assentimento da mulher, quando tiver de dispor de um immovel commum ou da totalidade dos bens da communhão, e quando a disposição fôr a titulo-gratuito.

Pelo que se vê, recuou o código civil ante a consagração do principio liberal e lógico segundo o qual ambos os cônjuges, comproprietários neste regimen, gozam de egual direito de disposição. E, no emtanto, encontraria o caminho aberto nesse sentido por leis germânicas além do apoio moral do *Avant Projét* de LAURENT.

§ 40.°

CESSAÇÃO DA COMMUNHÃO

Cessa a communhão de bens entre cônjuges, segundo o direito pátrio: 1.", pela morte de um delles; 2.", pela sentença que annulla o casamento declarando-o putativo; 3.°, pelo divorcio (separação de corpos). Neste ultimo caso, ainda que os cônjuges

se reconciliem, os respectivos bens conservar-se-ão separados (dec. de 24 de Janeiro, art. 89.°) (1).

Si a communhâo cessa por morte, o cônjuge sobrevivo fica em posse dos bens communs, como cabeça de casal, até que se effectue a partilha entre elle e os herdeiros do premorto (2). Os bens in-communicaveis, porém, deverão ser entregues aos herdeiros do outro cônjuge, desde logo (ord. 4. 95, pr. e § 1.") salvo o direito de retenção por bemfei-torias.

Cessando a communhâo por outra causa, continua o marido a deter os bens indivisos sob seu poder até que se ultime a divisão. Os accrescimos, rendimentos e productos desses bens durante o processo da partilha são egualmente communs, porque prendem-se a cousas indivisas ou delias brotam. Mas as acquisições obtidas pela própria industria de cada conjure, por herança e por todos os meios que nãò afléctem os capitães communs, deixam de entrar na partilha, porque a sociedade coniugal já terminara (3).

0 direito aliei uno. além dos casos de dissolução

(1) *Projecto,* art 274.»

(2) *Direito da» ntccesiões,* § 106.° ; *Projecto,* artigo 1:583.°

(3) LAFATBTTB, — *Direito» de família,* § 67.° ; COELHO DA ROCHA,—*Instituições,* § § 249. "-250.°; código civil portuguez, arts. 1:Í21.°-1:123.°

t

por morte, ntillidade do casamento e divorcio, conhece mais os seguintes:

a) Por acção da mulher: 1.", quando as disposições do marido sem consentimento da malhei* ameaçam pôr em grave perigo os bens desta: 2.°, ou empobrecer a ommunhão, no intuito de prejudicar a mulher: 3.°, quando o marido viola a sua obrigação de alimentar a mulher e aos filhos: 4.', ou é pródigo: õ.°. ou. por fim, obera a communhào de dividas ameaçando absorver os ganhos ulteriores da mulher. *8

b) Par acção (lo marido: quando em consequência de obrigações da mulher, os bens communs se acham por tal modo sobrecarregados" de dividas que os ganhos ulteriores do marido corram grave perigo de ser absorvidos (cod. civil, arts. 1:468." e 1:469.°) (4).

(4) O direito francez (cod., art. 1:443.° e segsj, o itaKano (cod., art. 1:442.° e segs.), o dinamarquez e outros estatuem que a communh&o pôde ser dissolvida na constância do casamento, a pedido da mulher somente, quando os esbanjamentos do marido ameaçam abysmar toda a fortuna do casal. E' uma garantia concedida á mulher, visto como se lhe retira o direito de administração. COELHO DA ROCHA, — *Instituições,* § 240.°, fala-nos também de uma hypothese de separação de bens, apoiado em GUERREIRO e PEGAS. Mas não está na lei pátria essa espécie. Si o marido é pródigo, o remédio é a interdiceão. No *Projecto* do senador COELHO RODRIGUES vejo aproveitada essa provi-

A ausência definitiva é também designada especialmente como um modo de terminar a communhão, como pelo direito francez e italiano; mas, equivalendo ella á morte, está logicamente incluída nas liypotheses da legislação pátria.

dencia no art. 1:997.° ; mas, além de ser diversa a hypothese, ahi se tracta de construir direito*, emquanto que aquelles reinicolas falam *de jure constitiito*. Si a renuncia é para ter efteito somente em caso de morte, annullaçâo do casamento ou divorcio, não percebo o .seu alcance. Morre a mulher primeiro, tendo renunciado á communhão ; eis o caso que figura o jurista portuguez. Assim evitará que seus bens pessoaes sejam absorvidos, além dos oommuns pelas dividas con-trahidas. Mas esses bens escapam á acção do passivo da communhão e a lei, garantindo-os com privilégios hypothecarios, fal-os justamente entrar na categoria das dividas mais fortemente asseguradas. Sem a renuncia da communhão estão salvos, ou não estarão mesmo, apezar d'ella. Dada, porém, a renuncia na constância do casamento, comprehende-se que a miséria entrevista ao longe poderá ser evitada. A situação é inteiramente outra.

No *Projecto* primitivo, arts. 313.°-315.°, vinha consignada a idéa da cessação da communhão, a pe dido da mulher, quando os esbanjamentos do marido a tornassem prejudicial. Foi, porém, eliminada essa pro videncia garantido™ dos direitos da mulher num regi men em que a administração está entregue exclusiva mente ao marido. -v,

Ml.»

COMMUNHÃO LIMITADA

Ha vários typos de communhão 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." Em primeiro logar, ergue-se a communhão legal do código civil francez (art. 1:399."), da qual se excluem os immoveis possuídos anteriormente ao casamento e os adquiridos posteriormente a titula gratuito. Adoptaram-na egualmente, ou tal qual ou com alterações pouco sensíveis, a Bélgica, o Luxemburgo. Genebra, Jura bernez, a Luziania e a Califórnia, nos Estados-Unidos da America do Norte (1).

Este systoma é muito mais complicado do que parece pela indicação que acaba de ser feita, e muito mais do que o da communhão universal. No direito francez, que tem sido o modelo para todas as legislações que o adoptaram, vêem-se os moveis distribuídos em varias categorias, e em varias outras os

(1) BRIDEL, — *Derechos de la mnjer,* pag. 89-90; WHARTON, — *Private internacional lave,* § 190." ; *Annuaire de Ugitlation étrangère,* 1889 a 1891; LEHK, — *Dvoit civil des Ktats- Unis,* pag. 30 e segs.

immoveis. Pela definição, os mobiliários são communs; porém ha não menos de quatro classes de moveis não communs, segundo nol-o mostra o próprio *code civil.* São ellas: 1.°, a das pensões, dotações, ordenados, aposentadorias (cod. civ., art. 580."), que, dissolvida a communhão, pertencerão exclusivamente aos titulares, como entre nós; 2.°, os moveis que provêm dos i «imóveis próprios, sem que sejam fmctos; 3.", os que substituem os bens próprios (cod. civil, art. 1:433."); 4.", os dados ou legados a um esposo sob a condição de permanecerem extranhos á communhão.

Por outro lado, os immoveis também se distribuem por categorias di florentes. Os possuídos antes do casamento, os que são adquiridos a titulo gratuito (doação ou successão), os cedidos por ascendente a um dos cônjuges em pagamento do que lhe deve ou para pagamento das dividas do doador (art. 1:406.°), os permutados por bens próprios e os retirados de indivisão, mantêm-se na propriedade e posse exclusiva do cônjuge proprietário.

2." A communhão 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 successão, communicando-se apenas os acquestos, o producto da industria de cada esposo, os rendimentos dessas acquisições e dos bens próprios, assim como os grangeios a titulo oneroso. Este é o regimen commum na Hespanha (cod. civ., art. 1:401.°) e nos cantões

suisso^de Neufchatel, Valais, Schaihausen e Grisòns (cod. civ., arts. 41.° -43."), com pequenas variantes., Também o é no Chile, na Argentina, na Colômbia e no Paraguay sob .o nome de sociedade conjugal, embora com desenvolvimento mais systematico e regulamentação mais minuciosamente aecurada (cod. civil chileno, art. 1:725." e segs.', argentino, art. 1:262.° e segs.).

(.) código civil italiano (art. 1:433." e segs.) regula esta espécie, se bem que, na Itália, não haja um regimen *legal* preferido pelo legislador (2). Mas dá o código um modelo da rommunhão contractual e não permitte que se extenda ella á totalidade dos bens. Também no código civil allemão está regulado este regimen (arts. 1:519."-1548.").

3." Além da communhão universal e das par-ciaes de que fiz.-menção neste paragrapho, muitas outras modalidades são possíveis, algumas particularmente reguladas no direito allemão e francez, ou-

(2) Non ammette nel silenzio dei contrahenti ne *fucito regime legale,* sia dotale sia delia communione; nulla impone e nulla sappone, lasciando ih piena balia alie convenzioni dei contrahenti, diz GALLUPPI, — *La dote, secando il diritto civile italiano,* 1876, pag. 29. Mas, nada convencionando os cônjuges, é obvio que permanecerão distinctos e separados os respectivos patrimónios, sem que, aliás o código regulamente esse regimen de pura separação. "CHIBONI, — *Istitnzioni,* §§ 394.°-395.°

tras, resultados de combinações variadas. Indiciarei a communhào dos moveis e dos im moveis *{(Mneun Iblissement),* a dos moveis somente *(MobUiargnmein-] nchaft),* e a communhào meramente administrativa *(WertvaltungageiminsciMfy* quedo oodigo saxonieo (arts. 1:630.^{0}-1:770."°) passou para o oodigo civil al-lemào (arts. 1:363.°-1:431.°) e pela qual cabe ao marido o direito de administrar e usufruir os bens da mulher conjunctamente com os seus, excluídos os reservados *(Sowfergut, VorbeliaU).* K' este hoje o regimen legal na Allemanha. Nas províncias bálticas da Rússia e em cantões da Suissa germânica, domina egualmente esse regimen, do qual se appro-xima consideravelmente o estabelecido na Polónia (lei de 27 de Junho de 1825). Algumas vezes o chamam— regimen sem communhào, e com mais propriedade, porque os bens de ambos os cônjuges >o conservara apenas reunidos para o effeito de serem administrados pelo marido. Não se confundem nem se associam.

A administração dos bens communs, nestas varias hypotheses de communhào limitada, pertence ao marido, em regra geral, como chefe da sociedade conjugal; apenas excepcional ou transitoriamente será attribuído esse direito á mulher.

As causas determinantes da dissolução da communhào, pelo direito francez, italiano, hespanhol e argentino, são, além da morte,, nullidade e divorcio, communs ao nosso direito: 1.", a separação de-bens pedida- pela mulher, quando a fortuna commum

ameaça sossobrar, e a que já fiz allusão em paragrapho anterior, sendo de notar que as providencias do código argentino e do hespanhol são mais extensas, embora não satisfactorias (3); 2.°, pelo código italiano, 1:441.", a perda dos direitos civis, ou a interdiceào civil como preferiu dizer o legislador hespanhol (cod., art. 1:433.°).

(3) Código civil francez, art. 1:443.°; italiano, 1:442.°.; argentino, 1:292.° e segs.; hespanhol, 1:432." e segs.

CAPITULO SEXTO

Regimen da separação de bens

§ 42." I

SEPARAÇÃO DE BENS

Regimen de separação é aquelte em que os patrimónios dos cônjuges affecta/m uma forma existencial distincta, conservando-se em segregação completa, independente, sob a propriedade, posse e administração de cada- um. A elle referem-se o código civil francez (arts. 1:536.°-1:539.°), o hespanhol (art. 50.°) e as oras. philippinas (4, 95, § 3."). 0 dec. de 24 de Janeiro impõe-no aos esposos divorciados que se reconciliam (art.' 89.")-

E' este o reginien adoptado na parte do império russo onde domina o *svod,* na Inglaterra, em muitos Estados da união norte-americana, no Canadá e em parte da Austrália. Em compensação, muitas legislações repellem-no como dissolvente da união conjugal. E BRIDEL pasma de que assim procedes-

sem alguns legisladores suissos, sendo a Helvécia a temi clássica da liberdade. fl

0 regimen da separação se pôde apresentar sob três feições principaes: a separação pura a que acabo de ailudir; a separação com clausula de dotalisaeão que será examinada em paragraphos ulteriores : e a separação limitada.

A separação pura. importando segregação completa dos bens de cada cônjuge, quer havidos quer futuramente obtidos por qualquer titulo, espontou em Roma, com o desapparecimento da monus e o surgir dos casamentos livres, para ser logo modificada pela cláusula dotal que preponderou naquella sociedade agitada e nimiamente pratica. No direito germânico, também apparece esse regimen usado por algumas t ri bus. lirma-se, de certo modo, no Sachsen-1 piegel, e, mais" accentuadamente, nos casamentos morganáticos, que também não foram desconbeeidos no Portugal de outr'ora, sob a denominação de *morganheira,* com o mesmo caracter de exclusão da communbão, embora sob um aspecto um tanto diverso do que apresentava em Roma a separação dos patrimónios no casal. Os casamentos morganáticos, porém, foram cedo hostilisados e eliminados pelas legislações civis, ou expressamente, como pelo código civil francez. (arts. 1:388.°-1:389.°), e outros, ou implicitamente, como por direito pátrio.

Hoje, por direito brazileiro, a separação pura ou resulta .contractualmente do accordo dos cônjuges, ou, em virtude da lei, quando esses cônjuges se re-

conciliam depois de so terem divorciado (dee. de 24 de Janeiro, art. 89." (1).

Este systema é muito simples, muito claro, assumindo os óonjjagés posição perfeitamente definida, sem que um possa julgar-se prejudicado por desleixo, acidia, desregramento ou má fé do outro. Cada um deve esperar colher o que semeiou. E" tuna vantagem essa, não ha negal-o; e explica-nos cila bem porque alguns povos preferiram o regimen Ida separação de bens. Mas é comprada caríssimo essa incontestável vantagem pelo afrouxamento dos laços da sociedade conjugal, pela dissolução da família á que infelizmente vão tendendo alguns povos europeus. E abysmar-se-ão, por certo, nesse tremedal que estão incautos chapinhando, si uma forca poderosa não lhes imprimir outro rumo ao curso da vida. "A indispensável solidariedade entre os cônjuges só a pôde robustamente dar a communhão de bens, da qual não é condição absolutamente a incapacidade da mulher. Si, como diz BRIDEL, estrénuo defensor da separação, nenhum regimen é tão justo quanto o de sua preferencia, «porque é o único que attende aos direitos da mulher.» (2) é que o Hlustre

(!) Pelo *Projecto,* não é a separiição, neste caso, imposta por lei. Aos cônjuges é licito restabelecer a sociedade conjugal, nos termos em que tinha sido constituída (art. 339.°).

(2) *Op. cit.,* pag. 104.

professor não acredita na possibilidade da eommunhão cora direitos eguaes entre os cônjuges. Entretanto é, sem duvida, esse o verdadeiro conceito do regimen; è, praticamente, vemol-o applicado em algumas comarcas allemãs.

A separação limitada pode variar, conforme a dosagem que receber de outros regimens. E' seu typo, entretanto, o regimen que os nossos civilistas, impropriamente, denominam de simples separação (3); no qual a fortuna trazida por cada cônjuge se mantém distincta e incommunicavel, mas communicam-se os fructos e rendimentos delia, assim como os bens adquiridos na constância do matrimonio. I E' visivelmente um regimen *ntixto* em que se combinam princípios divergentes, o da communhão e o da separação, já o fizera notar TEIXEIRA DE FREITAS (4).

(3) LAFAYETTE, — *Direitoa de família,* § 68.% acompanhando'doutrina professada por MELLO FREIRE e COELHO DA ROCHA; FELÍCIO DOS SANTOS,—*Projecto* de código civil, art. 1:979.° Accrescente-se o código civil francez, art. 1:530.° e segs.

(4) *Consolidação da* leis civis,* nota 16 ao art. 88.° Egualmente correcto foi o *Projecto* do senador COELHO RODRIGUES, arts. 2:005.°-2:015.° e 2:068.°-2:078.° O *Projecto* actual chamou *regimen da separação* (artigos 282.°-283.°) aquelle em que os *bens permanecem sob a exclusiva administração do proprietário que os poderá livremente alienar, exceptuados os immoveis.* Mas, si os cônjuges não pactuarem o contrario, prevalecerão-

E* notável a similhança entre esse regimen mixto e a communhão dos adquiridos que preferiram alguns systemas jurídicos para regimen de direito commum, e de que fizeram menção especial certos outros, segundo foi visto em paragrapho anterior. Apenas, em nosso direito, salvo clausula expressa, não se fazem distincções emquanto á origem dos bens adquiridos na duração do casamento, ao passo que os códigos da Itália, Hespanha, Argentina e outros paizes distinguem os obtidos a titulo gratuito, que escapam á communhão, dos grangeados por ónus ou industria, que entram para o acervo commum.

Neste regimen de separação o communhão, as dividas, em regra, adherem ao cônjuge que as con-trahiu sem repercussão sobre o outro. Mas, si voluntariamente assumir a responsabilidade delias, si, com ellas, tiver vantagens apreciáveis, obrigar-se-á, segundo a extensão dessa responsabilidade e em correspondência com essas vantagens. Si forem as dividas contrahidas para despezas communs, para sustento do casal (5), melhoramento dos acquestos, a

os privilégios da communhão quanto aos adquiridos na constância do casamento (art. 266.°).

(5) Na separação limitada dos bens que cada cônjuge traz por occasiao do casamento, a parte commum dos adquiridos entra por quotas indistinctas para as despezas do lar. Mas na separação absoluta? Cada

cada cônjuge cabe supportar a metade delias, pelos bens próprios, si os communs não forem sufficientes para saldal-as.

A administração de todos os bens, salvo clausula especial, cabe ao marido, como cbefe da sociedade conjugal, não podendo a mulher dispor dos seus bens pessoaes sem auctorisação marital, a menos que, no pacto antenupcial, se tenha reservado essa faculdade. Por outro lado, o marido, para alienar seus immoveis, necessita de outorga uxoria, assim como não poderá alienar os próprios da mulher, moveis ou immoveis, sem que ella o permitta.

Dissolvida a sociedade conjugal, continua o cônjuge sobrevivente na posse de seus bens e na dos adquiridos, até serem estes partilhados. Deverá, porém, entregar ianmediatamente, os que pertencerem l exclusivamente ao outro cônjuge. Para a garantia da restituição dos bens da mulher, em sua integridade, acham-se os immoveis do marido gravados por uma hypotheca legal (dec. de 19 de Janeiro de 1890,

esposo contribuirá em proporção com a sua fortuna, dizem alguns civilistas, e* esta foi a doutrina acceita pelo *Projecto* actual (art. 283,°). Na Rússia, essa obrigação é exclusiva do marido, o que é perfeitamente justo. Somente, nesse grande império, a separação dos bens é o regimen da lei sem ser o da realidade. Diz-nos LEHB *(Droit civil russe,* I, pags. 41-48) que os esposos vivem de preferencia em uma perfeita com • munlião de bens.

art. 3.", § 1." (ti). Kssa hypotheoa existe em segurança de todos os pactos exclusivos da com m unhão. Porém, sendo estabelecida a separação pura, absoluta, por pacto ou em virtude da lei. no caso em que ella impõe esse regimen, é claro que essa liypo-theca perde sua razão de ser. Kl la é concedida á mulher para nssegurar-lhe a restituição de seus bens entregues á gestão do marido: suppondo que a mulher manteve sempre seus direitos e os exerceu pessoalmente, é ociosa a providencia. *V?* certo que a lei nào distingue essa hypothese, e, attendendo ao que c commum entre nós e ao poder marital que subsiste, impõe a hypotheca legal em favor da mulher sobre os immoveis do marido, «pelos pactos an-tenupciaes exclusivos da communhào.» Mas. evidentemente, ella nào se refere á separação absoluta contractual e, ainda menos, á legal.

(6) *Projecto,* art. 831.°, I.

I

1

CAPITULO SÉTIMO

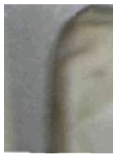
Regimen **dotal**

§ 43.°

n

NOÇÃO, ORIGRM E DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO
ATE O DIREITO ROMANO, INCLUSIVE . . .

Regimen dotal é aquelle em que os patrimónios de ambos os cônjuges se acho/m distinctos, sob ***a*** *propriedade e administração exclusiva de cada um, recahindo o ónus da sustentação dafamilia sobre os bens do marido e sobre os rendimentos do dote cuja administração é direito especial do marido.* É, como Re vê, um rejrimen de separação modificado pela clausula dotal, que, recahindo sobre uma corta porção de bens, imprime-lhes um caracter, uma feição peculiar. *Dote é a porção de bens que a mulher, ou alguém por ella, transfere ao marido para, dos rendimentos deites, tirar um subsidio á sustentação dos encargos matrimoniaes, sob a condição de restituil-os depois de dissolvida a sociedade conjugal.*



A dotalisação de alguns bens determina o regi-! men dotal, por via de regra, mas, si os eontrahentés quizerem, poderão combinar o dote com a communhão dos adquiridos, o que em nada repugna á ua-| tureza de ambos os regimens.

Surgiu o regimen dotal de custosa e lenta elaboração, não se assimilhando as suas primeiras manifestações ás formas que posteriormente a/fectou, parecendo estas até produecões de elementos diversos, guiados por differente finalidade, o que sobremodo embaraça o historiador jurídico, em sua tentativa de determinar-lhe a origem e acompanhar-lho a cenojienese.

Ensaiarei, com tudo, apontar os elos principaes da evolução deste instituto, sem duvida uma das mais interessantes de quantas opulentam os fastos da historia jurídica.

À principio, sabemol-o já, cessada a usança da captura, tinham os maridos de comprar suas mulheres, e, assim fazendo, transformaram-nas em instrumentos económicos de que procuraram tirar t> maior proveito. É celebre e bem característica a phrase de um cafre: • ella foi comprada, portanto deve trabalhar». Mudando, em seguida, as condições económicas da sociedade, crescendo o movimento commercial, e, por outro lado, desenvolvendo-se os sentimentos estheticos, o gosto artístico, o valor da mulher foi deixando de ser aquilatado por seus talentos de serva, para sel-o por suas qualidades moraes e belleza physica, devendo-se, aliás, ter por in-

dubitnvel que essa ultima prenda foi, em todos OH tempos, tomada em consideração, nào podendo o homem eollocar-se. neste assumpto, em escala inferior aos outros animaes. cujo sentimento do bello noa é revelado por factos conhecidos de selecção sexual.

(«orno, a esse tempo, já não podia o varão tirar de suas esposas os lucros que outrora hauria senho-rilmente. como a sociedade ia-lho impondo a monogamia, e, com ella, mais rigorosas obrigações em relação á família, perdeu a mulher o valor venal, na maioria dos casos. Operou-se. então, uma inversão completa nas situações respectivas dos nubentes. Em vez. de ser comprada, passou a mulher a comprar seu marido.

Aque.lle curioso costume dos bahylonios que excitou a admiração dos escriptores antigos, e que consistia em formar, para as mocas 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 trahsicional entre o casamento por compra da mulher e o dote como compensação dos encargos matrimoniaes. Vemos ahi os dois systemas coexistindo em aocordo transitório. Para as bellas, o systema da compra pelo marido: para as feias, o systema do dote.

Gomprehende-se quanto é fácil um transvia-mento a quem vae, embora meticulosamente, penetrando nesse lusco-fusco da paleontologia jurídica. Entretanto julgo que a interpretarão aqui dada aos

factos', longe de constrangel-os, amoldando-os a uma theoria preconcebida, desprende-se delles natural, logicamente, tanto mais si accrescentarmos que aos pães se afiguraria de melhor alvitre ceder a "filha com uma parcella de sua fazenda, do que mantel-a indefinidamente sob seu tecto e deixal-a, após a morte, sem um arrimo seguro para a vida económica e para a vida moral principalmente.

0 dote assim constituído, como simples doação *propter nuptiaa,* era propriedade do marido, assim como tudo que a mulher viesse a adquirir na constância do matrimonio. 0 único distinctivo que se lhe pôde assignalar, então, é exclusivamente a sua finalidade, aliás, restricta a tornal-o um chamariz de noivos.

Em muitos povos antigos abrolhou esta instituição, evocada do chãos para o kosmos jurídico por necessidades idênticas. Entretanto só os romanos levaram a termo essa em preza. Em todos os outros povos, a vegetação jurídica do dote fenecera no primeiro estádio de sua differenciação, não passando de um período muito rudimentar. Vel-a-emos assim entre os aryas, os hindus, os antigos hellenos, os toltecas e os aztecas.

No Rig-Veda, se diz que o pae da recemcasada offerece ao genro uma vacca destinada ao festim nupcial. Seja isso um symbolo ou uma dadiva real, "o que é certo é que, posteriormente, entrou para o património exclusivo do marido, constituindo o *gôdâma,* nome sanskrito do dote. que. traduzido litte-

ralmente, f-ijrniliea—presente da vacca(l). Em Homero, as virgens são chamadas *alpliesibokvi,* isto é, as que encontram bois, e, por extensão, as que podem encontrar um bom partido, ricas e bellas (2).

Entre alguns germanos, o dote trazia o nome de *faderfio* e, entre os scandinavos *faeãhermgfeoh,* 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 quaesquer bens. Quando o tyranno Maxtla poz a premio a cabeça do príncipe Netzahualcoytl, o heroe tezcuca-no, oflerecia a quem Ih'a entregasse u.na nobre dama acompanhada de opulento dote (4). HERREKA diz que os antigos americanos, quando as raparigas se

(1) GTIIASSON, — *Le mariar/e civil et le divorce,* pag. 140.

(2) HOMERO, — *Miada,* 18, vrs. 593. MICHELET como que suppõe que .o gado trazido pelas virgens aproveita ao pae *(Les origines du droit/rançais,* pag. 14), mas é, certamente, equivoco. Não se tracta mais do preço que os pães de familia exigem pela cessão de suas filhas, clientes ou mulheres; mas, ao contrario, de um donativo por elles feito aos genros. E justa mente a palavra *dote* prende-se á raiz sanskrita — *da* __que significa presentear, de onde o *dos* dos gregos e dos latinos..

(3) GLASSON,— *Op. cit,* pag. 141.

(4) PRESCOTT, — *Conquista de México,* pag. 111 e em outros logares.

tornavam núbeis, enviavam-nas a ganhar seu dote pelo amor venal (5).

J

Em todos esses povos, o dote não passa do que oommummente, ainda hoje, recebe também entre nós, o nome de dote*. — a porção de bens que a mulher traz para o casal, sem implicar um regimen peculiar.

Pouco a pouco, porém, o dote foi-se destacando do acervo marital, para constituir-se á parte. É em Roma que podemos apreciar melhor essa phase evolucionai do instituto, porque foi justamente ahi que olle recebeu sua consistência vital e os traços característicos de sua morphologia. É por esse motivo que se pôde chamar o dote uma instituição essencialmente romana. Realmente nenhum outro povo

|; -r- ----------'————---------- *- |

(5) Este costume de obter o dote pela cessão das primícias do amor é mais commum entre os povos ru des do que se poderia talvez suppor. Citarei um só exemplo. I

Na Algéria, as moças de Ouled-Nail emprehen-dem excursões fora do pai/., para a obtenção de um dote, e voltam para casar, logo que têm 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 escriptor affirma que, mesmo na culta Allemanha, ainda agora, em certas comarcas, as moças se entregam á prostituição ur-• bana, até que hajam amuado certa somma, epocha em que voltam pnra a aldeia natal onde casam, embora seus encantos já estejam em visível declínio.

soube tirar d'essa usança primitiva, amorplia, incolor, uma ereacão jurídica independente e de alta importância social.

Convém, entretanto, notar que, na Grécia, particularmente em Athenas, havia o costume de ser restituído o dote recebido pelo marido, si os esposos viessem a separar-se ou a divorciar-se, costume a que os historiadores attribuem a força de evitar grande numero de dissoluções matrimoniaes. Além disso o regímen dotal adquiriu, em Athenas, um considerável desenvolvimento, pela prelerencia e garantias de que era cercado (6).

Dizem alguns romanistas que o dote apparece em Roma, ao tempo dos casamentos livres (7). Essa affirinação, apezar do acatamento com que ouço o ensinamento dessesMistinctissimos mestres, não devo passar sem reparo. Creio que se pôde asseverar, sem receio de engano, que, antes dessa epocha, já o marido recebia do pae da esposa, certos bens com que este procurava fácil itar-llie o casamento, em uma sociedade de costumes nimiamente tolerantes e que já se debatia nas agruras do problema económico que rugia nas praças da grande cidade e abatia-se truculento pelos campos da Itália.

(6) *T&kEiLrvY,—Antiquitéi/rectfue,trad.* M.'"ᵉWaldteufel, pag. 76 ; SANCHES BOMAN,— *Derecho eml,* V, primeira parte, pags. 129-130. §6 (7; Por exemplo, PADELLETTI e COGLIOLO.

realisadas pelo marido na constância do matrimonio.

Com o augmento progressivo dos divórcios, esta convenção adminicular da restituição que, até então, apparecera accidentalmente, passou a ser uma concomitância obrigada, uma condição necessária, condição que deu, ao instituto dotal, seu caracter próprio, que lhe creou a existência physiologica e morphologica de um verdadeiro instituto juridico, differenciado e apto a desenvolver-se, d'ahi em diante, ao contacto fecundante da vida commum.

AULO GELLIO assignala, como documento indicador dessa transformação, as palavras de SILVIO SULPI-CIO, declarando serem necessárias as cauções dotaes, por occasião do celebre divorcio de Carvilius Ruga: — *tum primum cautiones rei uxoriae necessária» esse visas scripsit.*

De então em deante, a instituição do dote foi, dia a dia, consolidando-se, cercando-se de garantias contra a evicção, e tomando, com as leis *Júlia 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 sancção do direito escripto, oonsiderando-as, parte

(8) COGLIOLO, — *aggi sopra&coluzione dei di-ritto privato,* pag. 39. Veja-se mais Cuc, — *Tntt. jurt-diqws des romaim,* II, pags. 101-113.

I Seja, porém, como fôr, o que se levanta acima da poeira de todas as duvidas é que, com os casamentos livres, o dote se generalisou e se tornou obrigatório, podendo ser até constituído pela própria mulher que era, quando *sui júris,* proprietária com direitos equivalentes aos do homem. Sacudindo o pesado e ferrenho jugo da *manus,* adquirindo direitos de proprietária, deixando, portanto, de ser um instrumento de acquisição nas mãos do marido, era preciso que a mulher trouxesse uma compensação, sinão completa, ao menos capaz de abafar as revoltas de sua cubica de senhoraço indolente. Essa compensação outra não podia ser sinão a obrigatoriedade, para o pae, de presentear o esposo de sua tilha, com certa porção de bens, mediante os quaes, o homem se dava por indemnisado dos direitos perdidos e consentia em tomar sobre si o custeio da vida domestica.

Nessa epocha, o dote não passava de uma doação simples pela qual o marido se tomava proprietário dos bens doados. Algumas vezes, porém, estipulou-se a restituição do dote, não obstante o que, o marido, em caso de divorcio, por culpa da mulher, podia retel-o: *a)* totalmente, quando o motivo do desquite era o desregramento dos costumes *(reientio propter mores); b)* somente em parte, para a educação dos filhos *(reientio propter líber os).* Estas retenções, porém, cahiram, pouco a pouco, em desuso, permanecendo somente a que provinha do direito commum, — a retenção por despezas necessárias

integrante do contracto ou, melhor, fazendo sup-pôr, por uma ficção jurídica, que todo contracto de dote era acompanhado da estipulação de restituil-o após a dissolução do casamento, por divorcio ou morte (9).

Completou-se, por essa fórina, o instituto que se consubstanciou tanto com os costumes romanos que chefiou a ser considerado de utilidade publica. *Heipublicae interest nmlieres (lotes salvas hàbere, propter quas nnbere possint,* diz PAULO (I). 23, 3, fr. 2). Do direito romano passou para o portuguez: apezar de um tanto avesso á sua Índole, e deste para o nosso.

$ 44.°

DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO REGIMEN DOTAL NO ANTIGO DIREITO IBERO, NO DIREITO PÁTRIO E NAS LEGISLAÇÕES MODERNAS

Desde a invasão dos wisigodos que, na Ibéria, se estabeleceu o uso dos dotes, mas no sentido que á palavra davam os germanos, isto é, de um presente

(9) Cod. 5. 13, 1. 1. *Rei uxoriae* itaque actiooe sublata sanccimus, *onnes dote* per e.v stijmlatu* actio-nem exigi, sive scripta fuerit stipulatio, sive non : ut intelligatur *re ipsa stipulatio esse subsecuta*... § !•*••• Sicut enin *et stipulationes* et hypotecae *inesse dotibus* .intelliguntur.

do noivo á futura mulher. No *código tvisigothico* (3, 1, lei ô.ª), está regulada essa usança, e ALKXAN-IDIIE HKUCULANO, auctoridade eminente em tudo que diz respeito á historia antiga da península, nos affir-ma que esse costume dos wisigodos em relação aos dotes, manteve-se em vigor, através do domínio árabe, até á publicação do código das sete partidas, no que o confirmam os estudos de MAKÍNA. Accresce que, embora o direito árabe não se tivesse enraizado na Hespanha, deixando apenas alguns vestígios na designação de certas auctoridades municipaes *(alcaide, almotaeé, alvazil),* e, talvez, por dose mínima, em algum instituto, é certo que só poderia corroborar a tradição germânica, no ponto agora em ana-lyse.

Si. pois, antes da lei das sete partidas, se encontra a palavra dote, não é sinão no sentido do direito germânico ou como synonyma de doação, segundo se vê em alguns documentos do século undécimo.

Assim, pois, o regimen dotal não foi transmit-tido pela dominação romana aos povos da península ibérica, mas ahi penetrou com a renascença do direito romano que tam fortemente dominou na organização do nodigo das sete partidas de Hespanha e nas *ordenações* portuguezas.

E, sendo omissa a legislação portugueza, assim como a brazileira posterior á independência, regula-se a matéria dotal, ainda entre nós, pelos princípios do idireito romano compendiados.nqp 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 brazi-leiro. Não entrou para os nossos hábitos, não tem funccionado com a frequência e a constância do regimen da communhão. Entretanto faz parte integrante de nosso direito, podendo hoje resultar do contracto ou da lei, e ser, portanto, convencional ou legal.

Realmente, segundo a legislação pátria vigente, o dote se constitua: 1.", por acto antenupcial celebrado por escriptura publica, intervindo nelle, além dos cônjuges futuros, as testemunhas necessárias, e o doador, si é uma terceira pessoa que faz essa liberalidade e não a mulher que sepata uma porção de seus bens próprios, para imprimir-lhes a natureza de dotaes; 2.°, em virtude da lei; *a)* si a mulher fôr menor de 14 annos ou maior de 50; *b)* si o marido fôr menor de 15 ou maior de 60; *c)* si os cônjuges forem parentes dentro do terceiro grau civil ou do quarto duplicado; *d)* si o casamento fôr contraindo entre a pessoa tutelada ou curatelada e o tutor (ou curador) ou parentes delle em grau prohibido por lei (1); e/si o casamento fôr contrahido entre o juiz. H

(1) São os descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos (dec de 2 de Janeiro, art. 7.°, § 11.°).

ou o escrivão ou os parentes de ura ou de outro, nas condições predictas, e orpham ou viuva da circumscripção territorial onde qualquer desses funccionarios tiver exercício (dec. de 24 de Janeiro, arts. 58." - 59.°) (2).

Quasi todos os povos modernos receberam a instituição do dote em suas respectivas legislações, como se verá, por exemplo, no código civil portu-guez (arts. 1:134.°-1:165.°), no hespanhol (1:336.°-1:391."), no francez (1:540.°-1:580."), no austríaco (§§ 1:218.°-1:231.°), no italiano (arts. (1:338.°-1:432.°) e no mexicano (2:119.°-22I8."). No direito germânico, deparamos o dote com uma origem e uma destinação diversas das que lhe assignou a evolução do direito romano. Desde os tempos originários, isto é, desde o momento em que fizeram irrupção na historia, as tribus germânicas, era uso entre ellas, que o marido comprasse a mulher do *mundium* de seus pães, como aliás, acontecia entre outros povos de origem indo-européa e já foi dicto em outro logar. Mas, além desse preliminar commum que se transformou no contracto esponsalicio, usavam os germanos, na mesma occasião, de outros preliminares do casamento, e taes eram os vários modos de o marido assegurar á mulher um doario, de lhe constituir um dote *(MahlscJicíis),* e aos quaes, geralmente, se seguia o presente de núpcias na manhã seguinte ao

(2) O *Projecto* preferiu o regimen da separação.

consorcio *(Morgengàbe).* Esse dote, está indicado, sendo constituído pelo marido, não se, destinava principalmente, como entre os romanos, á sustentação dos ónus matrimoniaes. Applicou-se mais directamente ao sustento da mulher durante a viuvez, constituindo o seu *ivithwn,* 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 á parte, como entendem SCHULTE e outros, ou seja a transformação do mesmo preço pelo qual era comprado o *mundinm,* como opinam SCHROEDER e ROTH, com os quaes parece também concordar SOHM, é certo que divergia consideravelmente da instituição que, em Roma, trazia o mesmo titulo.

Depois que o dote passou a ser constituído pelos bens que a mulher trazia para o casal, appareceu o contradote *(contra-ãos, Widerlegung, Heimsiettr, Wiederwurf, Ehegeld),* que se manteve, apenas, no casamento das pessoas nobres (4).

É, portanto, claro que não nos devemos illud»r

(3) Consultem-se GÍ-RIMM, — *Rechtsalterthuemer,* pag. 420 e sega.; SCHULTE,—*Htst. du droit et deu inx-\titions de VAllemagne,* §§ 110.°-166; ROTH, — *System des deut. Privatrechte,* II, § 94.°

(4) SCHULTE, — *Op. cit.,* § 170.°

com a similhanoa, com a identidade dp nome. Sem frrande esforço reconheceremos que o dote, segando a concepção dos germanos, transmittindo-se ao direito de outros povos com os quaes se mesclaram, constituiu, em algumas partes, o *doario* que ainda subsiste no direito inglez. e, em outras, veio a formar o que chamamos, em direito pátrio, *arrhas,* da mesma forma que o *Austeur* ou enxoval, que, aliás, também se encontra nas tradições hellenicas, se transformou, com outros presentes, communs entre os germanos, nos bens próprios da mulher, nos *alfi-neites* de nossa avelhantada legislação portujrueza, •no *Sondergtit* e no *Spargut* da Saxonia, da Suissa jrermanica, da Rússia baltica, e em varias outras formas.

Depois vieram modificações e o regimen dotal se foi conformando com o typo romano, ao menos tanto quanto isso se coadunava com os costumes do povo. Foi com esta feição que existiu elle em muitos pontos da Allemanha.

Para dar uma noção mais tangivel do modo por que ahi se erigiu o instituto dotal, limitar-me-ei a transcrever a definição completa e exacta que offe-rece PAUL VON ROTH : Regimen dotal, diz elle, é aquelle em que os bens de ambos os cônjuges se acham distinctos de modo que, entrando para o casamento, nenhum delles adquire direitos sobre os bens do outro e em que os ónus.do matrimonio recaem somente sobre o marido que tem simplesmente direito de exigir um subsidio do mesmo dote, fican-

do á mulher a livre disposição de seus bens próprios (5). Eis **abi** o verdadeiro regimen dotal **extreme** de vegetações exóticas.

O regimen dotal era subsidiário no domínio jurídico do direito commum, sempre que a eommunhão de bens ou a de administração fosse excluída por pacto antenupcial, sem substituição de outro regimen (H). Hoje. porém, as idéas germânicas supplan-taram as romanas neste particular, e o dote foi de tal modo excluído do direito actual, que o código civil não somente o não regula como a elle se não refere.

Outras nações não acceitaram ou repelliranr mesmo o regimen dotal. Na Suissa, a legislação, em geral, o desconhece; o código civil do Chile e o da Colômbia como o da Allemanha não lhe consagram disposições. 0 dote de que se occupa o código civil argentino só tem de commum com a celebre instituição romana o nome, que, na linguagem desse corpo de leis, designa os bens próprios da mulher, a parte com que ella entra para a sociedade conjugal, a qual não passa de uma eommunhão de aequestos.

O regimen dotal é também extranho ao direito inglez. «As filhas, diz (ÍLAHSON (7), quasi nunca re-

(5) *System,* II, § 93.°
(6) *System dt,,* § 95.°
(7) *Inst. de VAngleterre,* VI, pag. 185.

cebem dotes de seus pães». Em logar do dote, desenvolve-se, na Inglaterra, a obrigação imposta ao marido de constituir um *settlement* á 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.* Accresce que as preferencias inglesas são hoje pela separação de beis, mas sem a clausula dotal.

Também na União norte-amerieana o dote romano não se enxertou na legislação nem nos costurms.

§ 45."

POIt QUEM PODE SER CONSTITUÍDO O DOTE

0 dote pôde ser constituído pela nubente, por seus pies ou por terceiro extranho. O direito quer somente que o constituinte seja pessoa capaz: *promittemo dotem,* dizia PAULO, *omites obligàntur, cujuscwnqne sexus eonditionisqite sint* (D. 23, 3, fr. 41).

Em Roma, desde o império, o dote começou a ser uma obrigação imposta ao pae e ao avô paterno, em favor da filha ou neta submettida a seu poder, ou mesmo da emancipada que não tivesse fortuna (D. 23, 2, V. 19). Essa obrigação extendeu-se á própria mãe, nas não de um modo imperioso nem geral, *ex magna et próbàbili causa ,vel lege specialiter expressa.* Si a mãe era opulenta e nenhum ascen-

dente paterno existia vivo ou em condições de oífe-recer um dote, eis uma *causa magna** segundo SCKUPPER. Cessava,, para o pae, a obrigação de dotar, si a filha se casava indecorosamonte antes dor 2õ annos, ou se prostituía por causa quo não implicasse responsabilidade de seu progenitor (L). Exceptuadas essas escusas em punição da filha, e salve o caso de impossibilidade material, subsistia indeclinável, para o pae. a necessidade de prestar o date, fosse a filha rica ou pobre: *Omuinopaternumzsse officium dotem pro siia tlare progénie.* As ottras pessoas eram chamadas a constituir o dote somente em subsidio, si a moça fosse pobre, e, por «utro | modo, não tivesse adquirido sua maquia dotal.

Em direito pátrio, como no portuguez, no fran- j cez, no italiano P, em geral, na legislação uoder-na, não subsistem esses princípios (2), mesmo por-

---

(1) GxLLUPI, — *La dote secondo il diritto cmile italiano,* 1876, pag. 55.

(2) Nossos civilistas antigos, imbuídos efe romanismo, affirniarara o contrario; mas não con fundamento em lei e ainda menos em costume. Hostrou-o LAFAYETTE, — *Direitos de família,* nota VIII no fim do volume.

Por violação da honra e da virgindade,sim ha, no direito moderno, obrigação de dotar a onêodida, como dispõe o nosso código penal, art. 276.° Mas não e, aliás, dote propriamente, essa indemnisaçã».

Por direito hespanhol (cod., art. 1:34U°) o peruano (cod., art. 980.°), ao pae ou á mãe occore o dever de

que o dote não é o rejrimen mais largamente ex-praiado.

Nào lia, portanto, obrigação de dotar: ha plena liberdade. Mas como. em relação á dotada, diversa pôde ser a situação do dotador, e dessa situação resultam influxos que actuam sobre a constituição ea natureza do dote, cumpre examinar as varias hypo-theses possíveis.

a) Si o dote é constitwHo pela mulher poderá abranper a totalidade de seus bens ou somente uma quota parte, deduzidas as dividas passivas (3), sejam esses bens presentes, sejam futuros (cod. civil fran-eez. arf. 1:54-2.") (4). Mas esses bens futuros *nào* poderão ser uma herança determinada .ainda não

dotar a filha legitima, salvo si ella se casar contra sua vontade. Também o *Projecto* — COELHO RI.DKIGTJES, art. 1:578.° e segs., consagra a obrigação de dotar.

0 código civil allemão, art. 1:620.°, determina que o pae dê á filha, que se casa, *um dote (Aussteuer) siifficiente para a organisação de sua casa, st a mesma não tiver de seu com que o faça.* Não se tracta de *dote* no sentido romano, mas de doação á filha, em attenção ao casamento que ella realisa e á nova familia que por elle se funda.

(3) LAFAYETTE, — *Op. cit,* § 76 ° ; *Cod.,* 5, 12, 14; D. 23, 3, fr. 62; código civil trance/., art. 1:542°; italiano, 1:381'.° Cumpre observar que são *nullas* as doações de cousas litigiosas, a não ser por causa de dote, seja, quem fôr o dotador (ord. 4, 10, §§ 7." e 11).

(4) *Projecto,* art. 286.°

aberta, porque importaria o contracto dotal em um pacto successorio, e, consequentemente, sem effiea-cia jurídica (5).

b) Si o dote é constituído pelo p«e ou pela niãel da nubente, oonsidera-se como adeantamento da legitima, e. portanto, deverá vir á collacão para que. si exceder á quota hereditária da dotada, seja o excesso imputado na terça do dotador. Sendo, porém, superior á legitima e á terça, assume o caracter de inofiicioso para o elleito de ser restituída a differen-ea, porquanto as legitimas dos outros herdeiros não podem ser desfalcadas (ord. 4. 97, § 3.°) (6). Quando o dote é constituído conjunctamente pelo pae e pela mãe, ambos contribuem com a metade, qualquer que seja o regimen do casamento, salvo, é obvio, si cada um demarcou a extensão de sua responsabilidade (ord. 4, 97 pr.) (7).

No regimen da communhão, o dote consistente em inoveis sáe dos bens communs, ainda que constituído somente pelo marido, pois que é elle o admi-

(5) Annaliado o dote, seguir-se-á o regimen da communhão universal de bens. Si, porém, a nullidade fôr parcial, sobre uma parte dos bens, subsistirá o pacto na parte sã. Portanto, si do pacto, resulta o regimen dotal, os bens advindos á mulher e que, por qualquer circumstancia, .«e acham excluídos da classe dos dotaes, entrarão para a categoria dos paraphernaes.

(6) *Projecto,* art. 291.°

(7) *Projecto,* art. 2í»l>.°

nistrador da fortuna do casal com poderes de alienar os moveis livremente. Consistindo em immoveis, é indispensável a intervenção da mulher. No regimen de separação, o dote recáe sobre a fazenda de quem o constituiu.

A mulher, em regra, não pôde livremente dispor de seus bens; necessita de auctorisação marital, e a constituição do dote é uma alienação sem característico de urgência ou outras que dispensem essa exigência da lei. Mas, dado o regimen de completa e pura separação (dec de 24 de Janeiro, art. 89."), suas doações dispensam a intervenção do marido. C o mesmo dar-se-á, todas as vezes que o dote se referir a bens cuja livre disposição lhe garanta uma clausula de seu contracto antenupcial ou a lei.

c) Si o dote é constituído pelos amos paternos ou inalemos, terá de vir á collaçào ou conferencia, quer se tenha realisado em vida do pae, quer depois de fallecido este: no primeiro caso, trazido pela própria dotada em concorrência com os outros her deiros necessários, no segundo, pelo pae delia (Ord. 4, 94, tfê 20."-21.") (8).

d) Si o dote é constituído por extranho, obe decerá ás regras geraes das doações cora encargos, pelo que não é revogável por ingratidão e sim pelo não cumprimento do promettido (seja o casamento na hypothose), o que dá a similhantes doações o ca-

(8) *Projecto,* art. 291.°, 2.ª ai.

racter de contractos onerosos (9). Também não é revogável por superveniencia de iilhos como aflir-iiiam alguns civilistas pátrios induzidos pela grande auntoridade de MELLO FREIRE (10).

<*) *Si o dote resulta da imposição da lei* (dec. de 24 de Janeiro, arts. 58."-59.°) abrangerá a totalidade dos bens da mulher, presentes e futuros.

»<, $ 46"

QUANDO DEVE SEK CONSTITUÍDO O DOTE — SUAS FORMALIDADES — ESTIMAÇÃO E INSINUAÇÃO

Como todo pacto antenupcial, deve o dote ser constituído antes do casamento, tornando-se irrevo-

(9) LAFAYETTE,— *Op. cit.,* § 76.°; PLANUOL,— *Traité,* III, n.°854;*Projecto,* arts. 263.% II, e 118.°, V.

(10) TEIXEIRA DE FREITAS,—*Consolidação,* nota 9 ao art. 417.°, § 1.° e 13 ao art. 419.°: GALLUPPI,—*La dote cit.,* pag. 31 : Constituído pela mulher, tem o dote um caracter de convenção synallagmatica... Consti tuído por terceiro, tem um caracter duplo, correspon dente á natureza diversa das relações que se tecem entre o marido e o constituinte, entre este e a mulher. Entre o terceiro e o marido, é uma convenção a titulo oneroso, pela qual o terceiro se obriga a dar, ao ma rido, certos bens em dote, e o marido se obriga por seu turno, a tomar sobre si os encargos do matrimo nio. Entre o constituinte e a mulher, assume o cara cter de verdadeira doação.

gavel com a realisacão deste. Durante o casamento não é possível constituil-o nem modifical-o, segundo já foi aflirmado, quando tractei dos pactos antenu-pciaes. Porém no dote ainda é mais imperioso esse preceito, porquanto vemos, no regimen da eommu-nhão, ser possível a um terceiro dar. por acto entre vivos ou por testamento, certa porção de bens a um dos cônjuges com. a condição de serem elles incom-municaveis. No regimen da separação, dado um bem conjunctamente aos dois cônjuges, estabelecer-se-á entre elles um condomínio, uma sociedade limitada á propriedade desse bem, até que se eflectue a partilha. Mas não é admissível que uma liberalidade, por doação ou testamento, seja recebida a titulo de dote, após a celebração do casamento (1). A razão é obvia. Nos outros regimens de bens, uma liberalidade dessas que tenho figurado, embora se' não submetta ao direito comrnum que regula os outros bens do casal, não acarreta modificações sobre a própria natureza do regimen. Porque haja alguns paraphernaes não é que a communhão deixa de sel-o, pois que abrange todos os outros bens. Mas na clausula da dotalisação está a essência do

(1) Pensa diferentemente LAFAYETTE, — *JHrn-tos de família,* § 7.°, nota 4 e pag. 147. Em contrario, sustentam a boa doutrina T. DE FREITAS, nota 15 ao art. 420.° da *Consolidação,* e Ltfi TEIXEIRA,—*Curso,* 1, pag. 513.

regimen dotal. Decretal-a só é possível, portanto, na epoeha assignalada pelo direito para a.formação dos pactos antenupciaes. Por essa mesma consideração, embora o rejrimen adoptado seja o dotal, não poderão as liberalidades ulteriores augmentar o dote. Deverão beneficiar somente a fortuna própria e pessoal de qualquer dos cônjuges. 0 accrescimo único possível é o que provém ao dote de accessào natural (2).

Além da anterioridade ao casamento e da eseri-ptura publica, são lormalidades necessárias ao dote,

---

(2) Entenda-se, no caso de nao se referir o dote a bens futuros, o que é admissível (veja-se o § 47.°, n.° 1). Considerar-se-á não escrípta, no testamento, a condição da dotalisação, para que os bens assumam a natureza que lhes determinar o direito commum *(Projecto* FELÍCIO DOS SANTOS, art. 2:001.°).

Código civil portuguez, art. 1:141.°; civil francez, art. 1:543." O código hespanhol diz, art. 1:339.°, que o dote constituído após o casamento valerá como doação commum. O código italiano, art. 1:391.°, prohibe alteração no dote depois do casamento, quando feita pelos esposos; mas permitte aos extranhos que o constituam mesmo depois do casamento, ou augmentem o já constituído, 1:398.°, ultima ai.

O *Projecto,* art». 287.°-288.°, seguiu a doutrina do código italiano, mas declarando que o dote constituído por terceiro na constância do casamento nao altera o regimen prestabelecido para outros bens.

a insinuarão e a estimarão. A lei hypothecaria, (art. 3.°, § 9.°), e o seu regulamento (art. 173.°), dizem que os dotes não valerão eonlra terceiros, *sem escriptura publica, sem expressa exclusão fia communhão, sem insinuação nos casos em que a lei exige e sem estimação.*

Estimação é a fixação do valor do dote, para determinar seguramente o que ou quanto deverá restituir o marido. Pôde ser feita pura e simplesmente para que seja conhecido o montante dos bens dados em dote *(dos taxationis causa aeslimataj* ou para efTectuar sua alienação ao marido *(dos venditionis causa aestimataj.* Qualquer que seja a modalidade da estimação, tem sempre o marido de restituir o dote, após a dissolução da sociedade conjugal. Mas são differentes os seus direitos na constância do matrimonio, conforme a estimação importe venda ou não. Si importa venda, sua posição é a de um proprietário em divida, como havemos de ver mais tarde, si não importa venda, sua posição é a de um administrador com direito aos fructos e extensos poderes de mandatário. Por isso é da máxima conveniência pôr fora de duvida esse ponto. Aquella disposição legal, desconhecendo a inefficaeia, contra terceiros, do dote inestimado, é um meio de compellir á estimação, e de um modo expresso; mas, embora estimado o dote e assim reconhecida a obrigação do marido para o effeito da restituição, ainda resta a duvida possível sobre seus direitos em relação ao dote. Para íixal-os e esclarecel-os, é neces-

sarin 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 esoriptores firmaram, a este respeito, regras cuja exactidão lhes valeu acolhimento geral: 1.", a estimação dos immo-veis nào importará venda, sem declaração expressa; 2.", a estimação dos moveis tem por effeito transfe-* ril-os ao marido, si outra cousa não se estipulou (3). I Si a estimação não for justa, poderá dar logar á rescisão por motivo de lesão ? Pela affirmativa respondia o direito romano (I). 5, 12. frs. 6, § 1.", e 12. § 1.°). Km direito moderno, é forçoso distinguir. A estimação *taxatiònis cansa* não permitte lesão: mas a *vcwlUionis cansa* está sujeita a ella, como todos os outros contractos «de dar-se ou deixar-se uma cousa por outra» (4).

Sem a estimação não valem os dotes contra terceiros, diz a lei. Mas não pôde essa disposição dominar os dotes legaes que, por qualquer eircumstan-

---

(3) Código civil francez, arts. 1:551.°-1:552.° ; italiano, 1:401.°-1:402.° Pelo direito hespanhol, a estimação importa venda como por direito romano (ood. civil, art. 1:346.°). O *Projecto,* art. 297.<S adoptou o principio consignado no texto.

(4) TEIXEIRA DE FREITAS, — *Consolidação,* artigo 359.° e nota, por lógica dedncção de um principio geral estabelecido. DURANTON e TESSIER sustentam a doutrina enunciada no texto. GALLUPPI combate-a.

cia. nào forem estimados. Estes existirão sempre, apezar dessa jaca, e contra todos. Sem isso seriam licticios taes dotes impostos em pena.

Pedem a formalidade da insinuação os dotes excedentes a 180®, si forem constituídos por mulher. e a 360$, si o forem por homem (5). Dispensam-na: 1.", os que se formarem com os bens das próprias nubentes ou daquelles que para esse íim lhes forem deixados; 2.", os que forem liberalidade dos pães el outros ascendentes dos quaes seja herdeira legitima a dotada, quando se mantiverem dentro da orbita das legitimas e mais a taxa da lei (6); 3.°, os consistentes em prazos emphyteuticos, si o dotador mantiver para si, durante a vida, o usufructo, porque tomarão o caracter de doações *mor/is causa,* ás quaes não se applica a insinuação (7); 4.°, os que resultarem da determinação da lei (8).

(5) E' o que se chama taxa legal. (Ord. 4, 62, e Alv. de 16 de Setembro de 1814).

(6) LAFAYETTE,— *Direitos de familia,* § 77.° Assento de 21 de Julho de 1797.

(7) TEIXEIRA DE FREITAS,—*Consolidação,* art. 417.°, § 3.°, o LAFAYETTE, — *Loc. cit.*

(8) A insinuação é um meio de dar maior fixidez e authen ti cidade no acto. Ora, si o dote resulta da imposição da lei, será ociosa qualquer outra formali dade no sentido de corroborar o acto de sua constitui ção, pois que nenhuma teria mais valor do que a pró pria lei.

§ 47."

CLAUSULAS ADJECTAS AO CONTRACTO DOTAL

No contracto dotal, se podem estipular quaes-j quer clausulas que não contrariem disposições de lei nem a natureza mesma do dote.

LAFAYETTE apresenta em destaque as cinco clausulas seguintes (1):

1.° Que sigam a natureza de dotaes os bens que a mulher adquirir na constância do casamento por quaesquer titulos (2). E' perfeitamente admissível essa clausula. Sem ella os bens advindos á mulher seguiriam a coíidição dos paraphernaes, si o regimen adoptado fosse o dotal, sem mescla, ou a dos eom-muns, si a dotalisação viesse em combinação com a communhão dos adquiridos. E' preciso, portanto,, que as partes claramente o estipulem, si lhes que-

(1) *Direitos de família,* § 79.° 0 *Projecto,* artigos 286.°, 289.° e 298.°, admitte as primeiras clausulas, destacando especialmente a segunda, a terceira e a quarta.

(2) FELÍCIO DOS SANTOS,—*Projecto* de código civil, art. 1:993.°, exige que a successão seja de ascendente para prestar-se á clausula da hypothese aqui figurada. Não Lvejo razão suíficiente para essa res-tricção.

rem dar um destino diverso. Comprehende-se que a herança futura possa entrar nessa previsão, mas si não se referir a certa e determinada pessoa succedenda, porque, então, como já observei noutra parte, incorreria o contracto no vicio condemnado dos pactos successorios.

2.° Que tenham egual destino os havidos com dinheiro dotal ou com o preço dos bens dotaes que forem vendidos.

3.° Que o dote reverta ao dotador, dissolvida a sociedade conjugal. Essa reversão não terá logar, quando o dotador fòr o pae ou a mãe da dotada e o dote não exceder á legitima.

4.° Que, premorrendo a mulher, sem deixar herdeiros necessários, passe o dote ao património do marido. FELÍCIO DOS SANTOS, em seu *Projecto,* artigo 1:994.", reputa essa clausula como contraria á indole do dote. Não é verdadeiro esse reparo, quando é certo que a restituição do dote pelo marido, só se tornou obrigatória e geral nos últimos tempos, e quando o próprio Justiniano, dando a ultima feição e as maiores garantias ao dote, permittiu esse favor ao marido, sempre que o estipulasse por um pacto expresso (3). Também não vale o argumento de que se tracta, na hypothese, de um pacto successorio,

(3) God. 5, 13, 1. única, § 6.° *... **si** decesserit mulier **constante matrimonio dos non in** lucram **mariti cedat nisi em quibusdam pactionibu*.***

porque é justamente esta uma excepção consignada por todos os civilistas pátrios (4). E' indispensável, porém, que não deixe a mulher herdeiros necessários, porque os pactos não podem alterar a ordem legal da successão.

5." Que seja a mulher a administradora dos bens dotaes, com tanto que contribua, com os fructos deites, para a sustentação dos encargos do matrimonio. Esta ultima clausula, poréin, é inadmissível em alguns systemas jurídicos, por contraria â natureza do regimen (5).

(4) TEIXEIRA DE FREITAS, — *Consolidação,* artigo 354.°; COELHO DA ROCHA, § 731.° e nota H H ; MELLO FREIRE, 2, 9, § 25.° e outros, que todos se fundam na lei de 17 de Agosto de 1761, § 8.°, a cuja disposição se devem fazer hoje as restricções impostas pelo direito novo, tal como o consolidou o illustre TEIXEIRA DE FREITAS, quando nos disse que da nullidade absoluta dos pactos successorios escapam os contractos antenupciaes sobre a successão reciproca dos cônjuges.

(5) *Vide* o código civil italiano, art. 1:399.°; francez, 1:540.°; QALLUPPI, — *La dote,* pag. 115 ; G-LASSON, — *Loco citato.*

§ 48."

OBRIGAÇÕES DO DOTADOR E DIREITOS DO MARIDO PARA HAVER O DOTE — EVICÇÃO

Do contracto dotal resulta, para o dotador, a obrigação de dar o dote no prazo e pelo modo estipulado. Si não houver prazo estabelecido, deve-se realisar a entrega logo após o casamento, porque constituo elle o facto a que. está subordinada essa obrigação. Todas as obrigações resultantes de pactos antenupciaes se acham modificadas pela condição,—si o casamento se efectuar, *si nuptiae fue-rint secutae.*

Si o dotador não cumpre, no momento preciso, a obrigação que tomou sobre si, acha-se o marido provido (1) de acção competente para coagil-o á entrega do objecto do dote accrescido dos fructos havidos desde o tempo da mora.

(I) Esta acção compete directamente ao marido, por ser o primeiro interessado por si e por sua mulher; mas «pôde ser intentada pela mulher dotada ou por qualquer extranho com qualquer interesse nas estipulações do contracto dotal», escreve TEIXEIRA DE FREITAS, em nota á *Doutrina das acções* de CORREIA TELLES, § 141.° A ord. 3, 25, § 5.°, deu-llfe o caracter de de-cendiaria.

A propriedade do objecto dado em dote não se desprende da esphera da acção jurídica de quem o constituiu, sinão após a tradição. Tal é a doutrina de nosso direito, em accordo com o romano e o de outros povos da actualidade, e em desaccordo com o francoz e os que reflectiram essa innovação posta em pratica pelos auctores do *code civil.* Antes dessa entrega, só existe um direito de credito por parte do marido e uma obrigação de dar por parte do dota-dor, a qual 86 submette aos princípios gera es que dominam esta espécie. Mas, como a obrigação se faz exigível, desde o momento em que o casamento se realisa. os fruetos e acerescimos beneficiarão o marido, desde o momento em que se constituir o dotador em mora.

Depois do entregue o objecto do dote, pôde acontecer que seja reivindicado por terceiro que sobre elle tenha direito real. Pergunta-se: qual deve ser, na hypothese, a responsabilidade do dotante? Os nossos civilistas hão trilhado, a meu vêr, falsa rota para o fim de obterem a solução deste ponto duvidoso. LAFAYETTE e BORGES CARNEIRO opinam que, segundo o preceito da lei 1, *God. de jure do-tiunt,* o dotador não é obrigado pela evicção, a não ser que tenha procedido dolosamente ou que haja convencionado tomar sobre si essa obrigação. Outros acerescentam a essas duas clausulas, a hypothese de ser o dotador pae ou mãe da dotada. Assim, no dote *profecticio,* ha logar para a evicção, no *adventício,* considerado pura liberalidade, nãoi

Mas este segundo modo de pensar só se distanceia daquelle, porque parte do falso presupposto da obrigação de dotar imposta aos pães ou ás mães (dote *profeciicio* 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 distincto por sua natureza e por sua finalidade, e a consideração, finalmente, de que elle forma uma espécie de património exclusivamente destinado á sustentação dos encargos da vida conjugal, induzem a pensar de modo diverso.

A verdadeira intelligencia e a doutrina que resulta da citada lei l, *Ood. de jure ãotinm* (5, 12) é que, em regra, o dotador é obrigado á evicção, no que se acha o • citado preceito de harmonia com a lei única, *Cod., de rei iixoriae actione* (5, 13) (3).

(2) COELHO DA BOCHA, — *Instituições,* § 271.°; LAFAYETTE, — *Direitos de família,* § 81.°

(3) Lêem-se, na citada lei única § 1.°, Cod. 5, 13, as seguintes palavras : *ita et hnjusmodi actione damu-ex vtroqve latere hypoiliecam, sive ex parte mariti pro restitutione dotis, sive ex parte mulieris pro ipsa dcte praestanda,* vel rebus dotalibus evictis; sive ipasae príncipales personae dotes dederint, vel promiserint, vel susciperint, sive aliae pro bis personae. TEIXEIRA DE FREITAS, em nota 21 ao art. 424'. ° da *Consolidação,* firmara também a verdadeira doutrina.

Si, porém, estava o dotador de boa fé, nada mais justo do que eximil-o dessa responsabilidade, da qual poderá elle mesmo também isemptar-se, estipulando sua irresponsabilidade.

E" verdade que o código civil portuguez (arte. 1:142."-1:143.°) seguiu a doutrina de Goiano DA ROCHA; mas o italiano (art. 1:3%.") diz claramente: *coloro che consUtuiscono una (lote sono tenute a garantire i beni assegnati in dote.* O código fran-cez (arts. 1:440.°-1:547.") já mostrara essa orientação.

<0 dotador. diz LAFAYETTE, nada recebe em compensação do dote, fora, pois, iniquidade obrigal-o á evicção». Este argumento estriba-.se num conceito falso do dote que, segundo já ficou ailirmado, não é uma doação pura e simples. E TROPLONG, com antecedência, dera-lhe inatacável resposta: «Sob os auspícios desse donativo, funda-se uma família; dois esposos ligam a essa liberalidade a esperança de seu bem estar; filhos educam-se com a perspectiva de colher os fructos delia. E tudo isso pode esvair-se sem que o dotador responda?» (4). Si a natureza

(4) *Contraí de Marioge,* n.° 1:247. No mesmo sentido LAURENT, — *Coura élémentaire,* III, n.° 401 ; DEMOLOMBE, XX, n.° 546 ; PLAKIOL, III, n.° 867 ; GUILHOUARD, I, n.° 161; GALLDPPI,—*La dote,* n.° 52; E. GLASSON,— *Cfrande encyclopédie, verb. dot.* A acção de garantia deve ser exercida, durante o matrimonio, pelo marido; dissolvido elle, pela mulher.

própria do dote não fosse perfeitamente sufficiente para postular a necessidade da evicção, tornal-a-iam. por certo, evidente essas razões indirectas acolhidas e revigoradas pela theoria geral do direito das obrigações.

g 49."

CLASSIFICAÇÃO DOS BENS NO REGIMEN DOTAL

Estabelecido o regimen dotal, os bens dos cônjuges distribuem-se por categorias diversas, regidas por princípios differentes:

1." *Os bens dotaes,* que são os constitutivos do dote, e, por força da estipulação, ou da lei. se acham submettidos ao nexo dotal. Devem ser insinuados nos casos em que a lei exige, e estimados, como já lieou observado.

2." *Bens paraphernaes,* que são os particulares da mulher, não incluídos no computo do dote. in-communicaveis em si e nos seus fructos e sobre os quaes ella tem a propriedade e a administração (1). Essa classe não existe no regimen dotal que a lei

(1) A garantia da hypotheca legal, penso eu, só se applica aos. paraphernaes, quando, no pacto antenupcial, é concedida a sua administração ao marido, como preceitua o código civil portuguez, art. 1:154.°

impõe, porque, então, *todos os bens da mulher, presentes e futuros, serão considerados dotaes* (dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 59.°).

Embora tenha a mulher a administração dos paraphernaes, não os pode alienar, nem por causa delles comparecer em juizo. sem obter de seu marido a necessária auctorisação (2). A administração pôde ser exercitada pela própria mulher, ou porter-

---

(2) Ord. 3, 47, pr. *e* 4, 48; COELHO DA ROCHA, — *Instituições,* § 280.°; código civil francez, art. 1:'576.°; italiano, 1:427.°; hespanhol, 1:387.° Não é jurídico o parecer de LAFAYETTE, § 82.° (nota 2), a pag. 158 e § 91.°, segundo o qual, a administração dos paraphernaes cabe ao marido. «Salvo si a mulher reser-vou-se um tal direito no pacto antenupcial», accres-centa. Mas justamente a paraphernalidade importa essa reserva era 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 emtanto, falta-lhe o poder de administração ligado á posse, a qual devera se mostrar mais vigorosa aqui do que na commu-nhão, porque lhe faltam os motivos de excepção, mais próprios áquelle regimen. E' um illogismo que deve ser rejeitado.

0 *Projecto,* art. 317.°, declara : «A mulher conserva a propriedade, administração, o goso e a livre disposição dos bens paraphernaes; observada, quanto á alienação dos immoveis, a restricção do art. 282.°». A mulher não pôde alienar immoveis, era qualquer regimen sem auctorisação do marido.

ceiro que delia receba mandato. Esse mandatário poderá ser extranbo, ou, mais naturalmente, o marido. Si o mandato fôr expresso, elle equipara-se a qualquer procurador, devendo prestar contas segundo os princípios e as estipulações do mandato. Si fôr tácito, com acquiescencia delia, diz o código civil francez(art. 1:578.°) seguido pelo italiano (art. 1:429.°) só será obrigado a restituir, ao tempo das contas ou da dissolução do casamento, os fructos existentes, sem responder pelos consumidos até então (3).

3." *Bens próprios'do marido,* também incommunicaveis em si e nos seus rendimentos. Coraprebendem-se nesta classe todos os haveres do marido, quer existentes antes do casamento quer adquiridos depois. Sem outorga da mulher, não pôde o marido alienal-os, quando immoveis.

4.ª *Os adquiridos na constância do matrimonio.* Apezar 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 acquestos se communicam no regimen do-

(3) O *Projecto,* art. 318.", dispõe de modo mais satisfactorio.

(4) *Instituíiones júris civilis,* 2, 8, § 10.°; *Consolidação,* nota 16 ao art. 88.° Veja-ss também COBREIA TELLES, — *Digesto portuguez,* II, art. 172."

tal (5). E não os abriga o argumento de que a in-eommunicabilidade é de excepção em nosso direito\ pois que ella foi deliberadamente querida, quando os promettidos esposos estipularam o regimen dotal. Nem é licito invocar o principio — *quod contra ra-\ tionein júris receptum est non producendum ml conseqiicnUas,* pois que o recebido contra o direito seria a communieação dos bens em um regimen de separação delles. segundo nol-o transmittiu o direito romano, legislação fundamental para o assumpto, na deficiência de leis pátrias.

E accrescente-se: os códigos e legislações modernas, que acceitaram o regimen dotal, regularam-no como regimen de separação. Sob esse aspecto, ve-mol-o na França, na Alie nanha, em Portugal, ria Hespanha, a despeito de que, nestes dois últimos paizes, eommunieam-se os fructos dos paraphernaes. Mas, em todo o caso, os bens que os esposos adquirem, por outro qualquer titulo, são-llies pessoaes

---

(Õ) LAFAYETTE,—*Direitos de família,* § 82.° ; e nota IX; COELHO DA ROCHA, — *Instituições,* § 2SI.° *Adde:* CARLOS DE CARVALHO,—*Dir. civil,* art. 1:492.°

Este auctor diz, no emtanto, no art. 1:532.° que, sendo valido contra terceiros o contracto antenupcial constitutivo do dote, presumem-se incommunicaveis os bens adquiridos na constância do casamento.

A JOÃO MONTEIRO, — *Âpplicações do direito,* paginas 391-399, também parece melhor a opinião de que os adquiridos se communicam, no regimen dotal.

(código portuguez, arts. 1:153."-1:155.°; hespanhol, 1:381."-1:385.°).

Nada impede que os cônjuges estipulem um regimen combinado de communhão e dote; mas preciso será que manifestem, de modo accentuado, sua vontade nesse sentido. E" a hypotliese prevista pelo código civil francez (art. t:581.°), que pareceu uma disposição ociosa a alguns juristas, mas que teve o mérito de evitar as supposiçòes que a pbantasia dos pátrios interpretes ha engendrado.

§ 50.»

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO MARIDO EM RELAÇÃO AOS BENS DOTAES

Por direito romano, o marido era considerado proprietário dos bens dotaes, embora fosse resolúvel o seu dominio: *Constante matrimonio dm in bonix mariti est.* Em direito moderno, porém, esse principio não pôde ser acceito, tendo mesmo na antiga jurisprudência levantado uma grave controvérsia (1). A propriedade do dote pertence indubitavelmente á mulher em principio. As derogacões a essa regra dependerão de clausulas estipuladas no pacto dotal.

(1) *Vide* GALLUPPI, — *La dota,* pag. 88 e segs.; MACKELDEY, — *Droit romain,* § 556.°, nota 3.

Firmado esse principio, inútil é, por certo, indagar si os direitos do marido são os de,um credor antichretico, á similhança do que fizeram TOULLIER e PROUDHON. O que importa é saber si o dote foi estimado e si a estimação foi meramente taxativa do valor em numerário ou com intenção de estipular um preço. Dessas circumstancias depende a determinação dos direitos do marido.

I. Si a estimação importa venda *(venãitiowis causa)*, effectua-se por ella a translação da proprie dade. O marido é dono tendo todas as garantias, todas as vantagens, salvo a restricção da necessidade do assentimento da mulher pára a disposição dos immoveis, e também todos os precalços da pro priedade.

II. Si a esHimação é meramente taxativa do va lor do dote, o marido é um usufructuario do dote, e, ao mesmo tempo, um representante legal, do ver dadeiro proprietário que é, em regra, a mulher. Os objectos dados em dote podem ser moveis, immoveis ou fungíveis. Os que pertencem a esta ultima classe, se tem sempre como de propriedade do marido, apezar de ser meramente taxativa a estimação. E' que o gozo de taes objectos acarreta o seu consumo, e, pois que o marido deve ter o gozo, necessariamente terá seu domínio (2). Quanto aos moveis, é princi pio geral acceito que sua estimação importa venda.

(2) D. 12, 1, fe 2, § 1.°

transferencia da propriedade (3); mas as partes podem resolver o contrario, por uma declaração expressa, tornando-se, então, os moveis inalienáveis.

Os immoveis são, nesta hypothese, inalienáveis, o que eonstitue um dos privilégios mais notáveis do dote, e uma de suas características. Sendo o dote destinado á sustentação dos ónus do casamento, á garantia da manutenção da família, é, por sua natureza, inalienável. 0 rigor deste principio da inalie-nabilidade dos immoveis flexiona-se, porém, em alguns casos: I.°, quando não ha outros meios com ([lie manter a familia; 2.", quando é preciso dispor delles para evitar a ruina de bens dotaes de mais importância para a familia: 3.". para elTectuar-se uma troca proveitosa, havendo accordo de ambos os cônjuges. A licença do juiz é sempre necessária (lei de 22 de Setembro de 1828, art. 1.", § 1." (4).

(3) *Vidf- o* § 46.°

(4) LAFA YETTB,—*Direitos de familia,* § 83.°: D. 23, 3, *ir.* 26. Diversamente do que ensina LAFATETTE,:—*IACO citato,* a acção pauliana ou revocatoría só terá Ioga r, si o dote fôr concedido em fraude de credores. Quando a acquisiçáo *è* por *titulo lucrativo,* basta a fraude do devedor ; quando é por *titulo oneroso, è* necessária também da parte do adquirente. Mas, em qualquer hypothese, a *fraude ê* necessária (CORKEIA TELLKS, —*Doutrina das acções,* ed./ T. DE FREITAS, § 54.°), salvo si se der uma presnmpçao legal (dec. de

Além dos três casos apontados, a alienação dos inimoveis dotaes pode ter logar: *a)* nas disposições de ultima vontade, porque vão produzir effeito depois de dissolvido o casamento, e deixam aos bens dotaes livre applicação a seu natural destino; *b)* nos casos de desapropriação por necessidade ou utilidade publica.

III. Si o dote soffrer estimação taxativa do valor dos bens (5). tem o marido a administração e o usufructo dos bens dotaes, e, em relação a elles, representa legalmente o proprietário cujas vezes faz. Age contra os detentores do dote, de cujo poder tem competência para reivindical-o; divide os bens dotaes communs com os de outras pessoas, provocando a acção *comtnuni diviãunão;* vende os moveis e utilisa-se dos fungíveis, si os moveis não são expressamente declarados inalienáveis; cobra as dividas

24 de Outubro de 1890, art. 26.°, *a).* E accrescen-te-se que o dote não é, regularmente, uma liberalidade pura, como já deixei affirmado.

(5) O Dec. 169 A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 3.°, § 9.°, diz que, sem estimação, os dotes não valerão contra terceiros, mas o regulamento de 2 de Maio do mesmo anno, art. 173.°, declara-os geralmente iiullos. Si, portanto, apezar da exigência da lei, deixar de haver estimação, não ha dote, e o marido responde pelos bens recebidos sob esse titulo, como devedor commum (CARLOS DE CARVALHO, — *Dir. civil,* art. 1:537,°). Somente os dotes constituídos *íX vi h-gi** dispensam a formalidade da estimação.

dotaes o passa quitação delias: percebe os fructo* e rendimentos do dolo, dos q ti a es dispõe a sou ta-lante (6). Mas, não pôde transigir nem crear ónus reaos gravando o dote, porque taes actos importam alienação, o o marido nào podo alienar. Nem lhe é permittido comparecer em juixo em relação a imrno-veis. sem nccordo da mulher.

I Nào são somente direitos que adquire o marido em relação ao dote. Importantes obrigações também assume elle com administral-os, attenlos o destino do dote e a sua propriedade (pie pertence a outrem, («umpre-lhe olhar solicito para a boa conservação dos bens dotaes, como se velasse por sua própria fazenda, para que nào se deteriorem, nem se percam por prescripçao (7), porque os credores se tornaram insolvaveis ou por outro modo. Sua res-

(6) A acquisição dos tractos civis faz-se dia por dia, e u dos naturaes pela percepção, salvo os do ultimo anno *(Vide o* § õ3.°).

(1) A prescripçao somente corre contra os bens dotaes, si tinha principiado antes do casamento; e nada haverá que imputar ao marido, si poucos dias faltavam para consummar-se, quando elle se casou (D. 23, 8, fr. 16; COELHO DA ROCHA,—*Instituições,* § 273."; cod. civil francez, art. 1:561.°). 0 código italiano, artigo 1.-408.^{0}, admitte a prescripçao dos bens dotaes, sob a responsabilidade do marido. O *Projecto,* art. 305.°, admitte que a prescripçao corra contra os moveis, sob n responsabilidade do marido, mas/ não contra os im-moveis.

ponsabilidade em taes casos é irrecusável. Não asn sim, quando se arruinam ou desapparecem os bens por um easo fortuito, ainda que lhe seja imputável uma certa negligencia, como si elle deixou de segural-os.

8 51."

CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO **ILLICITA** DOS BENS DOTAES

A inalienabilidade dos immoveis dotaes, creada pela lei Júlia *de adulteriis* e desenvolvida por Justiniano, foi recebida pelas nações modernas como uma consequência natural da instituição do dote. Si houver quebra desse preceito, a lei dá recursos para restabelecel-o ou, ao menos, para evitar as damnosas 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 im inovei dotal, fora dos casos auctorisados por lei, o acto será nullo e poderá o próprio marido reivindical-o, na constância do matrimonio, ainda que a mulher assentisse na alienação. Necessita, porém, de outorga da mulher ou supprimento pelo juiz, porque, sem isso, não lhe é facultado intentar acção alguma sobre bens de raiz (ord. 3, 47, § 5.^{p}).

Seria injusto, porém, que se locupletasse com o alheio, pelo que deve restituir o que recebeu do comprador e responderá mais por perdas e damnos, si occultou que eram dotaes os bens que alienava.

Si o marido não effectuar, porém, a reinvidicação, terá a mulher direito de usar delia, depois de dissolvida a sociedade conjugal por morte ou divorcio, restituindo o preço e respondendo por perdas e damnos, si se lhe puder imputar dolo (1). Esse direito é transmissível aos herdeiros da mulher.

(1) C. DA ROCHA,—*Instituições,* § 273.°; COBREIA TELLES, — *Doutrina das acções,* ed. T. DE FREITAS, §§ 40.°-43.°; código civil francez, arts. 1:560.°-1:561.°; italiano, 1:407. Cumpre notar que acção conferida por estes códigos é a de nullidade e não a de reivindicação.

Morrendo a mulher e ficando o marido senhor do dote por herança ou por outro titulo, a alienação revalida-se; morto o marido e sendo a mulher sua herdeira, também revalidar-se-á o acto alienatorio em virtude da confusão, no mesmo património, de obrigação e direitos antitheticos.

§ 52.°

DIREITOS DA MULHER KM RELAÇÃO **AOS** BENS DOTAES

A mulher é a proprietária do dote. Mas, como ao marido cabe a administração, fornece-lhe o direito uma garantia hypotliecaria sobre os immoveis desse administrador e usufructuario (dec. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 3 °, § 1.°). £ tanto mais necessária se faz essa garantia, quando o dote pôde ser entregue ao marido com estimação *venditionis cansa,* tendo o marido sobre elle 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. Si o marido tiver illici-tamente alienado immoveis sobre os quaes não lhe havia sido concedida essa faculdade, tem a mulher, ou seus herdeiros, como já foi dicto, o direito de reivindical-os do poder de quem os detenha.

Outro importantíssimo direito conferido á mulher é o de exigir, do marido a entrega do dote, ainda na constância do matrimonio, si elle se recusa a dar-lhe os alimentos necessários, ou, si, cahindo em pobreza, ameaça delapidar os dens dota es (1). Tem

(1) CARLOS DE CARVALHO,—*Vir. civil,* art. 1:535.° *Projecto,* arts. 315.°-316.°

a mulher, para esse effeito, acção de reivindicação contra o marido ou contra terceiro possuidor, si o dote é estimado *taxitionis causa.* Si a estimação tiver conferido direito de venda, sua acção é a hy-pothecaria vinculada aos immoveis do marido, ainda que se achem na posse de outrem. Readquirido o dote por qualquer desses modos, entra elle para a administração da mulher, mas com a mesma natureza e applicado sempre ao mesmo destino de subsidiar á manutenção da família. Si satisfeita essa necessidade sobrarem fructos ou rendimentos, deve a mulher administradora entregal-os ao marido, segundo já preceituava o direito romano (2).

A' mulher commerciante confere nosso direito a faculdade exorbitante de alheiar e hypothecar seu dote (cod. comm., art." 27.°, ai.), pondo assim por terra as garantias, a destinação e a própria natureza dos bens dotaes. 0 dec. de 24 de Janeiro de 1890, (art. 60.") restringiu essa faculdade ás mulheres que antes do casamento já eram commerciantes. Mais justificável é, certamente, esta nova doutrina, mas ainda assim, não é satisfatória (3).

(2) D. 24, 3, fr. 24, pr.; Cod. 5, 12, 1. 29 ; LA-FA-YETTB,—*Direitos de família,* § 87."; COBREIA TEL-* LES,—*Doutrina das acções,* § 42.° e notas da ed. de TEIXEIRA DE FREITAS; CARLOS DE CARVALHO, — *Dir. <ivil,* art. 1:535.°

(3) O novo código commercial portuguez, art. 16.°, não concede á mulher commerciante a faculdade de

§ 53."

RESTITUIÇÃO DO DOTE

Aftirmada a teleologia do dote, que é subsidiar a obrigação pessoal do marido, na sustentação da família, é obvio que, cessando a sociedade conjugal, deve ser elle restituído.

Assim o dote deve ser restituído, quando a morte dissolve o vinculo matrimonial; quando o divorcio opera a separação dos cônjuges (1); quando

empenhar, hypothecar ou alheiar seus bens dotaes. Também pelo direito italiano assim é, salvo si, no contracto matrimonial, foi permittida a alienação ou a hy-| potheca (cod. civ., art, 1:404.°, coram., art. 14.°, ai. 3). Era já esta a doutrina do direito francez, cujo código commercial, arf. 7.°, em termos claros diz: ... *leurs biens stipulés dctaux, quand elles sont* marieés sons le regime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni alienes que dans les cas determines et avec las formes reglées par le code civil (arts. 1:554.°-1:557.°).

(1) O *Projecto,* regula minuciosamente restituição do dote nos arts. 307.°-314.

O divorcio, segundo a lei pátria, só coage á restituição, quando os cônjuges não tiverem filhos communs. Tendo-os, continuarão os bens dotaes *sujeitos aos ónus do casamento, até á morte de um dos cônjuges, mas, passarão a ser administrados pela mulher, si, no divorcio litigioso, ella for o cônjuge innocente.* Sendo o

é declarada a ausência de algum delles; e quando occorre a entrega do dote á mulher por ser o marido perdulário ou não applicar o dote aos fins a que o direito o destina. Também si o casamento se an-nula, tem logar a restituição, cumprindo, nesta hy-pothese, examinar si 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 transmute elle o vinculo obrigacional, quer falleça antes de sua esposa, quer antes de con-summar a restituição. Esses mesmos herdeiros ou representantes do ausente, são os incumbidos da restituição motivada por ausência, que é um falleci-mento presumido.

Antes desse tempo, não pôde o marido eximir-se da sua responsabilidade, entregando antecipadamente o dote na constância da vida conjugal. Ainda que o fizesse, chegado o momento legal da restituição, com o mesmo império veria erguer-se a obrigação de restituir, como si mantivesse em seu poder o con-juncto dos bens dotaes, deduzido somente o que a mulher tivesse conservado da primeira restituição,

divorcio amigável, a administração do dote-será regu lada por accordo entre os cônjuges apresentado na occasião do pedido do divorcio e homologado pelo juiz (dec. de 24 de Janeiro, arts. 91.°—8f."). No *Projecto,* não se encontra disposição similar.

por força do principio de que a ninguém é dado eririquecer-se injustamente á custa alheia. .Mas, si não tem o marido o direito de restituir o dote antes das epochas indicadas, poderá, entretanto, ser a isso constrangido, quando malbaratar a sua fortuna, ou negar á mulher os alimentos necessários, ou indicar pretenções de eagolphar também o dote em ruínas (2).

E' á mulher, ou a seus herdeiros, que, em regra, se deve restituir o dote, qualquer que seja a sua origem: salvo quando, por uma clausula expressa no contracto dotal, se estipulou a reversão ao dotador, ou a sua acquisição pelo marido, si, premorrendn a mulher, não deixar herdeiros necessários.

Para garantia da restituição, a lei confere á mulher uma hypotheca legal, sobre os immoveis do marido (dec. 169 A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 3.", i; 1."). a qual deve ser inscripta e especialisada para valer contra terceiros (art. cit, § 10.") (3). Também

(2) *Vide* os §§ 50.°-52.° *injine.*

(3) Esta hypotheca não é mais privilegiada como o era por direito romano (Cod. 8, 18, 1. 12). Sua inscripção deve ser pedida pelo marido ou pelo pae; pôde ser pela mulher, pelo doador ou por um ps rente da mulher; incumbe ao tabellião, ao testamenteiro, ao juiz de direito em correição, ao juiz da provedoria (dec. 169, art. 9.", §§ 8.°-10.°) *Projecto,* art. 831.°, I.

não teriio valor contra terceiros os dotes não insinuados (art. cit., 8 9."), e são nullos os inestimados (reg. de 2 de Maio de 1&90, art. 173.") pelo que, sem essas formalidades, se acham muito limitados os direitos da mulher, na occasiào de pedir a restituição do dote.

Para sabermos como deve ser eITectuada a restituição do dote, convém predeterminar a natureza dos bens e a da estimação a que elles se submette-ram na occasiào da constituição do dote. Si o dote consta de cousas fungíveis, de moveis estimados, ou de immoveis eom 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 ella sub-inette-se necessariamente o marido, sem poder alle-gar diminuição superveniente no valor, mesmo porque os accrescimos lhe serão também adquiridos em compensação (4). Si 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 quaes tenha concorrido por sua negligencia ou dolo.

Os imm oveis estimados *taxationis cattsa* e os moveis que por estipulação devem ser conservados restituem-se em espécie, no estado em que se acha-

— —'•#- ---------- —'----------

(4) Cod. 5, 12, 1, 5; 5, 13, 1. única, § 9.°

rem, accrescidos com as aceessões e melhoramento*, ou depauperados com as deteriorações. Benefícios e malefícios correm por conta da mulher, salvo culpa ou dolo do marido, nas deteriorações (õ).| Também nos melhoramentos occasionados por elle. se lhe devem levar em conta as despezas úteis e necessárias, para o fim de indemnisal-o; pela totalidade, si forem da segunda espécie, e até concorrente quantia do valor accrescido, na epocha da restituição, si forem da primeira. Para garantia dessa in-demnisaçào, tem elle direito de retenção sobre os bens dotaes que se acham em seu poder (6). As despezas voluptuarias, de mero ornamento, podem ser retiradas pelo marido, sob a condição de não damnificar o objecto a que adherirem.

Os fructos civis adquire-os o marido na proporção do curso do tempo, dia por dia, e os naturaes pela percepção. Mas os naturaes do ultimo anno do casamento estão, neste departamento do direito, sujeitos a um principio especial de relação com o

(5) For maioria de razão, o perecimento do objecto do dote, será imputado ao marido, si esse acontecimento provier de sua fraude ou negligencia e não do acaso ou de força maior.

(6) *D.* 23, 3 fr., 56, § 3.°; LAFAYETTE,—*Dir. de família,* § 88.° As despezas ordinárias e communs, de pequena monta, «reputam-se compensadas pelo rendimento do dote» (cod. civ. portuguez, art. 1:164.°). *Projecto,* art. 314."

tempo (7). Partilham-se esses fructos do ultimo anno, sejam pendentes ou já percebidos, entre os dois cônjuges ou seus herdeiros, conforme o caso, proporcionalmente á duração do casamento nesse anno. A razão desta disposição é obvia. 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 fructos 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 nutrn modo, poderia occasionar um desses inconvenientes.

Mas, si o principio é verdadeiro e justo, convém leval-o até o expottamento de suas naturaes consequências. Assim entendem os escriptores que, nas colheitas que se fazem de dez em dez annos, como o corte das madeiras, ou outras de tempo superior

(7) LAFAYETTE,— *Op. cit.,* § 88.°; COELHO CA BOCHA, — *Instituições,* § 278.° ; D. 24, 3, frs. 5, 6 e 7 ; ROTH, — *System,* II, § 99.° No direito francez (cod. civ., art. 1:571.°) adoptou-se esse systema, porém somente em relação aos bens de raiz. O código civil portuguez refere-se, exclusivamente, aos fructos pendentes de qualquer natureza (art. 1:162.°). O código italiano volve-se á doutrina romana (art. 1:416.°). Assim, o *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 2:052.° O anno de que aqui se tracta é contado da data do casamento e não da colheita. *Projecto,* art. 313."

a um anno, os fructos do ultimo anno se entendem com amplitude maior, de modo a serem abrangidos todos QS que se distribuem pelo tempo do casamento, depois da ultima colheita, feita a divisão da quantidade dos fructos pelo espaço de tempo intermediário a duas colheitas. Assim, um viveiro des-pesca-se de três em três annos. Supponha-se, que o casamento durasse dez annos. Na epocha de sua dissolução, ainda faltava um anno para realisar-se a ultima pesca, visto como os períodos da colheita não correspondiam aos annos do casamento. Rea-Iisada essa pesca, ura anno depois de dissolvida a sociedade conjugal, tem o marido direito a dois terços delia. Seja um bosque destinado A corte de de/ annos; tendo o casamento durado cinco ou menos, de modo a «pie não se haja verificado ura corte durante esse tempo. 0 marido terá direito a uma parte do corte futuro, proporcional á duração do casamento. 0 mesmo raciocínio será applicado si o período da colheita fôr menor de um anno (8).

(8) D. 24, 3, fr. 7, § 6.° *Quod in anno dicitur potest dici in sex mensibus, si bis in anno fruetus capien-lur: ut est in locis irrigtà».* § 7.° *Et in plwríbus annis idem dici potest; ut in syboa caidua.* GALLUPPI, — *Op. cit.,* pag. 290; LAFAYETTK,— *Op. eit.,* § 88.°; LAU-RENT, — *Cours.* n.° 669 ; PLANIOL — *Traité,* III, numero 1:650 ; TH. Huc, — *Commentaire,* IX, n.° 500. *Projecto,* art. 313.°, § único.

Quando o dote consiste em gozo de direitos reaes ou obrigacionaes, como usufructos, foros, pensões, apólices, acções commerciaes, o marido deve restituir os títulos respectivos, cessando de receber as prestações, e respondendo pela extincçào do direito, occasionada por culpa sua (9). Consistindo o dote em um- credito, deve restituir o dinheiro recebido, e, si nada conseguiu receber, restituirá o titulo ; mas responderá por perdas e damnos, si, por culpa sua, se extinguiu a divida (10). A renuncia de um credito, de que o marido era devedor, foi <> dote concedido; dissolvida a sociedade conjugal, deve o marido pagar á mulher ou a seus herdeiros, a importância devida (11). Estas e outras regras apresentadas, são elucidativas de casos particulares, servem como exemplificações. Os princípios geraes. porém, são suficientes para resolver as duvidas possíveis, nos diversos casos emergentes, sem que haja necessidade de esmerilharem-se casos e hypotheses prováveis. O que é simples evidencia-se ao mais leve toque de luz.

(9) LAFAYETTE,— *Op. ciú.,* § *66°;* MOURLON, III. n." 433; código civil portuguez, art. 1:160.° *Projecto,* art. 311.°

(10) LAFAYETTE, cit. § 88.°; Cod. 4, 10, 1. 2; código civil portuguez, art. 1:161.°

(11) LAFAYETTE, § cit. ; D. 23, 3, fr. 12, § 2.°, e fr. 43. .

A restituição do dote somente pôde ser exigida, provando a mulher, ou seus herdeiros, que o marido o recebeu (12).

No direito romano, considerava-se o dote consignado ao marido, embora simplesmente promettido. Si, porém, na realidade, elle nada recebera, na occa-siào de lhe ser exigida a restituição, oppunha a excepção *non numeratae pecuniae.* Mas Justiniano (Nov. 100) não quiz que essa excepção fosse invocada sínão com as restricções seguintes: dentro do anno seguinte á dissolução do matrimonio, si este durasse menos de dois annos; dentro de três mezes, si perdurasse por mais de dois e menos de dez annos. Prolongando-se por mais de dez annos o casamento, cessava, para o marido, o direito de oppór a excepção *now numeratae pecuniae: Si vero trans-currerit decennium; tunc.neque ma/rito neque hereãibus ejus qiiaerela erit, têmpora aã omnia suficiente mulieri* (Nov. 100, cap. II). Esta ultima providencia foi acceita pelos códigos modernos, como uma punição á diuturna negligencia do marido, a

(12) O direito francez faz distincções entre o dote constituído pela mulher ou por terceiro, sobre bens presentes ou futuros, com prehendendo quantia superior ou inferior a 150 francos. Appliquem-se a esta matéria as regras do direito cominam, sem subtilezas. B'| quanto basta.

qual, por tam contumaz, assimilha-se a dolo; mas contando o prazo de dez annos, desde o momento em que o dote se torna exigível (13).

§ 54.°

TEMPO DA RESTITUIÇÃO

Os bens que têm de ser restituídos em espécie, como os immoveis estimados *taxationis causa* e os moveis infungiveis a que o pacto antenupcial adjectivou a inalienabilidade, devem ser entregues á mulher ou a seus herdeiros, desde o momento em que se dissolve a sociedade conjugal (1). Para uquelles, porém, que têm de ser restituídos em dinheiro, pelo preço da estimação, a lei concede o prazo de um

(13) Código civil francez, art. 1:569.° ; italiano, 1:414; portuguez, 1:145 ; *Projecto* COELHO RODRI-(ÍUEB, art. 2:050.° Fica sempre salvo ao marido provar que empregou inutilmente as diligencias que estavam a seu alcance, para obter o pag.i mento do dote. Também si 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, III, |n.° 1:645 ; CHIBONI, — *Istituzione,* § 401." ; *Projecto,* art. 312."

(1) O prazo do *Projecto* neste caso é de um mez (art. 307.°).-

nano (2). Não é esse um prazo fatal que não possa udmittir diminuição ou recusa por parte do marido ou por estipulação no pacto dotal (3); é apenas um meio de não collocar o marido em posição atflictiva, pela obrigação de papar de chofre uma divida do vencimento inexperado e numa occasião em que menos propicias lhe sejam as circumstancias, para esse dispêndio.

(2) Çod. 5, 13, 1. única, § 7.° ; código civil francês, arts. 1:564. °-1565.° ; italiano, 1:409.°-1:410.° : hespanhol, 1:369. °-1370.°; portuguez, 1:158.°; *Projecto* COELHO RODRIGUES, 2:044.°-2:045.°; LAFAYETTE, — *Direito» de família,* § 89.°; GALLUPPI,— *La dote,* pag. 271. Si o marido se torna insolvente, perde o direito ao benefício do prazo (cit. GALLUPPI, pag. 272, com apoio no código italiano, art. 1:176.°, e francez, 1:188.°). *Vide* o meu *Direito das obrigações,* § 19." O prazo do *Projecto* no caso de dote estimado *venditio-n i* causa è* de seis uiezes, art. 308.°

(3) O direito romano, de accordo com o expendido no texto, estatuiu (D. 23, 4, fr. 14); *De die red-dendae dotis hoe júris est, ut liceat pacisce, qua die reddatur; dum ne muliiris deterior conditio fiat.* E no fr. 15 *eodem,* accrescenta explicando : *Id est ut eiteriori. die reddatur;* insistindo ainda, no fr. 16 : *ut autern lon-, yiore die solvatur dos non potest non mayis, guam non omnino reddatur.* Não obstante, alguns civilistas modernos, apoiados na liberdade concedida aos nubentes de pactuarem o que lhes aprouver, sobre o regimen dos bens na constância de seu casamento, acham admissível uma clausula prolongando o prazo assignado á res-

Mas, si 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 armo da lei, não sofTra uiais demoras, resultantes desse processo.

lituição do dote (GALLUPPI, cit. pag. 273; RODIERB et PONT, II, n.° 626 ; DELVINCOURT, III, pag. 115). Creio que projectam além dos naturaes limites, a liberdade concedida pelo direito, os que patrocinam tal doutrina.

CAPITULO OITAVO

Arrhas 8

55."

NOyÃO E EVOLUÇÃO DAS A K RI IAS

Ainda menos que o dote penetraram as *arrhas* nos hábitos brazileiros. Segundo o testemunho de nossos juristas mais competentes, estão ellas, de muito, em completo desuso. Entretanto não constituem menos interessante problema histórico.

Arrhas, na accepçào de accessorio de um regimen de bens, *é o nome (lado á pensão ou cousa certa que o marido, no contracto dotal, assigna á mulher, para o caso de esta lhe sobreviver.*

Não é fácil tarefa atar os elos partidos da cadeia evolucionai deste instituto, remontando ás suas afastadas origens.

Duas soluções foram dadas a este problema de historia jurídica, mas ambas se me antolham como 'inexactas. A primeira é a de SOUSA VITERBO, que não é rigorosamente uma solução, mas, simplesmente, o inicio, o preparo aproveitável por quem se aprouver em proseguir pela senda apontada. Em

seu *Elucidário* (1), verbo — *compra do corpo,* havia elle identificado como synonymos os vocábulos — *arrhas* e *dote* com aquella expressão — *compra do corpo,* usada em muitos documentos portugueses do século xu e do xm. Depois, no *Stipplemento,* á vista de outros documentos, retractou-se da opinião emit-tida. dizendo que *compra do corpo* é differente de *arrhas.*

Mas o que vem a ser compra do corpo?

Entre quasi todos os povos, encontramos o costume de fazer o marido um presente á esposa em seguida ao casamento. Na Islândia, esse presente é denominado *mundr.* Na França, os escriptores mos-tram-nos, entre outros, o caso de Hilperik, no dia seguinte ao de seu casamento, tomando a mão de sua joven esposa, e, deante de testemunhas convocadas para esse fim. fazer-lhe a doação de cinco cidades. MICIIELET diz-nos que essa doação recebia o nome de *osculum, oscleum, oscleia, oscle,* porque era sempre acompanhada por um beijo (2). BALZAC falarios de um antiquíssimo costume, subsistente, em seu tempo, na França central, que é um caso especial de persistência do costume a que alludo, deno-

(1) Frei Joaquim de Santa Rosa VITERBO,—*Elucidário das palavras, termos e phrases que em Portugal antigamente se usaram e que hoje regularmente se ignoram.* Lisboa, MDCCXCVIII.

(2) *Les origines du droit français,* pag. 47 ; DuOANGB, — *Glossarium, osculum, IV.*

minado *doitzain,* por constar sempre de doze moedas ou doze centos de moedas, fossem de ouro, prata ou cobre, conforme a fortuna da familia (3).

Este costume interessante abrolhou espontaneamente entre diversos povos de origem aryca. Foi, entretanto, na Germânia, que elle apresentou os caracteres de um verdadeiro direito consuetudinário geral, sob a invocação de *Morgengábe,* presente da manha, ou *Bankgabe,* presente do banco, porque! a esposa se tornava a companheira do Jeito e do banco».

Estes presentes consistem em moveis ou numa pensão. Entravam para o património da mulher, e. depois de sua morte, eram transmittidos a seus herdeiros ou, aos do marido, si consistiam em pensão. Não tinha caracter de obrigatoriedade o *Morgengábe;* era, antes, um acto benéfico, de pura liberalidade, mais commum no campo do que nas cidades (4).

E esta instituição que VITERBO identifica á compra do corpo dos velhos códices portuguezes. Diz elle: «Esta compra do corpo, a meu ver, era o que

(3) *Eugtnia Grandet,* trad. SILVA PINTO, pag. 54.

(4) SCHDLTB, — *Hist. du droit et des institutions fie VAllemagne,* § 170.° ; ROTH, — *System,* II, § 94.° ; G-ERBEB,—*System,* § 2:388.° A obrigatoriedade appa-receu, diz este ultimo escriptor, em alguns costumes locaes e, mais tarde, nos casamentos nobres, na Saxo-nia (nota 2),

chamavam, em Aragão e outras partes, herança do marido ou confirmação do dote; era feita pelo marido á mulher, passada *a primeira noite de casado» e, por isso, se nomeou também pretium virginitatis* (verb. *marido eonoçndo).* Dizendo, em outra parte, que arrhas e compra do corpo eram termos equivalentes, firmara a doutrina de que as três expressões eram, afinal, modos diversos de traduzir o *Morgen-gabe* ou *Morganagiba,* segundo escreve elle. Voltando, porém, a dizer no *Supplemento* que *arrhas* se differençam 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 dicções equivalentes, e que *arrhas* vêm a ser um outro género de doações. E ã conclusão necessária que se pôde colher de suas aflirmações.

0 argumento, em prol desta nova opinião do velho lexicographo, sendo tirado de documentos dos séculos XIII e xiv, onde as duas expressões — *compra do corpo* e *arrhas,* são tomadas como indicando cousas distâncias, todos se deram por convencidos. No emtanto, como não ficaram claramente estabelecidos os termos todos da questão, um outro erudito investigador portuguez, o sr. LEVY MARIA JORDÃO, le-vantou-a, collocando-a noutro terreno, e sua solução tem sido geralmente acceite segundo parece (5).

(5) *Memoria sobre a cainera cerrada,* na collecção das memorias da Academia real das sciencias de Lis-

0 ponto de apoio do trabalho deste escriptpr é a expressão *camera cerrada,* de que se servem as ordenações philippinas e outros documentos dos séculos XV a XVII e que, em epochas anteriores a esta ultima, se orthographava— *camera çarrada* ou *car-rada.* Realmente fora tal expressão um pesadelo para a erudição de muitos reinieolas. Fora mais que um embaraço, chegara a ser um indecifrável enigma linguistico onde se embotaram os esforços de PEGAS e não sei quantos outros. LEVY JORDÃO intentou desfazer as difficu Idades, mostrando que *ca-tnera cerrada* era como que um euphemismo para designar o presente da manhã, si bem que, a meu ver, *Morgengabe* seja um vocábulo expressivo, sem chatismo nem grosseria, trescalando, antes, um suave

boa, 1863. Ha uma traducçâo franceza : *Le Morgengabe portugais.* CÂNDIDO MENDES perfilhou as idéas do erudito portugnez, no *Cod. philippino,* liv. 4, tit. 47, notas. LAFATETTE, porém, manteve-se no que alle-gára VITEBBO, aliás sem dar as razões de seu parecer. THEOPHILO BRAOA, que também se occupou do assumpto *(Foraes,* pag. 68 e segs.), tem uma opinião um tanto vacillante, porque nos dá a *compra do corpo* e as *arrhas* ora como cousas idênticas, ora como dhTerentes. A. HERCULANO, nas *Arrhas por foro de Hespanha,* faz *Leonor Telles* dizer ao rei Fernando : «Quero que me dês as minhas arrhas : quero o preço do meu corpo, conforme o foro de Hespanha». De onde se concluo que, para o sábio historiador, arrhas e compra do corpo são expressões equivalentes.

IX

e fresco aroma de manhã clara e sorridente que surge.

Para comprovar sua tliese, o escriptor portu-guez transcreve um trecho da carta do embaixador luzo, B. Lopo de Almeida, ao-rei D. Aflbnso V, sobre o casamento de Frederico III da Allemanha com a infanta portugueza D. Leonor, em 1452, onde se lê: «foi o imperador á *camera* da dita senhora onde ella já estava desde ante-manhan e alii deu a *renda (la camera* conteuda no contracto». Km outro documento referente ao casamento do mesmo Affon-so V com D. Isabel, em 1447, cliz-se: «e querendo outro sim prover a ella dita Senhora rainha, acerca das terras e villas que as rainhas destes reinos, nos tempos passados, em elles costumavam aver por *comeras,* por razão de seus casamentos».

Ora *camera* e *arrhas* são dicções equipolentes, sob certa relação, como se induz do disposto na ord. philippina (4, 47); logo, conclue JORDÃO, *arrhas* e *Morgengabe* são nomes diversos designando a mesma cousa. O primeiro dos documentos citados é suggestivo, sem duvida, e inclina o pensamento no sentido indicado; mas o espirito apercebe-se logo de que fez uma inferência precipitada, porque ainda não viu a prova de que *Morgengabe* se traduz por *camera* em portuguez; pois mera affirmação não vale por prova. Certo que ha innegaveis analogias entre os dois institutos. Ambos são actos de pura liberalidade, ao menos em regra, ambos podem consistir em cousas ou em pessoas, ambos vieram a ter, em

alguns systemas, certa fixação de máximo. Essas similhanças explicam a identificação feita; mas não convencem, não satisfazem a mente investigadora, que, além do mais, encontra documentos e ponderações que a distanceiam da conclusão apresentada.

K melindrosa esta discussão, toda cila archite-ctada sobre uns poucos escombros que restam de longínquas eras, e, por isso mesmo, não convém precipitar as decisões. Mas falem os factos. Entre os documentos, empoados e desbotados pela acção do tempo, que SOUSA VITERBO teve entre as mãos. alguns ha que apresentam a *compra (lo corpo* como instituição diversa de *nrrhas.* D. Gonçalo Garcia compromette-se a dar a sua esposa, «por *compra-corporis su.i,* metade de todos os seus lierdamentos. com todos os seus direitos e pertenças. E por *arrhas* sex Quitanas et sexaginta casalia sicut esl consue-tudo inter Dorium et Minium». No testamento de D. Violante lê-se: «cinco libras que meu marido ha a dar por *nrrhas* e por *compra de meu corpo**. Estes documentos são, o primeiro de 1258 e o segundo de 1310» (6).

Também no contracto de casamento de I). Leo-"nor com Frederico 111, da Allemanha, a que allude JORDÃO, e que, si não é tam jocosamente descriptivo

(6) VITERBO, — *Elucidário,* Sufpl. verb , compra do corpo. *

como a citada carta do Lopo de Almeida, é mais interessante ainda para a solução do problema histórico agora enfrentado, nesse contracto, fala-so de *cameras,* no valor do dote, *et ultra donationem matuHnam in crastinum* (7).

Eis alii um motivo poderoso para não identificarmos *arrhas* e *compra- do corpo,* pois que nol-as dão os documentos citados em primeiro logar como cousas diflerent.es. K si *arrlias* é *camará cerrada-,* como suppôr que camará cerrada é ouphemismo para designar compra de corpo? 0 ultimo dos documentos referidos mostra, por outro lado, que as camarás e as doações da manhã também se não identificam.

Mas, evidenciado que *arrfuts* ou camará cernida differem de'compra do corpo, corresponderá alguma dessas duas figuras ao *Moryengabe?* Penso que não. Não é que o costume de fazer um presente á mulher, no dia seguinte ao casamento, não fosse introduzido na península ibérica. Ao contrario; sabemos por VITERBO que esse uso existia em Leão, sob a denominação de *herdamento do marido:* por outras fontes, nos é conhecido que em Catalunha seu nome era *screix,* e, em Valença, *greix;* e no contracto de casamento de D. Leonor com Frederico III fala-se-em *donaíio matuntina in crastinum.*

(7) *Apud* THEOPHILO BRAGA, — *Foraes;* SOUSA, a propósito citado *(Prova*)* I, pag. 643).

Não é, pois, extraordinário que, também no reino de Portugal, se tivesse elle propagado, sob a influencia dos povos de origem teutonica abi estabelecidos, desde os séculos v -e vi. Mas já, em capitulo anterior, ficou patenteado que o *Morgengabe,* na Allemanha e em outros paizes onde se estabeleceram povos germânicos, se transformou em com-munhão de bens, por desenvolvimento evolucionai, cujos estádios se indicam. Em Portugal, deu-se o mesmo, porque essa é a marcha natural do desenvolvimento do instituto e porque também ahi se podem destacar os vestígios indicadores desse desenvolvimento, similhantemente ao que fizeram as doutíssimas investigações de SCHROEDER, em relação á Allemanha (8). A necessidade do assentimento da mulher para a alienação dos immoveis não se nos apresenta no direito portuguez como no allemão? Não existiu no portuguez como no allemão antigo, a *tertia parti collaborationis ?* É, pois, irrecusável que também no reino luzo, a communhão de bens é uma bella transformação do morganagiba, do *Morgengabe.*

Julgando esto ponto definitivamente assentado, verilicarei o que serão *compra de corpo* e *arrhas,* nos primeiros tempos da monarchia luzitana.

Esta *compra de, corpo,* de que nos falam os vetustos diplomas portuguezes, não pôde certamente

(8) *Vide* o § 36."

ser o que era direito hebreu, por exemplo, se denominava compra de uma virgem. Este- uso tem logar om dois casos: 1.°, quando se verifica o estupro de uma virgem não unida a outrem por laços esponsa-lieios; o violentador é coagido a pagar cincoenta si-| «•los de prata ao pae da virgem, e a casar com ella *quia huinilitavit tilam,* sem poder repudial-a em ••aso algum (9). É a isto que ainda hoje se chama *dotar* na linguagem do código penal; 2.°, quando o senhor, depois de tomar a captiva de guerra por mulher, abandona-a. não tem direito de vendel-a, e antes, é obrigado a provel-a de roupa, não lhe negando o *pretium pudicitiae* (10). A *compra do corpo,* de que agora se fala, sendo uma doação nupcial, não pôde ser uma correspondência desse dote penal.

Afastada esta similhança, resta-nos somente approximar *a compra do corpo* da compra do *mun-diiim,* usada entre os germanos e que encontra similares entre quasi todos os povos aryanos, semitas e outros, constituindo uma das solemnidades da forma original dos esponsaes, segundo foi apreciado em capitulo anterior. Não é uma hypothese gratuita esta da identificação da compra do corpo do direito portuguez com a compra do *mundinm* ou da *manus,* pois que tal compra vinha afinal a ser a da

(9) *Deuteroivmio,* XXII, vers. 28-29.
(10) *Deut., XXI,* vers. 14.

própria pessoa da esposa. E as leis antigas dos sa-xonios e borgiitidios conservaram o nome de *pretium uxoris,* que pouco di flore da expressão portugueza, *compra do corpo.* Segundo escriptores de auotori-dade. o preço, pelo qual era obtido o *inundium* entre os germanos, transformou-se no dote germânico, isto é. no donativo feito pelo marido á mulher, na occasião em que firmavam o contracto do casamento (11). E a prova dessa asserção nol-a ofierece convincente o código wisigothico com as expressões *pretvim nuptiae, pretium dofis, dos,* indistincta-mente empregados para significarem a mesma cousa (12).

Quanto ás *arrlias,* creio que são a metabole de uma outra instituição germânica, a do doario ou do-talicio *(dodarium, doialitium, ivittunj* que era instituído, geralmente, na occasião em que se celebravam os esponsaes (13) e que, mais tarde, tomara certa feição obrigatória.

I De accordo com SCHULTB e SOHM, póde-se dizer que o_casamento germânico era precedido de espon-

(11) *Rora, — System,* II, 94. *Dotem non UÍCOV marito, sed uxori maritus ofei-t,* diz TÁCITO, — *Be moribus germ.,* cap. 18.

(12) SCHULTE, — *Hist. cU.,* § 11.°; GLASSON,— *Hist. du droit et des inst. de VAlUmayne,* I, pag. 117.

(13) SCHULTE, — *Hist. cit.,* §/Íl.°; G-LASSON,— *Hist. du dróit et des inst. de V Angleterre,* I, pag. 117.

*[^^—itj^-j— _J_*

saes *(Verlobung)* que, segundo as fontes» antigas, oram o contracto pelo qual o possuidor da auctori-dade- familial *(QetvalthaberJ* se obrigava a dar, ao pretendente, a mão de uma joven, transmittindo-lhej a auftoridade que sobre ella tinha, mediante uma indemhisação pecuniária. Esta somma perdeu, com| o tempo, o caracter de preço de uma compra, para tornar-se, simplesmente, um donativo do marido á mulher, mas, como já vimos, no direito portuguez antigo, o nome se manteve, mesmo depois que o pa-»*to por clle significado havia desapparecido. Ainda na occasiào em que se celebrava o pacto esponsali-oio, era de costume estipular uma doação especial á mulher que era o seu doario, e destinava-se a man-tel-a durante a viuvez. Eis porque vemos, nos documentos citados por VITERBO, dizer-se que tal quantia foi dada por *compra do corpo* (dote germânico) e tal outra por *arrlias* (doario, *wittum).* Esta interpretação solve a dificuldade que se levantava, quando considerávamos que as *arrlias* eram estipuladas por contracto antenupcial, emquanto que o *Morgengabe* era um presente posterior ao casamento, não incluído, a principio ao menos, no pacto espon-salicio.

É certo que em leis e documentos antigos, vemos varias vezes confundidas estas duas liberalidades do marido á mulher: — o presente do dia seguinte e o doario; mas, com certa attenção, é fácil distinguil-as, mesmo quando ellas se estipulam na mesma occasião, como parece resultar da lei de e*-

ponsalm wntrahenii^ãttribiúáti- a Edmundo dal Inglaterra (14).

I O *Morgengabe* tornava-se propriedade da mulher e o *doa/rio* era simplesmente um meio de man-tel-a na viuvez, portanto, urna propriedade ou pensão passageira, que terminava com a entrada em segundas núpcias.

Na Suécia, onde também houve o presente da manhã seguinte á primeira noite nupcial, transformado, posteriormente, em cominunhão de bens, existiu simultaneamente o *doarío* consistente no gozo transitório, no usufructo de bens, sob a rendição de não passar a viuva a segundas núpcias.

Ora, nós vemos em contractos de *arrhas* do direito portuguez primitivo, essa condição de não con-traliir segundo casamento. Nestas condições está a *carta de arrhas* que, no anno 1190, fez D. Soeiro Viegas á sua mulher, do que nos dá noticia SOUSA VITERBO (verb. marido conoçudo).

É, pois, certo que *arrhas* correspondem ao *doario,* que não é a mesma cousa que *Morgengabe,* como parece suppôr o sr. JORDÃO.

Assim, existiram no direito portuguez primitivo, além do presente do dia seguinte, duas formas prin-eipaes de donativos promettidos pelo noivo por

(14) Postea dicat bridguma, i. e. *SJJOHSH.S, qui l et dare disponat cur cjus eligat volnntatet.i* et qui ei destinei si snperfuèrit ipsnm.

oceasiào de contractar o casamento e naturalmente realisado pelo marido depois de elle eflectuado; — a *compra do corpo* e âs *arrhas;* porquanto a *compra do corpo* não era mais, como originariamente' devera ter sido. a compra do *mundium;* perdera sua significação primitiva para metamorphosear-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 á outra. Na lucta pela existência, pois que também os institutos obedecem a essa lei darwinia-na, desappareceu a *compra do corpo, o* dote germânico, si é que não se fundiram as duas instituições em uma só. Sob a influencia do egoismo, de mais em mais esclarecido e perspicaz, tal donativo, então unificado sob a invocação de *arrhas,* alliou-se ao dote romano, do qual constituiu um *adminiculo.*

A expressão *camera cerrada,* mera qualificação das *arrhas,* quando não taxadas em quantidade certa, obliterou-se, pouco a pouco, precedendo a marcha que o próprio instituto ia fazendo, para o desapparecimento. desde que os costumes não lhe incutiram mais o calor da vida, até que o código ci-'| vil lhe desferiu o ultimo golpe, eliminando-a de seu corpo e apenas referindo-se aos apanágios com significação um tanto modificada (art. 1:231.").

Um outro problema que attrahe a attenção é o que envolve a explicação do motivo, pelo qual se deu a esta espécie de donativos o nome de *arrhas,*

que, desde o século xu. pelo menos, figura nos con-tractos antenupciaes.

Este vocábulo é tomado em varias aecepções. ainda hoje; e não menos diversas foram pilas outrora.

A significação originaria e etymologica é a de penhor em segurança de um nontraeto ou de uma promessa. Neste sentido, a palavra foi empregada pelos romanos, nomeadamente em relação aos con-tractos de compra e venda (15), havendo recebido o vocábulo e o facto por elle traduzido, dos phenicios. por intermédio dos gregos.

0 *arrhaboii* dos gregos é o nosso signal, adeantamento em garantia de execução de um contracto. e esta palavra é reconhecida como de origem semítica. Ê uma das poucas palavras indo-européas derivadas do semítico», escreve KITDOLF VON JHEKING, que nella vê uma prova convincente da transmissão das instituições phenicias, para os gregos e romanos, por quanto o *arrhabon* dos gregos se apresenta com

(15) D. 19, 1, fr. 11, § 6.° : *& qui rim emit ar-rhce numine cerlam sumiriam declit; postea convenerunl ut emptio irrita fierit; Julianus ex empto ayi posse ait >it arrka rastituatur.* No D. 18, 3, frs. 6 e 8, encontramos também as expressões *id qnod arrhce vel ali* no-j *mine datam esset... pactue est ut ar r liam perder et...*

Ainda no- D. 14, 3, fr. 5, § 15.°, se diz : *annu-■lum arrhai nomine ticciperet.*

as mesmas consonancias no léxico hebraico e phenicio.

E sabe-se o partido que o preclaro romanista) poude tirar desta cireuinstancia, tendo esta palavra, para elle, «a mesma importância que, para o pa~l leontologista, tem um fragmento fóssil de uma raça animal do mundo primitivo, porque lhe explicou acontecimentos realisados além da historia, e lhe offercepu um ponto de apoio para transportar-se de factos immediatamente conhecidos a combinações mais vastas» (16).

Minhas indagações não se dirigem, neste momento, para esse pólo. 0 assumpto, aliás, está exgottado pelo mestre.

O que presentemente me preoceupa é assigna-lar que a accepçào originaria do termo *arrhas* é a entrega de algum objecto em garantia da execução de um negocio ajustado e que essa significação mantém uma cadeia ininterrupta entre as línguas indo-européas e semíticas, através do latim e do grego. Neste sentido, o termo *arrhas* corresponde ao *Handgélrl* dos germanos (17).

Fácil foi transportar dos contractos mercantis

(16) *A hospitalidade no passado,* trad. port., Recife, 1891, pag. 62.

(17) Sobre outras significações de *arrhas, vide o Diccionario de antiguidades gregas e romanas,* por DARENBBKG 6 SAGLIO.

ou civis em «renero, para o pacto esponsalicio em particular, o nome dado ao penhor com que uma das partes expressara a segurança de sua fé. O an-nel symbolico que os desposados, em quasi todos os paizes antigos, por si ou por seus pães, davam á desposada, nomeadamente na Judéa, na Grécia, em Koma *(annulu8 pronubusj,* na Germânia, e que antes fora, simplesmente, moeda também symbolica dada, pelo noivo, ao chefe da família, é uma persistência da compra da mulher, e, depois, da auctori-dade, do *mundium,* cuja recordação se ia, paulatinamente, obliterando pelo desapparecimento do facto a que alludia. Era natural chamar de *arrha espon-salicia* a esse annel, a essa moeda symbolica, ou qualquer somma dada em garantia da palavra empenhada *(arrha sponsaliorum nomine âataj.*

Mas como alargar a significação do termo, para que elle abrangesse um outro objecto, uma doação que havia de aproveitar á mulher, principalmente após a viuvez, o seu doario?

Parece-me que se poderá explicar o facto pelo modo seguinte. Na occasião de se celebrarem os esponsaes, foi costume fazer-se uma doação a que. ás vezes, se dava o nome de *osculum* (18), um dos

(18) *Osculum donatio propter nuptias, i/uam solei sponsus, interveniente osculo, flore sponyae, in lege 5, cod. Theod. spons. (35), nam ut est in Èovella Alexi Co-meni, eodem titulo, et apud Matheum Mónach. lib. 8, jure*

modos mais interessantes de presentearem-se os desposados. Esta doação, como quaesquer presentes j com que os noivos se gratificavam, depois das modificações introduzidas por Constantino, originaram o género de doações chamado *antenuptias* no direito antejustinianeo, e que veio a ser, em sua ultima phase, mais uma garantia do dote romano, ao qual andava alliado e do qual era um como que arremedo. Era como que um contradote^ que, *pa-rum a mulieris dote differébat,* como diz MELLO FREIRE.

Os povos occidentaes' não acceitaram, em geral, essas doações *propter nuptias* com o caracter que lhe imprimira o direito romano do oriente, mas conheceram: o *osculum* ao qual foram, ao que parece, dando uma feição germânica de doario. E assim que vemos, em muitos documentos citados por Du-CANOE, expressões como estas: *ut uxor mea teneat... íllcv omnia quce sibi deãi In osculum;* e mais... *quantum ego, ipse uxori mece tradidi ad hafoen-dum sive per osculum sive per cartam traditionis, post morem ejus S. Petro remaneat...* etc.

Que, pois, ha de extranhavel em se ter effe-ctuado na península ibérica uma evolução análoga,

I __■'■■ *1* .-y

yraeco-rom., pay. 510, spousalia peraguntur meta ar-rhabonos kai toy philion tois menster si pbilamatos (DTJÇANGE, — *Glossarium,* vol. VT, verb. *osculum,* IV, ed. nov., 1886.

tomando a doação antenupcial o nome de *arrhas,* aliás já empregado para designar qualquer som ma olíerec.ida, por oecasiáo do desposorio, em garantia da realisacão do casamento? Houve assim, pela occasiào em que se effcctuava e por varias circum-stancias que as approximavam. uma certa assimilação entre o doario de origem tudesca e *arrhas* es-ponsalicias de origem greco-1 itina. E como as idéas germânicas predominavam então, maxime no direito da familia, da juncção dos dois elementos — o romano e o teu tónico, resultaram as *arrhas* tal como a conheceram o direito hespanhol e o portujruez: uma instituição germânica sob um nome semítico importado de Roma (19).

(19) A palavra *recabedo,* asada no século xm, para significar *arrhas* f regimen, de bens) confirma esta approximacão. *Recabedo* significa recebimento solemne e quitação. Quem dava *recabedo* á sua noiva como que lhe dava, ao mesmo tempo, confirmação solemne do contracto de casamento, e também quitação do dote recebido.

Arrhas, em um sentido lato, comprehendem 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 predefuncto. Portanto, ainda encontro uma confirmação á ultima interpretação, nesta significação mais lata do vocábulo.

PERTILLE, cit. por GALLUPPI,—(*La dote,* pag. 18) recorda, similhantemente, que a *meta* dos lombardos,

A língua portugueza teve-certamente uma expressão para designar esse donativo, — a *camera cerrada,* mas que. por não corresponder a todas as modalidades delle ou por outras varias causas, se apagou do vocabulário jurídico, para deixar o logar ao nome extranho.

E" o que me parece resultar do estudo dos factos.

I 0 que ahi fica apresentado sob o aspecto de bypotbeses, tanto para a explicação da génese das *arrhas* portuguezas, problema captivante da historia ou antes da archeologia jurídica, quanto para a explicação de como essa instituição de origem tudesca por sua approximação e certa similhança com outra de procedência greco-italica, revestiu o envolucro de um nome extrangeiro, problema não menos curioso do que se poderia chamar glottica jurídica, o que ahi fica, tenho por largamente justificado com o depoimento dos factos que me foi dado consultar. Entretanto, como já se têm transviado nestas obscuridades históricas, alguns investigadores, não apresento o resultado de minhas pesquizas, sinão sob a face de hypothese que espera a confirmação de ulteriores estudos. Até lá, até que esses novos estudos corro-

dote do direito germânico, assume depois o caracter de contradote, sob o nome de *antefatto* e de *incontro.* Foi alguma cousa de similhante que se passou em Portugal.

boreni ou infirmem ti liypotliese por mim apresen tada, ahi permanecerá ella tal como pareceu-me re-çuniar dos documentos e da historia. I

§ 56."

PRINCÍPIOS RECiUL ADORES DAS ARRUAS

Pela ord. 4, 47, as *arrhas* só podem ser constituídas no contracto dotal, devem ser determinadas por quantidade certa, não excedendo á terça parte do dote. A parte excedente será considerada inoffi-ciosa, bem que nos diga TEIXEIRA DE FREITAS que essa prohibicão não teve uso entre nós. Si a quantia fôr superior á taxa legal (3608BOOO), é indispensável a. insinuação. Si fôr incerta, a doação será nulla *(camera cerrada).*

Não lia vendo tradição do dote, dispensa-se o marido de satisfazer a promessa de *arrhas,* salvo si esse feito resultar de culpa sua. Havendo tradição parcial do dote, a exigência das *arrhas* só pode ser levada a effeito dentro dos limites correspondentes ao terço da parte entregue.

Na constância do casamento, licam as *arrhas* sob a administração e usufructo do marido, garantida a mulher por hypotheca legal.

Dissolvido o casamento por morte da mulher, revertem as *arrhas* em favor do marido, por não se ter realisado a condição a que estavam subordinadas,— si a mulher enviuvar. Premorrendo o ma-

rido, entram as *arrlias* para a posse da mulher que as usufrue durante a vida, mas voltarão aos herdeiros do marido, quando fallecer a mulher, salvo ac-cordo em contrario (1). O mesmo deve praticar-se) em caso de divorcio amigável, apezar de que a lei não cogitou desta espécie; mas será revogável a doação de *arrlias,* quando o divorcio fôr occasio-nado por culpa da mulher.

O pouco uso que, entre nós, tem tido este pacto de *arrhci8,* dispensa-me de mais delongas sobre o assumpto.

Essa mesma razão, corroborada, aliás, por uma revogação implícita, faz-me deixar em silencio: 1.", os *apanágios* ou pensões que a viuva tinha direito de receber da família do marido; 2.", os *alfineites* que eram certas mesadas promettidas pelos maridos ás esposas, para gastos particulares e adornos, quando os cônjuges pertenciam á nobreza (2).

(1) MELLO FREIRE, 2, 9, § 31.°; Liz TEIXEIRA, I, § 31.°; LAFAYETTE,— *Op. cit.,* § 95.° No direito hespanhol anterior ao código actual, eram sempre os herdeiros da mulher que levavam as *arrJuxs,* o que LOBÃO e 0. DA ROCHA entenderam applicavel também a Portugal.

(2) Quanto ao *datalicio,* já no paragrapho anterior indiquei a sua posição em relação ás *arrhas.* Nesta ex-pressão se comprehendem os *apanágio** e os *alfineites.* Vejam-se : MELLO FREIRE, — *Inst. júris civilis,* liv. I, art. 9.°, §§ 35.°-36.°; Liz TEIXEIRA, I, pags. 496-500Í

0 código civil portugucz, (art. 1:231.'' e sege.). fala ainda da *apanágios,* mas **entendendo, por** esto, **nome, o direito que tem o cônjuge, que se achar** sem meios, **por occasiáo da morte do outro, de** ser **alimentado** pelos rendimentos dos **bens deixados pelo fallecido, qualquer que** fosse o **regimen** dos **bens no casamento** dissolvido, **sejam OH bens de que natureza forem. E' uma providencia que diz com os direitos** suceensorios dos **cônjuges e a que já me referi em paragrapho anterior.**

CAPITULO NONO

§ 57."

OS ItKOIMKNN DI! BK.N3 1'KRANTE O DIRKITO IXTBRKACIONAL PRIVADO

Quando o casamento de ura nacional fôr celebrado no extrangeiro, sem que regulem os interessados as suas relações económicas por um pacto antenupcial, qual deve ser o regimen de bens a que se submette a fortuna dos cônjuges?

Si recorreram os contrahentes ao ropresentante consular ou diplomático de seu paiz de origem, para a celebração do casamento, manifestaram clara intenção de adoptar, era tudo, a lei nacional. Si, ao contrario, a celebração foi feita perante as auctoridades e segundo a lei do paiz, onde se acham os contrabentes, parece que a intenção delles foi justamente afastar a lei nacional e substituil-a pelo direito local. Posta a questão nestes termos, não parece difficil apresentar a solução. Mas uma certa obscuridade apparece, 5 quando, após o enlace reali-sado no extrangeiro e segundo a lei extrangeira, sendo os cônjuges de nacionalidade differente vão li-xar-se além. Si a intenção dos cônjuges é que se

procura determinar pelo concurso das circumstan-rias, visto como fali ia a prova directa da estipulação, nessa liypothese, ella é fugaz, quasi incoercível.

A opinião dominante é que, verificada a hypo-these, presume-se ter sido adoptada a lei do domicilio conjugal, isto c, do paiz onde os esposos foram lixar seu domicilio. E[1] a opinião de SAVIGNY, DE-MOUIJN e ASSKK, confirmada pela jurisprudência al-lemã, pelo çodigo prussiano, §§ 350.°-351.", pelo sa-xonio, § 14.°, e pelos tribuna es francczes (1). E' também a doutrina preponderante na Inglaterra e nos Estados-Unidos da America do Norte, mas só-1 mente em relação aos moveis.

WKSTLAKE acha que a opinião de SAVIUNY e dos outros juristas allemães e franpezes é inatacável *fnnássailablej,* quando estabelecem que, pelo easa-

(t) SAVIGNY,— *Droit romain,* VIIT, 379; ASSEK-RIVIBR,—*Éléments,* § 49.°; BAEHR,—in *Clunet,* 1895, pag. 29; CHAUSSE,—idem, 1897, pags. 28-29. Julgados francezes em *Clunet,* 1893, pags. 415, 816, 880 e 1:196, anno de 1894, pag. 876. Ha, entretanto, certa vacillação nesses arestos da jurisprudência fran-cezti. 0 citado *Clunet* nos oflerece decisões que ora adoptam a lei do domicilio conjugal para determinar as relações económicas dos cônjuges (exemplos:—1898, pags. 571 - 746 ; —1899, pags. 385 - 825 ; — 1900, pag. 982; — 1901, pag. 534), ora se inclinam pelo estatuto pessoal do marido (exemplo:—1897, pags. 153-579 ;— 1898, pags. 565-931 ; — 1902, pag. 358 ; — 1903, pags. 366, 380 e 872).

mento, concordam os cônjuges subinetter-.se ;io domicilio do marido, que é aquelle onde vão habitar. e que não 6 de suppor quizessem elles dispersar ai sua fortuna, para ser regida, em parte, por uma lei. e, em parte, por outra, tam graves são os inconvenientes que d'ahi surgeriam forçosamente. Não obstante, pensa o eminente jurista inglez. que a doutrina é inapplicavel á propriedade real *(real estafe)* do direito injjlez, que é, em seus traços fundamen-taes, a do norte-americano. E esta opinião é abraçada pela maioria dos juristas daqnelles dois pai-zes (2): os immoveis devem ser regidos pela *lex rei sitae.*

A eschola internacionalista italiana, também considera, como a franceza e a aliei nã, o património conjugal uma unidade submettida a regras uniformes, porém prefere a lei nacional do marido á do domicilio (3). Não esconderei que esta solução des-

(2) WESTLAKK,—*Private int. law,* n." 369; WHARTON, — *Private int. law,* § 191.°, pag. 283 e segs. STORY, admittindo a lei da situação para a propriedade real, quer a lei do logar da celebração para regular os bens moveis. E' innegavel que essa solução tem a vantagem de subordinar o contracto do casamento a regra geral dos outros contractos.

(3) FIOBI, — *Droit int. prwé,* trad. ANTOINE, números 366-368 ; GRASSO, —*Diritto intem.*, pag. 248. No mesmo sentido BAR, em *Clunet,* 1895, pag, 30, e PlIiLET.

faz algumas dillieuldades, mas, incontestavelmente, neste assumpto de regimen de casamentos realisados no extrangeiro, e fixação de domicilio, em logar dif-ferente do da celebração, a lei domiciliar tem tido preferencias mais extensas e mais abundantes. E é bem simples explicar a razão desse facto. Não se procura, na hypothese, outra cousa -que não seja descobrir a vontade presumível dos contrahentes: Justamente tem á maioria dos escriptores parecido que, neste particular, a lei do domicilio, quero significar o primeiro domicilio, traduz melhor essa intenção presupposta das partes contrahentes, do que mesmo a nacional (4).

(4) A questão em sua essência reduz-se, penso eu, no seguinte : si os cônjuges são da mesma nacionalidade, a sua lei pessoal deve regular as suas relações económicas, em virtude do principio de que o estado e a capacidade se determinam pela lei pessoal do individuo. Mas si os cônjuges são de nacionalidade difte-rente, já não nos pode servir esse critério. E' certo que a maioria das legislações desnacionalisam a mulher quando se casa com extrangeiro; mas algumas ha, como a brazileira, que não adoptam um tal systema. E, portanto, forçoso procurar um principio regulador que satisfaça a todas as hypotheses. Esse principio não pôde ser outro sinão o da autonomia da vontade, isto é, cumpre, quando a vontade não fôr expressa, no pacto antenupcial, presumil-a. É por isso que, si o casamento fôr celebrado perante o representante diplomático ou consular de um dos cônjuges, se diz que a

Mas, poderá acontecer que os cônjuges mudem uma e duas vezes de domicilio. E[1] inconveniente que outras tantas vezes possam mudar de regimens de bens, outras tantas vezes alterem sua situação económica em relação aos terceiros, interessados por qualquer titulo. A mais razoável opinião, e a mais jurídica é a daquelles que sustentam que, uma vez lixada a lei reguladora das relações económicas dos esposos, pela fixação do primeiro domicilio, não têm os outros a menor intluencia para alteral-a. No momento do casamento eram os cônjuges livres para estipular as condições que entendessem melhor resguardarem seus interesses. Não o fazendo, presu-me-se que lhes conveio o regimen legal que vem a ser, neste caso, o do domicilio conjugal. O abandono posterior desse domicilio, depende exclusivamente da vontade do marido; si, por esse facto, entrarem os cônjuges sob o império de uma lei dif-ferente, ter-se-á, desarrazoadamente, admittido que, exclusivamente, da vontade deste depende a fixação

lei do paiz que essa aactoridade representar deve ser a reguladora. Faltando esse elemento, apparece o domicilio matrimonial.

Neste sentido foi redigido o *Projecto* primitivo, art». 27.°-28.° da lei de inteoducção. O *Projecto* actual adoptou outra regra.

Vejam-se também os meus *Elemento» de direito internacional privado,* § 43.°

ou alteração do regimen, sem attenção aos direitos da mulher, sem attenção aos de terceiros. Não tem faltado, entretanto, quem adopte essa doutrina cambiante e movediça, como as ondas ou os areiaes da Lybia (5).

(5) *Vide* WHARTON,— *Op. cit.,* pag. 279 e segs.

CAPITULO DECIMO

Dissolução da sociedade conjugal e do matrimonio

§ 58."

NOÇÕES HISTÓRICAS DO DIVORCIO

Em dois sentidos é tomada a palavra — *divorcio.* Ou importa a *dissolução do vinculo matrimonial,* desfazendo o casamento, com Iiabilitacão dos esposos a contraliir novas núpcias, ao menos dadas oertas circumstancias; ou significa simplesmente a *separação dos corpos,* locução, aliás, melhor escolhida, para significar que o vinculo matrimonial subsiste, apezar de desfeita a convivência dos cônjuges (1). Ainda hoje vacillam os espíritos entre esses dois remédios a applicar, quando uma grave perturbação penetra no lar, tornando impossível a vida sob o mesmo tecto e a continuação da fusão dos interesses dós dois esposos. Antes de emittir minha opinião, julgo necessário, para a posição mesma do problema, recordar succintamente as linhas geraes da historia do divorcio.

(1) O *Projecto* adoptou a palavra desquite.

Os selvagens e os homens primitivos não faziam do casamento uma união permanente, e, por isso, o divorcio era, entre elles, um facto de todos os dias (2). Mesmo quando certa disciplina havia já intervindo na regulamentação da vida conjugal, en-contrain-so esses easamontos temporários nos quaes ha, notoriamente, o divorcio preestabelecido.

Com as primeiras civilisaçoes, o repudio da mulher ainda é fácil, quando ella não preenche o fim reputado principal, si não único, do matrimonio, a procreaeão dos filhos. Vê-se o código de Maná declarar repudiavel a mulher que se mostra estéril, durante oito annos de casada. Também o são aquellas, cujos lilhos morrem ao nascer, feita a experiência em dez annos successivos, e as que, durante onze annos, somente geram (ilhas. A que fala com azedume, é repudiavel desde. logo.

Na Grécia antiga, a esterilidade foi também justa causa de repudio. HERÓDOTO fala-nos de dois reis espartanos que, por essa razão, foram coagidos a

(2) Excepcionalmente eucontram-se exemplos de casamentos perpétuos, entre os primitivos. WESTERMARCK — *(Matrimonio umano,* pag. 454) cita os habitantes das ilhas de Âdaman, os da Nova Guiné e os Veddahs, para os quaes a regra é a perpetuidade da união conjugal. Os azteeas eram também hostis ao divorcio, e somente o concediam por sentença dos tribu-naes (PRESCOT, — *ConimUta do M(.nico*$_j$ I, cap. I).

abandonar suas esposas, entretanto, .allirmam <M«| historiadores que, nos gloriosos tempos homéricos e! na epoeha da grandiosa juvenilidade hellenicn, aberta em seguida, o divorcio era facto incógnito, ou de extrema raridade. Mas, com a grandeza, o luxo, os requintes de scepticismo, que vieram depois, as dissoluções malrimoniaes tornaram-se uma embriaguez que a todos os espíritos toldara.

0 direito mosaico não discrepa desse modo de vêr, faeilit:mdo extraordinariamente o divorcio, que dependia, nos primeiros tempos, .simplesmente, da vontade do marido. Km easos de adultério, o repudio deixava de ser um direito do marido, para tor-nar-se um dever jurídico e religioso, ao cumprimento do qual, a lei o constrangeria, sinào o impulsionasse a embotada dignidade. Segundo o direito originário dos hebreus, a infecundidade observada no espado de dez annos, era causa de repudio necessário; mais tarde, constituiu este facto, simplesmente, um motivo aeceitavel para o divorcio facultativo. As outras causas, que o auetorisavam, eram o desvirgina-) mento ignorado pelo marido, a suspeita de adultério, a violação da lei mosaica, a inobservância do dever conjugal, a ausência prolongada e uma infermidade contagiosa. A mulher podia, egualmente, recorrer a alguns desses motivos e mais ã allegacào de ter sol'-) frido sevícias, para solicitar o divorcio. Quando os hebreus se retiravam da pátria, como BUO podiam constranger suas mulheres a soguil-os, tinham, muitas vezes, de romper o vinculo matrimonial. ■

Muitos desses preceitos da lei mosaica se trans-j imitiram ás legislações oeoidentaes, como é fácil de vêr. em seguida.

Km Habylonia, segundo o código de Hamraurabi, o divorcio era facultado ao homem e á mulher, sem freio algum para aquelle. dentro de estreitos limites para esta que somente o podia reclamar, com faculdade para remaridar-se, quando se viciada ou abandonada pelo esposo (3).

Em Roma, o divorcio foi sempre uma instituição concomitante com o casamento. Htímente o casamento do II a mino de Júpiter era indissolúvel, e nos primeiros tempos, o eontrahido pela cerimonia da *coiifarrmfi-o*. Porém, para este ultimo caso, inven-tou-se, mais tarde, uma dissolução religiosa, a *dif-farreai to* (4).

Pouco usado, a principio, o divorcio, como se conclue do facto 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).

(3) E. BESTA,—*Revista italiana de sociologia,* 1904, pag. 203.

(4) *Diffarreatio genus erat sacrifieii quo inter viram. et mulierem fiebat dissolutio.*

(5) JUVENAL nos fala de certa mulher que tivera oito maridos em cinco annos. *Sic fiunt octo marito, quinque per autumnos: titulo res digna tepuleri.*

Nos primeiros tempos, somente o marido tinha a faculdade de repudiar a mulher (6): mas. depois, se admittiu que o divorcio tivesse logar pelo mutuo consenso, ou pela vontade de um só dos conjures (7).

O christianismo iniciou a campanha contra o divorcio, que se infiltrara nos hábitos dos romanos e que o direito germânico egualmente facultava em casos de adultério e homicídio, assim como por ac-eordo reciproco (8). Embora a egreja tenha tido necessidade de contemporisar, sua inlluencia resalta claramente das providencias tendentes a dificultarem o divorcio, que adoptaram alguns imperadores romanos adeptos do christianismo. A mulher que se divorciava sem justa causa era deportada; o homem que tinha egual procedimento perdia o direito de contrahir segundas núpcias. Si o divorcio era fundado em motivo frívolo, a mulher (pie o requerera se tornava inhahil para contrahir novo con-

(6) E' attribuida a Rómulo, o que vem a dizer, aos inícios de Roma, essa lei de repudio. Diz PLTT-TARCHO : *Constituit quoque* (Rumulus) *leges quaadam, quarum Ma dura est quae uxori non permittit diver-tere a manto, at manto permittit uxorem repudiare* (Rom., 22).

(7) Cod. 8, 32, 1. 2; ENDEMANN, — *Einfaehrúng,* § 154."; SOHM, — *Eheschliessung,* § 97.°

(8) *Vide* GLASSOK, — *Le mariage civil et le divor-\ee,* pag. 185 e segs.

sorcio, o o homem, nas mesmas condições, «offria a mesma pena, mas somente por espaço de dois annos.

Ksta transformação no direito romano se foi aeoentuando, até que, no ultimo período, desapparecéti o divorcio por consenso mutuo (Nov. 140), e se estabeleceram os casos em que é. permittido ol divorcio, por queixa de cada uma das partes. O marido ponde repudiar a mulher por adultério, por tentativa de assassinato contra elle, por abandono do domicilio conjugal, por ter pila assistido a jogos 0 espectáculos públicos, e, finalmente, por ter tomado parto om conspiração contra os poderes públicos. A mulher teve.o direito de se divorciar, quando o marido fosse conspirador, quando atten-tnsse contra a existência delia, quando procurasse corrompei-» ou mantivesse concubina. A impotência e o voto de castidade, apparooeram também como causa, para dissolver-se o vinculo matrimonial.

Afinal, porém, a egreja sentiu-se forte o proclamou, francamente, a suppressão do divorcio, no concilio de Trento, impondo sua doutrina aos povos cathoiicog. Pelas determinações desse concilio, o casamento ainda não eonsunmiado, poderá ser rompido, para facultar, a um dos cônjuges, a entrada para a vida religiosa. Consummado o matrimonio, seu vinculo se torna absolutamente indissolúvel, admitiindo-se, apenas, a separação *qiiond thorum\ pt Jiabitationnm,* perpetua ou temporária, por causa de adultério, sevícias¯,* heresia ou apostasia, e para

professarem ambos os cônjuges, em religião appro-vada, ou um só, aoceitando o outro fazer voto de castidade (9).

I Nosso direito anterior á proclamação da Republica, adoptando em matéria de casamento, a doutrina do canónico, desconheceu o divorcio uo sentido amplo da palavía. Mesmo a separação de corpos a que acabo do referir-me. viu abolidas algumas de suas causas determinantes, a heresia e a apostasia, por effeito do desuso e do espirito liberal da Constituição de 1824.

Declarada a separação pelo juiz competente, si era temporária, o marido continuava na administração dos bens communs. com a obrigação de alimentar a mulher", si era perpetua, procedia-se á separação dos bens, podendo cada um administrar os seus livremente, como si não subsistisse o vinculo matrimonial.

0 dec. de *2â* de Janeiro de 185)0. secularisando o direito em suas attinenoias com o casamento, não admittiu o divorcio *a vinculo,* mas reconheceu outras causas para a separação perpetua dos cônjuges, sem dissolução do matrimonio.

(9) MONTE,—*Elem. de dir. ecelexiastico,* §§ 904." le 1:003.°

i

§ 59."

0 PROBLEMA DO DIVORCIO

•l

Não r fácil decidir qual das duas instituições,.a separação de corpos e o divorcio, 'deve-ser preferida, pela raxào simplíssima de que os problemas sociaes se nào devem resolver em abstracto, mas, sempre om vista das condições e das necessidades moraes, intellectuaes, physicas e económicas do povo ou dos povos a que vae ser applicada a solução dada.

A separação cria uma situação lejral que, além de impor um injusto constrangimento ao cônjuge innocente, impellirá, muitas vezes, os esposos a contrahirem relações illicitas e a procrearem filhos extramatrimoniaes. 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 familial; mas, essa mesma separação, afastando as funestas consequências da vida em commum obrigatória, quando cessaram de todos os laços da affeição e do respeito mútuos, põe um freio ás paixões, prestes sempre a irromperem, nesses domínios, onde a animalidade mostra, por exemplos frequentes, que não acha inquebrantável o acamo que lhe põe a eivilisação.

O divorcio, allega-se de outra parte, é «uma condição moralisadora da união sexual, por tirar ao casamento toda idéa de imposição ou de força bruta,

ao passo que o funda na espontaneidade do sentimento e na reciprocidade do affecto» (1). «Encarada a família por seu aspecto social, diz-nos uni gentilissimo espirito (2), si torna-se, por acção de uni de seus organis, infecunda, fonte de degenerescência, eschola de degradação, entào a indissolubilidade do casamento não pôde 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 ea-nalisar os impulsos humanos para os fins da conservação e do liem estar social: que não é somente a procreação 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 poz em duvida, ha outros interesses e outros sentimentos respeitáveis, que é necessário attender e ahroquelar: que esses mesmos interesses económicos e moraes da prole, oppòeni-se, com energia, contra a dissolução do vinculo matrimonial: que finalmente, acenar com o divorcio, na accepcão lata da palavra, é provocar, talvez, desuniões frequentes, que ainda mais profundamente

(1) TEIXEIRA BASTOS, — .A *Família,* pag. 187. Vêr também G-AMA ROSA, — *Biologia e sociologia do casamento,* pags. 120 a 159 e 289 a 296.

(2) ARTHUR ORLANDO, — *Discurso* proferido na Camará dos Deputados, a 27 de Setembro de 1894.

dissolverão a*oohesno cia família e da sociedade geral, do que os desregramentos possíveis, eomf] simples separarão (3).

Estamos, portanto, demite de duas soluçòes^^B têm convenientes manifestos e desvantagens notórias. K *ê* necessário escolher uma delias, pois que ainda nào foi encontrada uma terceira, nem.o mal que pretendem remediar podo permanecer em abandono, pois que. desse abandono poderia resultar o desmoronamento da construoçào social, que repousa directamente sobre a família.

A solução melhor, parece-me, seria permittir o divorcio com a máxima parcimonia (4). em casos graves e taxativamente limitados pela lei. interdi-

(3) Em França, por exemplo, depois do restabelecimento do divorcio, a duração media dos casamentos dissolvidos, segundo a estatística, não excede a 12 annos. E si eram as classes de profissão liberal as que mais abusavam do divorcio, boje parece que são os nc* gociantes e os operários os que mais facilmente rompem o vinculo matrimonial, segundo se vê em ROL,— *ncolutiou dn divoree*. Paris, 1905, pags. 459-4tff>.

(4) Ao próprio Mubomet não haviam escapado os inconvenientes da facilitação do divorcio. Si faltam boas razões, diz IBRAHIM HALKBI, O musulmano não pôde approvaro divorcio, nem religiosa nem juridicamente. Abandonando a mulher caprichosamente, o marido chama sobre si a ira divina, diz o propheta. E não podem os legisladores actuaes mostrar-se menos] ire videntes do que o fundador do islamismo.

zendo-se, ao cônjuge culpado, contrahir novas núpcias. Não é. porém, essa solução applieavel uos| povos, sinão quando as eircumstaneias, quero dizer, as condições de vida em que se acham, a exigirem de modo inequívoco.

Tanto quanto posso julgar- por conhecimentos pessoaes, parene-tne que sào especiaes as condições de nosso meio. nào querendo nflirinar. entretanto. que outros nào existam nas mesmas condições. A resppítabil idade com que 6 cercada a família bwizi-|leira, a honestidade de nossas patrícias, os costumes de nosso povo, einiim, dispensam o meio extremo do divorcio. Nós não conhecemos, felizmente, ou quasi nào conhecemos, esses lastimáveis escândalos conjugaes, tam frequentes em outras populações.

Alem disso, não é talvez inexacto aflirmar que ha individuo? predestinados ao divorcio nomo os ha para o èriíoe; e que outros, passando por sucepssi-vas dissoluções inutriínoniaes. adquirem a incorrigi-bilidade. Para uns ta es. permissão de novos casamentos seria lamentável imprevidência (õ).

(5) L'or occasião de discutir-se o *Projecto* do código civil perante a commissâo especial da Camará, abriu-se largo debate sobre este thema inesgotável, munifestundo-se as opiniões pro e contra o divorcio. Vejam-se os *Trabalhos* da commissâo especial da Gamara, vol. V, pags. 1-81. Ahi mais desenvolvidamente expuz minha opinião.

S HO."

MOTIVOS 13 EKKKITOS DO DIVORCIO, SKUINDO A I.KI PÁTRIA

S;io motivos pura pedir (1) divorcio, ou antes a sepnrnçfio de corpos e de bens, segundo o direito brasileiro: o adultério, sevícias ou injuria grave, abandono voluntário do domicilio conjugal, por mais de dois anhos; e o mutuo consentimento dos cônjuges, si forem casados a mais de dois aunos (dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. H2.°). Examinarei essas differenles figuras do causa, das quaes, as três primeiras duo logur á declaração dó divorcio litigioso e a ultima ;i do divorcio amigável.

Adultério é a qnehra da fidelidade matrimonial. C.bamam-no os ai lei nãos muito expressivamente *Ehebruch.*

Desde (pie se firmou a família em suas bases essenciaes, e que os legisladores antigos compreben-

(1) «A acçíio de divorcio só compete aos conju-i>- e.<, e extingue-se pela morte de qualquer delles», estatuo o dec. de 24 de Janeiro, art. 80.° Mas aceres-centa, no art. 81.°, que, «si o cônjuge, a quem competir a acção, fôr incapaz de exercei-a, poderá ser representado por qualquer dos seus ascendentes, descendentes, irmãos, observada a ordem em que são mencionados ou, em falta delles, por outros parentes próximos».

deram o sen valor social, o .poder publico cbaniou a si a punição do adultério. No Egypto. foi elle, primitivamente, punido com a morte: mais tarde, ao tempo de Heródoto e Diodoro da Sicília, a pena applicada era a rbinotomia. 0 direito bebreu mandava lapidar a mulher adultera: na índia, faziam-nn devorar por cães famintos, e queimavam seu cúmplice ainda em vida. Km Athenas, a esposa infiel não tinha, para seu delicio, uma saneçào penal prefixada; qualquer pena que nào fosse a de morte, podia ser-lhe applicada. Km Roma. foi o adultério, primeiramente, um crime domestico, cujo conhecimento pertencia ao tribunal da família; e por elle podia ser imposta a pena de morte, assim como o marido, por si exclusivamente, podia impol-a, si encontrasse os maculadores de sua honra em flagrância. Mais tarde, o adultério foi considerado um *\crinmn publicam,* a punição do qual. a relegação, podia ser provocada por qualquer pessoa. Constantino restringiu o direito de accionar por adultério, á família infamada pela torpeza desse acto, mas elevou a penalidade á privação da vida.

Justiniano ainda modificou essa penalidade, mandando fustigar a adultera, e. depois, encerral-a num convento (Nov. 134, <?. 10).

0 antigo direito portuguez punia o adultério, com a pena de morte, tanto para a mulher casada, quanto para seu cúmplice (ord. 5, 2õ). Mas o adultério do marido não mereceu tam grave repulsa por parte do velho código philippino: as infidelidades

descontinuas p transitórias se não consideravam a o tos puníveis; somente os *barreyneiro* camdoH.*\ eram passíveis de depredo aocrescido de muita na.^ reincidências (ord. 5, 28). Para a aoousarào da mulher, por esse crime, só o marido era o competente. le isso desde os mais antigos documentos jurídicos do reino. K até podia elle fazer justiça por si, matando a mulher e seu cúmplice, si os encontrasse em IIagra»te, ou mesmo sem essa cireumstancia, mas *sendo certo que commetleram adultério.*

O código criminal brazileiro de 1880 (arts. 250."! *nsqite* 253."), mantém a distinccào entre o adultério do marido e o da mulher. Para haver o primeiro, é necessário o concubinato; para haver o segunde, hasta um desvio do preceito da fidelidade (2). A| pena. prisão com trabalho de nir a três annos. aos

(2) Esta distinccào acha-se egualmente consignada no código penal frnncez, arts. 337.°—839.°; no italiano, 353."-355$_{t}$.°; no hespanhol, 450.°-452." Outros paizes trnctain o adultério simples como delicto egualmente punivel, quer praticado pelo homem, quer pela mulher. Assim é na Áustria, Hollanda, Allemanha c vários cantões suissos. Outros ainda desclassificaram o adultério da categoria dos delictos, como em Genebra <* New-York. *(Vidí-* BuiDEL,—*Los dereclws de la mvjerJ* pag. 37, *us(jite47,* e as eruditas explanações do dr. JOÃO VIEIRA, na *Exposição de motivos* que precede o seu *Projecto* de código criminal, na *Revista Académica* do Recife, 1893). *Adde:* ARTHUB ORLANDO, — *Ensaiou de critica,* pags. 3 a 67.

oodaliiíquentes. A accusaeão *mê* permittida ao cônjuge offendido. o sob a condição de não ter pactuado com o adultério. 0 código actual (arts. 279." *u8(ine* 281."), mantém a mesma doutrina, estendendo, porém, a snneeào penal «obre a concubina e es-| tabelecendo a prescripçáo para esse crime dentro do prazo de três mezes.

Civilmente, o adultério, poderá dar unitivo ao-j divorcio. Realmente constituo cl lo a lesão mais directa c mais grave á sanetidade do matrimonio, á jmoralidade e disciplina das relações eonjujraes. K, si pôde ser admittida a sua eliminação dentre as figuras dos crimes punidos pelos códigos penaes, por considerações attiuentes ao melindie da bonra e ao decoro das famílias, essas mesmas considerações exigem que a sociedade conjugal se possa dissolver, quando um dos spus membros lalta dolosamente áj fidelidade promottida.

Para que o adultério soja um motivo jurídico para a separação pessoal e económica dos cônjuges, declara a lei, c necessário que tenha havido liberdade na pratica do delicto. Assim, si a mulher tiver sido violentada, o marido não poderá .allegar esse facto, para o qual ella não concorreu deliberadamente, fundamentando um pedido de divorcio (dec de 24 de Janeiro, art. 88.", § l."|. Receio muito que uma tal disposição de lei de logar a que a chicana desvirtue facilmente a intenção do legislador, além de que me parece que a macula, embora sem culpa, subsiste sempre, tal é o melindre extremo da

honra feminil, o que a dignidade do homem brioso é muito susceptível para eurvar-so a essa disposição) de. lei. K* unia infelicidade, para a qual nào concorreu JI mulher, ma." que se não pôde dignamente [i eliminar. E assim o coiuprehendeu Lucrécia, a he-| roioa romana. Km todo o caso, considerando só-| mente o nosso direito eseripto, é bom ter em vista[1] que a violência excusavel não pôde ser sinão a capaz de tolher, de um modo positivo e insuperável, o movimento de repulsa da vietinia, como a coacção material, o estado de soinnamhulismo, de completa) incujfStiiQncia: mas nào a suggostão nascida de sup-plicas ou "ameaças, como, por exemplo, a tentativa[1] de suicídio, em presença da solicitada (3).

Não poderá, também, ser allegado o adultério, si o queixoso houver concorrido para que o réo o commettesse. nem quando tiver dado seu perdão (dec. cit.. art. 83.°, $?$ 2.°-3."). Presume-se perdoado o adultério sempre que o cônjuge innocente, depois de ter conhecimento delle, continuar a cohabitar com o cuJpado (art. 84.°).

Quando a lei fala em adultério, presuppõe o _aoto_8onsnmrmido. a violação material do dever de

(3) LECORNEO, — *Le divorce,* Paria, 1892, paginas 23—24. A jurisprudência franceza tem decidido que a embriaguez não exclue a imputabilidade, nem também a cólera. E' perfeitamente justa esta decisão.

lidei idade. Cntretanto a conduota leviana ou irregular doGonjuge, pode ser tal que offenda a dignidade da família, que irrogue injuria grave ao outro. lo por esse motivo é admissível o pedido de divorcio (4).

I Sevícias, *são maus tractos, offensas, physicas \revestiia% de excusada crueza;* mas, nas relações pessoaes entre cônjuges que se devem mutuamente Irespeito, sem que seja mais facultado ao marido o bárbaro direito de correcção sobre sua esposa, é desnecessário esse característico da tlagellaçào. Mesmo offensas physicas de pequena importância em si, mas reiteradas, assumem proporções vexatórias que tornam impossível a vida em commum (5).

Injuria grave *é toda offensa á honra, á respeitabilidade, d dignidade do cônjuge, quer consista \em actos, quer em palavras* (6).

(4) *C. de Toulouse,* l aôut 1890, apud LECOHNEC, pag. 22.

(5) MARCEL BARTHE dizia, no parlamento francez, uliás sem bons fundamentos, que o facto de ter um dos cônjuges caracter bizarro, hábitos reprováveis, tendência a irritar-se frequente e facilmente, pôde constituir [sevícias. Donde se vê que o vocábulo toma aqui uma latitude maior do que a commum ou, antes, uma significação especial. Veja-se também, sobre esta matéria, BROUABDEL, — *Mariaye,* pag. 34.

(6) Também a injuria, para o effeito do divo"rcio •deve ser entendida do ponto de vista especial em que se acham collocados os cônjuges, um em frente ao ou-

Um terceiro motivo de divorcio é o *abandono voluntário* do domicilio conjugal, *prolongado por do'ls annõs cotitinuoè.* Dois são os requisitos que a lei exige para que o abandono do tecto conjugal constitua motivo suEficiente para a acção de divorcio: a espontaneidade e a diuturnidade além de dois annos. Assim, quando a retirada do lar é determinada pela expulsão, pelo receio de violências inimi-nentes, ou que se prenunciam por ameaças positivas,, não está em condições de auctorisar a decretação do divorcio, nem tam pouco si resultou o abandono dólar da necessidade de fugir a depravações a que pretenda um dos cônjuges arrastar o outro. Essa tentativa constitue mesmo uma injuria grave, auctori-sando o divorcio contra quem a praticou.

tro, no seio de familia. Vejam-se BROQARDEL,—*loco citato;* ROL,—*ISévolution du divorce,* pag. 127 e segs.; PLANIOL, — *Traité,* III, n.os 507-508 e 517-524. Este ultimo auctor destaca, entre os principaes factos injuriosos : 1.°, recusa de consentir na celebração religiosa do casamento; 2. , recusa voluntária e persistente,, da parte de um doe cônjuges, de consumar o matrimonio; 3.°, communicação voluntária da syphilis AO outro cônjuge; *à.°,* recusa persistente da parte do marido, de-receber a mulber ou os parentes delia; 5.°, tentativa de adultério; 6.°, recusa do marido, de consentir no-baptisamento dos filhos; 7.u, o desvirgina mento ou a gravidez anterior ao casamento, quando uma ou outra dessas duas circumstancias não conhecida do marido.

Algumas legislações, como a francesa, não destacam esta hypothese do abandono do lar, de modo que a jurisprudência tem necessidade de incluil-o na classe das injurias graves. Mas visivelmente esta é uma figura que exige ura Iractamento á parte e que mal se loealisa entre as injurias, ao menos em grande numero de hypotheses de fácil verificação.

O mutuo consentimento dou cônjuges, si forem casados por mais de dois anitos, c o quarto motivo que, por nosso direito, auctorisa o pedido de divorcio. 'Para obterem o "divorcio por mutuo consentimento, diz o dec. de 24 de Janeiro, art. N5.°, deverão os cônjuges apresentar-se pessoalmente ao juiz, levando sua petição oscripta p ir um e assignada por ambos, ou ao seu rogo, si não souberem escrever, el inslruidii com os seguintes documentos: § 1.", a certidão do casamento: § 2.", declaração de todos os seus bens e a partilha que houverem concordado fazer delles: § 3.°, a declaração do accordo que houverem tomado sobre a posse dos filhos menores, si os tiverem; £ 4.°, a declaração da contribuição com que cada um delles concorrerá para a creação e educação dos mesmos filhos, ou da pensão alimentícia do marido á mulher, si esta não ficar com bens sufficientes para manter-se; § 5.°, traslado da nota do contracto antenupcial, si tiver havido».

O juiz, de posse dessa petição documentada, fixará aos cônjuges «um prazo nunca menor de quinze dias nem mais de trinta», para que ainda"meditem sobre a decisão definitiva a tomarem e, depois, ve-

filiam perante elle, «ratilicur ou retractar o seu pedido» (art. 8o.°). Si persistirem na intenção de levar por deante a dissolução da sociedade conjugal, o juiz, depois do fazer autuar a petição, com todos os do-j eumontos do art. 82.°, julgará por sentença o aeeor-| do, no prazo do duas audiências, o appellará *ex-officio* (art. 87.").

0 divorcio de nossa lei nào produz o rompimento do vinculo matrimonial; somente á morte éj dado osso efíeito; mas determina: 1.", a separação dos corpos, tendo, não obstante, os cônjuges faculdade de se reconciliar, em qualquer tempo; 2.", a cessação do regimen dos bens e sua consequente partilha, como si o casamento fosse dissolvido por morte. Ainda que se reconciliem os cônjuges, 7 o regimen dos bens não se restabelecerá, conservando-se a fortuna de cada um em separado. I Entretanto o dote não se annullará, de plano, pelo divorcio, havendo filhos communs. Passará para a administração da mulher, no divorcio litigioso, si ella for ò cônjuge innocente; e, no divorcio amigável, tomará o destino que lhe assignarem os cônjuges, no accordo apresentado ao juiz, por occasiào de levarem perante elle seu pedido de divorcio (doe. de 24 de Janeiro, arts. 85.^{0}-91.^{0}).

Quanto aos filhos, si o divorcio fôr amigável, concordarão os cônjuges sobre a sua creação e educação, accordo que, uma vez homologado pelo juiz, tem força de lei (dee. cit., art. 85.", n.°" 3."-4.°). Si o divorcio fôr litigioso, a *sentença* que o julgar *man-*

\4arú entregar os filhos coiiiiwins e menores ao cônjuge innocente e fixará a quota com que, o culpado concorrerá para a cdmaçAo delles (art. 90.°) (7).

§ 61."

I LEMHLAÇAO COMPARADA I

Km Franca, o divorcio, á moda romana, foi estabelecido, com extraordinária facilidade, pela lei de 20 de Setembro de 1792. Diz um escriptor que, nos vinte e sete mezes seguintes á promulgação dessa lei, os tribunaes pronunciaram 5:994 divórcios, e, nos três primeiros mezes de 1793, houve tantos divórcios quantos casamentos (1). 0 código civil foi mais cauteloso, admittindo o divorcio somente em fasos especificados (art. 229.° e sejrs,): o adultério da mulher, a concubinagem do marido (2), sevícias e in-

(7) As causas de nullidade, annullação ou divorcio serão precedidas da separação dos cônjuges, segundo determina o art. 77.° do dec. n.° 181 de 24 de Janeiro de 1890. Mas, si os cônjuges já estão separados de facto, é inútil pedirem ao juiz que lhes auetorise a separação.

(1) GLASSON, — *Le mariage civil,* pag. 261.

(2) E' certamente injusta esta distineção para o cffeito do divorcio. Si realmente o- adultério da mulher é mais grave, porque sua honra é mais profunda-

jurias graves, eondemnação a penas infamantes e o consentimento mutuo (3). Além do divorcio, o código francez manteve a separação de corpos, que

mente golpeada por elle, e porque dará, com o seu procedimento incorrecto, ingresso na familia a filhos extranhos, comtudo a injuria que para a mulher resulta do desregramento do marido é egualmente atroz. E a nova lei franceza de 1884 não fez mais essa distinc-<;ão : o adultério de qualquer dos cônjuges pode acarretar a declaração do divorcio (arts. 228."-230.°). E esta é a feição preponderante nas legislações actuaes (lei suissa de 24 de Dezembro de 1874, art. 46.°; cod. civil d'Austria, arts. 115.°-119.° ; cod. hollandez, arts. 264.°—288.°, e no mesmo sentido as leis scandi-nava, russa, romaniana e argentina). Na Inglaterra, a infidelidade de qualquer dos cônjuges é sufficiente para o pedido de separação ; mas, para o divorcio *a vinculo,* si é sufficiente o adultério simples da mulher, o do homem necessita de ser revestido de certas cir-cumstancias que o tornem, por assim dizer, escandaloso, como a bigamia, o incesto, o rapto e o estupro. O código do Uruguay também pede, para o adultério do marido, um escândalo publico (art. 150.°). Em outras legislações, a desegualdade ainda *é* mais accentuada. Assim é na portugueza, na hespanhola e na italiana que, aliás, como a do Uruguay, apenas permutem o divorcio canónico. Neste ultimo paiz, cumpre notar, um projecto estabelecendo o divorcio já foi appro vado pela camará dos deputados, e se acha em discussão no senado.

(3) Quando se elaborava o código civil francez, a opinião dos juristas, do povo e do próprio conselho de

pôde terminar por uma dissolução do vinculo matrimonial, si os esposos não se reconciliarem. A lei de 8 de Maio de 1816 aboliu o divorcio, deixando apenas subsistir a separação de corpos. Depois de muitas vicissitudes e calorosas discussões, na imprensa e no parlamento, foi o divorcio restabelecido com a lei de 27 de Julho de 1884, segundo os princípios do código de 1804, salvo quanto ao mutuo consenso que não foi considerado pela nova lei; quanto á reconciliação para os divorciados que foi admittida em contrario á doutrina do código (4); e á equiparação do adultério dos dois esposos como causa determinante do divorcio. A mulher divorciada não se poderá remaridar, sinão dez mezes depois do divorcio. 0 esposo culpado.não podia con-

ectado era contraria ao divorcio. Foi a vontade imperiosa do primeiro cônsul que o impoz, até sem causa determinada, pelo mutuo consentimento das partes, dizem que com a intenção de romper o seu casamento com Josephina (PLANIOL,— *Truité,* ITI, n.° 501 ; L. BBRBT, — *MoralUé du divorce,* pags. 9-10).

(4) O art. 295.° do código Napoleão prohibia a reunião dos esposos divorciados. A lei de 1884 per-mitte-a, sob a condição de que os cônjuges não hajam contrahido segundo casamento seguido de divorcio; mas exige nova celebração do casamento, e não consente que façam novo pedido de divorcio depois de reunidos, a não ser por condemnação a pena infamante.

sorciar-se com sua cúmplice, mas esta restricção desappareceu ultimamente (5).

Do que acaba de ser dicto vê-se que a legislação franeeza vigente entra no grupo das que admittem o divorcio *a vinculo.* Nesse grupo geral, porém, uma disti acção é preciso ter em vista: uns systemas acceitam o mutuo consentimento como força capaz de desatar o elo conjugal que antes atara; outros não lhe querem reconhecer essa virtude que a lógica certamente reclama, porém que a utilidade social ej o próprio decoro das famílias repellem. Si a vontade, por si só, é motivo acceitavel de dissolução da sociedade conjugal, não se pôde o mesmo dizer, sem grave perigo social, penso eu, para o divorcio *a vinculo.* A sociedade tem necessidade justamente de ir contendo essas expansões do irrequietismo humano, para não se vêr desmoronar na selvageria anar-ehica, de onde tão custosamente emergiu.

Mas examinemos rapidamente as duas sub-elas-se"s de legislações que admittem o divorcio *a vinculo.* Vêr-se-á qfúe algumas delias, á similhança da fran-ceza, afastam o mutuo consentimento do numero das causas do divorcio, emquanto que nutras o incluem.

A legislação ingleza mantém a separação *a viensa et thoro* ao lado do divorcio *a vinculo.* São

(5) Lei de 15 de Novembro de 1904; ROL,—*EVO-lution du dívorce,* pag. 319 e *sega.*

causa» da separação: o adultério voluntário e não tolerado, sevícias, moléstias incuráveis, e o abandono do lar por mais de dois annos (6). O divorcio propriamente dicto não goza de favores na Inglaterra, e o aeto de 1H57, que o regulamentou, não se esqueceu de cercal-o de restriccões tendentes a diminuir-lhe o numero (7). Quando o divorcio é pronunciado por causa de adultério, o cônjuge culpado poderá desposar seu cúmplice, particularidade do direito inglez que não encontra similar em outros. Si ambos os cônjuges adulteraram, não poderão obter nem o divorcio nem a separação, outra irregularidade, aliás menos justificável do que a precedente.

Na Rússia, as causas do divorcio reduzem-se ás seguintes: adultério de um dos esposos, condemna-ção a uma das penas que importam na cessação da personalidade civil, e a ausência do lar prolongada por oineo annos. A lei não aceeita o divorcio por consentimento reciproco, e providencia mesmo para que não seja este erigido indirectamente- em causa de divorcio. É assim que não faz prova, perante a

(6)0 consentimento reciproco auctorisa a simples separação somente, mediante caução de uma terceira pessoa.

(7) Este acto foi completado pelo que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1896 (ROL,— *Op. cit.,* pag. 479, *Annnoire,* 1896, pags. 3—4).

lei civil russa, a confissão de adultério feita pelo] accionado.

Tninbcm na Servia, as causas do divorcio são as do direito franeez com accroscimo do abandono «lo lar o da abjuração da fé cliristã. O consentimento está excluído.

Já na Áustria vamos encontrar esse motivo de dissolução do vinculo matrimonial, a simples vontade dos cônjuges, embora somente para os judeus. Para os não catholicos, que ao mesmo tempo nãoj abraçam a religião israelita, são causas determinantes do divorcio: o adultério, a condem nação á reclusão acompanhada de trabalhos forcados, por cinco annos, ou á pena mais gravo, o abandono do domicilio conjugal por um anno depois da estimação feita pelo cônjuge reclamante, sevícias o injurias graves, e, finalmente, aversão invencível eomtanto que soja confirmada essa invencibilidade por separações de corpos suecessívas á reconciliações repetidas. Para os catholicos, o casamento é indissolúvel durante a* existência de um dos cônjuges. Para el-les só ha o recurso da separação de pessoas e bens, no caso de adultério, sevícias e injurias graves, delapidação da fortuna, oITensa aos bons costumes da família, moléstias contagiosas, e o accordo das vontades.

Na llollanda, o divorcio existe ao lado da separação de corpos. Ksta pôde ser obtida por consenso dos esposos que tenham mais de dois annos de vida conjugal. E si, após cinco annos de separação,

não se reconciliarem, transformar-se-á, então, ella em divorcio. 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 viotimado, a «•ondemnação a pena infamante, e as injurias graves.

0 direito belga admitte a separação e o divorcio, permittindo mais que este se obtenha por mutuo consentimento, assim como o romaniano (8).

O código civil allemão regula o divorcio nos arts. 1:564." a 1:587.", mantendo ao lado delle a separação de corpos *(Aufhébimg der ehUchen Ge-nwinschaft).* As causas do divorcio são: l.ª, o adultério, a bigamia e a immoralidade contra a natureza, não havendo conniveneia do outro cônjuge (art. 1:565.°); 2.", tentativa de assassinato contra o outro cônjuge (art. 1:566.°); 3.". abandono malicioso do lar domestico (art. 1:567.°); 4.", violação grave dos deveres oriundos do casamento; 5,ª, conducta immoral; 6.", sevícias graves (art. 1:568.°); 7.ª, alienação, tendo durado três annos pelo menos e tendo attingido um grau em que sejam impossiveis a communhão intellectual dos cônjuges e a esperança do restabelecimento da integridade mental (art. 1:569.°).

No divorcio por alienação mental, o outro cônjuge deve prestar alimentos ao doente, tal como o que foi declarado culpado (art. 1:583.°).

(8) PLANIOL — *Traité,* III, n.° 503 e nota.

Na Suissa, o divorcio é regulado pela lei federal de 24 de Janeiro de 1874, que não acceita como causa legal, para sua decretação, o consentimento de ambos os cônjuges. Entretanto, existe a separação de corpos para aquelles casos em que, sem haver uma causa acceitavel para divorcio, verilica-se uma alteração profunda no laço que prende entre si os dois cônjuges; além disso, o tribunal pode sentenciar, em uma tal demanda de divorcio, que a vida em commum é de todo impossível. As causas do divorcio propriamente dicto são: o adultério de um dos conjuges, comtanto que o cônjuge offendido não tenha conhecimento desse facto desde mais de seis mexes: attentado contra a vida, sevícias e injurias graves, condemnação a uma pena infamante, alienação mental perdurando mais de três annos e declarada incurável, abandono malicioso do lar por mais de dois annos. O esposo, contra o qual foi pronunciado o divorcio, não tem direito de contrahir novas núpcias antes da expiração de um anuo, prazo que o tribunal sentenciador poderá exceder até três annos.

Nos Estados-Unidos da America do Norte, existem o divorcio *a vinculo* e a simples separação, mas o assumpto é regulado por cada Estado particularmente. Em geral, as causas do divorcio são: adultério, sevícias, injurias graves, abandono voluntário e prolongado do tecto conjugal, embriaguez habitual, e, algumas vezes, os actos fraudulentos e a negligencia dos deveres inherentes á qualidade de pae

ou mãe de família (9). Em Nova-York. u lei de 17 de Maio de 1897 prohibe o ex-ooniuge adultero ea-sar-se emquanto viver o ex-conjuge innocente, «alvo isi. durante cinco annos, a sua eonducta for uniformemente boa (10).

Na Guatemala o divorcio foi estabelecido pela lei de 12 de Fevereiro de 1894, que aeoeita como causa determinante delle, o mutuo consentimento dos cônjuges e certos factos indicados pelo legislador: o adultério da mulher; a mancebia do marido: o ódio manifestado por crueldades e disputas frequentes; tentativa de morte contra o outro cônjuge: abandono malicioso, do lar ou ausência som razão, durante três annos: impotência posterior á celebração do casamento; recusa persistente e desarrazoada de satisfazer a divida conjugal.

(9) Em sua curiosa obra—*The itivorce prcldem,* mostra um escriptor americano, com os dados da esta tística, que a União norte-americana é o paiz do mundo onde mais se verificam divórcios. Em 1885, deram-se ahi 23,472, emquanto que, na AUemanha, se realisaram apenas 6,161, na Rússia 1,789, e na Suissa 920. THEODORE WOOLSEY já o fizera sentir anteriormente, em seu livro — *On divorce,* onde elle mostra que um quasi nada *(until almost any thing)* pôde servir de base para o divorcio.

(10) *Annuaire de Ugislation étrangère,* leis de 1H97, pag. 912.

A par do divorcio subsiste a separação de corpos (11).

Egual reforma soffreu a legislação do Salvador com a lei de 20 de Abril de 1894. As causas, porém, que auctorisam o pedido de divorcio differem. Em primeiro logar, o accordo dos cônjuges não é sufnciente para dissolver o vinculo matrimonial. Depois o adultério do marido não necessita de revestir a forma diuturna do concubinato. E' necessário, entretanto, que seja escandaloso ou acompanhado do abandono da mulher. A gravidez e as relações illicitas anteriores ao casamento; a violência moral para obrigar o outro cônjuge a mudar de religião; a corrupção dos filhos; a tentativa de prostituirá mulher; o proxenetismo; a embriaguez; o assassinato de filho, são as causas de divorcio, que, na lei do Salvador, olfereoem particularidade digna de menção (12).

No Equador, o divorcio *a vinculo* foi admittido pela lei de 28 de Outubro de 1902, mas exclusivamente por causa de adultério da mulher. 0 adultério do marido, as sevícias e outros factos auctorisam apenas a separação de corpos (13).

Outras legislações, como a brazileira, regeitaram o divorcio romano, contentando-se com a simples separação de pessoas e bens, ou divorcio canónico.

(11) *Annuaire cit.,* leis de 1894, pags. 960-963.
(12) *Annuaire cit.,* pags. 964-967.
(13) *Annuaire,* 1903, pag. 731.

Assim preceituaram o código civil italiano, o portu-guez, o hespanhol, o chileno, o colombiano, a lei argentina e outras.

O código civil italiano (arts. 148." e segs.), admittindo a separação de corpos, estabeleceu os casos únicos em que ella é possível. São piles: o adultério, o abandono voluntário, os excessos, as sevícias, as ameaças e injurias graves, e a condemnaçào a uma pena criminal. O adultério do homem deve ser um concubinato ou um acto escandaloso. A vagabundagem do marido pôde egualmente auctorisar a mulher a separar-se delle judicialmente. O accordo de ambos é sufliciente para esse efFeito, desde que haja homologação do tribunal (art. 158.").

O código portuguez (art. 1:204.° e segs.) não aeceila o accordo dos conjures como causa determinante da separação corporal e bonitaria. São causas delia: o adultério da mulher; o adultério do marido, com escândalo publico, ou completo desamparo da mulher, ou concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal; a condemnaçào do cônjuge a pena perpetua; as sevícias e injurias graves.

Apresentando o mesmo ponto de vista, é mais abundante em motivos de separação de corpos o código civil hespanhol (art. 1:004." e segs.). Além do adultério com a distincção do direito francez, portuguez "(14) e outros, segundo é da mulher ou do

(14) Nos systemas jurídicos que, como o hespanhol e o portuguez, conservam o casamento catholico

homem, para exigir certas qualificações neste ultimo, além dos maus tractos, das injurias graves e da conde mnacão a penas perpetuas ou infamantes, addi-oiona o código civil hespanhol três outras causas de divorcio: 1.", a proposição do marido feita á mulher para prostituir-se: 2.*,.o esforço do marido ou da mulher, para corromper os filhos ou prostituir as ^ filhas, assim como sua connivencia para essa corrupção ou prostituição; 3.", a violência exercida pelo marido sobre a mulher, para obrigal-a a mudar de religião.

Na Argentina, são causas de separação pessoal dos cônjuges: 1.*, o adultério da mulher ou do marido; 2.", a tentativa de um dos cônjuges contra a vida do outro, seja como auctor, seja como cúmplice; 3.[a], a provocação de um dos cônjuges ao outro para fazel-o commetter adultério ou outros delictos; 4.*, as sevicias; 5.[B], as injurias graves, para cuja apreciação deve tomar-se em consideração a educação, a posição social e as demais circumstancias que possam caracterisal-as; 6.", os maus tractos frequentes ainda que não graves; 7.", o abandono voluntário e malicioso do tecto conjugal. 0 mutuo consentimento não entra nessa enumeração, mas, para evitar quaes-

ao lado do civil, cumpre notar que as causas de separação, para o casamento religioso, devem ser as do direito canónico, o qual não distingue, para esse effeito, entre o adultério do marido e o da mulher.

quer duvidas a respeito, o legislador platino teve o cuidado de declarar: no hay divorcio por mutuo consentimento de los esposos (lei de 22 de Novembro de 1888, art. 71.°). Os divorciados podem ro-conciliar-se em qualquer tempo e a reconciliação «restitue todo o estado anterior á demanda do divorcio» (art. 76.") (15).

Nas divergências assignadas, aliás pequenas, entre o systema adoptado pelo direito argentino e o da lei pátria, julgo que a boa razão, as conveniências e o metbodo estão comnosco.

§ H2." t

O DIVORCIO PERANTE O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Interessante e complexa é a questão do divorcio, em face do direito internacional privado. Não me preoccuparei, entretanto, com o seu exame completo. E contentando-me com indicar o essencial, remetto o leitor aos especialistas (1).

(15) A lei argentina de 22 de Novembro de 1888 foi recebida pelo Paraguay como parte integrante do código civil. Veja-se ZTJBIZARRETA,—*Derecho civil,* 1, pag. 208 e segs. Para a Colômbia, veja-se: OHAMPBAU e UKIBE, — *Derecho civil,* I, pags. 214-231.

(1) *Vide* WHARTON, — *Private intemational law,* § 204.° *usque* 236.°, que traz ama exposição minuciosa

Ha paizes que admittem o divorcio *a vinculo,* e outros que não o toleram, como ficou indicado no paragrapho anterior. Um conflicto legal é fácil, portanto, de se dar e, na realidade, não só têm elles apparecido, como soffrido soluções diffe-rentes.

Para sabermos si o casamento é divorciavel, opinam alguns escriptores que se deve consultar a lei do paiz, onde o processo se julga *(lex fori),* com tanto que os pleiteantes sejam ahi domiciliados (2). E as razoes de assim decidirem provém de que o juiz daquelles paizes, onde o divorcio é repellido por lei, não poderá pronunciar o divorcio, e o juiz daquelles paizes, onde o divorcio existe na lei, não poderá recusal-o a quem o pede, segundo os preceitos do direito.

e bem deduzida da questão, embora uma vez ou outra não seja sua opinião a mais consentânea com o meumodo de Ver. Veja-se o meu *Direito internacional privado,* § 45.°

(2) ASSER, — *Eléments du droit int. prioé,* § 53.°í WHARTON,— *Op. eit.,* § 208." e segs. No mesmo seni ido, STORY, LATJRBNT e a jurisprudência ingleza. Entretanto, nos Estados-Unidos, onde a lei domiciliar é a preferida, encontram-se casos de competência baseada na nacionalidade. Um estatuto da Pensylvania (8 de Junho de 1891) ampliou a jurisdicção do tribunal das *Common Pleas* em casos de divorcio até á mulher auctora, que era cidadã do Estado antes de casada *(Cluitet,* 1898, pags. 911-915).

Mas, em contrario, erguem-se valiosas considerações que têm sido postas em evidencia por Fiom e toda a eschola italiana. 0 divorcio, dizem, determina radical mudança no estado da pessoa, e, por isso, deve ser regulado por sua lei nacional. Si assim não decidirmos, "achar-nos-emos assaltados por difficuldades insolúveis, pois, pôde muito bem acontecer que o divorcio não seja reconhecido pelo paiz da nacionalidade onde os esposos ainda possuam grande somma de interesses. Foi attendendo a essa embaraçosa situação que a lei suissa de 24 de Dezembro de 1874 só permittiu ao juiz helvético pronunciar o divorcio entre extrangeiros, quando esses provarem que a sentença será reconhecida como válida em seu paiz. E a jurisprudência franceza, depois de algumas vacillações, enveredou pelo bom caminho, decidindo, accordemente, nestes últimos annos, que, entre esposos extrangeiros, a applicação e as causas do divorcio deviam ser determinadas pela lei extrangeira (3). Si, porém, abandonarem sua nacionalidade e adquirirem a de um paiz que acceita o divorcio *a vinculo,* é manifesto que esses mesmos cônjuges perderam, com a nacionalidade, o dever de submissão á lei de seu paiz de origem, e portanto ser-lhes-á facultada a

(3) *Vidè—Clunet,* 1891, pag. 1194; 1892,pag. 662; 1893, pag. 849; 1894, pag. 132.

dissolução do casamento pelos meios admittidos na legislação de sua pátria adoptiva.

Os cônjuges legalmente divorciados serão considerados taes, mesmo nos paizes em que o di-l vorcio é desconhecido. Este preceito é uma consequência forçosa dos princípios fundamen taes do direito internacional privado, segundo os quaes o individuojpóde exercer, no paiz onde se acha, direitos adquiridos em vista de um acto passado no extrangeiro e segundo a lei extrangeira, com tanto que não haja offensa á soberania do Estado nem aos bons costumes, nem á ordem publica. Os es-criptores e a jurisprudência já se têm pronunciado neste sentido (4). Assim, si o divorcio foi legalmente declarado em um paiz, habilita os ex-con-juges a realisaçâo de novas núpcias em um Estado.

(4) ^íio ha muito decidiram tribunaes italianos (de Milão e Veneza) que o divorcio pronunciado no extrangeiro, entre extrangeiros, extende seus effeitos á Itália, onde apenas a lei admitte a separação pessoal *(Cluwt* cit., 1894, pags. 182-917). O *Projecto primitivo,* art. 29.° da lei de introducção, consagrava o mesmo principio. 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 meus *Estudos de direito € economia politica,* 2." ed., 1892, pag. 247 e seg.:—*o dieoroio no direito internacional privado.* Veja-se ainda o meu *Direito internacional privado,* § 45.°

onde essa instituição não tem existência. E' claro que tracto do casamento civil, pois que o direito canónico não acceita 'abrandamentos para suas in-juncções a respeito deste assumpto. Convém notar também que, si o casamento tiver sido celebrado em paiz cuja legislação não adoptar o divorcio, a decretação delle no extrangeiro, embora segundo os preceitos do direito, não poderá habilitar os cônjuges a novo casamento no mesmo paiz. E' a sã doutrina contida na lei argentina, art. 7."

¡? 63."

DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Perante o nosso direito, o casamento só se dissolve pela morte de um dos cônjuges (dec de 24 de Janeiro, art. 93."). Apezar, porém, dos termos desta disposição parecerem inflexíveis, é irrecusável que os casamentos dos extrangeiros, dissolvidos fora do nosso paiz segundo a lei extrangeira, não podem ser considerados subsistentes no Brazil, segundo já ficou estabelecido no paragrapho anterior. A lei pátria refere-se particularmente aos casamentos celebrados dentro da orbita de sua acção.

Afastemos, portanto, essa questão e enfrentemos outra não menos interessante. E' sabido que a ausência definitiva equivale, por direito, á morte, adando logar á abertura da successào do ausente. Pergunta-se, porém, si ella é sufficiente para habilitar o cônjuge do ausente a oontrahir novas núpcias.

A nova lei do casamento civil nada a IH ri n ou a respeito; porém restam-nos os princípios dominantes em muitas legislações, desde o direito romano. Feio prescripto no capitulo 11 da Novel-la 117, não era permittido a um cônjuge oontrahir novas núpcias, por roais longa que fosse a ausência do outro, sem provar directamente o óbito. Esta disposição passou para o art. 139." do código civil france/ (1), para o art. 88." da lei argentina de 2 de Novembro de 1888, para o código civil do Uru- j guay, art. 78.", e ainda para outras legislações. E evidentemente consagra ella a doutrina mais razoa- j vel. Portanto, póde-se affirrnar: a ausência dissolve a sociedade conjugal, como o divorcio canónico, mas não o vinculo do matrimonio (2). Outra, po-

(1) Huc, — *Commetitaire,* I, n.os 455-456; PLANIOL, — *Traité,* I, n.° 464.

(2) *Vide* mais o § 93.° Mas, si se eífectuar o casamento, não obstante a prohibição, dizem o código civil francez, art. 139.° e o do Uruguay, art. 78.°, só o cônjuge ausente, por si ou por um seu manda-

rém, **é a** doutrina do código civil **d'Austria, artigos** 112." **a** 114.°, e allemâo, **art.** 1:348.", assim como da lei chilena de 10 de Janeiro de IH84, art. 38.°

tario especial, poderá atacar a validade do matrimonio.

0 *Projecto,* art. 322.°, § cínico, estatue : «O casamento é indissolúvel e só se rompe pela morte de um dos cônjuges, nào sendo applicavel a este caso a presumpçao de que tracta o art. 10.° da parte geral».

CAPITULO UNDÉCIMO

Relações entre pães e filhos

§ 64." I

KILIA«;Ã() LEUITIMA

A relação do parentesco existente entre a prole e os progenitores chama-se *filiação,* quando considerada, ascencional mente, dos filhos para seus im-mediatos ascendentes; *paternidade,* quando considerada, descencionalraente, do pae para o filho; e *maternidade-,* quando, ainda descencionalmente, se tem em mira a mãe em face do filho.

A filiação é *legitima:* 1.", si, no momento da concepção, o pae e a mãe se acham vinculados por casamento válido; 2.°, ou putativo; 3.°, ou annulla-vel, embora não putativo, isto é, nos casos em que subsistiria, si o vicio determinante da annullação não tivesse sido utilisado para esse eITeito, no prazo e segundo os preceitos da lei (1). Esta 6 uma das

..____ _____ — ,.. — —

(1) D. 1, 5, ir. 2; dec. de 24 de Janeiro, arts. til.^{0}, 70.° e 76; LAFAYKTTE, — *Direitos dt família,* § 104.°; MELLO FREIRE, 2, 6 e § 2.°; *Projecto,* art. 3*43.° Con-

differenças essenciaes entre o casamento nullo e o meramente annullavel. 'A annuUação não obsta á legitimadade do filho concebido na constância delle»; „/i nullidade faz cessar absolutamente todos os vestígios legaes do casamento, a não ser que, atten-dendo á boa fé dos cônjuges, seja elle declarado putativo.

Fará determinar o momento da concepção e saber si cila teve logar, quando o pae e a mãe acba-j vain-se lojratmente unidos pelo vinculo de um casamento, só dispomos da presumpção da união sexual na constância do casamento, e da duração do período da prestação da mulher. Três princípios jurídicos condensam os resultados da observação neste ponto: 1.". o filho gerado na constância do casamento reputa-se oriundo do concubito dos dois cônjuges, e, portanto, legítimos. *Pater is est quem jnstae nuptiae demonstrant,* diz o direito romano (0. 2, 4, tr. 5); 2.^{n}, o filho que nasce 180 dias após o casamento é tido como engendrado já na constância delle (D. 1, 5, fr. 12); 3.", e o que nasce até 300 dias depois da separação dos cônjuges, por morte de um deites, divorcio ou annullaçâo do casa-

rem recordar que os expostos até prova em contrario sâo considerados legítimos. *Infantes expositi,* diz MELLO **FREIRE,** — *legitimorum juribus jniuntur;* LIZ TEIXEIRA, — ***Curto,*** **I, n.° 330 ; Alv. II, de 31 de Janeiro de** 1775, § 7.°; LOUREIRO, — *Direito civil,* § 81.°

mento, presume-se egualmente concebido ao tempo da legitima cohabitação (D. 38, 16, fr. 3, § II.") (2). 0 primeiro desses prazos é, segundo a opinião corrente, a duração minima da gestação da mulher, desde o momento da fecundação até o parto; e o segundo é a duração máxima, sobre a qual. entretanto, não existe pleno accordo entre os competentes (3).

E' obvio que a presumpçào do concubito dos esposos ao tempo da concepção é a base de todos esses princípios. Mas tal presumpção desfar-se-á deante de uma prova irrecusável da impossilidade material da cohabitação no tempo da concepção, isto jé, nos primeiros cento e vinte dias dos tresentos

(2) *Projecto,* art. 344.

(3) Dizem LITTRÉ" e ROBIN, — *Dictionnaire de mé-\decine,* verb, *grossesse,* que, geralmente, a gravidez nau se prolonga além de 270 dias, mas que não é muito raro ver seu termo afastado até attingir 308 e 316 dias. Foi attendendo a isso que alguns escriptores julgaram prorogavel o praso máximo, por mais alguns dias (de 3 a 7), em favor da legitimidade.

Vejam-se: BROUARDBL,—*Mariage,* pag. 172 e segs.; LACASSAGNE,—*Précis de médecine judiciaire,* pag. 515; ANOIOLO FILIPPI, — *Medicina legale,* pag. 54 ; NINA BODKIRUES,—*Direito,* vol. 88, pags. 5 a 25 ; e a minha resposta a este notável medioo-legista, nos *Trabalhos do senado,* III, pags. 68-71, reeditada no meu livro — *Em defesa do Projecto de código civil,* paginas 360-370.'

anteriores ao nascimento, pois que, si *mater semperl certa esi,* não é possível asseverar o mesmo em relação ao pae. Essa impossibilidade resulta ou da impotência absoluta do marido, ou da separação dos cônjuges, judicial ou de facto, como si um delles se acha ausente do lar sem poder a elle volver pela! grande distancia ou por alguma reclusão incommunicavel, ou por ter-se dado a dissolução da sociedade matrimonial (4). Entretanto, convém notar, é possível que os esposos, apezar de divorciados, se reconciliem, siquer momentânea e despercebidamente, e desse contacto resulte um filho. Como o vinculo conjugal não foi dissolvido, provada a conjuncção, o filho delia proveniente deve ser considerado legitimo (5).

O adulterií) por si somente, ainda que provado o auctorisando a declaração do divorcio, não é sufficiente para destruir a presumpção legal da paternidade e da filiação legitima, porque «o filho bem podia ser do marido, e, na duvida, prevalece a presumpção em favor da legitimidade», diz LAFAYETTIÍ (6),

(4) *Projecto,* arte. 346.°-348.

(5) LAFAYBTTE,—*Direitos de familia,* § 105.°; código civil francez, 313.", *infine;* italiano, 163.°, 2.ª parte; português, 104.°; do Chile, art. 190.°; da Argentina, 250.°; da Luiziania, 207.°; RIVAKOLA,—*Derechj civil argentino,* I, n.° 318; *Projecto,* art. 347.

(6) *Direitos defamilii,* § 105.°; D. 48, 5, fr. 11; código civil portuguez, art. 103." ; lvspanhol, 108.";

ainda mesmo que a mulher declare que o filho não |é do marido (7). E' necessário que outras circums-tancias venham demonstrar a impossibilidade material do concubito dos esposos, para que da infidelidade feminina se origine a illegitimidade da filiação.

Feche este parajrrapho uma rápida vista sobre a legislação de outros povos. A presumpção da paternidade resultante do casamento, segundo nol-a apontou o direito romano, é geralmente admittida. Mas os casamentos nullos e annullaveis não apre-, sentam os mesmos effeitos 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 allemão (cod., art. 1:699.°), os filhos de casamentos nullos, concebidos antes de ser declarada a annullação, se consideram legítimos, si, ao menos um dos cônjuges estava de boa fé. Si-milhantemente dispõe o código civil d'Áustria (artigo 160."). No direito francez, os filhos de pães cujo casamento foi annullado, são tidos por naturaes re-

francoz, 313.°; RIVAHOLA, — *Op.* cif., n.° 316; *Projecto,* art. 349.°

(7) B. CARNEIRO, I, 20, § 177.°, n.° 7; código civil hespanhol, art. 109.°; argentino, 255.°; de Zurich, 653.°; *Projecto,* art. 352.°

conhecidos (8), e também por legitimo.[1]?, si houve boa fé de um dos cônjuges (9).

Segundo preceitua o direito allemão (cod., artigo 1:592.°), o termo da natividade legitima éapproximadamenle, o do direito romano, 180 dias, a contar da celebração do casamento, *e* **302,** a contar da separação (10). A theoria mais largamente abraçada é a que lixa os dois aliudidos prazos em 180 e 300 dias. Assim póde-se affirmar que **fez** o código civil geral d'Áustria (§ 138."); assim fizeram os co-| dijros civis de França, arts. 312.°-314.°; da Itália, 160.°-161.°; da Hespanha, 108.°: de Portugal, 101.°; da Argentina, 240.°; da Polónia, 272.°; de Zurich, 648.°-1 **649.°;** de Soleure, 243.°; **dos** Grisons, 57.°: do Chile, **76.°;** da Colômbia; do Uruguay, 191.°; do México» 290.°; da Bolivia, 160.° (11).

(8) ZAOHABIAE, § 463.°; **ÁUBRT** ET RAU, § 459.% n.° 5.

(9) Código civil francez, arts. 211.° a 220.° E*| tombem essa a doutrina do código italiano, arr. 116.°

(10) ROTH,— *System,* pags. 277-279; D. 38, 16, ir. 3, § 12.° : *de eo antem qui centésimo octogésimo secundo die natus est, Hippocrah * scripsit et swis pontifico us rescripsit justo tempore videri natum;* e no § 11.°:-*post decem mentes mortis natus non admittur ad legitimam liereditatem.*

(11) *Projecto,* art. 344.° Vêr também o *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 1:460.°; *Projecto* FELÍCIO DOS SANTOS, 378.°; COELHO RODRIGUES, 2:151." e 3:134.»

0 direito russo não recusa a legitimidade ao nascimento prematuro, o que importa dizer, anterior aos alludidos 180 dias depois da celebração das nú pcias, e espaça até 306 o lapso de tempo concedido para a fixação do termino da gravidez (12). B

$ 65."

CONTESTARÃO 0A LEGITIMIDADE DA KI MAÇÃO

A tres reduzem-se os fundamentos para a contestação da legitimidade da filiação.

I—Affirma-se que o marido não podia ter tido concubito com sua mulher no período legal da concepção, e dessa affirmação provada resulta que o filho não tem por pae aquelle que a lei presuppunha e a sociedade esperava que fosse. Qualquer que seja a causa que torne materialmente impossíveis as relações sexuaes entre os esposos, o adultério, considerem-no crime social ou não, é uma fraqueza ignominiosa que infama a culpada e macula a família. Mas nosso direito (cod. penal, art. 279.", § 2.°), não permitte que outro, sinão o próprio marido, affrontando o escândalo e o ridículo, venha ostentar a infidelidade de sua esposa indigna, que não soube manter o culto da honra com que se abroquelam e

(12) LEU H, *Vroit civil russe,* I, pag. 71.

se engrinaldam as famílias. Os interesses moraes e económicos que o adultério vem conturbar, pertencem directamente ao marido e aos filhos legítimos: | mas, emquanto perdura o casamento, é aquelle o chefe da família, o responsável por seu decoro e fortuna, e, dissolvido o matrimonio por morte de um I dos cônjuges, mais conveniente *ê* não revolver a vasa desse pântano que o olvido cobriu de vegeta- j <;ões virentes.

Assim somente o marido poderá contestar a legitimidade do filho de sua mulher. E esse seu direito restringe-se aos casos seguintes: — *a)* si, porj moléstia ou outra qualquer causa se achava, ao tempo da concepção, incapaz de realisar a fecundação (1); *b)* si, na mesma epocha, a ausência tornava impossível a approximação dos cônjuges (2).

(1) D. 1, 6, fr. 6..... *si constei maritum uliquan- | diu cum^uxore non eoncubisse infirmitate interveniente, oel alia causa; vel si ea valetudine pater famílias fuit vt\ (fenerare non possit; hunc qui in domo natus esf. licet filiurn non esse.*

(2) *Projecto,* art. 346.°, I.

O código civil francez, art. 313.°, e o italiano, art. 165.°, admittem que o marido possa desconhecei' (desavouer) o filho, por causa de adultério, quando o nascimento delle tenha sido occultado. A occnltação 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 hypothese, franqueados to-

Tractando-se de filhos nascidos antes de se completarem 180 dias após a celebração do casamento, não poderá o marido contes tar-lhe a legitimidade, si expressa ou tacitamente os reconheceu como seus (3).

Dissolvida a sociedade conjugal por qualquer causa, excepto 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 ser tido por seu, si não sobreviesse a sua contestação.

Em ambas estas hypotheses, a acção da contestação da legitimidade não prescreve com o effeito de determinar o *estado* da pessoa; mas prescrevem os direitos hereditários inherentes a esse estado, transcorrido o prazo legal (4).

dos os meios de provar que não é realmente pae, podendo ser invocada até a impossibilidade moral da co-. habitação *(Vide* LAUBENT,— *Cours élémentaire,* 1, pagina 307). 0 *Projecto* do dr. COELHO RODRIGUES acceitou egualmente este caso a que acabo de alludir {art. 2:117.°, § 2.").

(3) *Projecto,* art. 245.°; D. 1, 5 fr. 12; 38, 16 fr. 3, §§ ll.°-12.°; Xov. 39, cap. ult.; código civil fran-cez, art. 314.°; italiano, 161.°; portuguez, 102.°; hes-panhol, 110.°; argentino, 252.°; uruguayano, 192.°

(4) LAFATETTE,—*Direitos de família,* § 106." E uma acção prejudicial e por isso considerada imprescriptivel.

Ao contrario, os códigos modernos, em sua maio-

53

Morrendo o marido sem proceder contra o extranho introduzido no seu lar por um desvio do dever a que se deixou arrastara mulher, a presumpcâo é que o acceitou como seu, perdoando a injuria soffrida. A ninguém, portanto, deve ser conferido o-direito de insultar a sua memoria, tentando fazer uma prova que elle recusou fazer. UVIaxi-me quando essa acção de contestação não tem limites no tempo, como acontece entre nós, é perigoso concedel-a aos herdeiros do marido que se suppõe ultrajado. Estes* só devem ter direito de contestar a legitimidade do filho daquelle a quem succedem, si a acção já fora iniciada em vida do suceedido (5), ou si o filho nas-

ria, estabelecem prazos curtos dentro dos quaes deve ser proposta a acção de contestação da paternidade. O código civil francez, art. 316.°, e o italiano, art. 166.°, estabelecem os prazos de dois mezes, si o marido se acha no logar do nascimento do filho; de 3 mezes após sua volta a esse logar, si se achar ausente; de 3 mezes depois do descobrimento da fraude, si o nascimento lhe fora oceulto. Morrendo o marido sem propor acção, mas antes de sua prescripção, terão os herdeiros dez mezes para fazel-a boa perante a justiça, a contar da epocha em que o filho suspeito entrar na posse dos bens do defuncto. O *Projecto* COELHO RODRIGUES (arts. 2:130.°-2:131.°), acceitou esses prazos, que noutros systemas jurídicos variam de extensão, como acontece no «odigo civil portuguez, art. 107.°, no argentino, 258.°, no zurichense, 651.°-652.°. (5) *Projecto,* art. 351.°

çeu depois de sua morte, fora do prazo legal ou mesmo dentro delle mas tendo havido no momento presumível da concepção algumas das impossibilidade* de concubito a que me tenho referido.

II — A primeira hypotbese que acaba de ser considerada, refere-se á contestação da paternidade. Também a maternidade pode ser posta em duvida. E' a isso que os franoezes 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 supposto (6), seja pelo pretenso filho que se arroga, perante a sociedade, um titulo a que não tem direito (7).

Esta contestação do estado pôde ser opposta por qualquer pessoa que possa ter interesse na apuração da verdade em attinencia a esse ponto, isto é, o pae, a mãe e os herdeiros de qualquer delles. Mas estes últimos só poderão propor a acção de contestação da legitimidade da filiação, na hypotbese agora considerada, como acção prejudicial para firmarem um di-

(6) Código penal, art. 285.° Simular gestação e. dar parto alheio por seu ; ou tendo realmente dado á luz filho vivo ou morto, sonegal-o ou substituil-o: pena de prisão cellular de seis mezes a dois annos.

(7) Usurpar o estado civil de outrem, fingindo parentesco... (cod. penal, art. 286.°) : pena de prisão cellular de um a quatro annos.

reito, como o de succesaão, o de alimentos, ou outro dependente da qualidade de parente (8).

III — Em terceiro logar, é possível contestar, Inào mais a paternidade nem a maternidade, porém a existência do casamento de onde resulte a legitimidade da união entre os pães da pessoa cuja qualidade de filho legitimo é negada. Como no caso antecedente,» a acção negatoria da legitimidade, neste ultimo aspecto, pôde ser proposta pelps herdeiros do pae ou da mãe do contestado, sempre como prejudicial, isto é, para a verificação do estado de família, quando este fôr a base de algum direito a cuja posse pretendam.

§ 66."

ACÇÃO DE FILIAÇÃO LEGITIMA — SUA PROVA

Á qualidade de filho legitimo prendem-se interesses moraes de alta valia, e direitos de vários matizes. Contestada ella por qualquer dos modos indicados no paragrapho anterior, ou simplesmente

(8) LAFAYBTTB, — *Direitos de família,* § 106.",| pag. 212 : «A outras quaesquer pessoas, a quem a acção alludida possa competir, como os herdeiros do pae ou da mãe, não é licito propôl-a, sinao com carácter prejudicial, isto é, como fundamento de outra que delia deriva, como é a petição de herança».

desconhecida, em momento que reclama sua clareza, fornece o direito os meios conducentes a firmal-a, seja por uma vindicaçào de estado, seja por uma defeza. Esses meios constituem a acção de filiação legitima.

Têm direito *de* recorrer a ella não só o filho, como os seus descendentes ou herdeiros, sem haver necessidade da distincção estabelecida por LAFAYETTE, fundado em .LOBÃO (l), da vindicaçào do estado por si exclusivamente, ou para o fim de fundamentar direitos successorios. Nosso direito é silencioso a este respeito e, pois, não é licito fazer essas distincções que não decorrem da própria natureza dos factos nem se impõem pelo accordo das legislações. O que vejo nas legislações modernas é a determinação de um prazo para dentro delle ser intentada a acção de filiação legitima (2) Mas como as acções relati-

(1) LÀFAYETTB, — *Op. cit.,* § 107.°

(2) Dizem o código francez, art. 328.°, o hespanhol, 118.°, o portuguez, 111.^{0}, e o italiano, 177.°: «a acção de reclamação do estado é imprescriptivel em relação ao filho.» «Esta acção só poderá ser intentada pelos descendentes do filho, si elle morrer menor ou demente, ou nos cinco annos depois de sua maioridade» código civil francez, art. 328.°, italiano, 178.°, hespa-nhol. 116.° O código civil portuguez, art. 112.°, em vez de cinco pede apenas quatro annos, e faz prescrever a acção de filiação também no espaço de quatro annos, contados do fallecimento do filho. O código argentino, art. 260.°, accrescenta que a acção de filiação

vas a determinação do estado familial das pessoas são impreseripti veis, também não é possível que adoptemos estas restriccões para o direito pátrio, 'sem o apoio de uma disposição expressa. Entretanto os direitos hereditários inherentes ao estado da pessoa extinguem-se por prescripçào.

Para defender a sua posição de filho legitimo contra os ataques daquelles que o pretendem desalojar delia, ou para obtel-a, e afastar os usurpadores de seus direitos, tem o individuo necessidade de provar que, na realidade, é o que aflirma, e não um simples intrujão.

Para que seja legitima a liliaçào, é preciso que haja nascimento depois de um casamento valido, putativo ou desfeito por annullação (3). Consequentemente, o primeiro facto a provar é a existência desse casamento (4).

Si, porém, a duvida não se refere ao matrimonio dos pães, e sim ao reconhecimento da pessoa, deverá ellà provar, segundo as necessidades impostas pela contestação ou pela situação: 1.°, por testemunhas, a sua identidade; 2.°, pelo termo de seu nascimento inseripto no registro publico, ou pelo

deve ser intentada contra o pae e a mãe conjuncta-mente, e, por fallecimento delles, contra seus herdeiros. Ver o *Projecto,* arts. 357.°-182.°, § 6.°, XII.

(3) *Vide* o § 64.°

(4) As provas do casamento foram indicadas no § 21.°

assento do baptismo no livro parochial, quaes são seus pães; 3.", que nasceu no prazo da presuinpção legal da paternidade.

Na falta de registro civil ou de assentos de baptismo, seja por extravios dos livros respectivos, seja por outro motivo, é admissível a prova da filiação legitima pela *posse de estado* (5). I «A posse de estado, diz o *projecto* do senador Coelho Rodrigues, art. 2:136.", de accordo com o código civil francez, art. 345.", e italiano, art. 172.", resulta de uma serie de factos que, no seu conjuncto, bastem para demonstrar as relações de filiação e paternidade entre um individuo e o chefe da família a que elle pretende pertencer>. Podem esses factos variar muito de aspecto, mas sobresãem alguns dentre elles por se reproduzirem mais frequentemente. São: 1.°, a *nommatio,* isto é, o uso constante do nome de família do pretendido pae; 2.", o *trataetus,* que é a situação resultante de ser o individuo creado, educado, tido e apresentado como filho legitimo, pelo pae e pela mãe; 3.°, a *reputatio,* que é a situação resultante de ser o individuo sempre considerado, na família e na sociedade, como filho

(5) LAFATETTB, — *Direitos de família,* § 108.° ; COELHO DA ROCHA, — *Instituições,* § 293."; código civil argentino, art. 263.°; francez, 321.°: italiano, 172.°; hespanhol, 116.°; portuguez, 114.°-115.° *Do Projecto* actual foi eliminada a *posse de estado.*

legitimo das pessoas de quem elle aflirma ser. Deve, porém, a posse de estado, para não ser inoperante, apresentar-se-nos sem interrupção e sem incongruência. E, por isso, ninguém será admittido a reclamar um estado contrario ao constante de seu termo de nascimento e ao de sua posse. Reciprocamente não merece acatamento a impugnação da legitimidade da filiação de uma pessoa que tem posse de estado em aocordo com o termo de seu nascimento (6).

Em falta de termo de nascimento, por não existir elle ou por ser defeituoso, e não podendo ser estabelecida a posse de estado, admittem os códigos modernos que haja recurso á prova por meio de testemunhas, mas somente «quando haja um começo de prova escripta ou quando as presumpções ou indícios, resultantes de factos já certos, pareçam bastante graves para determinarem a sua admissão» (7).

(6) Código civil francez, art. 322.°; italiano, 173.°; portuguez, 117.°; *Projecto* COELHO RODRIGUES, 2:137.° *Contra* — código uruguayano, 200.°

(7) Código civil francez, art. 323.°; italiano, 174.°,* portuguez, 116.°; argentino, 263.°; *Projecto* COELHO ,, RODRIGUES, 2:188.°; COELHO DA ROCHA,—*Instituições,* § 293.°; ZACHARIAE, 163.° ,p

I

§ 67."

FILIAÇÃO ILLEGITIMA

Filhos illegitimos são todos aquelles que procedem de união sexual a que o direito não presta seu reconhecimento. Si o pae ou a mãe, ao tempo da concepção ou do parto, se achava ligado por matrimonio com outrem, o filho se diz *adulterino* (1): si os progenitores são, entre si, parentes em grau tam próximo que não se poderiam validamente casar, o filho se denomina *incestuoso.* Estas duas subespécies, a dos adulterinos e a dos incestuosos, formam a espécie dos *bastardos* ou, antes, *espúrios.* Aquelles cujos' procreadores estavam em condição de realisar um matrimonio legal entre si, ao tempo da concepção ou do parto, por outros termos, aquelles que não forem adulterinos nem incestuosos, tomam o nome de *simplesmente naturaes* ou naturaes em espécie (2).

(1) Os filhos de cônjuges divorciados, havidos de outras pessoas, são entre nós adulterinos (JOÃO MONTEIRO,— *Applicaçõe.? do direito,* pag. 17. *Contra:* CARLOS DE CARVALHO, — *Direito civil,* art. 128.°, § 2.°

(2) Não ha mais, perante a lei, a filiação sacrílega; nem têm mais razão de ser as expressões deprimentes — de *punível e damnado coito,* de que usou a ord. 4, 93

0 direito antigo, depois que flrmou, em moldes rígidos, o f a niilismo e a regulamentação social das uniões de sexos, mostrou-se aggressivo contra os "bastardos e tolerou os ásperos maroiços que os preconceitos sobre elles desencadeiaram. Em Atlienas,' ao lillin natura] *fnothus),* excluído da família e da successão paterna, recusava até o direito de solicitar I alimentos, e o infeliz que via fecliarein-se-lhe as portas do lar, deparava a mesma repulsa por parte | do Estado que não lhe consentia o accesso das fun-cçôes publicas. Em Koma, o *stuprnt»,* o adultério o a união com uma *pellex* distinguiam-se do concubinato que, com a lei Júlia et Papia, obteve uma feição jurídica accentuada, e que era de uso geral ' em muitos casos em que a lei vedava o matrimonio, como entre as provincianas e os magistrados (das respectivas províncias, entre ingénuos e libertos (3). Os filhos nascidos de concubinato eram *na-turales,* podiam ser legitimados e tinham um direito hereditário,* embora limitado e condicional, em relação ao espolio paterno, e na vida social, não lhes trazia esse nascimento nenhuma difíiculdade, se aspirassem galgar os degraus da hierarchia judiciaria,

reproduzindo o direito romano *(nati ex damnato coitu rei nefariis nuptiis).*

(3) PADBLLBTTI, COGLIOLO, — *Storia dei dir. ro-\ mano,* pags. 486-487, nota g; BONFANTB,—*Diritto romano,* § 63.°

administrativa ou politica. Também aos *vulgo concepti,* em relação aos quaes a paternidade é desconhecida e como inexistente perante a lei, o direito romano não é desfavorável.

O mesmo, porém, se não poderá a ['limiar em relação aos adulterinos e incestuosos, a quem Justiniano denegara o direito de pedir alimentos aos pães. 0 direito canónico, nos primeiros momentos benévolo e tolerante, em breve começou a reagir contra o concubinato e contra os filhos naturaes, tanto dos clérigos quanto dos leigos, sobre os quaes atirou a macula de infâmia que tomara de empréstimo ao direito germânico, mas a que dera uma outra feição. Porém, para que o direito da egreja christã não fosse de todo constrictor da evolução jurídica, neste assumpto, apparece a legitimação por subsequente matrimonio, introduzida em Roma por Constantino. Durante a edade media, a indignidade da bastardia se enxerta em quasi todas as legislações, sob a influencia do direito germânico e do canónico. No regimen feudal, dominou a paremia canonico-germanica *semper qui nascitur deteriorem conditionem sumit,* que nos transmittiu o Decreto de Graciano, em contraposição ao benévolo adagio romano—*partus sequitur venirem,* que afinal veio novamente a conquistar a perdida preeminência.

0 direito moderno ainda mantém resquícios dessas idéas de injusto desconcerto com que se estigmatisam os bastardos. A illegitimidade é ainda também, para a consciência media da sociedade mo-

derna, um labéo afírontoso. Sente-se que ainda não se lhe afigura replastragem anachronica a sentença do velho jurista: — *Spurii et bastarei ex* ;wr *"commnne vilex et infantes.* Mas é outra, não obstante, a orientação que a conduz e a vae, em breve,) pojar em terreno mais livre do preconceitos. Na generalidade dos códigos civis, embora não subsistam os exageros de outrora, aferram-se ainda princípios que provocaram a revolta muitas vezes fremente do illustre CIMBALI (4). Mas já muito se tem feito em bem da lógica e da justiça, e legislador houve que sentiu necessidade de affirmar que a illegitimidade não prejudica á estimação civil (cod. civ. d'Austria, § 1(52."), e que elidiu toda distincção entre illegiti-mos, sejam adulterinos, incestuosos ou simplesmente naturaes.

(4) *Lá nuova fase dei diritto civile,* pag. 144 e segs. Stranu davvero la lógica de questa societá, e la giuatizia de questi legislatori ohe, con cinismo si sfac-ciato, capovolgono dei tutto i principii piú sacrí delPuma-na responsabilitá, facendo dei reo la vittima, delia vit-tima il reo condemnato a espiare inesorabilmente la pena di um delitto ohe non ha giammai consuraato : *paires nostri peccaverunt et nos peceata éorum portamus* (pag. 148). As mesmas idéas expnzeram ROSMINI, na *Filosofia dei diritto,* e LAUBENT, nos *Príncipes de droit civil.* Â convenç&o franceza declarara que os filhos naturaes e os legítimos tinham direitos eguaes *(Vide* RIVBT, — *La Recherclie de la paternii é,* pag. 184).

§ 68."

LEGITIMAÇÃO

Legitimação é o meio de tornar legítimos os filhos que não o são. 0 direito romano conheceu quatro modos de legitimação, a *oblação á cúria,* o *casamento subsequente,* o *rescripto (lo príncipe* e o *testamento,* todos vegetações recentes, que espontaram no mundo jurídico, depois do estabelecimento do império. O direito civil moderno, porém, com excepções raras (1), somente deixou subsistir o ma-

(1) Na Allemanha, além da legitimação *durch \naehfolgende Ehe d&r JErzeuger,* existiam a que resultava de um *rescripto* do príncipe e a que era concedida aos filhos de desposados *(Brautkinder).* Esta ultima espécie, que era consagrada pela praxe no direito commum, teve ingresso no código civil saxonio, § 1:578.°, e de alguma forma existiu no Landrecht prussiano até 1878. (ROTH, — *System,* II, pags. 285-289). Hoje o código civil somente reconhece duas espécies de legitimação : por subsequente matrimonio cujos effeitos são mais latos (arts. 1:719.°-1:722.°); e por declaração da aucto-ridade *(EhelichJceitserklarvng)* cujos effeitos são mais restrictos (arts. 1:723.°-1:740.°). Nos cantões suissos dos Grisões, de Vaud e de Zurioh, os filhos concebidos após esponsaes regulares adquirem o nome e a burgue-

trimonio subsequente dos progenitores, relegando OK outros para a classe dos reconhecimentos que não originam tam vastos direitos, quando não os deixou esquecidos entre as instituições mortas.

O effeito principal do casamento, formado segundo os requisitos legaes, é a constituição da família legitima. Esta legitimidade ennobrece as relações naturaes dos cônjuges entre si e se projecta sobre a prole, quer nasça após o casamento, quer lhe seja anterior. O direito, neste ultimo caso, remonta o curso da vida, apaga, expunge a nota de illegitimidade que nodoava os filhos, e finge suppor que o casamento se verificou antes da concepção.

Foi o imperador Constantino quem primeiro oflereceu aos pães esse meio de legitimarem sua descendência, procurando conseguir, assim, o casamento de muitos concubinarios. Não era, porém, na mente do imperador ehristão, mais do que uma[1] providencia transitória, que desappareceria em pouco si não contivesse um bom preceito de utilidade e lógica destinado a fructificar. Zenão, em 476, renova a constituição de Constantino; Anastácio generali-sa-a, sob a restricção de não haver o concubinario filhos legítimos procedentes de outra união ; Justiniano supprime essa restricção, dando ao instituto

zia do pae *(Vide* o cod. de Zurich, art. 686.°; doe Griaões, 84.°, 2." e lei federal de 24 de Dezembro de 1874). *.-

ti forma (liie foi transmittida ao direito HvTÍ moderno.

0 beneficio da legitimação resulta, por direito pátrio, de um casamento valido, putativo, ou mesmo desfeito por annullaçào, sem os requisitos exigidos para ser declarado putativo. Si, porém, o matrimonio fôr nnllo, 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 legal, salvo inter-| vindo a boa fé, em attenção á 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 á educação, aos alimentos, á herança, corno seja o dever de respeito e obediência, como seja o parentesco por consanguinidade e afiinidade. Nascem também dos pães 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 pães.

No ultimo estado do direito civil pátrio, depois de longas discussões sobre o modo de interpretar a ord. 2, 35, § 12.", nas palavras—**comtanto queesss filho fosse tal que, com direito, podesse ser legitimado por seguinte matrimonio»*—(2), haviam os

(2) *Vide* essa discussão em COELHO DA ROCHA,—*Instituições,* § 296.° e nota P; em TEIXEIRA DE FREI-

civilistas chegado á conclusão de que os filhos iricestuosos, os adulterinos e os sacrílegos não podiam receber o beneficio desse meio de legitimação, porque o casamento entre seus pães era impossível ao tempo da concepção.

0 dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 5(i.°, § 1.°, dá, como primeiro effeito do casamento, «constituir família legitima e legitimar os tilhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes, ao tempo do nascimento 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 podem validamente casar, também não podem elles gozar desse beneficio, a não ser que haja o casamento de ser declarado putativo. E nem aos adulterinos-recusa a lei essa concessão.

Quanto aos chamados *sacrílegos,* isto é, os nascidos de pessoas que estavam impossibilitadas de contrahir núpcias por força de investidura de or-j dens sacras maiores ou da entrada em religião ap-provada, não ha mais que dizer a respeito, a não ser que a espécie se extinguiu em nosso direito,

TAS,—*Consolidação,* notas 10 e 11 aos arts. 215.°-216.°; em OLIVEIRA FONSECA, — *Legitimação de filhos adulterinos,* Rio de Janeiro, 1902; e nos *Trabalhos* da Camará, vol. v, pags. 196-197 e 216-218.

-com a secularisação do casamento c separação entre a Egreja e o Estado.

A legitimação por casamento subsequente age por força da lei, e dispensa, no direito pátrio, qualquer acto expresso dos pães para produzir seus effei-tos. *Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunf geniti, post contractum matri-moniuin legitimi ha-■beantur.* Para evitar esse effeito, tem o marido o recurso de contestar a paternidade, ou no próprio acto do casamento ou posteriormente, pois que, em favor dos filhos de que agora se tracta, não existe a presumpção jurídica edictada em favor dos procriados após a celebração do matrimonio.

Não havendo contestação por parte do marido, o filho tem por si a posse de estado, que será inatacável pelos herdeiros daquelle, si este se achar premunido de um reconhecimento por escriptura publica, por declaração averbada no registro civil de seu nascimento ou do casamento de seus pães, ou por testamento.

Por direito francez (cod., art. 331."), os filhos nascidos fora do casamento, não provindos «de um •commercio incestuoso ou adulterino», podem ser legitimados pelo casamento subsequente de seus progenitores, comtanto que sejam reconhecidos legalmente antes do casamento ou no acto de sua celebração. Por onde se vê que o direito francez não faz operar a força legitimante do matrimonio com a plenitude ostentada no direito pátrio, pois que a condição do reconhecimento é necessária á sua efficacia. Mas

essa exigência não é tal que estorve a legitimação do filho fallecido que tenha deixado descendentes, sendo para beneficiar a estes (cod., art. 332.**).

O código civil portuguez (art. 119.°) também estatuo a necessidade do reconhecimento para que o-j casamento opere a legitimação dos filhos nascidos antes delle; mas, desenvolvendo o principio, admitte o reconhecimento posterior ao matrimonio, quer provenha de escriptura publica quer de testamento, e-| concede aos filhos o direito de provar sua filiação por meio de acção e sentença judicial. A legitimação aproveita aos descendentes dos filhos, si estes já não existirem, como também se admitte entre nós, | segundo a doutrina dos civilistas (3).

Na Àllemanha havia, antes da unificação do direito civil, uma grande variedade de formas neste instituto. Em uns paizes do império germânico, a legitimação pelo casamento dos progenitores abrangia todas as espécies de filhos cujos pães se pudessem casar, inclusive os adulterinos reconhecidos; em Sleswig-Holstein, somente os rústicos se acobertavam sob a largueza desse beneficio; segundo o-*Landrecht* bavaro, tal legitimação não aproveitava

(3) COELHO DA ROCHA, *Imtiiuição**, § 296.°; LAFAYETTE, — *Dir.itts de família,* § 110.°; BORGES CARNEIRO, § 203.°, n.° 10. «A legitimação prevalece ainda que tivesse intermeiado casamento com outra, pessoa».

si não aos *liberi naturales:* em outras regiões, dominava o direito francez.

A legitimação dava-se do pleno direito, em geral', somente na Baviera se fazia necessário o assentimento do filho, o qual, entretanto, se presumia emquanto não havia manifestação em contrario. Aos descendentes dos filhos fallecidos antes do casamento de seus procreadores, também beneficiava a legitimação, segundo é principio geralmente acceito (4). Estes últimos princípios passaram para o código civil (arts. 1:719."-1:722.°). O casamento é o requisito único para que se dê a legitimação. 0 consentimento do filho é dispensável» 0 legitimado está equiparado ao legitimo. Os effeitos da legitimação estendem-se aos descendentes do legitimado, mesmo quando este tiver fallecido antes do casamento de "Seus pães.

Não sendo possível a legitimação por casamento subsequente, é possível a legitimação por disposição da auctoridade (arts. 1:723.°-1:740.°) cujos effeitos são mais restrictos.

Na Suissa, o principio da legitimação por casamento subsequente passou a fazer parte do direito federal, pela lei de 24 de Dezembro de 1874 (artigo 25."), Em alguns cantões, ha também a legiti-

(4) Código austríaco, § 161." ; de Zurich, 708." ; do Chile, 213; italiano, 196.°; argentino, 316."; hollan-dez, 334.°; uruguayno, 206.°

mação por sentença juridica, quando a mãe já é fallecida (eod. de Zurich, art. 709."), e a legitimação] em favor dos que já foram gerados sob a fé de es-j ponsaes validos, porém cujos progenitores se não puderam casar, por ter um delles morrido.

Na Itália (eod., art. 194." e segs.), a legitimação por casamento posterior não aproveita, como no di • reito francez, os filhos adulterinos nem os incestuosos, e submette-se aos mesmos princípios consagrados no código Napoleão, salvo quanto a ser possível o reconhecimento posterior ao matrimonio. 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 si o progenitor requerente da legitimação está vinculado por casamento, o consentimento de seu consorte deve ser provado (5).

0 direito russo até 1891 desconhecia tanto a legitimação por casamento ulterior quanto a resultante de um decreto imperial, pois que esta ultima espécie, depois de largamente posta em effectividade

(ò) No *Projecto* do senador COELHO RODRIGUES, art. 2:161.°, apparece a legitimação por sentença mediante as seguintes condições : «1.°, que o pedido seja feito pelos próprios pae e mãe, ou por um delles ; 2.ª, que o supplicante se ache, então, em estado de não poder legitimar o filho por subsequente matrimonio*. Além disso, no art. 2:162.°, ainda se contempla a legitimação por effeito de disposição testamentária.

por Alexandre I, foi eliminada pelo ukase de 29 de Julho de 1829. Cumpre, entretanto, notar que os camponezes, os rústicos, submettidos a seus costumes locaes, reconheciam a eflicacia do casamento para legitimar a família, mesmo retroagindo a um tempo anterior á sua celebração. Mas foi a lei de 1891, que extendeu a todas as classes da população russa o beneficio da legitimação por casamento subsequente, excluindo somente os adulterinos. 0 casamento é. entretanto, uma força inoperante para o effeito de legitimar os filhos concebidos antes delle, si os cônjuges não reclamam do poder judiciário uma sentença declaratória dessa consequência (li).

A legislação argentina também conhece, exclusivamente, a legitimação por ulterior casamento, e mediante a condição do reconhecimento prévio, concomitante com a celebração do matrimonio ou até dois mezes depois delia (cod., arts. 311.° a 323.°).

A legislação chilena toma bem claro: 1.", que o casamento putativo não basta para legitimar os filhos antes delle concebidos (cod., art. 203.°); 2.", que os filhos de parentes afnns em linha recta ainda que lhes seja facultado o casamento pela auctoridade ecclesiastica, não poderão ser legitimados, porque a

(6) *Vide* LEHR,—*De la legitimàtion et de Vadoption d'après les nouvelles lois russes, de 1891, Clunet,* 1891, pag. 518 e segs.; *Annuaire de legislativa étranffère,* 1891, pag. 822.

lei civil não reconhece **a** validade de um **tal** cõnsÕr-l cio (art. 203."); 3.", que os adulterinos também estão excluídos da possibilidade dessa legitimação, ainda que possam allegar boa fé dos pães, que adultera-l ram por ignorância do estado de um delles, ou por supporem insubsistente um matrimonio valido (artigo 2()õ.°). O matrimonio legitima, *ipso jure,* os filhos anteriormente concebidos, mas vindos á luz após a celebração, eomtanto 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 escriptura publica outorgado na epocha da celebração ou até um mez depois (art. 208.°).

Na União norte-americana, encontra-se a legitimação por subsequente matrimonio, ao menos em alguns Estados (7), apezar da influencia adversa da lei ingleza. Algumas" vezes lambem as legislaturas estaduaes conferem decretos de legitimação, á similhança do que fazem os soberanos em outros paizen.

Na Inglaterra, são pouco frequentes e de effeitos limitados os actos do parlamento, considerando

(7) Massacliusetts, Kentuky,- Luiziania, por exemplo. *Vide* WilARTON,—*International priv. law,* § 242.° o segg. WALKER, — *American Uno,* § 107.°, expõe o assumpto da legitimação como geralmente introduzido no direito americano, sendo apenas necessário que os pães reconheçam como seus os filhos anteriores e nada importando que o casamento seja depois anuullado.

legitimo um bastardo, um *fiMus nullius,* como o considera a lei do paiz, e a legitimação *by subse-qnent mariage* dos pães do illegitimo, ainda não si acclimatou de modo algum. Todos os esforços nessa direcção têm sido baldados, bem que a Escossia reconheça e mantenha essa instituição (8).

§ 69."

RECONHECIMENTO DOS FH.HOS NATIÍRAES
PERFILHAÇÃO SOLEMNE

A maternidade, mesmo para os filhos naturaes, é habitualmente manifesta. Os casos duvidosos são raros, resultando quasi sempre da occultação de um fructo de commercio illicito cuja existência se procura, a todo transe, rebuçar; do abandono de um ser que a imprevidência da paixão evocou do nada, mas deante de cujo apparecimento se apavorou a pu-silanimidade ou a desídia dos progenitores; de um rapto, de um desapparecimento ou de outro facto similhante. Dessa circumstancia resulta que poucas

(8) Dessa divergência entre a lei ingleza e a escosseza têm resultado conflictos legaes não despidos de interesse para o jurista. *Vide* WHARTON, — *Op. tit.*$_f$ pag. 242 e nota 2.

ppportimidades se apresentarão ás mães para reconhecerem seus li Ih os i ilegítimos. Appárecendo, porém, nada impede a que o façam usando, para esse eíTeito, dos meios legaes: testamento, escriptura publica, outro documento authentico, 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 efleito, além de evitar a con-sum mação de um incesto (dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 8.").

Quanto ao filho, para garantia de seus direitos, concede a lei que seja aceeita a sua qualidade por simples notoriedade, não sendo necessárias provas nem titulos de reconhecimento (2). Mas, não havendo notoriedade ou surgindo alguma contestação, lhe são facultados os seguintes meios para provar a sua filiação materna: 1.°, a inscripção do nascimento no registro civil ou n# livro parochial, onde se tomam os ^assentos de baptismo, ou ainda nos livros próprios das religiões dissidentes; 2.°, a posse do es-

(1) O *Projecto,* art». 361.°-374.°, regula o reconhecimento dos filhos legítimos, sem distinguir entre o reconhecimento do pae e o da mãe, salvo quando ai filiação materna resultar do termo do nascimento, porque, então, somente poderá ser contestada provandose a falsidade do termo ou de suas declarações (artigo 362.°).

(2) Av. de 17 de Dezembro de 1853.

^ado; 3.°, o depoimento de testemunhas; 4.", quaesquer provas admittidas em direito (3).

Quanto á determinação da paternidade illegitipa, a lei pátria fal-a depender, normalmente, da espontaneidade do pae. Para a eomprehensão do que a respeito dispõe nosso direito, cumpre fazer algumas distincções.

Em primeiro logar, distinga-se o *reconhecimento* paterno da *prefilhação solemne.*

0 reconhecimento *é um acto privado, que pôde revestir a forma autheniica, pelo qual o pae espontaneamente affirma a sua qualidade de procreador de uma determinada pessoa.* Pôde o reconhecimento resultar: 1.", de uma escriptura publica; 2.", de um testamento valido, seja embora nuncapativo, ou

(3) Cit. av.; prov. de 23 de Fevereiro de 1848 ; dec. de 17 de Abril de 1863; LAFAYETTE,— *Direito de. família,* § 121.° ; *Consolidação das lei* civis,* por TEIXEIRA DE FREITAS, arts. 214.°-963.° ; BORGES CARNEIRO, § 180.°, n.os 10-11. Os filhos naluraes independentemente de reconhecimento expresso, desde que a sua filiação esteja baseada na certidão de baptismo, podem concorrer á successão materna com os filhos legítimos (prov. de 23 de Fevereiro de 1848). Quando, porém, os macula a nota de espuridade, isto é, quando são adulterinos ou incestuosos, succedem aos parentes maternos, mas não succedem ás mães, salvo o adulte-rino oriundo de mulher solteira com homem casado, cujo direito á successão materna é inconcusso (ord. 4, 93; C. DA ROCHA, § 340.°).

de um codicillo; 3.", do termo do nascimento ou de outro documento authentico, em que se consigne a iliação; 4.°, da confissão espontânea (4).

As duas primeiras formas de reconhecimento, a eseriptura publica e o testamento, applicadas aos filhos naturaes em espécie, conferem-lhes direitos successorios, com exclusão dos ascendentes e collateraes *(Consolidação das leis civis,* arte. 9(50.", § 1.", o 961."). E o reconhecimento por eseriptura publica, sendo anterior ao casamento, habilita o filho natural a concorrer com os legítimos que procederem dessa união legal (5).

(4) Decs. do 2 de Setembro de 1817, e de 24 de Janeiro de 1890, arte. 7.°-8.° *Projecto,* art. 363.°; *o reenh-aim nto voluntário* do filho iIlegítimo pôde ser feito no termo do *nascimento, on por instrumento publico cu t s!am^e^nto.* Os arte. 370.°-373.° ad mi item o reconhecimento forçado.

(5) < O reconhecimento do pae, feito por eseriptura publica, antes do seu casamento, é indispensável para que qualquer filho natural possa ter parte na herança paterna, concorrendo com filhos legítimos do mesmo pae» (dec. de 2 de Setembro de 1847, art. 2.° «A prova de filiação natural, nos outros casos, só se poderá fazer por um dos seguintes meios: eseriptura publica ou testamento (cit. dec, art. 3.°). O dec. de 24 de Janeiro de 1890, ampliou os meios de provar a filiação illegitima porém não lhes attríbuiu direitos suc-cessorios».

Os naturaes reconhecidos por eseriptura publica

As outras formas de reconhecimento não originam direitos successorios, mas conferem, conjuncta-mente com estas a que acabo de me referir, o de pedir alimentos, por isso que estabelecem o parentesco; submettem o reconhecido ao dever de reverencia, obrigando-o, segundo o dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 18.", a impetrar ao pae permissão para contrahir casamento, exigindo que elle solicite, ao juiz da causa, licença para citar o pae (ord. 3, 9, §§ l.°-2."), e, emfim, collocando-o em situação de filho, com direitos restrictos e isempto da acção do pátrio poder. Si, porém, o pae reoonhecente não quizer mais do que affirmar a existência de parentesco para fundamentar um impedimento matrimonial, «poderá fazel-o em segredo de justiça, por termo lavrado pelo official do registro, perante duas testemunhas e em presença do juiz que, no caso de recurso, procederá de accordo com o § 5.° da lei de (> de Outubro de 1784, na parte que lhe fôr applica-vel* (dec. de 24 de Janeiro de 1894, art. 8."). I

Si actualmente, *ex vi* do dec. de 24 de Janeiro de 1890, ha tam variados modos de reconhecimentos, é certo egualmente que não produzem elles os mesmos effeitos, como já foi observado, nem se appli-

---

ou testamento, succedem aos parentes pelo lado paterno. Os filhos naturaes successiveis podem ser desbordados nos casos em que egualmente o podem os legítimos (ord. 4, 88).

cam indistinctamente a qualquer ordem de filhos illegitimos. Os reconhecimentos por escriptura publica e testamento, que produzem direitos mais extensos e até certo ponto equiparam os filhos nascidos *extra matrimoniam* e os procedentes de justas núpcias, applicam-se particularmente aos naturaes em espécie, isto é, oriundos *ex soluto et soluta.* As outras formas de reconhecimento referem-se indistinctamente a qualquer categoria de illegitimos (6). Não determinando a lei, particularmente, em que epocha deve ser realisado o reconhecimento, entende-se implicitamente concedido que elle possa veriíicar-se a qualquer tempo, seja durante a vida do lilho, seja após sua morte em proveito da sua prole, seja mesmo antes de nascer, já estando concebi-[1]

(6) T. DE FREITAS,— *Consolidação,* art. 212." e notas; LAFAYETTE, — *Direitos de família,* § 126.°

O meu pensamento não foi comprehendido pelo illustre dr. ESTAQTJIO SEIXAS, em *Dissertação* publica na Bahia, em 1896. Quero dizer que o reconhecimento por escriptura ou testamento, recahindo sobre filhos espúrios, tem o mesmo enfeito que o reconhecimento resultante de qualquer facto ou documento hábil. Dão todas as formas de reconhecimento voluntário ou forçado direito aos alimentos. Somente a escriptura publica e o testamento podem dar direitos succes-sonos, quando se refiram a filhos naturaes *in spe-\ cie.* Portanto constituem formas especiaes de reconhecimento.

do (7). A condição do tempo só importa para, no caso do reconhecimento por escriptura publica, dar direito successorio em concorrência com filhos legítimos.

0 reconhecimento pôde ser impugnado sob o fundamento da incapacidade do pae reconhecente; da inobservância de formalidades essenciaes, no acto do reconhecimento; e da inveracidade da affirmacão da paternidade.

A impugnação pôde ser opposta pelo próprio filho reconhecido, cujo assentimento prévio, aliás, não é exigido', pelos descendentes, ascendentes e collateraes do reconhecedor, porque são economiza e moralmente interessados; pelo próprio pae, principalmente, si, melhor informado, reconhece não

(7) O dec. de 24 de Janeiro ampliou os meios re-cognicitivos da paternidade, mas não lhe adjectivou as vantagens attribuidas aos dois modos especiaes do dec. de 2 de Setembro de 1847 ; 1.°, porque aquelle decreto não legislou particularmente sobre direitos succes-sorios; 2.°, 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 rendo á auctorídade dos drs. CARLOS DE CARVALHO *(Dir. civil,* art. 1:773.°), e COELHO RODRIGUES *(Jornal do Commercio,* Agosto de 1898), que sustentam doutrina, sem duvida mais liberal, porém incontestavelmente menos jurídica.

existir o vinculo de paternidade que anteriormente suppunha inconcusso; emfim, por todas as pessoas que tenham interesse legitimo na contestação (8).

Quando o reconhecimento é confirmado por carta expedida pelo juiz competente (9), toma o nome de *perfilhação solemne,* cujos effeitos não vão além dos conferidos pelo simples reconhecimento. Por isso alguns civilistas pátrios, com plausíveis fundamentos, dizem que ella é hoje uma verdadeira inutilidade. Subsiste como o vestígio de um instituto atrophiado, a legitimação *per rescripíum prin-\ cipis* do direito romano e do antigo direito portu-guez, mas perdidos os vastos effeitos que lhe eram outr'ora adjectivados. Nem é mister que novos dispositivos lhe venham insufflar alentos de vida, pois que o reconhecimento goza de toda a efficacia independentemente delia, maiormente hoje que não pôde haver questão sobre a transmissão de *honras* de pães a filhos em consequência de perfilhação solem ne. **••«

---

(8) LAFAYKTTB,—*Direitos de família,* § 124.° O reconhecimento valido não *é* revogável, nem mesmo o que se firma em testamento, porque o testamento só produz effeifco depois da morte do testador (T. DE FREITAS, — *Consolidação,* nota 7, arfe, 212.°) ; porém aqui se trácia da nollidade.

(9) Pela lei de 22 de Setembro de 1828, o dec. de lo de Março de 1842, art. 2.°, § 5.°, o juiz competente era o municipal (art. 2.°, § L°).

Conhecidas as linhas geraes do direito pátrio em relação ao assumpto desle paragrapho, exporei, em phrases ligeiras, a summa das legislações extra-nhas, segundo o rnethodo adoptado neste livro.

0 direito francez (cod., arts. 334.^{0}-339.°), aecei-ta: 1.", o reconhecimento feito no acto de nascimento, perante o offieial do registro civil; 2.°, o feito por acto authentico, eseriptura, testamento publico, ou termo de celebração de casamento. 0 reconhecimento, pprém, não poderá aproveitar aos incestuosos nem aos aldulterinos. O efleito do reconhecimento, no direito francez, é mais restricto do que no pátrio, pois que os direitos successorios do filho reconhecido nunca lhe permittem concorrer á herança com direitos eguaes aos dos legítimos (10). Em compensação, a legislação franceza, velando melhor pela sorte do reconhecido, emquanto subsiste o pae, submette-o á sua tutela (11). Os lilhos adulterinos

(10) O código civil francez, arr. 757.", concede ao filho natural reconhecido um terço da porção hereditária que teria ai fosse legitimado, quando concorre com quaesquer descendentes legítimos, e a metade^ quando concorre somente com ascendentes e collate-raes. Não havendo parentes successiveis, extender-se-á seu direito á totalidade da herança (art. 7õ8.°). Não havendo reconhecimento, õs filhos não são herdeiros nem de seus pães, nem mesmo de suas mães (art. 75(5.°).

(11) Código civil francez, arts. 583.°-584.°; italiano, 166.°-186.^{u} ; portuguez, 1<>6.°-Iti7.°; chileno, 276."-279.°; argentino, 227.° e segs.

e incestuosos, que não podem ser reconhecidos,] têm, comtudo, direito aos alimentos (art. 762."). Mas, como observam os civilistas, o exercício desse direito é quasi impossível, porque os espúrios só poderão fazei-o valer, nos casos em que a filiação é estabelecida por determinação legal, independentemente de reconhecimento. Esses casos são os seguintes: 1.", quando o marido nega que seja pae de um filho de sua mulher, concebido na constância do matrimonio, pois neste caso, em virtude do julgamento estatuindo a veracidade da ai legação do marido, fica estabelecida a filiação adulterina em relação á mulher; 2.", quando o casamento é declarado imllo (12).

I O código civil portuguez (art. 122.") também' não admitte o reconhecimento dos filhos adulterinos e incestuosos. Aos outros iIlegítimos concede esse favor, podendo a perfilhação ser feita por ambos os pães, de commum accordo, ou por qualquer delles separadamente, «comtanto que seja no registro do nascimento, escriptura, testamento ou auto publico» (art. 123.°). Para a perfilhação do filho natural maior, torna-se necessário seu consentimento (art. 126.°) e o perfilhado em menoridade poderá impugnar a perfilhação dentro dos quatro annos immediatos á sua

(12) Sobre o assumpto do reconhecimento e dos direitos dos filhos illegitimos, o código italiano pautou-se pelo franeez.

■emancipação ou maioridade (art. 127."). São effeitos da perfilhação: o direito ao nome do progenitor, aos alimentos e á herança. Esta será total, si o reconhecido não concorrer com descendentes legítimos. No caso de concorrência, si a perfilhação fôr anterior ao casamento, a porção hereditária do perfilhado será egual á do filho legitimo menos um terço; si a perfilhação se der depois do casamento, a quota do perfilhado sahirá da terça disponível, e não poderá exceder á do legitimo, diminuída de um terço (artigos 1:989.°, 1:992." e 1:785.°). Os filhos espúrios, embora não possam ser perfilhados, podem, com-tudo, exigir alimentos de seus pães (art. 134.°), si a paternidade ou maternidade se achar provada em processo civil ou criminal, ou nos casos em que é permittida a investigação da paternidade ou maternidade espúria, isto é, nos casos de estupro violento e rapto, coincidindo a epocha do nascimento, com o termo legal da gravidez, a contar da epocha em que se deu o facto criminoso (arts. 136.°—130.°, |$ 3.°).

A legislação argentina, que admitte a investigação da paternidade dos filhos naturaes, que lhes assegura direitos hereditários, revelando-se assim desprovida de preconceitos, não obstante, não quiz extender todas essas vantagens á classe dos espúrios. Estes, si forem espontaneamente reconhecidos por seus pães, terão direito aos alimentos até á edade de dezoito annos, mas não succederão a nenhum de seus progenitores, nem aos pães nem ás mães, por-

que, perante a lei, *no ticnen padre o ma-Ire ni parir n tos algunos por parte de padre o madre* (cod. civil, arts. 838.°-344.°). AfiSrmacão idêntica se faz no código civil uruguayano, art. 222.°, o qual só acceita o reconhecimento de filhos naturaes *in spe*-c«e, e quando firmado em escriptura'publica ou testamento (art 209.°).

0 código civil chileno considera o reconhecimento como acto voluntário do pae ou mãe, porém admitte egualmente a demanda do filho não reconhecido, para pedir alimentos. 0 reconhecimento espontâneo poderá ser feito por escriptura publica ou por testamento, e não abrangerá os espúrios (artigos 270.°-292.°).

0 código civil hespanhol coage o pae natural ao reconhecimento do filho: 1.°, quando existe um escripto emanado do pae no qual o reconhecimento é feito expressamente; 2.°, quando o filho se acha na posse do estado de filho natural; 3.°, no caso de estupro, attentado e rapto. A mãe é obrigada ao reconhecimento nas mesmas circumstancias, e mais quando se provem peremptoriamente o parto e a identidade do filho (cod. civ., arts. 135."-139.[u]).

§ 70."»

A INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE PERANTE OS PRINCÍPIOS E A LEI

Ádmittiam alguns de nossos civilistas que, para b efleito da consecução de alimentos, pudesse a paternidade illegitima, quer meramente natural quer espúria, ser provado por todos os meios jurídicos ainda que fossem simples indícios ou conjecturas graves capazes de convencer o juiz (1). Contra uma tal opinião levantava-se a auctoridade de TEIXEIRA DE FREITAS (2), que só reconhecia como provas legaes da paternidade: 1.% a escriptura publica e o testamento, as quaes se referiam exclusivamente aos filhos naturaes; 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 nullo.

A opinião restrictiva de TEIXEIRA DE FREITAS não se manteve hermeticamente fechada a todas as concessões como bem o prova o art. 45.°, § 5.° do

(1)0. DA ROCHA, — *Instituições,* § 300.°; LAFAtETTB,—*Direitos de família,* § 126.°; PERDIGÃO MALHEIROS, — *Commentarios,* pag. 15; JoAo MONTEIRO, — *Direito das acções,* n.° 33, nota 129.

(2) *Consolidação das leis civis,* art. 212.° e nota.

reg. de 17 de Abril de 1863, obra sua, declarando o registro do nascimento, a cargo dos escrivães do juiz de paz, titulo hábil para determinar o vinculo da paternidade natural confessada no acto do registro. Também a opinião ampliativa de LAFAYETTE não avassalava os espíritos.

Com o dec. de 24 de Janeiro de 1890, arts. 7,,° e 8.", novas modificações foram introduzidas nesta matéria, e o ponto de litigio se esclareceu. Realmente, dizendo o art. 7.° do citado decreto que a «filiação natural paterna pôde provar-se ou por confissão espontânea ou pelo reconhecimento do filho; facultando que esse reconhecimento seja feito em escriptura publica, no acto do nascimento ou em outro documento *offerecido* pelo pae; e permittindo que este (art. 8.°) restrinja os effeitos de sua confissão espontânea A simples determinação de um impedimento matrimonial; é claro que deixou incontrastavelmente firmada a doutrina de que o reconhecimento depende da vontade do pae e que podem ser reconhecidos quaesquer filhos illegitimos, sejam simplesmente naturaes sejam espúrios.

E' certo que, algumas vezes, resulta a determinação da paternidade de um facto jurídico independente da vontade paterna, como já o tinha reconhecido TEIXEIRA' DE FREITAS. Assim acontecerá, quando o casamento fôr declarado nullo, por ser contraindo com infracção dos §§ 1 ° a 4.°, art. 7.° do dec. de 24 de Janeiro de 1890, sem que haja attenuação do rigor da lei por motivo de boa fé dos cônjuges. 0 ca-

samento não produz effeitos, nem entre os cônjuges nem entre estes e os filhos, mas o vinculo natural da filiação está manifesto. Assim acontecerá também, quando de uma acção de contestação da legitimidade do filho resultar a evidencia da paternidade natural.

Mas, si não é possível recusar, para os effeitos de alimentos e impedimentos matrimoniaes, a força imperativa dessas provas judiciaes indirectas, não é menos certo que ellas não infirmam o principio da espontaneidade do reconhecimento, e portanto da inadmissibilidade legal da investigação da paternidade natural. Ainda mesmo que, em algumas hypotheses, a filiação se manifeste evidentemente, e se firme judicialmente, sem influxo da vontade do pae, é inconcusso que o nosso direito não auctorisa a investigação da paternidade illegitima.

A legislação franceza (cod., arts. 339.^{u}-340.°), a italiana (cod., art. 189.*'), a hollandeza, a belga, a chilena (cod., art. 280.°), a boliviana, a uruguayana (cod., art. 218.°), interdizem a investigação da paternidade illegitima, salvo o caso de rapto, diz o código civil francez, e de estupro, accrescentam o italiano e o uruguayano, quando a epocha da concepção coincidir com a desses crimes; as duas primeiras levam o seu rigor ao ponto de prohibirem o reconhecimento espontâneo dos filhos adulterinos e incestuosos; mas a chilena consente na demanda para obtenção de alimentos, com certas reservas.

Diversa orientação dominou os legisladores de muitos outros paizes.

O código civil portuguez tolera a investigação; da paternidade illegitima nos casos seguintes (artigo 130.°): l.°, existindo escripto do pae, em que expressamente declare a sua paternidade; 2.°, achando-se o filho em posse do estado respectivo; 3.°, havendo estupro ou rapto, e coincidindo a epocha da concepção com a do facto criminoso. Não se podem, porém, aproveitar dessas concessões legaes os filhos espúrios, aos quaes se permitte que exijam alimentos de seus progenitores, «si o facto da paternidade ou maternidade se achar provado em processo civil ou criminal, controvertido entre seus pães ou outras partes, ou no caso de estupro ou rapto judicialmente provado, quando se der a coincidência entre a concepção e algum desses actos delictuosos (arts. 135.°-136.°).

Na Inglaterra, admitte-se a pesquiza para a determinação da paternidade, mas porque o filho illegitimo não goza de direito successorio em relação a seu pae, é a<máe quem sempre intenta a acção para forçar o pae a ajudal-a na sustentação do filho. Provada a cohabitação, e não podendo o supposto pae abroquelar-se com a excepção *plurium construpatornm,* será condemnado a pagar 5 shillings por semana, até que o filho tenha treze ou dezeseis annos (3).

(3) GUSTAVE RIVET, — *La recherche di la paternité,* 3." ed., pag. 282.

Na Áustria, o § 163." do código civil diz, em termos peremptórios: «Presume-se pae dos filhos aquelle que, segundo o modo estabelecido pelas leis sobre o processo, é convencido de ter cohabitado com a mãe do mesmo, durante os sete mezes, no mínimo, que precederem o parto...» «Também presume-se pae o que confessa um tal facto, mesmo fora da justiça.»

0 código civil allemão concede a. investigação da paternidade, para os effeitos de obrigar o pae a prestar alimentos ao filho (arts. 1:717.°—1:718.°).

Mas si, entre o filho illegitimo e a mãe, as relações jurídicas são as mesmas que existem quando o filho procede de justas núpcias (art. 1:705."), em frente ao pae elle é um como que extranho (artigo 1:589.°).

0 código hespanhol admitte a investigação da paternidade, facultando ao filho natural accionar o supposto pae em certos casos. Mesmo aos illegitimos que não se acham nas condições de naturaes, é permittido provar a paternidade em dadas hypotheses, como já ficou affirmado no final do paragrapho anterior.

0 código da Luiziana não distingue entre filhos naturaes e adulterinos, a ambas as classes sendo permittida a investigação da paternidade.

O código civil da Argentina attribue francamente, aos filhos naturaes, o direito de reclamarem de seus progenitores que os reconheçam, admittindo-se, na investigação da paternidade ou materni-

dade, todas as provas conducentes a esse fira. Não havendo posse de estado, esse direito só pode ser exercido emquanto viverem os procreadores (art. 325."). •Porém essas regalias são injustamente recusadas aos filhos adulterinos, incestuosos e sacrílegos, aos quaes é interdicta toda indagação sobre a respectiva paternidade ou maternidade; e, sendo voluntariamente reconhecidos por seus pães, só podem pedir-lhes alimentos até á edade de dezoito annos (arts. 338.° e 344.°).

Como resulta da rápida resenha que acaba de ser feita, maior é o numero das legislações que auetorisam a coacção ao reconhecimento dos filhos naturaes do que o daquellas que a condemnam; e, mesmo nos paizes de interdicção, não são raras nem demeritorias 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

(4) Na França, têm sido muitas vezes apresentadas ao parlamento proposições com essa feição. BE-RENGER, BELOASTEL, FoiíCHER DE OARCIL, DUPRÉ LATOUR e principalmente GUSTAVE RIVET, têm-se batido valentemente para que a justiça entre nestes domínios. Na Bélgica, temos o valioso esforço de LATJRENT, que, no seu *Avont-project,* acceita o principio de investigação da paternidade.

condemnam, dá occasião de se ferirem pleitos imino-raes e escandalosos, que fazem estremecer e va ciliar a base mesma em que assenta a organisaçào da família. Mas esse próprio escândalo se offerece na pesquiza da maternidade, respondem outros, quando, com a quebra do recato e do decoro que é a atmos-phera dentro da qual vivem as famílias, se verificar ser a mãe natural uma senhora casada, que tendo um desvio na quadra descuidosa da juventude, occul-tára as consequências de seu mau passo, e conseguira casar-se vivendo honestamente, sendo reputada immaculadamente virtuosa e honrada por seu marido, pelos novos filhos e pela sociedade (õ). Portanto não é sufficiente, não convence o argumento dos pleitos immoraes e escandalosos para motivar a prohibição 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 induvidosa. Portanto é licito affrontar o escândalo, quando, através delle, se tem a convicção de empolgar a verdade. Ao contrario, a paternidade não se manifesta com a mesma intensidade de certeza, e, muitas vezes, uma

(5) Attcndendo a isso logicamente prohibe o código civil do Uruguay que se investigue a maternidade «quando se tractar de attribuir o filho a uma senhora casada», ainda que não seja elle prodncto de ívlações adulterinas íart. 219.°).

contenda judiciaria sob esse motivo não passa de uma indecorosa exploração quando meras apparen-cias fortuitas podem illudir o julgamento; e outras, .ainda, uma vil *cfuintagc* assume, aos olhos dos sentimentalistas, as proporções de um cruciante e injusto martyrio imposto á boa fé ingénua de **uma** incauta rapariga, que não w poude arrancarem tempo das garras de açor de um D. Juan qualquer. Essas ponderações, incontestavelmente valiosas, suo, geralmente, contradictadas por um argumento conciliador: não se faculte a investigação da paternidade, sinào naquellee casos em **que** ella se imponha pelo império mesmo das provas 14548760 taxativamente indicadas por lei.

Ainda, em desfavor da investigação da paternidade, invocam alguns escriptores o apoio da estatística. Segundo MAYH, citado por TARDE (ti), a França, interdizendo a indagação da paternidade, não tem mais do que sete ou oito nascimentos illegítimos, emquanto **que** a Baviera, por exemplo, que a faculta, conta vinte e dois ou ainda mais; donde conclue o egrégio criminologista francez que a dilTerença re- I salta, em grande parte, do artigo do código civil de um paiz em que aquelln indagação é prohibída, por-

(6) *La philosophie pdnale,* pag. 4(59. Cumpre, todavia, notnr que a progressão tem augmentado na França de modo sensível. De 6,96 nascimentos ille-gitimos sobre 100, de 1815-1830, elevon-se a proporção a 8,07, no período de 1872-1900 (ROL, — *Évolu-tion du divorce,* pag. 463).

que, «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 impellida a atirar-se aos braços delle, retem-se um numero considerável de vezes no pendor do desejo, quando sabe que, no caso de abandono por parte de seu amante, ella não tem o direito de fazel-o partilhar as consequências possiveis de seu amor». Pôde ser que não seja falsa essa observação, tem claramente uma certa dose de exactidão; mas a estatística dir-nos-ia cousa diversa, si, em vez da Baviera, fosse a Inglaterra o nosso ponto de confronto, bem que ahi a condição do bastardo seja penosa.

Não quero tornar interminável esta discussão. Recordando os mais valiosos argumentos de um e de outro lado, não visei a outro objectivo, sinão indicar que ha interesses respeitáveis a considerar por quem pretenda offerecer uma solução a este litigio, o que quasi importa dizer que as opiniões extremas se alongam, por egual, da verdadeira justiça.

Afastemos quaesquer idéas preconcebidas, sem o apoio dos factos, segundo nol-os apresenta a natureza, recordemo-nos de que, biologicamente, todos os filhos são eguaes, quer procedam de justas núpcias quer de simples ajuntamentos furtivos, quer sejam naturaes, quer espúrios, tenhamos em consideração que a culpa ou o crime dos pães não deve ser punida na pessoa dos filhos que não concorreram para ella; mas não haja também menoscabo de circum-

IP

si anciãs que, mantendo a inteireza da justiça, salvaguardam a honorabilidade das relações de familia.

Sendo assim, foram bem inspirados aquelles que, como CIMRALI, GABBA e LAURENT (7), assentando o principio do reconhecimento forçoso, que se resolve na obrigação de indemnisar um damno causado, desde que seja legalmente verificado, o envolvem numa serie de condições tendentes não a estorvar o exercício do direito, mas a evitar os abusos que sob suas apparencias possam acaso surgir. A questão não é, propriamente, do principio a firmar, porém, como diz o citado CIMBALI, «somente de limites, isto é, de admittir e ordenar a indagação da paternidade de modo a representar, nos casos em que é admittida, o exercício legitimo de um direito, mas não o abuso» (8).

As condições a que se deve submetter o principio do reconhecimento da paternidade podem-se re-

(7) CIMBALI.—*Nuova fase,* pag. 104 e segs.; LAURENT, — *Avant-project,* arts. 319.°, 335.° e 337.

O *Projecto* do senador COELHO RODRIGUES, artigo 2:512.°, adoptou um meio termo, ou antes, alargou o circulo da theoria franceza. O *Projecto* actual, arts. 370.°-373.° teria alcançado a exacta expressão do direito, si não recuasse perante a necessidade de extirpar o preconceito contra a espuridade.

Sobre esta matéria, veja-se a memoria de TITO ROSAS,— *K conveniente a investigação da paternidade? (Cultura académica,* Recife, 1905, pags. 179—196.

(8) CIMBALI,— *Op. cit.,* pag. 117.

duzir a um numero limitado, poi» que visam ellas, simplesmente, ao convencimento da verdade, sem perturbações moraes dignas de consideração.

Em primeiro logar, deve ser admittida 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 circumstancias indicadoras da relação de filiação, segundo já houve occasião de referir este livro, é, por si só, um facto de valor demonstrativo muito considerável. Como disse DEMOLOMBE, ella é um verdadeiro reconhecimento. «Quando um homem, acerescenta elle, constante e publicamente tratou um filho como seu, quando o apresentou como tal em sua família e na sociedade, quando na qualidade de pae' proveu sempre ás suas necessidades, á sua manutenção., á sua educação, é impossível não dizer que elle o reconheceu>.

Em segundo logar, deve ser acceita a pretensão ao reconhecimento, quando, entre os progenitores do pretendido filho, haja ou tenha havido concubinato (9), pois como dizia LOYSEL, synthetisando o antigo direito:

> Boire, manger, coucher enseuible Est
> maríage, ce me semble.

(9) *Projecto,* art. 270.°, I. O concubinato, hoje, não é um delicto sinão quando em concorrência affron-

Não será o casamento legal e disciplinado, não será o casamento como deve exigil-o a sociedade; mas, desde que o concubinato realisa como que a manifestação apparente do casamento legitimo, vi-| vendo dois entes como se fossem marido e mulher, *more ujcorio,* a presumpção é que os filhos procreados por essa mulher, durante a vida em eommiim, são egualmente do homem que a seu lado vive, pois que ella é honesta, apezar da irregularidade da união, e porque elle a reconhece como sua companheira tal como se fosse sua esposa. Consequentemente, si não se determinar o pae 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 hypothese, diz com exactidão ENRICO

tosa com o casamento legitimo (cód. penal, arta, 279.° e 281.°). Não obstante, alguns códigos têm edictado meios coercitivos para impedil-o. Assim o civil de Zu-rich, art. 646.°, declara que «o concubinato *é* interdi-cto», e que as prefeituras devem empregar as medidas necessárias para fazerem cessar esse estado, quando algum caso lhe constar.

Na Grécia, esse estado nada tinha de deshonroso, mesmo em concomitância com o casamento legitimo. Em Roma, o concubinato, não em concorrência com o matrimonio, era um estado de facto, sem consequências, a principio, e, mais tarde, um como casamento inferior, uma hemigamia ou, segundo os próprios termos legaes, — *legitima conjunctio sine ltonesta eefebra-tione matrimonii.* BONFANTI,— *Direito romano,* § 63. l

CIMBALI, «tracta-se apenas de traduzir em verdade legal o que já constituo uma verdade real, ou o que, ao menos, do complexo de todas as circumstancias, parece indubitavelmente tal» (10).

Ainda mais valiosas razões militam em favor dos filhos daquelles que apenas se ligaram em face da egreja, que apenas sanccionaram religiosamente a sua união, sem cumprir o dever cívico de legal i-sal-a perante a auctoridade secular competente. Tal união é um concubinato; porém concubinato de uma classe especial, mais elevada, pois que a intervenção religiosa actua sobre a consciência dos indivíduos assim unidos, compellindo-os ao cumprimento das respectivas obrigações, e dando á sua união o caracter da perpetuidade (11).

Em terceiro logar, cumpre favorecer a investigação da paternidade nos casos de defloramento for-

(10) *Nwvafase,* pag. 138; *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 2:152.°. E' tanto mais razoável este modo de pensar quanto, em nossas ords. 4. 46, § 2.°, se consideram com effeitos jurídicos os ajunctamentos idainielles que vivem «em publica voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo o direito, baste para presumir matrimonio entre elles, posto se não provem as palavras de presente». B o dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 53.°, admitte a posse de estado como prova sufficiente a existência do casamento, em falta de meios mais directos.

(11) CIMBALI, ••— *Op. cit.*

cado, de estupro ou de rapto, «quando a data destes factos corresponder ao tempo da concepção». Esta hypothese, que está legalmente consagrada em al-"guns paizes, que interdizem a investigação da paternidade, como na Itália (cod. civ.j art. 189.°), no (Jruguay (cod. oiv., art. 218.°), e mesmo na Franca, pois que a jurisprudência tem dado outra largueza ao dispositivo do art. 340.° do código civil, acha-se exarada no *Projecto* do senador Coelho Rodrigues, artigo 2:252.° (12).

Não acho que o caso da seduccào deva seraddi-tado aos outros de que acabo de occupar-me, salvo si ella receber os caracteres do defloramento, estupro ou rapto. A seduccào presuppõe menoridade, ou inexperiência e honestidade por parte da victima; ardis fraudulentos ou abuso da parte do seductor. Mas essas circumstancias podem ser artificiosamente arranjadas com astúcia, e transformar-se-á, muitas vezes, um principio de equidade em repugante *chantage*. A Historia do cadi, a quem uma joven turca pedia justiça contra um homem que a tinha violentado, é bem suggestiva (13). Si a mulher defender

(12) *Projecto,* art. 370.°, TI.

(13) Eil-a tal qual a leio no prefacio escripto por DUMAS para o livro de RIVET, sobre a *JRecherche de la paternité:* «Tu te defendeste mal? diz o cadi á queixosa. — Defendi-me com todas as minhas forças. — Pois bem ; toma esta bolsa repleta de ouro. — E uma primeira compensação ; vae para casa, e volta a

a sua honra como defenderia seu pão, não haverá muito que regular neste assumpto. Eu admitto, em alguns casos, a possibilidade de uma violência; mas, quanto á seducção propriamente, inclino-me a pensar como DUMAS filho que ella não passa, presentemente, de uma recordação de outras eras. «Não ha mais seduceões na hora actual, escreve elle, ha simples arrastamentos. Todos os meios de seducção estão conhecidos, archiconhecidos por todas as mocas, mesmo antes de attingirem á edade em que possam receial-os ou provocal-os, graças aos noticiários, aos romances e aos processos publicados nos jornaes de preço infimo. Toda moça a quem se fala de amor, •sem, ao mesmo tempo, falar-se de casamento a seus pães, sabe o que delia se quer (14).

Também não acho acceitavel para a determinação da paternidade a prova testemunhal, ainda que

ver-nie nestes oito dias. A mulher beija a mão do cadi •c retira-se. Uma hora depois reapparece assarapan-tada, com as mãos e o rosto a sangrar. — Quando me •dirigia para casa, quatro homens emboscados no cami-,nho atiraram-se sobre mim, para tomar- me a bolsa que me deste. — E tomaram-na ? — Não ; debati-me e ■consegui 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 difficil to mal-a do que uma bolsa».

(14) Prefacio citado, pag. XIV.

acompanhada de um começo de prova escripta, segundo querem alguns escriptores. Como reconhece o próprio LAURENT, quasi nunca se encontrará esse 'começo de prova por escripto (15). E é incontestável que as testemunhas são, a seu turno, muito faUiveis em seus depoimentos. Porém, ainda admit-tindo que sejam verazes, repugna mesmo â natureza das cousas a prova testemunhal, para a determinação da filiação. É certo que o código italiano accei-tou-a, em relação á maternidade (art. 190.°); mas não é preciso agudeza de espirito para vêr que as hypotheses divergem muitíssimo. A maternidade resulta de um acto sujeito, normalmente, á inspecção ocular; a paternidade, porém, não se acha em situação similhante.

Em conclusão: ao Estado, como poder tutelar dos direitos, cabe garantir, aos filhos illegitimos, a faculdade de determinarem a existência jurídica de seus progenitores, sempre que a filiação se patentear por factos*íncontrastaveis; porém deve ser, ao mesmo tempo, cauteloso, para não ferir aquelles que, na realidade, se acham extremes de macula. E, parece-me, conseguirá esse nobre *ãesiã&raium,* restringindp-se aos casos apontados neste paragrapho, pro-

(15) 0 *Projecto* actual, art. 270.°, III, refere-se á existência de um escripto de qualquer natureza, emanado do pretenso pae e reconhecendo expressamente a sua paternidade. E' differente a hypothese.

curando traçar seu caminho, guiado, exclusivamente, pela justiça, e sem perturbar-se com o clamor da calorosa controvérsia levantada neste domínio.

fj § 71.°

ADOPÇÃO NO ANTIGO DIREITO E NO DIREITO PATHIO

Adopção *é o acto civil pelo qual alguém acceita \um entranho na qualidade de filho.*

Nasceu esta instituição da necessidade de ser mantido o culto domestico. O direito dos povos antigos cogitava de muitos modos de prover á 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 hindu (1), têm essa origem. De todos, porém, conseguiu projectar-se mais longe, com a civilisação hu-

(1) Refíro-me especialmente ás ficções pelas quaes podiam tomar o logar do filho, para os effeitos cul-tuaes: - alguém que houvesse nascido clandestinamente ou de uma moça solteira, ou de uma noiva gravida, ou de uma mulher casada duas vezes, e todos os illegitimos ou adulterinos que, aliás, não fossem engendrados pelo pae cujos penates iam adorar. *(Vide* 8. MAINB, — *Études sur Vancien droit et la cuututne primitive,* pag. 105).

mana, essa ficção pela qual, para usar de unia phra.se de S. MAINB, «se enxerta, n'uma família, um filho de casa extranha».

As leis de Manú proclamam: «Aquelle a quem a natureza não deu filhos pôde adoptar um, para que as ceremonias fúnebres não cessem. No velho direito atheniense, encontramos, egualmente, esta instituição fundada nos mesmos princípios. F. DE COULANOES, na *Cite cmtique,* um dos livros de mais profunda erudição que já se escreveram sobre as antiguidades jurídicas, nos fala dos processos de Me-necles, de Leochoris, e da Herança de Astyphilos, em que a theoria da adopção é discutida e justificada pela dialéctica dos advogados athenienses. Em uma dessas discussões se diz: «Si annullardes minha adopção, fareis com que Menecles haja morrido sem deixar filhos, de modo que ninguém fará sacrifícios em sua honra, ninguém lhe offerecerá os repastos fúnebres e elle ficará sem culto» (2).

0 direito árabe pre-islamita favorecia a adopção : Mahomet, porém, apaixonando-se por Zainab, esposa de Zaid, seu filho adoptivo, não podia vêr o instituto com muito bons olhos (3).

(2) *La cite antíque*$_x$ pag. 55. O processo primitivo da adopção, simulava o parto *(per pallium et indusium),* segundo referem DIODOEO e GRIMM.

(3) LAMBERT, — *Droit civil compare, I,* pags. 300 6 301. No Egypto e na Mesopotâmia também se co-

Era Roma, ainda o principio é o mesmo. Cícero diz do filho adoptivo, que elle se torna *heres sacrorwni,* depois de ter perdido o culto de sua família natural *(amissis sacHs patemis).*

0 direito romano conheceu duas formas de adopção : a que se applicava aos *alieni júris (a datio in adoptionem),* e a que se applicava aos *sui júris (adrogatio),* sem falar na *adoptio per testamentum,* que necessitava da confirmação curial, como aconteceu cora a adopção de Octávio por Júlio Csesar.

Na ultima phase desse direito se exigiam as seguintes condições para a validade da adopção: l.ª, que o adoptante fosse *sui júris* e dezoito annos mais velho do que o adoptado (4); 2.*, que o adoptante não tivesse filhos legítimos, porque a adopção era destinada a supprir a natureza; 3.ª, que o adoptado não fosse filho illegitirao do adoptante, porque, neste caso, devia legitimal-o; 4.ª, que o consentimento do adoptante e o do pae natural precedessem á cerimonia; 5.ª, que esta fosse feita na presença da austeridade competente.

Si esta adopção era feita entre extranhos, apenas creava um parentesco civil entre o adoptante e

---:----:---------- ----------

nheceu **a** adopção, **assim como ainda hoje a vemos em uso na China (SANCHES ROMAN, — *Derecho** civil,* V, pags. **99,** 103 **e 114).**

(4) Embora, por vicio de organisação, não podesse **gerar. Os** *castrati,* porém, **não podiam adoptar.**

o adoptado e conferia a este um direito unilateravel de successào. Esta espécie parece ser mais recente. Si, porém, fosse feita por um ascendente do adoptado, além do parentesco civil que estreitara o natural *(jus legitimo ad&ptionis nodo conutrictum)* creava o vinculo do pátrio poder, e todos os direitos e deveres communs entre pães e filhos (5). Cha-l mava-se, então, adopção plena.

A mulher não tinha, finalmente, o direito de adoptar, mas, depois, perdida a noção originaria do instituto, lhe foi concedido esse direito, para consolação da perda dos filhos *(ad solaUwni Hberorum amissorum),* dizem as Instituías (6).

A arrogação só se podia realisar depois de averiguado si ella 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 rescripto do príncipe fazia-se necessário para confirmal-a (7).

Os effèítos da arrogação eram: 1.°, fazer entrar para a familia e sob o pátrio poder do arrogante, não só o arrogado, mas ainda os filhos que lhe estavam submettidos; 2.", dar ao arrogado todos os direitos de filho familia.

Entre os povos bárbaros, também deparamos

(5) *Inst.* 1, 9, § 2.°
(6) *Jnst.* h. t., § 10.°
(7) *Tnst.* h. t., § 1.°

exemplos numerosos de adopção pelas armas, escolhendo o guerreiro um successor de suas façanhas bellicosas, quando a natureza não lhe concede filhos. Menos frequentes eram as adopções propriamente civis, que, afinal, desappareceram com as suas congéneres militares, por influencia do direito canónico, pois que a egreja considera a adopção um obstáculo ao.-casamento legitimo. Somente com a reacção da crise revolucionaria de 1789 é que readquiriu vigor o instituto da adopção. Em Portugal, não.cahiu elle, porém, em desuso, principalmente entre as famílias nobres: e as ordenações philippinas, sem regulamental-o convenientemente, dizem bastante para que não pensemos que elle ameaçava sossobrar (8). Mas os princípios romanos não subsistiram em sua integridade. A distin-eçào entre adopção e arrogaçào eliminou-se, e quer o adoptado fosse filho-familia quer emancipado, a adopção devia ser confirmada pelo príncipe, a quem cabia conceder todas as graças.

Dessa ciroumstancia concluo o Dr. DINO BUE-NO (9) que o direito romano não pôde mais ser chamado a regular a espécie, e, portanto, que a adopção não confere, no direito pátrio, nem auctoridade pa-

(8) Ord. 2, 35, § 12.°; 2, 56, pr.; 3, 9, § 2.°; 3, 59, § 11.°; 3, 85, § 2.°

(9) *Direito,* vol. XXX, 1883; *A adopção que efeitos produz actualmente?*

terna nem faculdade successoria. Secundo elle, a adopção, no direito consubstanciado pelo código philippino, reduz-se a «um titulo de filiação, sem outro •effeito além de dispensar a prova desse facto, nos casos em que era exigida, isto é, para pedir alimentos e succeder nas distincções 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 assignalava, todos os effeitos que o pae adoptante impetrasse e que o príncipe qui-zesse facultar, pois era *dou HM patris et actus prin-cipi8».* Ora, com os princípios constitucionais adoptados pelo Brazil, desde a independência, não sendo mais possível a dispensa na lei por parte do monar-cha, aquellas concessões extraordinárias tomaram-se impossíveis. Accresce que pela lei de 12 de Setembro de 1828 (art. 2.°, n.° 1.°), são os juizes de primeira instancia os incumbidos de confirmar as adopções, e, «para conhecer os effeitos da adopção, presentemente, basta inquirir o que poderá conceder esse juiz». Conclusão: a adopção não é mais do que um titulo de filiação concedendo, ao filho adoptivo, apenas o direito de pedir alimento.

Esta opinião funda-se n'uma base falsa. 0 juiz nenhum poder concede ao adoptado; apenas *confirma,* homologa, isto é, dá um cunho de solemnidade ao acto, visando a sua firmeza e segurança, e faz declaração publica de sua legitimidade. A concessão de direitos, quem a faz é o adoptante. Além disso não é licito confundir, sob o ponto de vista jurídico,

a *perfilhação* e a *adopção,* institutos que visam fins diversos, embora, muitas vezes, tenha o segundo substituído o primeiro. Finalmente é aventuroso affirmar, sem apoio em preceito legal, que o direito romano perdeu a sua virtude de fonte subsidiaria nesta matéria.

Também não é exacto dizer, com LAFAYETTE, que as adopções «cahiram, entre nós, em total desuso como em geral tem acontecido em toda a Europa», e que «sendo a adopção uma instituição obsoleta, seria uma verdadeira inutilidade tractar delia (10). Certo não é essa uma instituição em plena expansão de juvenil idade, mas não será também uma instituição obsoleta, pois que a vemos provocar, considerável numero de vezes, a intervenção dos tribunaes, pois que a vemos contemplada em recentes disposições legislativas, ao menos tanto quanto baste para lhe reconhecerem a existência (11). Dentre as novas leis extranpeiras, umas ha que silenciam sobre o assumpto, emquanto outras o regulam, e o projecto de código civil para o Brazil, apresentado pelo senador COELHO RODRIGUES, consagra-lhe disposições bem minuciosas (arts. 2:167."-2:183.").

(10) *Direitos de fumilia,* § 130.°, *Observação.*

(11) *Vide o Direito,* vols. III, VI, VII, X, XII e XXX; dec. de 24 de Janeiro de 1890, art, 7.°, § 1.°; *reg.* do sello para o Estado de Pernambuco, tabeliã B, n.° 20.

A conclusão que se nos impõe é a da existência do instituto da adopção; e como não a regularam nossas leis, cumpre-nos supprir a lacuna com o direito romano (12) interpretado e modificado pelo uso moderno.

(12) Liz TEIXEIRA, I, pag. 294; LOUBEIRO,—*Direito civil brazileiro,* I, § S2.°; BORGES CARNEIRO,— *JM-\ reiio civil,* §§ 210.°-211.°

Tendo o actual *Projecto,* arts. 375.°-385.°, regulado a adopção, o dr. GONÇALVES CHAVES, membro da Commissão do senado, oppoz algumas objecções á inclusão desse instituto no futuro código civil brazileiro. Em artigo inserto no *Direito,* vol. XCIV, pags. 53-63, procurei desfazer o effeito dessas objecções, notando :

1.° Que, si alguns dos nossos civilistas eram contrários á adopção, outros lhe reconheciam conveniência e valor, como TEIXEIRA DE FREITAS, que a incluirá no seu *Esboço,* BORGES CARNEIRO, LIZ TEIXEIRA, LOUREIRO; e que o próprio MELLO lhe não era francamente hostil;

2.° Que entre nós não estava em desuso o instituto, segundo se via pela licção dos mestres citados, e pelos actos legislativos ;

3.° Que os códigos civis da França, Itália, Hespanha, Áustria, Zurich, Aliemanha, Uruguay, Peru, Bolivia e Japão, assim como o direito russo e o norte americano, regulam a espécie, sendo muito menor o numero das legislações que a excluem, accrescentando que o *Avant Projet* de LAURENT e o suisso não a esqueceram ;

4.° E que, segundo mostravam BLTJNTSOHLI *(apud* SCHNEIDER, *Priv. Geselzbuch, f.* d. K *Zurich)* e SAN-

Assim, podem adoptar tanto os varões quanto as mulheres no pleno gozo de sua capacidade civil, eomtanto que não tenham filhos dados pela natureza, ou que já tenham morrido os que procrearam. Podem ser adoptados tanto os menores, quanto os emancipados (13), mas o pae ou a mãe, civil, deve ser mais velho do que o filho dezoito annos, pelo menos. 0 consentimento do adoptado, si fôr de maior edade, ou de seu pae, si ainda se conservar na menoridade, é indispensável para a efílcacia da adopção.

Sendo o adoptante ascendente do adoptado menor, ou já tendo este perdido seu progenitor, dar-se-á, por parte daquelle, a acquisiçào do pátrio poder; no caso contrario, porém, permanecerá o filho sob poder do pae. Além desse effeito, produz áadopção: 1.", um parentesco civil aliás limitado ao pae e filho adoptivos, salvo quanto aos impedimentos

CHES ROMAN *(Dereclw civil,* V), a adopção tinha ainda uma alta funcção social a desempenhar, como instituição de beneficência destinada a satisfazer e desenvolver sentimentos affectivos do mais doce matiz, dando filhos a quem os não tem e desvelos pater naes a quem, privado delles pela natureza, estaria talvez condemnado, sem ella, a desoer, pela escada da miséria, ao abysmo dos vicios e dos crimes.

Veja-se também o meu livro — *Em defeza do Projecto de código civil,* pags. 533—535.

(13) TEIXEIRA DE FREITAS,—*Consolidação,* nota 3 ao art. 217.°, 3." ed.; LOUREIRO, — *Op. cit.,* § 82.°

matrimoniaes, em relação aos quaes esse parentesco se faz sentir mais latamente (14); 2.°, o direito de successão (15) e o de alimentos, que são recíprocos entre o pae adoptante e o filho adoptivo, sem que, aliás, este venha, por isso, a perder seus direitos hereditários em relação á sua família natural, assim como, egualmente, não adquire direitos successorios em relação aos parentes do adoptante.

§ 72."

ADOPÇÃO NO DIREITO EXTRANGEIRO ACTUAL

Não obedece ao mesmo typo a constituição do instituto das adopções nos diversos «systemas legislativos da actualidade. Umas legislações eliminaram-no de seu seio, como não correspondendo mais a uma necessidade, em nossos dias, e assim fizeram o código hollandez, o portuguez, o argentino e o chileno. Na Inglaterra, diz um escriptor, não passa de um nome, deixou de ser uma instituição. Ha, porém,

(14) *Vide* o § 12.°

(15) LOUREIRO, — *Op. cit.,* § 82.°: «tomos que, entre nós, os direitos dos filhos adoptivos e arrogados sao os mesmos que os dos legítimos a respeito do pae ou mãe perfilhante; e, consequentemente, taes filhos succedem na nobreza e bens do • pae ou mãe perfilhante...»

uma usança que, póde-se affirraar. toma o logar da adopção, embora limitada e incompletamente. E' o costume que têm as pessoas abonadas de tomar, sobre si, a educação de creanças pobres, e de faze-rem-se doações ou legados com a condição de o donatário ou legatário usar do nome do doador. Mas é patente que os effeitos desta espécie de adopção muito se restringem (1)

Outras legislações, mantendo o instituto, segundo os lineamentos geraes do direito, romano, modificaram-no, comtudo, para melhor accommodarem-no ao meio onde tinha de funccionar.

Uma lei de 1792 o estabeleceu em França, e, depois, o código Napoleão. No systema deste código, a adopção produz somente o parentesco civil, que não destroe o natural, um direito unilateral successorio e o de transmittir, ao adoptado, o nome do adoptante, sem introduzil-o na família deste. Não obstante ha prohibição de casamento entre o adoptado e o adoptante oii seus descendentes, entre o adoptado e o cônjuge do adoptante e reciprocamente. Diz LAURENT que esta instituição «não entrou nos costumes e que é apenas praticada para legitimar filhos naturaes» (2).

(1) GLASSON,—*Inst. de 1'Angleterre,* VI, pag. 213.

(2) *Cours ãémentaire,* I, n.° 303. Este auctor, porém, regulou a adopção no seu *Avant Projet,* artigos 344.°-346.° No direito francez a adopção tomou

Destas primeiras observações já se vê que o direito francez se afastou do romano. Vêr-se-á melhor essa nova orientação, tendo-se em vista que o direito francez estabeleceu uma adopção por testamento' e que differem as condições por elle exigidas para a* realisaçào deste vinculo pessoal.

As condições, para a adoptarão entre vivos são as seguintes:

Só podem adoptar os maiores de cincoenta annos, qualquer que seja o sexo a que pertençam (cod. civ., art. 343.°). O adoptante deve ter, pelo menos, quinze annos mais que o adoptado e não ter filhos nem quaesquer outros descendentes legítimos (art. cit.). As pessoas casadas não podem adoptar sem o consentimento de seu cônjuge (art. 344.°). 0 adoptante deve ter, durante seis annos, fornecido ao adoptado menor soccorros e cuidados não interrompidos (art. 345.°). O tribunal deve verificar si aquelle que se propõe a adoptar goza de boa reputação (art. 355.°). O adoptado deVe ser maior (art. 356.°). Si ainda não tiver vinte e cinco annos, deve, além do seu, ser exigido o consentimento de seu pae e de sua mãe.

Estas condições não serão exigíveis quando a adopção fôr remuneratória de um grande serviço

o aspecto de instituição phi la n trópica, visando ser, ao mesmo tempo, consolo para os casaes estéreis e soccorro para os meninos pobres (PLANIOL, I, n.° 2:327).

prestado pelo adoptado, como quando salvou a vida do adoptante. Neste caso, basta que este seja emancipado e mais velho do que aquelle.

A adopção é feita perante o juiz de paz, porém | homologada pelo tribunal de primeira instancia e pela relação *(Cour d'appel).*

A adopção por testamento só pôde ser feita pelo tutor offieioso e com as condições seguintes: l.ª, que durante cinco annos haja elle prestado cuidados pa-ternaes a seu pupillo: 2.!1, que não tenha filhos legítimos; 3.*, que o testamento seja valido.

O código civil italiano (arts. 202.°-219.°) também não aboliu esta instituição; porém, como não lhe deu caracteres novos, passarei sobre elle.

0 direito allemão apresentava muitas variantes neste assumpto. Em primeiro logar, oncontrava-se a adopção do direito commum *(Geiwinrecht)* que conservava a theoria romana com algumas modificações, mantendo as distincçÕes entre a arrogação e a adopção propriamente dieta, e reconhecendo, nesta, duas espécies, a plena e a menos plena.

Este direito commum, no emtanto, não era ri-gorosamente observado por toda parte, antes soífria algumas alterações em diversos Estados.

Em segundo logar, notava-se a adopção dos novos direitos regionaes *(Adoption der neueren Lan-desreckte),* nomeadamente o prussiano, o saxonio, o austríaco, que se approximavam do direito francez, o qual, por sua vez, constituía direito regional em algumas partes da Allemanha.

Actualmente o assumpto é regulado pelo código civil (arts. 1:741.° a 1:772.°). Podem adoptar os que não têm descendentes legitimos, si forem maiores de cincoenta annos e forem dezoito annos mais idosos do que o adoptado. A adopção é um contracto, mas deve ser homologada pelo juiz. -

Delia resulta, para o adoptado, a situação de filho legitimo do adoptante com os direitos e deveres correspondentes. Mas o adoptante não é successor hereditário do adoptado, quebrando-se, neste caso, o preceito da reciprocidade.

0 laço jurídico da adopção pode romper-se por pacto entre pae e filho adoptivos, ou por se ter realisado casamento entre elles ou entre um delles e os parentes do outro em grau prohibido.

0 código civil de Zurich seguiu o systema do francez, do qual não é mais do que uma variante, neste ponto. As principaes alterações que ahi encontramos são as- seguintes: — Podem ser adoptados indivíduos maiores ou menores. Si o adoptado é menor, é necessário o consentimento do pae ou do tutor. O adoptado toma o nome do adoptante, entra para a família deste, e se acha collocado em relação a elle, sob o duplo ponto de vista dos direitos e das obrigações, na situação de um filho legitimo (art. 725.°). Todavia a adopção não cria nenhum direito de successibilidade reciproca entre o adoptado e os outros parentes de seus pae e mãe adoptivos (art. 726.°), nem destroe os direitos de suceessão reciproca entre o adoptado e os membros de sua fa-

irailia natural, embora os modifique (art. 727.°) (3). O vinculo da adopção pode ser rompido e os direitos •da família natural restabelecidos.

Não goza a adopção de favores. Antes a lei .«•ercou-a de embaraços e restricções. Assim é que ■•deve ser pedida â *Direcção dos orphams.* Esta, depois de ouvidos os interessados e feitas as convenientes investigações, faz subir a petição informada Lao *Conselho do districto,* que poderá proceder a novas pesquizas, depois das quaes enviará seu relatório •e proposta á *D-ireccão da Justiça* a qual, salvo re-•curso para o *Conselho executivo,* auctorisa ou interdiz definitivamente a adopção.

Muitas outras legislações se occupam da adopção com extensão ora maior ora menor, com taes ou taes gradações. Assim, na Bulgária, em New-York, na Pensylvania, na Califórnia (4), na Hespa-,nba (5), no Uruguay (b). Será ocioso percorrel-as

(3) Si o adoptado concorrer com filhos legítimos á herança do pae ou mãe natural, sua parte é reduzida á metade.

(4) *Annuaire de législation étrangkre,* 1889, pagi-<nas 860-938; 1891, pags. 922-930.

(5) Código civil, arts. 173.°-180.°

(6) Código civil, arts. 224.°-232.° E ainda no Peru, código civil, arts. 269.°-283.° ; Bolívia, código -civil, arts. 179.°-187.°; Japão, código civil, arts. 837.° -o 876.°; e Colômbia, arts. 269.°-286.° Para a America •do Norte, veja-se "WALKER, — *American law,* § 160.°. mota b.

todas. Mas não pôde ser sem interesse que me detenha, ainda um momento, deante da legislação! russa.

Até bem pouco tempo variava, no império russo, o valor e a extensão da adopção, conforme era um nobre, um burguez ou um campoiíio quem a exercia., Hoje ha uma lei uniforme para todas as classes. Todos os que não têm filhos legítimos ou legitimados, podem adoptar, inclusive as mulheres. Somente as pessoas votadas ao celibato, pelo estado-religioso em que vivem, estão excluídas desta regra geral.

0 adoptante deve. ter trinta annos de idade,, pelo menos, e dezoito annos mais do que o adoptado. Ninguém pôde ser filho adoptivo de duas pessoas, a não ser que estas se achem unidas pelo casamento.

A disparidade de culto é uma causa que interdiz a adopção.

Si o* adoptado ainda tem pães naturaes vivos,, devem estes dar seu consentimento. 0 próprio adoptado, sendo maior de quatorze annos, também ha de ser ouvido. 0 adoptante, si fôr casado, deve pedir o consentimento de seu cônjuge; si fôr padre ou servidor da egreja, o do bispo diocesano (7).

0 filho adoptivo adquire o nome de seu pae ci-

(7) Na Hespanha, a adopção é vedada aos padres (cod. civil, art. 474.°, § 1.°).

vil; mas a transmissão da nobreza está subordinada a uma auctorisação do tzar. Os direitos successo-rios do adoptado, em face do adoptante, são equiparáveis aos de um filho legitimo, e se transmittem a seus descendentes. Si o adoptado morre sem filhos, todos os bens por elle adquiridos passam ao adoptante em usuíructo, salvo si provieram delle mesmo, caso em que os retoma em toda a propriedade. Em relação á sua familia natural, conserva o adoptado todos os seus direitos hereditários (8).

Desta excursão rápida pelos domínios legislativos de vários povos, conclue-se que não é, de modo algum, instituição obsoleta, orgarn morto, a adopção. Si em algum paiz feneceu ella e se deslez, n'outros reflora em estos de vida nova, apezar de que escriptores notabilissimos fazem votos para sua abolição (9).

(8) LEFR, — *De la légitimation et de Vadoptwn \à"apre$ les nouvelhs lois russes, de 1891*, *m Clunet,* 1895, pag. 521 e segs.

(9) D'AGUANO, — *Génese,* pag. 326.

§ 73.° NOÇÃO DO

PÁTRIO P0DEK

O confundo dos direitos que a lei confere ao pae sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados ou adopthos (1), toma a denominação de *pátrio poder.*

Procurando apanhar o primeiro smrto deste instituto, na historia da civilisação humana, reconheceremos que elle tomou as feições rígidas e severas, que se tornaram tradicionaes entre os romanos, com o patriarchado, influindo poderosamente para esse resultado as crenças religiosas, que, então, envolviam os espíritos em liames indestructiveis.

Em um período de mais profunda barbárie, differentes são os moldes da auctorídade paterna, outra é a condição dos filhos. Emquanto são débeis, dependem dos pães, de um modo absoluto, as creanças de ambos os sexos. Podem ser mortas ao nascer, vendidas, ou de outra forma utilisadas pela vontade dos progenitores, particularmente do pae, ou mesmo da tribu inteira. Passada, porém, a quadra mal se-

(1) *Projecto,* art. 386.* Em relação aos adoptivos que se acham sob o pátrio poder, veja-se o que foi dicto no § 71.°, *in fine.*

gura dãTãdõíêscenciã^ adquirem os varões a posse de, si mesmos, emquanto as mulheres esperam apenas mudar de patronos (2). Si a superioridade mus-fcular é o principal supporte da auctoridade, seria extranhavel que ella se prolongasse indefinidamente, quando a senilidade avança abatendo os organismos, e rijos se levantam, ao seu lado, os rebentos viçosos ja que deram o ser.

Mas, já na antiga civilisaçào mexicana, a auctoridade paterna assenta sobre outras bases, e revestida de tal rigor se nos ostenta que, no dizer de um jchronista, os filhos já casados ainda não ousavam proferir palavra deante da figura, para elles terrificante, de seu pae. No Peru, mantem-se a mesma doutrina, talvez com alguma attenuação. O filho tem d ■ servir ao pae até completar vinte e cinco annos, e não se pôde casar sem o consentimento dos progenitores, sob pena de ser nullo o matrimonio e illegitima a prole (3).

I Na China o respeito pelos pães assume a forma de um verdadeiro culto, a piedade filial confunde-se com o sentimento religioso. A desobediência ás ordens emanadas dos pães é infracção de um preceito de religião, cuja punição" é a morte (4).

Não diverso é o pensar dos japonezes, para os

(2) WESTEBMARCK,—*Matrimonio nmano,* pag. 194.
(3) WESTEBMARCK,— *Op. cit.,* pags. 195-196.
(4) WE8TERMABCK,— *Op. Clt.,* pag. 196.

quaes a piedade filial é o primeiro dever do homem. E assim entre muitos outros povos. F. DE COULANOES fez resaltar bem nitidamente a influencia da religião sobre a constituição do pátrio poder, quando escreveu: «Nos tempos antigos, o pae não é somente o homem que tem a força, aquelle que pode impor a submissão, é também o sacerdote, o herdeiro do lar domestico, o continuador dos antepassados, o tronco da descendência, o guarda dos ritos myste-riosos do culto e das formulas sagradas. A religião inteira reside nelle (5).

Por isso é que, na índia, como na Grécia, e entre os antigos povos latinos, o pátrio poder foi uma instituição de caracter mixto. tendo muito de religiosa e muito de civil, e é ainda por isso que a auctoridade do chefe da família tem a inquebrantabilidade da soberania, nesse momento histórico a que agora me reporto. Ainda hoje. em algumas províncias da índia, afiirma-nos SUMNER MAIXE, O pae é o *radjah,* o soberano absoluto da sociedade fami-lial (6).

Entretanto, como é sempre necessário que á auctoridade corresponda a capacidade, encontram-se excepções e abrandamentos a essa lei. Na índia, como na Grécia, a direcção do grupo familial é, ai- j

(5) *La cite antiyne,* pag. 116.

(6) *Etudea êiir Vanrien droit et la continue primitive,* pags. 165-167.

gumas vezes, transferida ao filho mais apto ou mais valoroso do que o pae. SUMNER MAINE lembra a posição de Ulysses em frente a Laertes, na Odysséa, como um caso de transferencia da auctoridade suprema da família, de um pae decrépito para um filho robusto e sagaz. E o direito hellenico avançou um passo, em seguida, restringindo a auctoridade paterna, assim na intensidade como no tempo, não podendo ella protrahir-se além da epocha em que cessasse a inferioridade physica e mental do filho (7).

I Em Koma, apezar do que nos diz Justiniano ■(Inst. 1, 4, § 2,"), não apparece.u o pátrio poder sob uma feição especial; mas é certo que manteve mais longamente sua rude feição primitiva. Era de uma amplitude que se nos afigura hoje odiosa a auctoridade conferida aos pães, tendo mais em vista o egoísmo dos chefes da sociedade domestica, do que o benéfico altruísmo em arrimo á debilidade dos filhos. É certo que muitas e profundas alterações se foram introduzindo, ao tempo do império, e principalmente sob o influxo do christianismo, porém, mesmo ao tempo do Justiniano, os pães em miséria extrema, podiam vender seus filhos recem-nascidos, ainda sanguinolentos, restando a estes o direito de

—---------- ----------

(7) *Dancim droit,* trad. COURCELLE SKNEUIL, pag. 129.

recobrar a própria ingenuidade, desinteressando o comprador (Cod. 4, 43, 1. 2).

Entre os germanos, si o pae tinha, originariamente, o direito de expor e vender o filho, assimi como este podia matar o pae velho e infermo, segundo nol-o refere GRIMM, é conhecido que o poder paterno cessava com a capacidade obtida pelo filho-) para prover ás próprias necessidades, e que o *inundiunt* não tinha o rigor nem a extensão da *pátria potéstaê*. Foram estes povos os introductores de um principio novo que, modificando o systema romano, deu a orientação moderna do pátrio poder, fazendo-o consistir numa relação dupla, indicada, segundo POTHIER, pelo modo seguinte: l.°, direito commuin ao pae e á mãe de dirigir a pessoa e administrar os bens do filho até a emancipação ou maioridade; 2.°, direito, egualmente commum a ambos os progenitores, ao respeito e acatamento, manifestado, principalmente, na occasião em que os filhos pretendem constituir família.

Estas idéas implantadas no direito costumeiro dos francezes e de outros povos, foram extranhas á) nossa antiga metrópole, onde preponderou, neste assumpto, a concepção romana, conferindo, exclusivamente ao pae, o direito de dirigir a pessoa e a fortuna do filho, qualquer que fosse a edade deste, até que o poder paterno si dissolvesse por algum dos modos estabelecidos em lei.

Com a resolução de 31 de Outubro de 1831, que lixou a edade de vinte e um annos para o ter-

mo da menoridade e Requisição da capacidade civil plena, achou-se profundamente alterado o direito portuguez, que fora transplantado para o Brazil. Em 1890, completou-se a reforma do instituto com a concessão feita á mulher viuva, si não fòr binuba. de sueceder nos direitos do marido sobre a pessoa e bens dos filhos (Dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 94.").

§ 74."

I DIREITOS COMPREHENDIDOS NO PATIIIO PODER

Para analysar os elementos cuja conglomeração constituo o pátrio poder, é necessário distribuil-os em dois grupos: direitos que se referem á pessoa do filho-familias, e direitos que recaem sobre seu património, os quaes competem ao pae na constância do matrimonio, e, depois de sua morte ou declarada sua incapacidade, se transferem á mãe, que os perderá quando passar a segundas núpcias.

São direitos do pae sobre a pessoa do filho-familias: 1.", dirigir a sua educação (dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 56.°, § 2.°); 2.°, tel-o em sua companhia, posse e guarda (dec. cit., art. cit., ord. 1, 88, ií fi.° (l); 3.°, conceder ou negar consentimento para

(1) No caso de divorcio amigável, os pães convencionarão sobre a posse dos filhos menores ; sendo litigioso, tal posse *é* direito do cônjuge innocente, que

o seu consorcio, direito este que é compartilhado pela mãe ainda durante a constância do casamento (dec. cit.,'arts. í.,°, § 3.°, 7.°, § 7.°, e 18.°); 4.", no-" mear-lhé tutor em testamento (ord. 4, 102, § l/aquando não lhe sobreviver o outro cônjuge; 5.°, fazer testamento por elle e nomear-lhe herdeiros para o caso em que venha a fallecer ainda na edade pu-pillar, quando não existam herdeiros necessários (ord. 4, 87, § 7."); 6.", represental-o nos actos da vida civil e nas queixas contra crimes que sobre elle recaiam (dec. cit, art. 56.", § õ.°, cod. penal, art. 407.", {? l.°): 7.", reivindical-o do poder de quem injustamente o detenha (2).

Para a exposição dos direitos attribuidos ao pae sobre a fazenda do filho, recorrem os civilistas pátrios á theoria romana dos *pecúlios,* nome dado ao património dos lillios-famílias, separado da fortuna do pae.

Ha quatro categorias de pecúlios: o *castrense,* o *qnasi castrense,* o *adventício* e o *profecticio.*

Pecúlio castrense é o conjuncto dos bens que o filho-fcunilias adquire no serviço milita/r ou por motivo delle (ord. 3, 9, 8 3." e 4.", 97. § 18."). *Qnasi*

o poderá ceder a bem dos filhos. Cm caso de nulli-dade ou annullação, seguir-se-á o estabelecido no § 24." deste livro (dec. de 24 de Janeiro, arts. 85.°, P0.°, 95.°, 5)6.° e 98.°).

(2) *Projecto,* art. 391." Não ha, no systema do *Projecto,* a chamada substituição pupillar.

castrense é o adquirido no exercício de profissões industriaes, artísticas ou litterarias, entrando no numero destas ultimas os empregos ou fuhcções pn-Micas. Assumem a natureza de quasi castrenses, oa bens doados ou deixados aos filhos-familias para auxilio de seus casamentos (ord. 4, 97, § 10.") assim como as pensões e remunerações conferidas pelo Estado (3).

Pecúlio adventício são todos os bens de propriedade do filho, não adquiridos no serviço militar nem pelo exercido de profissões liberaes. Assim todas as acquisições provenientes de doações, de heranças, da administração de bens do pae, e até os que procedem do exereicio de artes machanicas se incluem nesta classe.

Pecúlio profecticio é uma porção da fortuna paterna ou commum ao casal que o filho administra em seu nome, mas por ordem do pae.

Sobre o pecúlio castrense e sobre o quasi castrense, tem o filho a propriedade plena, mas se conservam elles sob a guarda e a administração dos pães, até a maioridade dos proprietários (4). Km relação ao adventício, têm os pães administração e _usufruçto, até a maioridade do filho (5). Mas nãoJ

(3) Ord. 3, 9, § 3." ; LAFAYETTE, — *Direito» de família,* § 115.

(4) LAFAYETTE,—*Direito» de família,* § 116.°, II.

(5) Pelo direito aliemão este usufrnoto não é um direito real, e, portanto, dispensa a inscripçao no re-

podem alienal-o. nem onerai-o. sem auctorisacão do juiz, salvo para pagamento de dividas radicadas no [pecúlio; para alimento seu ou do filho, na carência de outros meios; para evitar ruina do pecúlio ou para seu melhor aproveitamento (ft).

Como administrador e usufructuario do pecúlio adventício, não é obrigado o pae a prestar caução, mas deve zelar por sua boa conservação, benelicial-o, defendel-o em juizo, reivindical-o. Os dam nos occa-sionados por dolo ou culpa sua, exigem satisfação, sendo apurada essa responsabilidade, normalmente, no momento de ser entregue o património ao filho que se emancipa (ord. 1, 88, § b\°). E para garantia dessa entrega e dessa responsabilidade, grava a lei os immoveis do pae com uma hypotheca (dec. de 19 de Janeiro de 1890, art. 3.", § 3.°).

Si o pae malbaratar perdulário a fortuna do filho, ser-lhe-á retirada a administração, aliás, sem perda do usufructo (ord. 3, 9, § 4.°) (7).

lia, entretanto, bens que os auctores incluem na categoria dos adventícios, que escapam á regra

gistro predial (ENDKMANN, — *Einfuehrung,* IT, § 147.°, nota 5). 0 *Projecto,* art. 861.°, não faz, porém, dis-tincção, e o art. 763.°, II, apenas dispensa os pães de prestar caução em garantia dos bens do filho.

(6) LAFAYRTTE,—*Op. eit.f* § 116.°, III; PEREIRA DE CARVALHO, — *Pioc. orphanologico,* add. 75 da ed. Macedo Soares.

(7) *Vide Projecto,* art. 401.°

geral da submissão ao usufructo e á administração do pae, e formam a categoria á parte do chamado *pecúlio adventício extraordinário ou irregular.*

Pertencem a esta classe: 1.", os bens deixados ou doados, com a condição de nào aproveitar ao pae o seu usufructo (ord. 4, 98, § 1.°); 2.°, os consistentes em usufructo (ord. cit., íj 4."); 3.°, os adquiridos por doação ou legado, contra a vontade do pae (ord. cit., § 3.°); 4.", aquelles em relação aos quaes renunciou o pae o direito de usufructo (ord. cit., § 2."); 5.", os oriundos de herança materna ou paterna, quando o pae ou a mãe não tiver feito o inventario nos prazos da lei (ord. cit., § t>.° e dec. de 24 de Janeiro, art. 99.°) (8).

Como se tracta de uma pena, nesta ultima hypothese, a perda do usufructo e da administração depende de uma sentença legalmente proferida em termo de uma acção proposta.

0 pecúlio profecticio é um bem do pae. Portanto o filho só tem sobre elle o poder de gestão mais ou menos extensa que lhe faculta o pae, que responde pelas dividas contrahidas pelo filho nessa administração, até o valor do pecúlio. Emancipado o filho, reverte o pecúlio ao pae, salvo si este quer doal-o a quem até então o administrou. E presume-se doado, si, depois da emancipação, o pae não chama o pecúlio a si.

(8) *Projecto,* arte. 36y.°-398.°

A theoria dos pecúlios appareceu, no direito romano, como abrandamento pouco a pouco introduzido no rigorismo esmagador do pátrio poder. Hoje que os antigos moldes da auctoridade paterna se decompuzeram e se transformaram sob o impulso de mais altruistica orientação, tendo o pae maior som ma de deveres do que de poderes, mantendo-se a capacidade do filho apenas sob a restricçáo imposta por sua falta de discernimento, e expandin-do-se em pleno vigor ao termino dos vinte e um annos, é uma incongruência a conservação do antiquado regimen dos pecúlios.

Os códigos modernos rejeitaram-no, preferindo systemas por certo mais conformes com a actualidade do direito, mais simples, e alguns juristas pátrios julgaram-se auctorisados a pôl-o de lado (9),

(9) COKLHO DA ROCHA, — *Instituições,* § 304.° e segs. e nota Q no fim do 1.° vol. O código civil português, arte. 144.°-149.°, e o chileno, arfc. 243." e segs., mantêm o regimen dos pecúlios, embora simplificado. Em outros, ainda subsistem vestígios do systewia; mas, em geral, o assumpto se acha consideravelmente modificado e simplificado. *Vide* o código civil francês, arte. 384.°-387.°; italiano, 228.°-232.°; argentino, 287.^{0}-295.^{0}; hespanhol, 159.°-166.°; *Projecto* COELHO RODRIGUES, arte. 2:192.°-2:198. A tendência é dar ao pae a administração e usufructo sobre todos os bens do filho, com excepção daquelles que são adquiridos, como diz o código civil francez, art. 387..° «pari un travail et une industrie separes... ou donnés ou le-

Não serei eu quem lhes censure a ousadia, pois que affirmo ter desapparecido a base em que repousa a construcção do regimen dos pecúlios.

I 875."

RESPONSABILIDADE DO PAE PELOS ACTOS DO FILHO

Para regularmos a responsabilidade dos que exercem o pátrio poder, pelos actos daquelles que se acham submettidos á sua auctoridade. não nos podem servir os preceitos do direito romano, nem mesmo os do código philippino, visto como, pela maioridade, os lilhos adquirem hoje, por direito pátrio, a plenitude da capacidade civil. -

Taes preceitos devem ser entendidos e modificados, de accordo com a nova feição do direito.

Assim, nos actos da vida civil, si os filhos agem por mandato expresso ou por assentimento dos pães, responderão estes dentro dos limites da auctorisacão, podendo ser demandados pela acção *quod jussu, ex-mandato* ou *de pecúlio,* si os actos dos filhos se prendem á gestão do pecúlio profecticio. Não havendo auctorisacão expressa nem tacita, exime-se o pae da responsabilidade, salvo si tiver proveito do

guês sons la condition expresse que leur père et mère n'en jouiront pas». Assim dispoz o *Projecte,* artigos 396.°-398.°

acto não consentido, porque, então, se obrigará para com os credores do filho, até á importância das vantagens auferidas, sendo-lhe applicavel a acção *de in ivin rerno* (1).

Responde também o pae pelos adeantamentos de mesadas aos filhos que se acham em logar afastado, por motivo de estudo ou serviço militar (ord. 4. 50. § 4.°). Afora este caso, o empréstimo de dinheiro feito aos lilhos-familias é n ullo, não si obrigando por elles nem os menores mutuários, nem seus pães, nem os próprios fiadores, *ex-id* do sena-tus-consulto macedoneano, acceito pela ord. 4, 50, § 1.°

Quando, porém, o filho é commerciante sem au-•ctorisação do • pae. infringindo assim o preceito do ■-odigo commercial, art. l.°, n.° III, compromette seu pecúlio, segundo determina a ord. 4, ÕO, § 3.°; mas] •o código commercial, art. 129.°, n.° I, considera nullos os actos que assim haja praticado (2).

(1) Consulte-se LOUREIRO,—*Direito civil,* I, § 45.° e notas. Ord. 4, 50, § 3.° Não responde, porém, o pae pelas dividas mercantis do filho que cominerceia por sua auctorisaçao e segundo as prescripçOes legaes •(cod. comm. braz., art. l.°, § 3.°, e 26." ORLANDO, nota 6 ao art. l.°).

(2) *Vide* também o reg. 737 de 25 de Novembro, art. 684.°, § 1.", meu *Direito das obrigações,* § 73.°, e BENTO DE FARIAS, — *Código Commercial,* nota ao artigo 129.°

Ainda obriga-se o pae pelos dam nos causados a outrem pelos ao tos culposos ou dolosos dos filhos que se achem sob sua auctoridade e direcção, «a menos que justifique ter exercido a necessária vigilância da maneira usada e com a attenção que as circumstancias exigiam», segundo a equitativa resalva do código federal su isso das obrigações (art. ftl.°) (8).

g 7o."

SUSPENSÃO DO PÁTRIO 1>0DER—SEU TERMO

Quando aquelle a quem a lei attribue o exercício do pátrio poder se acha transitoriamente na impossibilidade de- exercel-o, dá-se, a bem dos interesses do filho e da própria sociedade, a suspensão dessa auctoridade.

Duas são as hypotheses em que pôde ter logar a suspensão: 1.ª, quando o progenitor se ausenta prolongadamente para logar remoto ou incerto; 2.ª, quando é declarado incapaz para dirigir sua pessoa e administrar seus bens. Si, na constância do casamento, se realisa uma dessas duas hypotheses. como, então, o pátrio poder era exercitado pelo pae, a mãe assumirá as suas fmicções na direcção da família. Eih tal conjunctura, houve apenas a transfe-

(3) *Projecto,* art. 1:523.°, I.

rencia de poderes de um para outro cônjuge, houve-simplesmente uma substituição de pessoas dentro do •i circulo dos direitos familiaes. Recobrando o pae a sua capacidade ou voltando á sede do lar, reverterá de novo á auctoridade de que se achou, temporariamente, privado.

Quando occorrer a ausência ou interdicção do progenitor, sem que exista o seu cônjuge para substituil-o, será necessário, então, nomear um tutor ao-menor.

Esta suspensão do pátrio poder não tem o elfeito-de privar o progenitor do usufructo dos bens do filho. Priva-o somente da administração, pois quê-olle está, realmente, impossibilitado de exercel-a.

Termina o pátrio poder:

1.° *Pela morte do pae e da mãe* (1). Durante-;i subsistência da sociedade conjugal, ao pae, como chefe da família, compete o exercício do pátrio poder. Morrendo elle, porém, diz a lei- que a mãe, emquanto se conservar viuva, lhe succederá, em todos os seus direitos sobre a pessoa o os bens dos lilhos, salvo si se achar divorciada por culpa sua ou for binuba; de onde se conclue, por identidade de razão, que também assim acontecerá, quando houver não extincção, porém simplesmente interrupção, no exercício desses direitos (dec. de 24 de Janeiro-de 185)0, art. 94.").

(1) *Projecto,* art.'399.*

2." *Pela passagem da mãe a segundas núpcias.* Receia a lei que a binuba se deixe influir pelo seu segundo marido, se preorcupe mais com os renovos do segundo leito, e descure da família a que deu nascimento com o primeiro matrimonio. Por isso e para pôr um óbice ás segundas núpcias, retira o pátrio poder á binuba, e. nem quer que ella seja admittida a dirigir a fortuna dos filhos do primeiro leito na qualidade' de tutora ou curadora (2). Mas pão lhe retira o usufructo dessa fortuna (dec. cit., art. cit.) (3).

I (2) A segunda razão é preponderante ; por isso a binuba, ainda que não se ache mais casada, não pôde exercer o pátrio poder (dec. cit., art. 94.°).

(3) Pensam alguns que a binuba está privada de todos os direitos sobre a pessoa e bens do filho, consequente não tem o usufructo desses bens.

Não me parece razoável essa opinião, em face do disposto no dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 94.° :| «Todavia, si o cônjuge fallecido fôr o marido e a mulher não fôr binuba, *esta lhe suceederá nos seus direitos* sobre a pessoa e os bens dos filhos menores, *emguanto se conservar viuva**. *Si,* porém, *fôr binuba,* ou estiver separada do marido por culpa sua, *não será admittida a administrar* os bens delles nem como tutora ou curadora.

A lei retira da binuba a administração e os direitos connexos, mas é silenciosa quanto *ao* usufructo. Ora não sendo esta uma consequência da administração,, devemos suppôr que a lei o deixou á binuba, porquanto pela suspensão do pátrio poder não se retira o

:-$." *Quando o pae ou a mãe, que tit er filho íe\ matrimonio anterior, casar-se antes de fazer in-\ -ventario dou bens do casal* (4). Além de perder, «era proveito dos filhos, duas terças" partes dos bens que lhe deveriam caber no inventario do casal, si o|

usufructo ao pae. Além disso, esta interpretação liberal é corroborada pelo art. 2:115.° do *Projecto* COELHO RODRIGUES, que pôde ser considerado como um esclarecimento do disposto no dec. de 24 de Janeiro.

Com este modo de interpretar a lei mostra-se de pleno accordo JOÃO MONTEIRO, — *Applicações do di~ reito,* pags. 15-16.

Em sentido contrario, pronunciou-se o dr. CARVALHO DRCMMOND, em relatório publicado no *Minem \ Gemes,* de 17 de Março de 1897.

Foi além da doutrina aqui esposada o accordam da Relação do Recife, proferido a 5 de Junho de 1906: — *A viuva que passa a segundas núpcias não perde, por esse facto, os direitos sobre a pessoa e os bens dos filhos do primeiro leito. Provinda* de 5 de Julho de 1906.

O *Projecto* actual, art. 400.°, em relação aos filhos de leito anterior, retira o pátrio poder ás viuvas que se remaridam, mas hYo restitue, quando de novo en- I viuvam.

E, como faz depender o usufructo do exercício do pátrio poder (art. 396.°), não submette os bens desses filhos, durante o novo matrimonio da mãe, ao ónus do usufructo materno.

(4) Pelo *Projecto,* arts. 230.°-396.°, o pae ou a mãe no caso agora indicado, não fica privado do pátrio poder, mas sim do usufructo.

tivesse feito antes do seguinte casamento», soffre o progenitor nesse caso, a privação da administração e do usufructo.

A hypothese do numero anterior entende exclusivamente com a viuva que se remarida; á qual \é conservado o usufructo legal sobre o património dos filhos, embora se lhe vede a administração d'elle, como a direcção educacional dos filhos. No presente numero, o edicto legal fere indistinctamente a qualquer dos cônjuges, desídioso em partilhar a fortuna ■do casal, posto que sôfrego por contrahir novo consorcio. E a esse não é somente a administração que é retirada, como támbem o usufructo (dec. cito | art. 99.°).

4-.° *Quando o filho atíinge a maioridade.* Normalmente a maioridade começa aos vinte è um annos completos (lei de 31 de Outubro de 1831; const. fed. 71) (5).

(5) *Projecto,* art. 9.° Os expostos são declarados maiores aos 20 annos, pelo Alv. II de 31 de Janeiro de 1775, § 8.° (Liz TEIXEIRA, — *Curso,* I, pag. 330); os supplementados de edade são considerados maiores aos 20 annos, sendo varões; e aos 18, sendo mulheres. Mas tracto agora em geral, e partícula riso os filhos-familias.

A menoridade termina : na Suissa, aos 20 annos (lei federal de 14 de Junho de 1881); aos 21 na Inglaterra ; na França (cod. civ., art. 498.°; na Rússia <LEIIB, I, pag. 109); na Itália (art. 323.°); na Allema-

5.° Alguns acontecimentos operam, perante o direito, o mesmo resultado que a maioridade, determinando a *emancipação legal* dos filhos-familias. Assim, são tidos por maiores os filhos-familias casados (6). E excusado falar nos que exercem fun-cçõcs publicas e nos que tiverem recebido graus scientificos ou forem investidos em ordens sacras maiores (7).

nha (cod. civ., art. 2.°); em Portugal (art. 311.°); no Uruguay (art. 259.°) ; na Colômbia (cod., art. 314.°, n.° 3). Aos 22 na Argentina (art. 126.°); aos 23 na Hollanda (art. 385.°), e na Hespanha (art. 920.°); aos 24 na Áustria (art. 21.°); aos 25 na Dinamarca e no Chile (art. 266.°). Nos Estados-Unidos, a maioridade é geralmente fixada aos 21 annos para ambos os sexos ; mas, em alguns Estudos, ella é reduzida aos 18 (WHARTON, § 113.°, n.° 3).

(6) *Vido* o § 30.° Diz-se que essa espécie de emancipaç&õ é legal, porqne resulta da lei. E tanto se refere ella aos filhos-familias, quanto aos orphams.

Mas o orpham, si casa com auctorisação do juiz, somente será immittido na posse e disposição dos bens de raiz aos dezoito annos (ord. 1, 88, § 27.°). Si casa sem auctorisação do juiz, a posse e a administração dos bens só lhe serão entregues aos vinte annos completos (ord. cir., § 19.°).

(7) *Consolidação das leis civis,* art. 202.", § 3.° ; LAFAYETTB, — *Dir. de fam.,* § 119.° Vér as minhas *Observações* ao senado nos *Trabalhos* respectivos, vol. III, pags. 58 a 60, e no meu livro—*Em defesa,* pags. 349 e 355.

Ainda termina o pátrio poder:

6." *Pela emancipação soletnne* (8) ou expressa, que é resultante de declaração escfipta feita era juizo pelo pae, ou pela mãe, ou por ambos conjunctamente, perante o juiz de orphams a quem cabo homologar o acto e expedir a carta de emancipação (9). Entenderam alguns juristas (10) que a edade própria para obter-se a emancipação expressa era a dos vinte e um annos. Opinião evidentemente absurda, pois que a essa edade se verifica a emancipação legal ou tacita (11). Mais razoável é o parecer daquel-les que, apoiados na approximação em que as leis

(8) A emancipação solemne, entre os romanos, consistia, a principio, numa venda fictícia do filho, repetida por três vezes, para romper a *pátria poteslas.* Anastácio introduziu a emancipação *per rescriptum Wndncipis,* o Justiniano reformou o direito anterior, mandando que os pães se apresentassem aos juizes ou magistrados competentes, e perante ellos demiltissem os filhos de seu poder, *sua mana demitterenl* (Inst. 1, 12, § d.^{0}).

I (9) Ord. 1, 88, § 6.°; lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2.°, § 4.° Pela mãe,- diz o texto. Entende se: quando estiver exercendo o pátrio poder.

(10) LOUREIRO, por exemplo, *Direito civil,* I, § 69.°, nota.

(11) lies. de 31 de Outubro de 1831; Alv. de 28 de Novembro de 1834; Alv. de 23 de Novembro de 183õ; RIBAS,— *Curso de direito civil,* II, pag. 54; ORLANDO, — *Código Çommercial,* nota 8 ao art. l.°

pátrias colloearam a emancipação expressa e o supplemento de edade, julgam que os varões podem ser demittidos do poder paterno aos vinte anu os e as 'mulheres aos dezoito (12). Porém, attendendo a que aos dezoito annos pôde o filho ser auctorisado a commerciar, penso que, nessa edade, pôde egualmente ser emancipado. Aos emancipados por este modo, como aos supplementados, se recusa a capacidade de alienarem seus bens de raiz sem licença do juiz, sob pena de serem nullos taes actos (13).

Entretanto os filhos-familias maiores de dezoito annos, que forem auctorisados por seus pães a exercer a profissão mercantil, podem validamente *obrigar, hypotheear* e *alienar* os seus immoveis (14).

7.° *Pela sentença que demitte o progenitor de sua auctoridade paternal,* em virtude de maus tractos infligidos aos filhos, ou de abandono; de rapto ou de acto de lenocínio contra a filha; de dissipação dos bens dos filhos; de acceitação de algum legado, quando com a condição de emancipal-os (15). Em

(12) COELHO DA .BOCHA, — *Inst.,* § 316.°

(13) Ord. 1, 88, §§ 27.°-28.° e a respectiva nota de CÂNDIDO MENDES.

(14) Código commercial brasileiro, arts. l.° n.° III e 26.° E assim os orphams que obtiveram suppleinento de edade (cite. arts. l.°, n.° II e 26.°),

(15) Ord. 3, 9, § 4.°; D. 37, 12 fr. 5 ; 35, 1 fr. 92; LOUREIRO, — *Direito civil,* I, § 71.°; LAFAYETTE,

qualquer destas hypotheses, dar-se-á um tutor ao filho, si não fôr caso de transmissão da auctoridade paternal ao outro cônjuge (16).

§ 77.°

TRAÇOS DE LEGISLAoXO COMPARADA EM RELAÇÃO AO PÁTRIO PODER (*)

I No direito francez, é o pae quem exerce o pátrio poder durante a vida conjugal (cod., art. 373.°), salvo o caso de ausência prolongada (art. 14-1.°), alienação ou interdicção. Morrendo um dos conju-

— *Direitos de família,* 119 ; código penal, arte. 273.°, § 4.°, 277.° e 292.°, § 2.° Por este ultimo artigo, o abandono do infante pelos progenitores é punido com oito a dezeseis mezes de prisão cellular. *Projecto,* artigo 402.°

Sobre esta matéria, é digno de leitura e meditação o livro de FRANCO VAZ, — *A infância abandonada,* Rio, 1905, e, em particular, pags. 113-126.

(16) O pae que engeita ou abandona o filho, perde o pátrio poder e nem poderá mais recobral-o depois (Alv. de 31 de Janeiro de 1775).

(*) Veja LEHR, — *De la puissance et de la tutelle palernelle,* étude de législation compare, na *Révue de droit international et de législation comparée,* 1907, paginas 52—76.

ges, o pátrio poder passa ao sobrevivente, mas, ao mesmo tempo,-abre-se a tutela, e, passando o viuvo ou viuva a segundas núpcias, conserva a auctori-dade paternal, embora mais restrictamente.

Apezar de certos rigores do código, os melhores interpretes hão firmado a doutrina de que o pátrio poder, no direito francez, não é mais do que o dever de educação, e que os direitos conferidos aos pães tendem somente a tornal-os 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 pães, ou mães, julgados indignos de exercer estes direitos de accordo com os interesses superiores de educação e bem estar do filho (1).

Entre os direitos, que constituem o pátrio poder no direito francez, está o de correcção. Si o filho tem menos de dezeseis annos, o pae tem o direito de fazei-o- deter por via da auctoridade publica. Está' prisão não poderá exceder de um mez. Si o filho é maior de dezeseis annos, o pae pôde somente requerer sua detenção, podendo a auctoridade juridica negal-a. O máximo de duração desta pena, que o pae pôde perdoar, mas da qual não ha recurso, é seis mezes. A mãe também tem direito

(1) Esta lei foi completada pela do 5 de Abril'de 1898. Vêr PLANIOL, I, n.° 2:490; Huc, — *Commentaire,* III, n.[08] 204-223.

de fazer deter o filho, mas sempre por via de requisição e mediante o concurso dos dois mais próximos parentes paternos do menor. Perderá, porém, esse direito em relação aos filhos do primeiro leito, si passar a segundas núpcias (arts. 376.° a 382.°).

Felizmente não conhecem nossas leis taes disposições, mais perversoras do que garantidoras.

Uma outra differença entre o direito pátrio e o francez, neste assumpto, consiste na cessação do usufructo do pae sobre os bens do filho, quando este attinge á edade de dezoito annos. Ainda nestej ponto não temos que invejar o direito francez.

Finalmente, o *code civil* concede o pátrio poder ao pae e á mãe naturaes, em virtude do principio de que esse poder é estabelecido no interesse dos filhos; porém, esse pátrio poder não contém o direito de usufructo nem a amplitude que, em relação as pessoas, lhe dá o casamento válido ou putativo. Disposição idêntica se encontra em outros códigos civis, como no portuguez (art. 166.°), e no hespanhol (art. 154.°). Na Argentina (cod., artigo 264.°), e no Chile (cod., art. 240.°), a doutrina adoptada é outra. Os illegitimos não estão sob o pátrio poder, embora reconhecidos. Mas, ao passo que, na Argentina (cod., art. 308.°), a mãe goza do pátrio poder, no Chile, o direito não lh'o reconhece (cod., art. 240.°).

0 código civil italiano deu um passo além do francez collocando, sob esta relação, em posição

idêntica, o pae e a mãe, não só quanto ao direito de correcção como quanto á perda do usufructo legal, pela passagem a segundas núpcias. O código 'Trancez, nestas circumstancias, só retira o direito de usufructo á mãe binuba, o italiano, mais justo, ex-tendeu a imposição ao pae binubo (act. 232.°). En-tretanto se contenta com o consentimento do pae para o casamento dos filhos.

Dissolvido o matrimonio pela morte de um dos cônjuges, o pátrio poder passa ao sobrevivo (artigo 220.°).

O código civil portuguez (arts. 137.° e segs.), como o hespanhol (art. 154.°), attribue o pátrio poder ao pae e á mãe, a qual deve ser ouvida em tudo o que diz respeito aos interesses do filho. Mas é ao pae que, especialmente, compete, durante o matrimonio, como chefe da família, dirigir, representar e defender seus filhos menores, tanto em juizo como fora delle (art. 137.°). No caso de ausência ou impedimento 'do pae, fará a mãe as suas vezes (artigo 139.°). No caso de abuso, os pães poderão ser punidos, na conformidade da lei penal, e inhibidos de reger as pessoas e bens de seus filhos, a requerimento dos parentes ou do ministério publico. Neste caso, será dado tutor ou administrador ao filho por nomeação do conselho de família (art. 141.°). 0 direito de recolher o filho á caça de correcção até trinta dias, por intermédio da auctoridade publica, é também conferido pelo código portuguez (art. 143.°) e pelo hespanhol (art. 156.°). Passando o cônjuge

5r*r Tf*

a segundas núpcias, deve proceder ao inventario dos bens que pertencem ao menor, ou que tiverem de ser repartidos com elle (art. 156.°), sob pena de perder o usufructo a que tem direito; mas não perde a auctoridade nem o direito de administração, salvo, em alguns casos, a binuba que aliás não usufruo os bens do filho. O pae pôde nomear, em seu testamento, um ou mais conselheiros que auxiliem a mãe, no estado vidual, com suas luzes e experiência (art. 159.°). Não seguindo ella os conselhos desse mentor, e si, por sua contumácia ou por qualquer outro modo, abusando de sua auctoridade. prejudicar o filho, poderá ser inhibida, por deliberação do conselho de familia, de reger a pessoa e o património delle (art. lfil.°).

No direito allemão, o poder paterno consiste, como diz ROTO, em relações de protecção equiparáveis á auctoridade do tutor sobre o pupillo, accrescentadas com o direito de usufructo (2). Na constância do casamento, cabe ao pae o exercício do pátrio poder. Todavia a mãe tem o direito e o dever de cuidar do filho, prevalecendo a vontade do pae em caso de desaccordo (cod. civil, art. 1:634."). Comprehende o pátrio poder direito sobre a pessoa e os bens do filho, mas, em relação a determinados negócios, pôde ser limitada a auctoridade paterna, nomeando-se um curador. Quanto á pessoa do fi-

(2) ROTH,—*System,* II, § 169."

lho, tem o pae o direito de representação, o de educação, que eoniprehende também a parte correccional, e o de reivindrical-o do poder de quem injustamente o detenha (arts. 1:628.°-1:632.°).

Suspende-se o pátrio poder pela incapacidade do pae. e termina pela morte ou condemnacão em consequência de delidos commettidos contra o Pilho (arts. 1:676.°-1:683.°).

Por morte do pae, ou sendo este destituído do pátrio poder por sentença judicial, dissolvendo-se o casamento, assume a mãe o exercício pleno dos direitos que constituo a auctoridade paterna (art. 1:684.°). Mesmo durante o casamento si ha simplesmente suspensão do poder do pae ou impedimento, compete á mãe exercel-o, sem comtudo usufruir os bens do filho (art. 1:685.°).

Na Suissa germânica, o pátrio poder é muito similhante ao que existe na Allemanha, e cujos lineamentos acabam de ser indicados. 0 nome de *vaeterliche Yormimdschaft* é suflicientemente expressivo para accentuar a feição do instituto, que mais contém deveres do que direitos, mais encargos do que fruições. Entretanto o pae tem o direito de exigir do poder publico a detenção do filho recalcitrante, e usufrue o património delle, em geral, até além da maioridade, até que elle constitua, definitivamente, uma economia separada.

Por outro lado, a administração do pae não é tam livre como entre nós, porque lhe é necessária a homologação das auctoridades tutelares nos mesmos

casos em que ao tutor. Assim o código de Zurich (art. 665.") somente concede ao pae qualidade para obrigar e alienar os bens moveis do filho. Para alienar ou hypothecar os immoveis, as successòe» e os bens de que ainda não tem a nua propriedade *('be)'fangenes Gut)* é indispensável o consentimento de um tutor extraordinário, dado *ad hoc* ao filho (art. 660.°).

Tudo que o filho ganha por um trabalho regular pertence ao pae, em quanto é este que o sustenta (art. 669."). Chegando á edade do discernimento, dispõe o filho do que lhe é dado com a clausula de livre disposição e do que adquire por um trabalho excepcional (art. 670.°). 0 pae tem o usufructo dos bens do filho, com excepção de suas economias próprias *(Spargut)* e dos bens que foram doados ou legados sob a condição expressa de não ter o pae dicto usufructo. A tutela paterna nessa com a maioridade (-20 annos), pela declaração antecipada da maioridade (3), pelo casamento do filho, pela interdieção

(3) E' um supplemento de edade ou emancipação expressa, que, em direito stiisso, se pôde conceder aos indivíduos dos dous sexos que hajam completado 18 annos, e os torna completamente capazes para todos os netos da vida civil (Lei Federal de 22 de Junho de 1881, art. 2."). Entretanto esta declaração de maioridade depende do consentimento do pae, e é feita pela iiiietoridade tutelar.

Ido pae, por negligencia grave do pae reconhecida pelo conselho dístrictal (arts. 679." a 683.°). Nestes dois últimos casos, o filho entra para a tutela dativa *(obrigkeitliche Vommnschaft).*

Na Suissa, geralmente, a mulher não tem o pátrio poder. Ao pae natural, porém, não o recusam.

Na Inglaterra, o pátrio poder também consiste no dever de orear, educar e proteger os filhos menores. Para cumpril-o, tem o pae o direito de determinar o logar da residência do filho, corrigil-o ein-quanto menor, encarceral-o em sua própria casa, e, n'uma palavra, toda auctoridade necessária para bem cumprir seu dever de educação. Em caso de abuso do pae, a lei o destituo do pátrio poder e transfere os filhos para a protecção tutelar. Demais a In-1 glaterra possue, como a França e outros paizes, | leis que asseguram á infância protecção social contra os pães desnaturados, os tutores indignos e os parentes perversos, qué a maltractam ou exploram (4).

Sobre os bens do filho, o pae não tem mais direito do que um tutor commum. Administra-os, co-

(4) Actos de 26 de Agosto de 1889, no *Annuairé Ide Ugislation étrangèrê,* do mesmo anno, e de (> do Agosto de 1897 *(The in/ant li/eprotection)* no *Annuairé* deste ultimo anno, pag. 49 e sega.

lhe seus fructos, e os restituo logo que o lilho chega n maioridade (21 annos). Em compensação tem direito ao trabalho do lilho, emquanto viver em sua companhia, e de indemnisar-se das despezas extraordinárias que com elle lizer.

A mãe substituirá ao pae nesses direitos e deveres, si não tiver elle nomeado um tutor; mas poderá o tutor ser apenas um auxiliar. Tudo depende da ultima vontade do chefe da familia.

Na Rússia, os dois esposos, pae- e mãe, estão ogual monte investidos do pátrio poder, tendo, entretanto, o homem a preeminência em casos de divergência, salvo á mãe nas províncias bálticas, o direito ■de pedir a intervenção do juiz. Mas é de notar que o *Sioti* não confere aos pães o direito de usufructo sobre os bens dos filhos. Administram-nos. durante a maioridade, como tutores communs. A auctori-dade paterna não se extingue com a maioridade dos filhos: mas sim pela morte, pela degradação civica dos pães, por terem elles maltractado ou abandonado os filhos, *pela datio in adoptionein,* pela emancipação expressa, e por ter o lilho fundado, mesmo a contra-gosto do pae, um estabelecimento separado.

0 casamento emancipa de pleno direito os menores dos dois sexos, na Polónia; rompe somente o vinculo de submissão em relação ás filhas, nas províncias bálticas; e, onde impera o *Svod,* restringe os poderes dos pães em relação ãs filhas. Nas provi n-■cias bálticas, a maioridade também determina uma

certa limitação no pátrio poder, pois que permitte-aos filhos a administração e gozo de seus bens pes-l soaes (õ).

(5) LBHR, — *Droit civil "nesse* $_t$ I, piígs,. 513-104. Tem-se avolumado ultimamente uma corrente legisla tiva em beneficio das creanças, victimas dos mãos cos tumes ou da perversão moral de seus pães, guardas e tutores. Já no correr do paragrapho foram citadas-j leis francezas e inglezas obedecendo a esse intuito de protecção social. Entre nós. além das providencia») consignadas no dec. de 17 de Janeiro de 1894 e no *Projecto* do código civil, cumpre lembrar um projecto de lei apresentado pelo dr. LOPES TKOVÃU ao senado-brazileiro, em 1902. 29

Filiam*se á mesma orientação: — as leis do Genebra, de 20 de Maio de 1891, particularmente nos artigos 20.ᵘ-39.° *(Aunuaire de légulation étrungère,* leis de 1891, pag. 727 e segs.) e de 28 do Maio de 1898 *(Annuaiie,* 1898, pag. 539 e segs. ; os actos de 1893, constitutivos do Cap. 45 dos estatutos da província de Ontário (Canadá) *(Aunuaire,* 1893, pag. 900 e segs.) e de 1895, Cap. 52 dos mesmos estatutos *(Aunuaire,* 1895, pag. 983) ; a lei noruegneza de 2 de Maio de 1896 *(Annuaire,* 1896, pag. 611 e segs.; a lei da Lu-ziania, de 7 de Julho de 1894 *(Annuaire,* 1894, pagina 908); a lei do Cantão de Valais, de 3 de Dezembro de 1898 *(Annuaire,* 1898, pag. 562).

CAPITULO DUODÉCIMO

■ Alimentos

§ 78."

NOÇÃO D li ALIMENTOS. — VOCAÇÃO A PRESTAL-OS

A palavra *alimento* tem, em direito, uma acce-j pçào teehnica, de mais larga extensão do que a da linguagem comumm, pois que oomprehende tudo que (■necessário á vida: *sustento, habitação, roupa* el *tractamento de moléstias.* A ord., liv. 1. tit. 88, § 15.", o faz sentir bem nas palavras de que usa: «o que lhes fôr necessário para *mantimento, vestido* e *calçado**. O código civil francez serve-se das expressões *nourrir, entretenir et élever.* 0 código civil portuguez, art. 171.°, J? único, acompanhado por outros, accrescenta que os alimentos comprehondem também educação e instruccão, si o alimentado é menor (1).

(1) O código civil chileno, art. 323.", distingue os alimentos em *côngruo»,* que habilitam á subsistência

O direito romano consagrava a obrigação de alimentar somente em relação aos pães, ascendentes, e reciprocamente. As ordenações philippinas (liv. 4,j tit. 99 e liv. 1, tit. 88) seguiram, neste ponto, a doutrina romana. O assento de 9 de Abril de 1772 ampliou a obrigação e lirmóu a base jdo nosso direito actual.

A obrigação de prestar alimentos incumbe, na constância do matrimonio, ao pae e á mãe, qualquer que seja o regimen do casamento, pelo dever em que estão de conservar e felicitar aquelles que fizeram vir ao mundo. Os bens communs e os dotaes devem concorrer para isso, na falta desses os bens próprios do marido, e, finalmente, os paraphernaes. Não cessa tal obrigação por annullação do casamento ou divorcio. Si o divorcio fôr amigável, os cônjuges poderão convencionar, entre si, o modo de manterem os filhos communs e farão, perante a auctoridade competente, a declaração da contribuição com que cada um flelles concorrerá para a criação e educação dos mesmos filhos. (Dec. de 24 de Janeiro, art. 85.", §§ 3.°—4."). Si o divorcio fôr litigioso, o juiz que o pronunciar mandará entregar os filhos communs ainda menores ao cônjuge innocente, e fixará a quota

modesta do individuo, em correspondência com a sua posição; e *necessários,* quando bastam simplesmente para manter a vida. Nossos civilistas chamam *civis* e *naturaes.*

bom que o culpado deverá concorrer para a educação delles. (Dec. cit., art. 90.°).

Cessou,., portanto, a obrigação especial para a mãe divorciada, ou cujo casamento se annullou, de crear os filhos de leite, até três annos como determina a Ord., liv. 1, tit. 88, § 10." Passou esta obrigação a ser uma faculdade de que a mãe usará ou não, pelo direito que tem á posse dos filhos até seis ou três amnos, conforme é innocente ou culpada, e a das filhas, até á maioridade ou somente até três annos (dec. cit., arts. 95.°-97.°).

Morto o pae, a mãe é obrigada a crear o filho de leite até três annos; depois dessa edade o sustento correrá por conta dos bens próprios do filho; só em falta destes a mãe sobrevivente será obrigada a sustental-o, diz a ord. 4, 99, § 2."

Si o cônjuge sobrevivente, porém, fôr o pae, este - deverá concorrer para os alimentos do filho até á maioridade. Depois desta, continuará a mesma obrigação, si o filho não tiver com que se manter e fôr impossibilitado de prover á sua subsistência. Parece, entretanto, que, exercendo a mãe o pátrio poder, os mesmos preceitos ,se lhe devem applicar.

Em falta de pae e mãe, a obrigação de prestar alimentos passará: 1.°, aos ascendentes paternos; 2.", aos ascendentes maternos; 8.°, aos descendentes, pois que a obrigação alimentar é reciproca (2);

(2) No Egypto, ás filhas e não aos filhos incumbia a obrigação de proverem ao sustento dos pães

-í.°, aos irmão.- legitimo* o. *nn* falta dewee, aos e-i (rítimoe (Ass, de 9 do Abril de 1772, $ «.•) (#).

0» filhos {Ilegítimo*, sejam naturuos ou espúrios, tem laml>em direito de pedir alimento»; mas somente quando eapontaneamente reconhecidos ou <liiando houver sentença, não provocada por elles, da qual resulte a prova de sua filiação, poderão constranger aeu* pae* ao cumprimento da obrigação alimentar. Cooio ha reciprocidade na obrigação de alimentar, tem 00 pães iilegítimos egual direito em relação a seus lillios, com as mesmas 2 restricçòes, el observadas as preferencias ila suocesHão quando ella tiver loirar (4).

Kntre casados, subsistindo o casamento, cabo precipuamenta, ao marido, o dever de prover á subsistência e bem estar da mulher. Dissolvida a sociedade conjuga? por divorcio amigável, continua o marido na obrigação de alimentar a mulher, si. por

(PAULT, — *Hmteneyclopaedie,* apud LEIST, — *Graeco-italincht Rfchtyenchichte*^ I, pag. 13).

(8) *Pi-ofW(o,* iirts. 404/-405. I (4) FIÍF.ITAH, ■ ■*Coniiilitlar,lodntl*i*riri*.* nrt. 222.' e nota 1,8.

Na Greciu antiga, não tinham os filhos de corte-zils a obriguçilo de manter seus progenitores, como também estes se eximiam de todos os deveres pater-mies. Resultavam desse tacto exposições frequentes de creanças que se confiavam aos cuidados de extranhos ou da republica.

demasiado exijam, a fortuna delia não fôr sufíiciente para mantel-a (dec, art. 85.°, § %.").. Si o divor cio fôr litir.*o.so. exige-se, além da condição de po breza, mais a innocencia da mulher, para que le nha direito a alimentos da parte do marido (dec, art. 90.°). I

Em regra, os alimentos são somente devidos, si 0 a Li monta rio não tem recursos p está impossibili tado de prover á sua subsistência, e quando o ali mentador possiie bens além dos necessários para a sua própria sustentação, liste principio é commum a todas as legislações, fixceptuam-se os casos do filho menor em relação ao pae. e da mulher em re lação ao marido, cujo direito é mais imperioso, mais absoluto. E* certo, entretanto, que a mulher afor tunada deve prover á subsistência do marido eare- cente, como é de razão, e o preceituaram expressa mente alguns códigos, como o do Chile. art. 134.".| do rruguay,' 131.°, e outros.

1 Cessa para os pães a obrigação alimentar: 1.", si contra elles commetteram os filhos alguma ingratidão pela qual possam ser desbordados; 2.°, si, sem justa causa, abandonaram a casa dos pães, faltando-lhes com os obséquios e respeitos devidos; 3.°, si casa ram sem o consentimento dos pães. não tendo sido. a falta do consentimento supprida pelo juiz (5).

(5) T. DE FREITAS,— *Consolidação,* art. 170.", §§ 3.", 4'.° e 5."

Para os irmãos cessa, () na ri do o alimcntario se re-J tira da casa dos irmãos a quem os pede, e quando se casarem sem consentimento dos. pães com-' muns. I O código civil portuguez estabeleceu, a este respeito, regras muito similhautes ás do direito pátrio: mas extendeu a obrigação de alimentar, em favor dos filhos legitimes menores de de/ annos, aos transver-saes até dez graus- de afastamento (art. 177."). Km regra geral, extinTue-se o dever de prestar alimentos nos casos em que é admittida a dosherdação (art. 179.°). Cessa egualmente, quando a necessidade delles resulta de procedimento reprehensivef do alimentado. Si, porém, sua emenda já não puder fazer com que deixe de carecer dos alimentos, o acto reprehensivel será tido em consideração somente para se lhe diminuirei» os alimentos (artigo .180.").

0 direito civil francez torna extensiva a obrigação reciproca de alimentar a certos parentes afíins-como sogros, genros e noras (eod. civ., art. 20B.")| e lembra a existência delia entre o adoptante e o adoptado (art. ;349."); mas isempta os collateraes desse encargo. Quanto aos illegitimos houve lacuna . no código civil, mas a jurisprudência e a doutrina estabelecem que o pae e a mãe devem alimentos a seus filhos naturaes reconhecidos, tendo direito] á reciprocidade, e sem essa reciprocidade devem-, nos aos adulterinos e incestuosos cuja filiação fôri

judicialmente provada, embora por meios indirectos (6).

Gessa a-, obrigação alimentar, como em nosso direito, quando desapparece a necessidade ou quando o alimentador não está mais em condições de cum-pril-a (cod., art. 209.").

('.essa também, quando a sogra passa a segundas núpcias, ou quando morrem o esposo que produzia a aflinidade e os filhos nascidos de sua união com o outro esposo.

O código civil allemão consagra a obrigação alimentar dos pães e ascendentes (arts. 1H91."-1615.°), em favor dos legítimos descendentes, dos legitimados e dos filhos adoptivos, providencia para os casos de divorcio (1:585.°), refere-se aos cônjuges (1:360." e segs.) e occupa-sp da reciprocidade entre parentes da linha recta.

Esta instituição não existe, de um modo claro e distincto, no código de Zurich. A obrigação de auxiliar os indigentes que compete á sua Iam Min. é regulada pelas leis de assistência. Somente os parentes em linha recta estão na obrigação de auxi-liar-se fora dos casos em que pôde ser reclamada a assistência publica. Cessa esse dever para a família, por actos de desrespeito á piedade e á honra

(6) LAURENT,— *Coura,* n." 194; PLANIOL,—*Trair té,* I, n.° 2:055. Vèr também Huc,— *Conunentaire,* II, n.°[8] 210-215.

pessoal ou da família. Porém, mesmo neste caso. o dever normal de assistência por causa de indigência continua a subsistir (arts. 441.°—442»?).

No cantão dos Grisões (cod.. art. 68.") a divida alimentar é regulada de modo mais completo. São por ella obrigados os ascendentes, .os descendentes e os irmãos.

0 código civil uruguayano (arts. *ÍÍH."-12S.")* inanteve-se nos moldes do francez. extendendo a mutualidade alimentar aos parentes afiins dentro de <;erto grau, mas afastou-se do modelo chamando os irmãos ao cumprimento desse dever. O argentino (arts. 3b"7.°-368.°) já precedentemente havia adoptado o mesmo systema, que obtivera as preferencias do *projecto* de (ioyena (7). 0 chileno (arts. 221." e 337.°) exclue os parentes affins, e confere direito unilateral de pedir alimentos ao doador empobrecido e ao religioso egresso. Além disso, accres-oenta este ultimo código que, somente ao cônjuge.

(7) A ordem estabelecida no *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 196.°, é a seguinte: «A obrigação de prestar alimentos incumbe: 1.°, ao outro cônjuge: 2.°, aos descendentes; 3.°, aos ascendentes; 4.°, ao genro e á nora; 5.°, ao sogro e á sogra ; 6.", finalmente, aos irmãos».
I O *Projecto* actual (arts. 404.°-405.°) manteve o direito vigente, deixando a distineção entre a linha materna e a paterna. A proximidade do grau é o principio regulador.

aos descendentes, ao doador e ao religioso egresso, são devidos alimentos côngruos.

Na Inglaterra, os collateraes e os affins não são chamados á prestação de alimentos, excepto, em relação a estes últimos, os padrastos, na hypothese de se acharem os filhos de sua mulher, anteriores ao enlace conjugal, sejam legítimos, sejam illegitimos. em lacta com a miséria. Além disso, a lei dos pobres providencia cuidadosamente para que não se vejam os indivíduos em completo abandono, impõe penas aos pães desnaturados, auctorisando a venda forçada de bens dos parentes abastados para submi-nistrar-se o pagamento da divida alimentar. K estatutos mais recentes impõem, aos pães e a todas as pessoas incumbidas da educação de cireanças, a obrigação de pagarem uma certa somma, todas as vezes que essas creanças forem recolhidas a uma casa de correcção ou a uma eschola industrial (8).

(8) GLASSON, — *ffist. du dr&it et de» inat. de VAn-pleterre,* pag. 215.

$ 79." FIXAÇÃO **DOS** AUMENTOS

E ACÇÃO PARA **OBTKL-OS**

A obrigação de alimentar se cumpre por meio de prestações periódicas de uma certa somma cuja fixação &e determina judicialmente, segundo os recursos do devedor e as necessidades do credor (1).

A pensão de alimentos, seja mensal, trimensal ou anu uai. paga-se em dinheiro, em géneros, por meio de rendimentos de prédios (2), conforme as cir-cumstancias. O direito francex estatue que esta pen- | são seja em dinheiro, salvo si o devedor não se acha

(1) Ord. 1, 88, $ 15.*; D. 25, 3 fr. õ. § 7.": código civil frsncez,arts. 208.°-209.°:italiano, 143."-144."; uruguayano. 124." ? allemâo. 1:602.", 1.* ai. 1:603.° :| lustriaco, 143.*; argentino, 372.°; portuguez, 178."; | hespanhol, 147.*; LAFAYETTE, — *Direitos de j'amilia*$_f$ § 137.° *Projecto,* art. 407." I

(2) Os alimentos expressamente consignados em um immovel por clausula testamentária, constituem um vinculo real (dec. de li< de Janeiro de 1890, art. 6.°). Aqui se trácia, porém, particularmente dos alimentos devidos *jure -ant/uinis.* e não daquelles que se originam de convenções ou de ultima vontade, os quaes obedecem a princípios ditterentes, não constituindo, como os legaes, uma figura jurídica á parte.

«-VWUIMM

em condições de prestal-a por esse modo, porque, então, o jui7$_t$ o auetorisarã a fornecer os alimentos em géneros ou om natureza, abrigando o alimentará» em sua própria casa (cod., art. 21().°). Ksta regra não se applica aos pães quando têm de alimentar seus filhos, ainda que maiores. A lei lhes dá a faculdade de chamar o filho, desde logo, para a rasa, sem a necessidade de justificarem falta de outros meios, salvo si o juiz entender que os interesses da moral e a dignidade do filho não lhe permittem accei-tar esta cohabitacào. Nossos escriptores falam também de uma justa causa para os filhos aparta rem-se: da casa paterna, nestas circumstancias (3).

Tanto pelo nosso quanto pelo direito portuiruez (cod., art. 181.°) e pelo francês (cod. civil, art. 20í)."),j os alimentos podem ser augmentados ou diminuídos, ou mesmo dispensados, na razão da necessidade do credor e rendimentos do devedor (4).

A obrigação de prestar alimentos não c solidaria nem indivisível, porque, como diz LAURKNT, não

(3) Si recedant ob novercas, vel ob inimicitias cum alio fratre, aut propter litem cum patre, vel ob culpam ejusdem pa íris, qui sit forte nimis saevus; raeretrices aut collusores mal» morigeratos in domo habeat, filiumve ipsum a domo vel mensa ejecerit (AROUCA ao fr. 3 D. de eis qui sunt sui, n.° 3).

(4) Egualmente pelo código civil italiano, art. 144.°; hespanhol, 147.°; uruguayano, 125.°; mexicano, 224.°, è por outros ainda.

ha solidariedade sem declaração expressa da lei, nem obrigação indivisível que recaia sobre />bjeclo divisível.

0 direito estabelece, corno ficou indicado, uma ordem, segundo a qual as pessoas são suocessivãmente chamadas á prestação dos alimentos. Porém,| mesmo assim, podem concorrer muitas pessoas que estejam collocadas no mesmo grau para o cumprimento dessa obrigação; Neste caso, a divida alimentar será dividida entre todos os co-obrigados em quotas proporcionaes nos seus haveres.

Esta quota constitue urna divida especial, que se transmitte aos herdeiros.

A acção de alimentos c surnmaria, si se pedem *futuro»,* e ordinária, si se pedem *pretérito»,* ou quando os alimentos não são devidos por direito de sangue *(jure mitffidwis)* (õ).

Proposta a acção, e em qualquer estado da causa, poderá o auctor pedir ao juiz que obrigue o réo a prestar-Ihe alimentos provisionaes, durante a lide *(alimenta tul litern).* K' necessário, porém, que justifique summariamente o parentesco allegado e a pobreza. Depois do que o juiz arbitrará a quota devida, que ha.de ser paga com antecipação.

São pouco comm uns estes pedidos de alimentos provisionaes. T. DE FREITAS diz que, actualmente,

(5) CORREIA TELLES,—*Doutrina das acções,* § 99." e nota 502 da ed. de T. DE FREITAS.

tP$P

não conhece exemplo delles, em nosso fôro (6). Salvo em casos de divorcio, creio que continua *n* ser exacta a observação do insigne jurista (7).

(6) TEIXEIRA DE FREITAS,— *Loc. dl.,* nota 485), *add.*

(7) Sobre alimentos provisionaes na acção de divorcio, veja-se PAULO DE LACERDA, no *Direito,* vol. 102, I pags. 345-347.

CAPITULO DECIMO TERCEIRO

Da tufelã

i? 80."

NOÇ0KS DA TUTELA

Tutela é o encaryo ciril conferido a alguém \pela lei, ou em virtnd" de suou disposições, para \que administre ou bem, proteja e dirija as pessoas Idos menores que não se acham sob a auc (aridade \de seus pae-s ou mães, quando a catas competem os direitos que a lei attribue aos pães sobre a pessoa \e os bens dos filhos (1).

I 0 direito romano antigo conhecia uma tutela dos impúberes e outra das mulheres, com exclusão das vestaes (2). Os púberes menores estavam em pura tela cujo oojic^b)_é_db£erso¡^

(1) 0 nome, com que ò antigo direito portuguez designava este instituto, era — *guarda;* e *guardadores* cluuiiavaiu-se os tutore» (Ord. off. 4, 82; LOUREIRO,— *Dir. eiv. braz.y* § 161.°, nota.

I *(2) 0* direito indiano também mantinha a mulher, segundo a lei de Manú, em uma tutela perpetua. Du-

A tutela parece ter sido creada mais para impedir a dissipação da fortuna que devia passar para OSJ agnados, sendo como era o direito de tutela intimamente ligado ao de successão; *ubi e:nolwkn&ntuiti\ successionis, ibi ónus tutelm.* Os agnados, porém, só eram chamados a gerir a tutela, si o pae por testamento não havia nomeado tutor para seu filho. Subsidiariamente o pretor nomeava um tutor que ora chamado atiliano.

Com o evolver da sociedade, lirmando-se mais] poderosamente as relações nacionaes e publicas em substituição aos estreitos vínculos da sociedade fainilial, a tutela da mulher desappareceu e a dos impúberes foi adquirindo seu caracter de verdadeiro-*jus alium tuendi* e de *múnus publicam.*

Sua acceitação é imposta, salvo excusa legal, quer se tracte da testamentária, quer da legitima ou dos agnados. quer da dativa (atiliana).

Chegando o menino á puberdade, extinguia-se a tutela.

lante a infância, achava-se sob a guarda do pae ; 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, tam preponderante no direito hindu, que devemos, principalmente, attribuir essa piipilingem perpetua ila mulher. Ainda no direito germânico a nmsma concepção dominava.

Vide mais os §§ 2.° e 26.° deste livro.

Eram, no ultimo período do direito romano, incapazes de exercer tutoria: os escravos, os extran-geiros, as mulheres, os dementes, os pródigos, os surdos-mudos, os menores (3), os bispos, os monges, os inimigos do pupillo ou de seu pae, os soldados em serviço, os credores ou devedores do pupillo, os que com elle sustentassem qualquer demanda, aquel-les aos quaes fora interdicta a tutela pelo pae, e os judeus em relação aos christãos.

Para os escravos abriu-se uma excepção: si o senhor nomeava seu escravo tutor de seu filho. Egual mente a incapacidade sexual encontrava uma excepção, quando a mulher era mãe ou avó do pupillo.

Nosso direito actual é o direiro romano com algumas ligeiras modificações. As ordenações (liv. 4, tit. 102-104', § ti."), consideram tutores somente os que velam sobre os impúberes e denomina curadores aos que têm sob sua guarda os menores púberes. Esta distincção, porém, reminiscência do direito romano quasi apagada, já não traduz mais uma realidade, como têm entendido nossos civilistas. I E' a tutela um encargo publico, porque é a sociedade que, no interesse dos menores, lhes dá um defensor e guia em substituição ao que perderam na

(3) No direito primitivo encontra-se a anomalia de poderem os impúberes e os mentecaptos do sexo masculino ser tutores das mulheres.

pessoa de seus pães. Devem, portanto, incidir em tutela: 1,°, os filhos legítimos, orphams de pae e mãe (Ord., liv. 4, tit. 102); 2.", os filhos legítimos, orphams de pae, e cuja mãe é binuba ou passou a segundas núpcias (Dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 94-.°); 3.", os lilhos-familias menores'cujos pães e mães se acham impossibilitados de exercer o pátrio poder, por incapacidade moral ou ausência em logar remoto e não sabido (Ord., liv. 1, tit. 88, § 6.° tn *fine);* 4.°, os engeitados e os illegiti-mos não reconhecidos, orphams de mãe (4); 5.",

(4) Ê uma questão esta que tem sido muito debatida entre nós. A opinião adoptada no texto em relação á mãe natural, foi a ceei ta por alguns e combatida por outros. Em sentido favorável pronunciaram-se: o Tribunal da relação do Maranhão, em accordam 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 accordam inserto no *Direito,* vol. 82, pag, 190; a Relação da Bahia, em luminoso accordam publicado no *Direito,* vol. 87, paginas 657-660; o dr. GABRIEL FERREIRA, em valioso parecer estampado no *Direito,* vol. 83, pags. 473-480, etc.

Doutrina opposta acceitaram : o accordam' do Supremo Tribunal Federal, em 29 de Julho de 1898 *(Direito,* vol. 76, pag. 82); o accordam do Tribunal da Relação do Maranhão, de 25 de Outubro de 1898 *(Jurisprudência* do mesmo Tribunal, vol. 9, pags. 44-47); o accordam do Tribunal Oivil e Criminal da Capital Federal, de 25 de Outubro de 1900 *(Direito,* vol. 73,

os illegitimos reconhecidos e perfilhados por seus pães.

pag. 400); o dr. RAJA GABAGLIA, em observações insertas na *Revista de Jurisprudência,* vol. 1, pags. 222 e 224; e o aocordam do Tribunal de Appellação da Bahia, proferido a 19 de Novembro de 1895 *(Revista de Jurisprudência,* vol. 2, pags. 287-295), etc.

Parece-me que o dec. n.° 181 de 24 de Janeiro, alterou profundamente o direito civil pátrio nesta parte, concedendo á mãe viuva, não binuba, os direitos constitutivos do poder paterno e exigindo do filho que impetre licença á sua mãe natural quando tiver de casar. A primeira das alludídas reformas elevou a mulher, coníerindo-lhe direitos que anteriormente lhe eram negados, approzimando-a da condição civil do homem. A segunda extendeu as vantagens da primeira á mãe natural. De facto leiam-se e comparem-se os arts. 7.", § 7.", 14.° e 18.° do citado decreto, e lúcida resultará a idéa que propugno.

São prohibidos de casar, determina o art. 7.°, § 7.°, — as pessoas que *estiverem sob o poder* ou sob a administração de outrem, emquanto não obtiverem o consentimento ou o supprímento do consentimento.

Accrescenta o art. 14.° que o impedimento do artigo 7.°, § 7.°, poderá ser opposto pela pessoa de cujo consentimento depender um dos contrahentes, e o artigo 18.° esclarece que a mãe natural é uma dessas pessoas de cujo consentimento pôde depender um dos contrahentes.

Ora si o casamento necessita da previa auctorisa-ção da mãe natural (art. 18.°) e si a pessoa cujo consentimento é necessário exerce sobre o nubente poder

A tutela, entre nós, é:

1.° *Testamentária,* feita em testamento ou eo-dicillo pelo pae, mãe, ou avô sendo já fallecidos o

ou administração, segundo se exprime o arfc. 7.°, § 7.°, e claro que a mãe natural lia de ter um desses dois nttributos. Mas administrador das pessoas, na linguagem da lei, *è* curador, e os casos de curadoria são os de prodigalidade ou alienação mental; portanto á mãe deve competir outra razão de auctoridade. Esta não pôde ser sinão o pátrio poder.

Dir-se-á que se colloca, desse modo, a mãe natural em melhores condições do que a legitima. Respon-de-se, porém, a essa objecção, fazendo notar que *a* qualidade de mãe colloca a mulher nas melhores condições para dirigir a pessoa e os bens do filho, e por isso bem fez a lei chamando-a quando viuva ao exercício do pátrio poder. Durante a vigência do casamento á mãe legitima recusa a lei o pátrio poder, por que não quer diminuir a auctoridade do pae, que *è* o chefe da família: A mãe natural está nas condições da viuva que não passa a segundas núpcias; pôde, por isso, dedicar-se á educação de seus filhos sem ser nessa nobre funoção perturbada pela auctoridade do marido e, consequentemente, não ha razão para arredal-a, e em seu posto collocar um extranho, que não poderá normalmente ter pelos menores o mesmo interesse.

Depois, na ausência de uma disposição expressa de lei, o que se reclama para a mãe natural são _ os direitos decorrentes de sua qualidade de mãe, os quaes constituem os elementos do pátrio poder, isto é, o direito de conservar os filhos em sua guarda e o de edu cal-os. 0 usufructo sobre os bens do filho é prero-

pae e a mãe do menor (5). Independem de confir mação do juiz as nomeações de tutores feitas por essas pessoas. Si, porém, o pae natural nomear tu tor para seu filho em testamento, é preciso que o juiz confirme a nomeação para que produza effeitos jurídicos. ,*

2." *Tutela legitima,* deferida aos parentes segundo a ordem da proximidade em graus, sendo, em primeiro lograr, preferido o avô, depois a avó. si qui-zer, não tendo passado a segundas núpcias e viver honestamente. ((}). De acfordo com o direito rogativa normalmente conferida por lei ao progenitor legitimo quando exerce o pátrio poder, mas nada impede que seja attribuido ao i Ilegítimo no caso de que aqui se tracta.

Finalmente, si a mãe illegitima fôr incapaz moralmente de ter os filhos sob sua guarda e direcção, compete ao juiz dar-lhes tutor, como daria si fosse ella viuva, como daria, tractando-se de pae legitimo.

0 *Projecto* solveu esta duvida determinando, no art. 386.°, que o filho illegitimo legalmente reconhecido, está sob o pátrio poder do pae ; e, no art. 390.°, que, não sendo reconhecido o filho pelo pae, exercerá sobre elle o pátrio poder a sua mãe.

(5) Este direito do avô, consagrado na O rd. 4, 102, § 1.°, é também uma reminiscência do direito romano que se não compadece com o estado actual do nosso. B

(6) A mão sobrevivente, não sendo binuba, tem o pátrio poder emquanto não passa a segundas núpcias; passando, não poderá siquer ser tutora ou curadora de

mano, tem-se entendido, diz LAPAYKTTK apoiado eir LOBÃO e BORGES CARNEIRO, que a ord. 4, 102. § 3."| somente convida a avó para o exercício da tutela, na ausência de avô, quer paterno quer materno. &| também esse o pensar de LOUREIRO: nem seria razoável uma excepcional precedência do sexo feminino, neste caso particular. Entre os outros parentes, deve o juiz preferir os mais cheirados e os mais idóneos. O parente que, sem justa causa, excusar-se da tutela, perderá o direito de suceeder ao menor, no caso de este fallecer na edade pupillar (ord. 4, 102, g 6.°).

3." *A tutela dativa,* conferida pelo juiz, na falta de tutoria testamentária e não havendo parentes do orpham com a precisa idoneidade, a um extranho que esteja nas condições de bom gerir os bens e di-

seus filhos (dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 94.°). Deste modo, ampliadas as attribuições da mãe de família, avultaram também as suas obrigações e responsabilidades.

Mas, si essa comminação da perda da administração dos bens deve ferir a mãe binuba, haverá a mesma razão para ferir o pae que contrae segundas núpcias? BRIDEI,, reclama um tractamento egual para os dois cônjuges; mas, incontestavelmente, a influição do segundo matrimonio é mais poderosa para a mulher do que para o homem. Era todo o caso, *é* justo, como faz o código italiano, art. 232.°, que se retire, ao bi-nubo de qualquer sexo, o usufructo legal sobre os bens dos filhos de leito anterior.

rigir a pessoa do mesmo (7). O juiz de orphams, dentro de um mez, a contar do dia em que o menor entrou em orphandade, ou do dia em que sua mãe passou a segundas núpcias ou daquelle, emlim, em que se achou privado de seus protectores naturaes. por qualquer circumstancia, deve providenciar para que não fique elle nem a sua fortuna ao desamparo, nomeando-lhe um tutor capaz (ord. 4. 102 pr. l« § 7.").

' 8 Hl."

DA INCAPACIDADH PA KA RXRHCKH A TUTKLA

As incapacidades consagradas em nosso direito, em relação ao exercício da tutoria, são as do direito romano com pequenas alterações. Não podem ser tutores (1): os menores de vinte e um annos; os loucos e desassizados; os pródigos interdictos; os doentes de enfermidade grave e incurável: os cegos; os surdos-mudos; os militares em serviço; o inimigo do orpham ou do pae: os afastados da tutela pelo pae ou pela mãe: o indigente: o devedor do orpham

(7) 0 juiz competente para dar tutor ao orpham é o de seu domicilio *(Revista forense,* vol. V, 1906, pag. 33 e segs.).

(1) Ord. 4, 102, §§ 1.° a 3."

e aquelle que sustenta com elle uma demanda. Tam bém não podem ser tutoras *ea* mulheres, excepto a avó, si viver honestamente, imo tiver contraindo noras núpcias, e fizer renuncia do beneficio velleiano. 0 extra ligeiro àéhava-so peruai monto afasta do do exercício da tutela sobre um nacional (2); mas deante da epualdade estabelecida pelo art. 72.° da Constituição federal, devemos entender que essa prohi bicão não se refere ao extrangeiro residente no paiz (3). I

Ainda aos doutores em direito ou em medicina era interdiria a tutoria pela o rd. 4, 104, § 5." Mas uma tal disposição, desarrazoada na actualidade, já perdeu de todo a sua forra pelo desuso que a soterrou (4).

(2) Aviso de 8 de Junho de 1837; LAFAYETTB,— *Direito» de família,* § 148.°; LOUREIRO, — *Dir. ch*\,\ $ 163.°; PIMENTA BUENO,— *Dir. int. prw.,* § 85.°

(3) CARLOS DB CARVALHO, — *Direito civil,* artigo 1 :fi52.° Não ha razão, diz FlORl, para excluir o estrangeiro das funcçoes tutelares, e o direito italiano o não exclue *(Droit. int. prive,* I, n.° 467).

0 *Projecto,* art. 419.°, não se refere a esta incapacidade, nem á da mulher.

(4) LAFATETTE, — *Op.* aí., § af.; TEIXEIRA DE FREITAS,— *Consolidação,* nota ao art. 262.°, § 7." Por direito romano, os doutores tinham uma escusa, mas não eram feridos de incapacidades.

8 82."

DAS EXCU3AS

Aquelles a quem a lei não interdiz o exercício da tutela, poder-se-ão, entretanto, excusar delia, si em seu favor militarem as razões que ella considera acceitaveis para esse effeito. Sem essa condição, a tutela impõe-se, porque é um encargo, um múnus publico.

As excusas de nosso direito são ainda as do direito romano, com alterações de pequeno valor.

Assim, estão dispensados do encargo da tutela testamentária, legitima ou dativa (1): os que tiverem a seu cargo cinco filhos sob seu poder ou cinco netos sob sua direcção, contando-se, nesse numero, os que morrerem na guerra ou indo para ella (2): os magistrados; os escrivães, procuradores, contadores, carcereiros, porteiros e mais ofneiaes de justiça; os empregados das repartições de fazenda; os conselheiros municipaes; os maiores de 70 annos; os

(1) Ord. 104, 88, §§ l.°a4.°; LAFAYETTE,—0p. *cit.,* § 146.°; LOUREIRO, — *Op. eit.,* § 177.°; TEIXEIRA DE FREITAS, — *Consolidação,* art. 263.°

(2) Disposição antiquada essa, que parece presuppôr o pátrio poder exercido pelo avô, e a preponderância da civilisação militar.

011 Termos temporários de moléstia grave, emquanto durarem os efleitos da moléstia (3).

O direito romano ainda continha algumas ex-j ousas que têm sido recebida? pela pratica do foro e pelos traetndistas, como sejam: a administração de Ires tutelas (Inst. 1, 25, pr.); ê a ausência a serviço publico (Inst. cit., § 2."). I

As excusas devem ser alienadas dentro de dez dias. a contarem-se da intimação feita ao que, sendo nomeado tutor, se acha ifaljruma das condições previstas pela lei. Desc.urando-se de fazer valer seu direito em tempo, entende-se que fez renuncia del-le (4). Km geral, porém, é preciso notar, as excusas, embora occorridas depois de acceita a tutela, podem ser uiilisadiu*. salvo a que se refere aos conselheiros municipaes.

I $K3.°

(iAKANTIAS UA TUTELA

Dolorida a tutela, e não havendo excusa a op-pôr, deve, desde lojro. entrar o tutor em funeções, sob pena de responder por perdas e damnos. Essa entrada em funeções consiste no compromisso pres-

(3) *Projecto,* art. 420.°

(4) LAPAYETTE, — *Op. cit.,* § 149.°, apoiado em LOBÃO, — *Acc. summ.,* § 383.°, nota.

tado, perante o juiz, de bem gerir a tutela e no re cebimento, por inventario, do património do pupillo (1). v

O tutor testamentario está isempto de prestar uma caução fidejussória: não assim o legitimo nem o dativo ou atiliano, dos quaes exige a lei (2) uma fiança idónea para segurança e garantia dos bens do menor, salvo si esses tutores possuírem, na comarca, ou mesmo fora delia, im mobiliários dosem pedidos, no valor da fortuna que vão gerir, ou ainda se forem homens de probidade, dignos de confiança e jurarem que não encontram fiadores (ord. 4, 102,
jfi 5°) (3).

A avó que acceita a tutela do neto, além de obrigar-se, perante o juiz de orpbams, a dirigir ze-

(l).Ord. 4, 102, pr. e § 5.°; T. DE FREITAS, — *Consolidação,* art. 251.° e notas; LAFAYETTE,—*Dir. do [fam.,* § 150.°

(2) Ord. 4, 102, § 5.°, e alv. de 7 de Dezembro de 1689. Da leitura desse alvará conclue-se, contra a opinião de alguns civilistas, que também para o tutor dativo é necessária a fiança, salvo, como em relação ao legitimo, si fôr de probidade reconhecida. *Vide* PEREIRA DE CARVALHO, — *Proc. orphanologico,* § 121.°, nota 221, ed. Macedo Soares, e CARLOS DE CARVALHO, —*Direito civil,* art. 1:668.° O *Projecto* 424-425 não colloca em melhor posição o tutor testamentario, e só exige a fiança na impossibilidade de caução hypothe--caria.

(3) *Projecto,* art. 425.°

losamente a pessoa e os bens do pupillo, deve renunciar o beneficio velleiano (4), comprometter-sej a pedir a nomeação de outra tutor antes de passar]
•a segundas núpcias, e prestar fiança, não tendo bens de raiz suficientes para a garantia dos bens do or-| pham (5).

I f

I Os im moveis de todos os tutores, sejam testamentários, legítimos ou atilianos, acham-se legalmente hypothecados aos menores (dec. n.° 169 A; de 19 de Janeiro de 1890, art. 3.", § 2.°), não valendo, entretanto, essa hypotheca em relação a terceiros, si não foram inscriptas e especialisadas (cit. dec. e art., § 10.").

(4) Ord. 4, 102, § 3.° A pratica attestada por TEIXEIRA DE FREITAS, — *Consolidação,* nota 12 ao ar- | tigo 248.°, é processar a renuncia em auto apartado que, depois,., se appensa aos do inventario, attenta a morosidade com que se desenvolvem os processos de inventario, contra o presupposto na lei.

(5) Ord. 4, 102, § 3.° *Projecto,* art. 424.° As cauções fidejussórias, aliás, estão em desuso, entre os povos cultos, para a segurança da gestão tutelar; o citado TEIXEIRA DE FREITAS,— *Consolidação,* nota 13 ao art. 249.", diz-nos que, em nosso foro, está em uso, a dispensa da fiança, ao menos em alguns casos. E, entretanto, útil a fiança como subsidiaria da hypotheca, si os bens de raiz do tutor não equivalem ao montante do património do orpham, o que fica ao critério dojiuV. apreciar.

§ 84."

DIREITOS E OBRIGAÇÕES DO TUTOR

1 — A mais importante obrigação do tutor é$_T$ sem duvida alguma, a de sustentar e educar o or-pham, e delia .«e desempenha elle segundo os dieta-1 mes da moral, da razão esclarecida e do direito, no que o auxilia e Rscalisa o juiz, como representante immediato da sociedade e depositário da auctoridade publica.

A creação do orpham deverá ser feita de preferencia, em companhia dos parentes mais próximos: mas verá o juiz si melhor para a cultura moral ou mesmo para a commodidade do menor não será que elle seja entregue aos desvelos de um extranho, ou conservado na mesma casa do tutor, si este quizer e puder mantel-o em sua companhia (1).

A educação intellectual e profissional será dada, como diz a ord. 1, 88, § 15.", «segundo a qualidade de suas pessoas e bens». Mas a instruccão primaria, sendo como é gratuita, não deverá ser ree usada aos orphams de qualquer condição.

(1) Ord. 1, 88, §§ 10.°, 11.°, lõ.° e 16.°; CARLOS-DE CARVALHO, — *Dvr. civil,* art. 1:654.°, pr. e §§ 1.* n 3.° *Projecto,* art. 430.°

Aquelles que possuem bens serão alimentados o educados á própria custa, arbitrando o juiz as quantias que para tal fim julpar necessárias, na pro-.l pOrcâo dos rendimentos do orpham, si, porventura, o pae não tiver providenciado nesse sentido em seu testamento (2).

Aquelles orphams que não possuírem bens, poderão ser alimentados por seus parentes, segundo os preceitos do direito (3). Aquelles, porém, que não tiverem parentes abonados, ou serão dados á soldada (4), ou recolhidos em asylos de meninos des- J validos (5). ou nos arsenaes (dec. de 29 de Dezembro de 1837).

A edade, em que devem ser os orphams dados

(2) O rd. 1, 88, § lõ.° CARLOS DE CARVALHO, — *Direito civil,* art. 1:654.°, § 4.° *Projecto,* artigo 431.°

(3) *Vide §* 78." deste livro.

(4) Nem o juiz de orphams (nem o escrivão) pôde tomar para si, em soldada, orphams de sua respectiva jurisdicção (ord. 1, 88, § 14.°).

I (5) 0 dec de 9 de Janeiro de 1875 deu regulamento para essa espécie de asylos. Diz o seu art. 1.": «O asylo é um internato destinado a recolher e educa r meninos de 6 a 12 annos de edade». Depois de completa a educação, permanecerão ainda no asylo esses meninos, trabalhando nas ofBcinas por três annos. Metade do producto de seu trabalho será recolhido á *Caixa Económica,* para lhes ser entregue por occasião da sua sabida (art. 5.°).

já soldada, é a de sete ânuos; porém, aquellas pessoas que os erearam até essa edade poderão; perrait-tindo o juiz, utilisar-se de seus serviços por outro espaço de tempo egual (ord. 1, 88; {$ 12.°, e 4, 31, 8 8."). E aquelles que, além de crearem gratuitamente os orphams, se incumbirem de mandal-os ensinar a ler e a escrever, poderão conserval-os até •dezeseis annos (<>).

Os expostos serão equiparados a quaesquer outros orphams, e. portanto, linda a creação nos estabelecimentos pios destinados a amparal-os no abandono a que os arremessa a infelicidade, a miséria •ou a depravação dos pães, devem ser apresentados ao juiz de orphams para que este lhes nomeie tutor. O tutor do exposto deve fazer com que lhe •seja ensinado algum officio. si elle já não tiver feito essa aprendizagem no estabelecimento onde estivera recolhido. Não sendo possível, deverá .dal-o á soldada, de accordo com o que já ficou affirma-do (7).

(6j Alv. de 24 de Outubro de 1814; T. DE FREITAS, — *Consolidação das leis civis,* art. 269.° ; CABLOS DE CARVALHO, — *Direito civil,* art. 1:657.° Estas, disposições tanto entendem-se com os extranhos, quanto com os tutores.

(7) Ord. 1, 88, § 11.°; alv. de 31 de Janeiro de 1775, § 3.°; ord. de 10 de Maio de 1783 ; alv. de 18 •de Outubro de 1806; e modificações introduzidas pelos

II—Cabe, em segundo logar, ao tutor administrar tarn zelosamente os bens do pupillo como si fossem próprios. K, portanto, cumpre-lhe conser-vai-os, utilisando-os de melhor modo, desenvolvel-os e consolidai-os.

Para arrendar os bens de raiz do pupillo, deverá pedir a intervenção do juiz, que ordenará a licitação em hasta publica. Mas, não a p parecendo-uma proposta acceitavel ou por derisoria no valor ou por desprovida de garantias quer de ordem económica quer de ordem moral, ao tutor cumpre admi-nistral-os por si (ord. 1, 88, § 2.'J.°).

Quando fôr damnosa ou improductiva a conservação dos moveis, tanto corpóreos quanto incorpo-

costumes (T. DE FREITAS, — *Consolidação,* art. 275.° e-nota); PEREIRA DE CARVALHO, — *Processo orpfumolo-yieo* em sua nota, 218; Liz TEIXEIRA,— *Curso,* I, pag. 205.

Além da vigilância do juiz de orphains que se ex-tende a todos os que se vêem privados do amparo de seus pães, se acham os expostos, durante o período da creaçao e o da educação sob a auctorídade dos concelhos municipaesj segundo determina a lei de 1 de Outubro de 1828, arts. 69.°, 70.° e 76.° O código civil] argentino, art. 396.°, e o hollandez, 421.°, dão claramente a tutela dos expostos ás commissões administrativas dos estabelecimentos onde se acham recolhidos-B' o que geralmente se observa. Vêr o *Projeito,* artigo 418.°

reos, requererá o tutor ao juiz para que sejam elJes alienados em praça (8).

Os immovois consideram-sc como de mais solida segurança, e, por isso, devem ser conservados, salvo: *a)* alienação forçada por necessidade ou utilidade publica (ord. 4, 37, § 7."); *b)* inexcusavel necessidade para alimento do pupillo, para pagamento do dividas, ou outro facto similhante, quando for inadiável e não existirem outros bens. Mas, ainda assim, estas ultimas alienações devem reeahir, de preferencia, sobre os bens do mais difficil aproveitamento, exigem auctorisação do juiz, e requerem basta publica assistida pelo tutor (ord. 1, 88, § 20.") (9).

(8; Ord. 1, 88, § 23.° ; av. de 12 de Julho de 1844;. CARLOS DB CARVALHO, — *Dir. civil,* art. 1:660.° Providenciará o juiz para que a importância das arrematações seja logo recolhida ao cofre dos orphams ou empregada na forma da lei, segundo as necessidades e as vantagens dos proprietários.

As peças de ouro, em regra, se não vendem; mas poderá o juiz auctorisar a venda, si entender que assim melhores benefícios colherá o orpham (art. citado).

Também poderá, si achar conveniente, converter em moeda, para emprestar ao Estado, os bens do orpham depositados no cofre publico (av. de 26 de Dezembro de 1854). *Projecto,* arls. 432.°-433.°

(9) Os tntores, curadores, juizes e escrivães de orphams e juizes de direito em correcção não podem adquirir, por qualquer titulo, os bens dos menores e interdictos (ord. 1, 88, § 29.°; cod. penal, art. 232.°;

Ainda necessita o tutor da auctorisacão do juiz: *a)* para occorrer ás despezas com a conservação e melhoramentos dos bens do pupillo; *b)* para solver as' obrigações do mesmo e receber as dividas activas; *c)* para propor acções em beneficio do menor ou defendel-o das que lhe forem propostas; *d)* e para todos os actos de maior vulto que occorrerem no decurso da administração (10).

É, porém, dispensável a auctorisacão do juiz:
a) para a alienação dos objectos naturalmente destinados á venda, como os productos de quaeequer explorações industriaes, e os de fácil deterioração;
b) para o recebimento e pagamento de dividas que devem ser pagas em tempo fixo, como as rendas, foros, juros, pensões e outras sobre as quaes nào pode haver duvidas (11).

cod. oivil trance/., 450.°; argentino, 450.°; da Luiziania, 327.°; hollandez, 457.°, etc). *Projecto,* art. 434.°, I e III.

(10) LAFATETTE, — *Direitos de família,* § 153.° ; LOUREIBO, — *Dir. civil,* § 147.° Sempre que a aucto risacão do juiz *é* necessária para a alienação dos bens do menor, sua falta annullará o acto alienatorio, salvo revalidação expressa ou tacita do menor, depois de al cançada a maioridade (ord. 1, 88, § 23.°). *Projecto,* art. 433.°

(11) LAFAYETTB, — *Direitos de família,* § 153.°; LOUREIRO, — *Dir. civil,* § 174.° *Projecto,* art 432.°, II-IV.

As alienações gratuitas são absolutamente vedadas ao tutor, mesmo quando, por ventura, as auctorise o juiz, assim como as transacções (12).

III — Em terceiro logar, cabe ao tutor *represen tar* os pupillos impúberes, que são absolutamente incapazes, e *ctuctorisar* os púberes, todas as vezes que tenham elles de funccionar nos actos da vida civil, quer em juizo quer fora delle (13).

Os púberes já têm certo desenvolvimento mental; sua incapacidade é relativa, por isso quer a lei que elles figurem nos actos da vida civil, intervindo o tutor somente com o seu assentimento para completar a sua capacidade restricta, limitada, e também o juiz nos negócios de mais momento, como já vimos.

A falta de *auctorisação* vicia o acto, e o torna annullavel. Mas somente o orpham pode intentar a sua annullação, chegando á maioridade.

IV — Tem ainda o tutor que prestar contas de sua gestão, pelo modo que se verá noutro paragrapho, e que indemnisar o orpham dos prejuízos cau-

(12) *Disposição provisória* de 29 de Novembro de 1832, art. 6.° *Projecto,* art. 434.°, II.

(13) Ord. 3, 41, §§ 8.°-9.°;LOUREIRO, cit. § 174.°; LAFAYETTE, cit. § 152.°; PEREIRA DE CARVALHQ, — *Proc. orphanologico,* nota 226. A auctorisação pôde ser anterior, simultânea oa posterior ao acto, expressa ou tacita. *Projecto,* art 432.°, I.

sados por culpa ou dolo (14). Na falta do tutor, por morte ou insolvência, responde o seu fiador, e, na falta deste ultimo, o magistrado que o nomeou ou confirmou. E.xime-se, porém, o magistrado de similhante responsabilidade, provando que tomou todas as precauções aconselhadas pelo direito, exigiu fiança idónea, não deixou de tomar contas, nem descurou de modo algum os interesses do orpham (15). Cumpre notar que, si o juiz descura de nomear tutor, deixa de ser subsidiaria a sua responsabilidade para tornar-.se directa (16).

(14) O rd. 1, 88, §§ 26.°-29.°; 3,41, § 3.°; 4, 102, § 9.° *Projecto,* art. 440.° «Não responde, porém, pelos bens situados em diverso districto, porque a respeito destes deve o juiz do inventario officiar ao do dicto districto para os fazer administrar por um curador capaz». (PEREIRA DE CARVALHO, cit. nota 225 ; o rd. 4, 102, § 8.°). Aocresce qne deverá nomear tutor ou curador especial, todas as vezes que sobrevier um conflicto de interesses entre o tutor e o pupíllo.

(15) Ord. 1, 88, § 3.° »» *fine,* e §§ 7.°, 16.°, 18." e 24.°; 3, 41, § 2.°; 4, 102, §§ 5.°-8.° *Projecto,* art. 426.°

(16) Reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 32.°, § 8.°; ord. 1, 88, § 3.° *Projecto,* art. 427."

§ 85.°

DO COFRE DOS ORPHAMS

Os tutores devem recolher ao cofre dos orphams todo dinheiro de seus pupillos. qualquer que seja a sua proveniência, assim como as peças de ouro ou prata, e as pedras preciosas com especificação do pezo, qualidade e valor (1).

Esses valores não devem ser retirados do cofre sinão nos casos auctorisados por lei, isto é: 1.°, para despezas necessárias com a creação e educação do pupillo; 2.", para comprarem-se bens de raiz; 3.°, para compra de apólices da divida publica; 4.°, para entregarem-se aos orphams, quando emancipados (2).

(1) O rd. 1, 62, § 31.°; 88, §§ 31.°-44.°; T. DE FREITAS,— *Consolidação das leis civis,* art». 294.°-295.[8] *Projecto,* art 438."

(2) O rd. 1, 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.°, § 4.°; prov. de 12 de Outubro de 1842. Não está mais em uso empregar os dinheiros dos orphams em bens de raiz ; mas, desde que ha conhecida vantagem nessa operação, deverá ser auctorisada. O Âv. de 26 de Março de 1855 também auotorisou a conversão de taes valores em acções de estrada de ferro. Cbn-sultar-se-á com proveito a respeito, o *Processo orplia-*

§ 86."

I TERMO DA TUTELA

Termina a tutela, em relação ao orpham: 1." Quando chega á maioridade, isto é, ao completar 21 annos (resol. de 31 de Outubro de 1831, art. 1."), ou mesmo 20, sendo o orpliam do numero dos expostos (alv. de 31 de Janeiro de 1775, § 8.°). A capacidade que se adquire pela edade legal independe de prova, pois que é uma presumpção jurídica, e dispensa qualquer acto especial de que resulte a emancipação. Basta a prova da edade, para que, *ipso jure,* se verifique a emancipação.

2." Pelo supplemento de edade, que pôde ser requerido pelo menor, aos vinte annos, sendo varão, ou aos dezoito, sendo mulher (ord. 3, 42, pr.). São os juizes .de orphams os competentes para conceder a provisão de supplemento de edade (lei de 22

noloffico de PEREIRA DE CARVALHO, nota 315 e addições. *Pnjecto,* art. 439.°

O dec. de 27 de Fevereiro de 1904 manda considerar emprestado ao governo o dinheiro (em moeda corrente) recolhido ao cofre dos orphams, não permitte] outros empréstimos, estabelece que o mutuo vence juros e firu.a regras para o recolhimento e retirada das quantias, sempre com a intervenção do juiz.

de Setembro de J 828, art. 2.", § 4.°). depois de se terem informado sobre a competência do menor para a direcção de sua fortuna (regul. de 15 de Marco de 1842, art. õ.°, § 2."). Obtendo o supplemento de edade torna-se maior o orpham, mas ainda nào se lhe permitte alienar seus bens de raiz (ord. 1. 88, § 28.", e 3, 42, §§ l.°-2.°) (1).

3.' Ainda se extingue a tutela por ter o menor contraiíido casamento com auctorisação do juiz. Neste caso, tendo o orpham dezoito annos, entre-gam-se-lhe os bens (ord. 1, 88, ij 27.°). Não tendo havido licença do juiz para o consorcio, nào se effe-ctuará a tradição dos bens antes dos vinte annos (ord. cit.). 0 menor casado, embora se considere emancipado, necessita ainda de licença do juiz para alienar seus bens de raiz (ord. 1, 88, § 28.": 3, 42, §§ 1.° e 2.°), salvo si fòr commerciante, segundo o preceito do código commercial, art. 1.°. n.° 2.[1], o qual, falando de menores emancipados, se refere positivamente aos orphams casados com assentimento do juiz ou supplementados.

Salvas as restricçòes apontadas, fica o orpham, com a cessação da tutela, perfeitamente habilitado para todos os actos da vida civil, recebe os bens que se acham em poder do tutor ou depositados no co-

(1) Pelo *Projeto,* a emancipação do art. *[l]J",* § único, primeiro inciso, não sotfre essa restricçfto de capacidade.

fre, e passa a administral-os e a dispor delles como entender. ;

Em relação ao tutor, íinda-se a tutela:

1." Transcorrido o lapso de tempo que a lei prescreve, isto é, dois annos para os atilianos, que não podem ser constrangidos a servir por mais tempo (ord. 4, 102, § 9.°). Quanto aos legítimos e testamentários foi silenciosa a lei, mas entende PEREIRA DE CARVALHO que aquelles devem ser exonerados do incommodo da tutela, desde que o requeiram, já tendo servido por um tracto razoável de tempo, de modo que o ónus se reparta egualmente por todos aquelles quê tenham de ser chamados á successão, uma vez que offereçam o necessário presupposto da idoneidade (2). Em relação ás avós, não ha duvida alguma que depende de sua vontade a prolongação do incommodo que tomam sobre si de gerir a tutoria de seus netos, salvo si passam a segundas nu-, peias. Os tutores nomeados por testamento servirão emquanto não sobrevier justa causa de excusa.

2.° Por apparecer uma excusa legal.

3.° Pela remoção, quando o tutor malversar os bens do pupillo, ou siquer se tornar suspeito por negligencia, desleixo, ou má condueta (3).

(2) *Processo orplianologico,* nota 228.

(3) GUERREIRO, citado por PEREIRA DE CARVALHO, — *Processo orphanologico,* nota 269, indicou quarenta *e* doas causas de remoção. Mas ocioso é, por

A remoção, que se refere a qualquer tutor, seja testamentario, legitimo ou dativo, pôde ser requerida por qualquer pessoa do povo, e o deve ser pelos parentes consanguíneos do orpham, pelo contutor, si existir, pelo curador geral (4). 0 juiz, alias, tem competência para decretal-a *ex officio,* quando tiver conhecimento de quaesquer irregularidades no exercício da tutela que devam fundamentar uma suspeição (ord. 1. 88, § 50."; 1, 62, § 33.°).

O processo da remoção é summarissimo, segundo preceitua a ord. (5); mas nem será denegada defeza ao tutor, nem tam pouco será elle mantido na administração da fortuna do pupillo até conclusão da causa. Suspende-se o tutor efTectivo e nomeia-se um interino," para gerir a fortuna durante a pendência da lide.

Si é procedente a remoção, são logo tomadas as

certo, debulhar tamanha copia de casos, quando ao prudente arbítrio do juiz deve ser deixada a apreciação dos motivos de suspeição. Os tutores que se revelam incapazes, infiéis, perdulários, que infligem maus tractos aos pupillos, que não os educam, ou que tentam pervertelos, emfim todos os que não cumprirem zelosamente os deveres inherentes ao exercício da tutela, devem ser removidos.

(4) PJSBEIHA DE CARVALHO, — *Processo orpliano-lógico,* § H2.° e nota 271.

(5) Ord. 1, 62, § 33.°; 1, 88, § 50°; 3, 18, § 5.°; 4, 102.

contas do tutor culposo e nomeado um outro para substituil-o. No caso contrario, volverá o tutor, injustamente suspeitado, ao exercício de suas funcções, e tomam-se as contas do tutor interino.

Si o tutor removido era testamenteiro e recebera do pae do pupillo um legado remuneratório do incommodo que lhe deprecara, terá de rêstituil-o; si era legitimo, perderá o direito á successão, morrendo 0 orpham ainda impúbere (6).

4." Ainda linalisa a tutela, quando quem a exerce ó a avó do orpliam e passa a segundas núpcias (ord. 4, 102, § 3.")-

§ 87.°

DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

1 Todos os tutores., sem que os possa excusar dis posição expressa do testador, estão sujeitos a prestar contas de sua-administração, a fim de que se apure a sua responsabilidade e melhor sejam zelados os bens dos pupillos. As contas se tomam: 1.°, periodica mente durante o exercício da tutela; 2.°, quando termina a tutoria por qualquer motivo; 3.°, desde que se apresenta uma suspeição capaz de determinar um processo de remoção.

---

(6) PEREIRA DE CARVALHO, — *Processo orphanologko,* § 147.° e notas 282-283; ord. 4, 102, § 6.°

O período para a prestação de contas é de dois em dois annos, para o tutor dativo, e de quatro em quatro para o testamentarío e o legitimo, excepto sendo a avó que deve ser chamada sempre ao cumprimento dessa obrigação de dois em dois annos, como si fosse tutora atiliana (ord. 1, 62, § 37.°, e 88, § 49.") (1).

No momento próprio, deve o juiz ordenar a citação do tutor, e, não comparecendo elle no dia aprazado, sem apresentar uma excusa attendivel, devem as contas ser tomadas á sua revelia (ord. 3, 79, § 3.").

Deve fazer-se carga ao tutor, como *receita:* 1.", de todos os bens que lhe foram entregues com o accrescimo dos fructos e rendimentos (2); 2.°. dos valores em numerário ou em jóias que haja negligenciado recolher ao cofre; 3.°, dos alcances prove-

(1) CARLOS DB CARVALHO,—*Dir. eivil,* art. 1:674.° *Projecto,* arts. 440.°-442.°; não distinguindo, entretanto, entre o tutor testamenteiro, o legitimo e o atiliano, os quaes todos devem prestar contas de dois em dois annos.

(2) Os bens de raiz arrendados judicialmente têm, no preço da arrematação, a indicação exacta de seu rendimento; os que forem directamente explorados pelo tutor pedem uma avaliação dos rendimentos prováveis, por intermédio de peritos, ou uma determinação por documentos que inspirem confiança.

nientes de suo prestação do contas anterior (3); 4.°, das soldadas do orpham cujos serviços estejam locados; 6.", das perdas e damnos imputáveis a dolo bv culpa sua (4).

Devem ser abonados ao tutor, como *despesa :*\ 1.*, os gastos com a conservação, melhoramento e utilisação dos bens do pupillo; 2.°, os motivados com o sustento e educação do orpham, no medida do seus rendimentos e posição social; 3.°, o premio em remuneração de seu trabalho, que, por ser a vigésima parte do rendimento liquido (ord. 1, 88, § 53.°), se denomina *vintena,* mas que não deverá exceder a 1ÕOSO00 annuaes (5).

(3) Os alcances das contas sobrecarregam-se com os juros legaes (Regul. de 2 de Outubro de 1851, art. 32.°, § 8.°; T. Dl FREITAS,— *Consolidação das leis Iciris,* art. 307.° e nota).

(4) Somente os prejuízos confessados pelo próprio tutor se contemplam na tomada de contas. Si elle os impugna, a indemnisaçáo só poderá ser pedida por acção ordinária (PEREIRA DE CARVALHO,— *Processo orpJianoloffico,* **nota 306).**

(5) T. DE FREITAS,— *Consolidação das leis civis,* art. 298.°, nota 1 ; LAFAYETTE, — *Direitos de família,* § 160.°, pag. 331 da 1.* tiragem; MACEDO SOARES,— *Observação* (b) á nota 309, *addição* 94 do *Processo or-*\ *phanologico* de PEREIRA DE CARVALHO. CARLOS DE CARVALHO, — *Dir. civil,* art, 1:672.°, eleva a vintena a 400#000, fundado no dec. n.° 561 de 18 de Novembro de 1848. T. DE FREITAS e MACEDO SOARES lho

Nào se deve pagar vintena aos tutores removidos por malversarão do património do pupillo, nem aos que receberam legados remuneratórios do ineom-modo da tutela.

Ultimadas as contas e julgadas por sentença, depois de admittidos os recursos legaes, é o tutor obrigado a recolher ao cofre, no prazo de nove dias, os alcances líquidos e juros, e entrejral-os-á ao orpham, si as contas forem motivadas pela emancipa ção deste. Si nào o fizer, incorrerá na pena de pri são (H). ••■

são contrários. Assim como não entra em linha de conta para a avaliação da vintena, o producto das sol dadas, dos legados e de outras acquisições extraordiná rias do orpham, também os trabalhos do tutor que não se incluem normalmente na funcção tutelar, como os serviços médicos ou de advogado, exigem remuneração especial. .

(6) Ord. 4, 102, § 9.° ; reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 32.°, § 7."; T. ou FREITAS,— *Consolidação das leis civis,* art. 305.° e nota 3 ; LAFAYETTE, — *Direitos de família,* § 160 °; PEREIRA DE CARVALHO, — *Processo orptianoluoico,* §§ 159.°—160.°, nota 312, *observação* (a) e *addição* 96. Duvidaram os praxistas da applicabilidade da pena de prisão, -nesta hypothese, *ex vi* da presumida revogação da ord. cit. pela lei de 20 de Junho de 1774, § 19.°; e entre elles achava-se o auctor do *Processo orplumologico.* Cessou a duvida, porém, com o reg. de 2 de Outubro de 1851, art 32.°, § 7.° «Além disso, repita-se com T. DE FREITAS, o caso é especial, similbante ao do depositário judicial

ij 88." ,,.,,-

LEUlSLAÇlO koMPAIlADA EM «ELAÇÃO Á TUTELA

enfrentarei agora as legislações extranhas, da actualidade, mas destacando-lhe somente os dispositivos fundamontaes ou os preceitos idionomicos de mais immediato interesse.

No direito francez, si a theoria da tutela apresenta muitos pontos de similhança com a de nossas leis, não lhe faltam discrepâncias mais ou menos consideráveis, que mereçam ser conhecidas.

Apezar de o cônjuge sobrevivente dispor do pátrio poder, seja embora a mulher, julgou o legislador francez que seria necessário designar um tutor ao menor que perdesse um de seus progenitores. Esse tutor, aliás, é por lei o mesmo cônjuge superstite, mas poderá deixar de ser em certos casos. Si é a mãe que sobrevive, tem a faculdade de eximir-se da tutela; mas, para evitarem que se utilise dessa faculdade, costumam os pães nomear um conselho es-

remisso e do extrajudicial condemnado por sentença, contra os quaes se procede com prisão, nos termos da ord. 4, 49, § 1.°, e 4, 76, § 5.°» 0 *Projecto* não consagra esta medida.

pecial. que lhe sirva de auxiliar na gestão da tutela, ■e sem o qual ella não tem o direito de agir (cod., arts. 390."-392.").

Si a mãe tutora quer contrahir novas núpcias, ciimpre-lhe convocar o conselho de família, para que este resolva si lhe deve ser conservada a tutoria, sob pena de perdel-a de pleno direito e de acarretar, solidariamente com o novo esposo, com todas as consequências da tutela indebitamente conservada (artigo 395.°). E' ainda ao conselho de familia que compete nomear um *curador ao ventre,* quando por occcasião da morte do marido, fica a esposa em estado de gravidez (art. 393.").

As espécies de tutela do direito francez são as mesmas do nosso, mas com especialisaeão da tutoria dos ascendentes e a submissão a princípios um tanto dissimiles. 0 cônjuge sobrevivo, estando no exercício da tutela de seu filho, poderá designar-lhe tutor para depois de sua morte, em testamento ou em declaração recebida pelo juiz de paz ou pelo notário (arts. 396.°-398."). Na tutela da lei, os ascendentes do sexo masculino são os chamados, porém de modo que sempre o parente paterno seja preferido ao materno do mesmo grau (arts. 402.°-403.°). A tutela -dativa é provida pelo conselho de familia, ao qual egualmente é attribuido o direito de decidir os casos de incapaoidade, porém com 'recurso para os tribu-•naes.

O conselho de familia é composto de seis membros, parentes consanguíneos ou alibis do menor,

sendo preferidos os mais próximos, sob a presidência do juiz de paz (arts. 407."-410.°).

Em toda tutoria haverá um *sobror/é tuteur,* nomeado pelo conselho de familia, e incumbido de fís-j calisar os actos do tutor effectivo, assim como de servir nos casos em que os interesses delle estejam em antimonia com os do menor (art. '420.°). E' a entidade que os códigos civis* de Portugal e da Itália denominam *protutor,* a qual não existe em nosso direito.

O tutor, no direito francez, é o director da educação do menor, sob a inspecção do conselho de familia e do *subrogé tuteur,* tendo até o direito de correcção, isto é, de provocar a reclusão do menor (art. 468.°). Quanto á administração, tem o tutor francez maior liberdade de acção do que o brazileiro. Entretanto não pôde, por si, acceitar nem repudiar uma herança, nem provocar uma partilha, nem acceitar uma doação, nem intentar uma acção immovel; tem necessidade de ser auctorisado pelo conselho de familia (arts." 450.°-464;°).

Para alienar, hypothecar, mutuar os immovris do menor, lhe é indispensável, além do assentimento do conselho de familia, a o flerta em hasta publica, assistida pelo juiz de paz e pelo tutor subrogado, e a homologação do tribunal de primeira instancia (arts. 457.°-459.°). Para transigir, pede o art. 467.° do código civil o parecer de três juristas indicados pelo procurador da republica, a outorga do conselho de familia e a homologação do tribunal.

Um dos modos de terminar a tutela é a emancipação expressa concedida aos orphams de dezoito annos, e que corresponde ao supplemento de edade do direito pátrio. Embora emancipado o menor, seja íilho-familias (1), seja orpham, não adquire a plenitude da capacidade civil. Para receber os bens das mãos do tutor, para litigar sobre immo-veis necessita da intervenção de um curador, e para contrahir empréstimo e alienar ímmoveis tem de observar certas prescripções legaes tendentes a resguardal-o de fraudes alheias ou leviandades suas (2).

O código civil italiano (arts. 241.°-322.°) modelou suas disposições de accordo com os preceitos do francez, feitos somente alguns retoques. Por isso, não se encontra ahi o inútil redobramento do pátrio poder com a tutela, nem algumas outras das disposições do direito francez que a jurisprudência des-approvara.

O código civil portuguez (art. 185.° e segs.) adoptou eguai mente o systema francez, porém modifi-

(1) O filho—famílias pode ser emancipado por seu pae aos 15 annos (cod. civ., art. 477.°). O código civil italiano (art. 311.°) e o portuguez (art. 307.°) pedem 18 annos.

(2) Código civil, art. 478.° e segs.; italiano, 312.° e se ws. ; hespanhol, 314.° e segs. ; portuguez, 304.° e segs. Este ultimo, no em tanto, não estabelece restric-çoes á capacidade do emancipado (art. 305.°).

cado por influições mais directas do direito romano e por conselhos da doutrina, do que resultaram differenças mais vultuosas, entre as quaes pedem menção as tutelas especiaes dos filhos perfilhados, dos espúrios, dos menores abandonados e dos filhos de pessoas miseráveis (arts. 275.°-296.°). Em Portugal ha uma intervenção mais directa da auctoridade publica na gestão da tutoria, sendo os curadores de orphams e os juizes responsáveis pelos prejuízos que por negligencia ou dolo seu, por ventura occorram ao pupillo (arts. 220.°~223.").

Similhante responsabilidade, extranha ao direito francez, consigna o direito hespanhol, cuja theoria tutelar se approxima grandemente da que adoptara previamente o portuguez (cod., arts. 199.°-292.°).

0 código civil argentino (arts. 377.°-467.°) offerece notáveis similhanças, neste assumpto, com o direito pátrio vigente, não tendo admittido, como o do Uruguay, o conselho de família nem o *subrogé tuteur* que figuram obrigatoriamente nos systemas jurídicos a que me tenho referido até agora. Mas, por outro lado, exige a confirmação judicial para o tutor testamentario (art. 388.°); não acceita o sup-plemento de edade, como não conhece a emancipação expressa dos filhos-familias (art. 131.°); e, destacaodo, de modo mais lúcido e systematico, as hypotheses em que se deve nomear um tutor especial, aponta, além da opposicào de interesses entre tutor e pupillo ou entre differentes pupillos dirigidos pelo mesmo tutor, a existência de negócios que

exijam conhecimentos especiaes ou administração distincta (art. 397.°).

O código civil chileno (arts. 338." e segs.) sujeita á tutela somente os impúberes, á moda romana; os púberes, como os maiores incapazes, submet* tem-se á curadoria geral. O pae tem o direito de nomear tutor por testamento ainda que não se ache o filho privado dos cuidados de sua mãe; a tutela legitima como reeáe também sobre os emancipados, pôde ser exercida pelo pae do pupillo; é admissível a sub-divisão da mesma tutoria entre vários indivíduos. E' um systema, emfim, que, offerecendo combinações um tanto complicadas, se me afigura dos menos recommendaveis.

Mais feliz na selecção de suas regras legaes foi o legislador uruguayano (cod. civ., arts. 278.°—384.°), muito embora fosse haurir muitas delias no código chileno. Mas teve o cuidado de modifical-o, dando-lhe uma orientação mais moderna e uma actuação mais efficaz. de accordo com os projectos de GARCIA GOYENA is TEIXEIRA DE FREITAS e com os códigos civis de Nápoles e da Argentina. Não offeroce, porém, o systema tutelar uruguayano differenças dignas de menção em face do prescripto em nosso direito.

No direito allemão actual, a tutela, que não obedece á theoria romana, offerece um accentuado caracter de instituto eminentemente social (3), era-

(3) B' opportuno recordar que o antigo direito saxonio mantinha a tutela perpetua das mulheres. *Qui*

quanto que no francez, no italiano, no portuguez e no hespanhol, o caracter família] é o preponderante. No systema da legislação pátria faz também saliência o elemento social que nos veio dos romanos, porém constituo um typo differente do apresentado pela generalidade dos. códigos tedescos.

São orgams da administração tutelar na Allemanha: o tribunal das tutelas, o conselho de familia, cuja organisaçâo e competência são diversas das consignadas no código civil francez (4); o conselho dos orphams; o tutor e o pro-tutor *(Gegenvormund).* Além da tutela dos menores, existe a tutela dos maiores interdictos. Os que, por incapacidade phy- | sica ou mental, não puderem tractar de seus negócios, não se achando interdictos, devem receber um curador (arte. -l:89(i.°-l:908). As mulheres podem

mortuus viduam religuerit, tutelam ejus filius quem ex alia uxore lutbuit accipiat, si is forte defuerit, frater idem defuncti, si frater tton fuerit, proximus paterni ge-iieris ejus consanguineus, diz a lei saxonia, 42, *apud* SOHULTB.

(4) O conselho de familia pôde ser nomeado, por ordem do pae ou da mãe legitima do pupillo, ou a requerimento de terceiro. Com põe-se do juiz tutelar, e de dois a seis assessores. A inspecção da tutela, sendo confiada á anctoridade judiciaria, o conselho de familia somente *é* chamado a fnnccionar em casos raros e especiaes, quando, por exemplo, o menor emprebende negócios commerciaes ou industriaes que exigem conhecimentos technicos especiaes (art?. 1:858.°-1:859.°).

ser tutoras, mas, sendo casadas, necessitam do consentimento do marido (art. 1:783.°).

0 código civil de Zurich firma, de um modo positivo, o principio de que a tutela é uma funcção social, declarando que todos os tutores e curadores officiaes são nomeados, em nome do Estado, pelas auetoridades tutelares (art. 733.°). Logo que a municipalidade tem conhecimento de que ha logar para a constituição de uma tutoria, nomeia um tutor ou curador provisório, tendo em conta a vontade do pae ou dos parentes mais próximos do menor, e provoca da parte do conselho do districto a nomeação de um tutor definitivo. Além dos menores e daquelles que, em direito, a elles se equiparam, estão submetti-dos á tutela os condemnados á reclusão e aquelles que voluntariamente a ella se submettem (5). Sempre que a tutela paternal, a marital e a ordinária se mostrarem insufficientes, terá logar a nomeação de u:n tutor extraordinário. As mulheres são excluídas do encargo tutelar de um modo absoluto.

(5) Código de Zurich, art. 329.° No mesmo sentido, o de Schaffhausen, 281.°; de Thurgoria, 336.°, e o dos Grisões, art. 105.°, n.os 4-5, si bem que este ultimo código fale antes de curatela, nos casos indicados.

Em Genebra pode hoje a mulher exercer a tutela (lei de 3 de Julho de 1897, no *Annuaire,* leis de 1897, pag. 632 e segs.).

I A tutela ordinária das auctoridâdes pôde, em certos casos, ser excepcionalmente substituída pela da ihmilia: 1.°, si razoes particulares justificam essa excepção no interesse do pupillo; 2.°, si os paren-tes, que offerecem sua garantia, e o tutor proposto, por elles ou pelo pae defuncto, merecem, por sua honorabilidade, suas luzes e sua situação de fortuna, a confiança absoluta das auctoridâdes tutelares (art, 819.°), Neste caso, os parentes constituem uma espécie de conselho de familia, mas sob a inspecção do conselho de districto (arts. 823.°-824.").

Na Inglaterra, os menores estão sempre em tutela, mesmo durante a vida de seus pães. A tutela é, em primeiro logar, deferida ao pae, na falta deste á mãe, na falta desta aos ascendentes, salvo si o pae houver designado tutor especial por testamento, porque, então, não terá logar a tutela da mãe nem a dos outros ascendentes. Não havendo occasião para qualquer destas pessoas ser chamada á tutela, por não existirem, ou por outra causa, o menor poderá escolher seu tutor, mas a justiça tem o direito de lhe ajunctar outro ou de o remover, si assim fôr necessário. Não sendo encontrada uma pessoa que acceite a tutela, será nomeado um administrador assalariado, cujo ordenado será proporcional aos rendimentos do menor (6).

(6) GLASSON, — *Iiift. de V Avyleteive,* vol. VI, § 282.°

É necessario'«notar que o poder do tutor varia segundo sua origem. 0 pae, a mãe, os tutores testamentários e os judiciários têm auctoridade sobre as pessoas e sobre os bens dos menores. Seus poderes são, porém, limitados aos aetos de simples administração, quanto aos bens, havendo, em certos casos, necessidade da intervenção da justiça, como, por exemplo, para os arrendamentos cuja duração exceder á menoridade, e para a acquisicão de bens reaes. Quanto ás pessoas, elles têm o direito de correcção e o dever de educação. As despezas com o menor não lhes serão imputadas, mas sim tiradas dos rendimentos do próprio menor, salvo, bem entendido, quanto ao pae que tem o dever de, a sua custa, crear e educar o filho. Tem também direito sobre a pessoa e bens do menor, o tutor em *soc-cage.*

Os outros tutores têm somente auctoridade sobre a pessoa do menor.

Termina a tutela com a maioridade; mas, si, depois delia, continua o tutor a gerir os bens do pupillo. entende-se que assentaram em prolongar a administração tutelar dos bens.

A lei russa não quer que os menores de dezesete annos administrem sua fortuna, e, por isso, os submette aos cuidados de um tutor, quando lhes fallecem apoio e guia de seus pães e de suas mães. Aos dezesete annos têm os orphams a administração de seu património, mas não podem tomar dinheiro por empréstimo, nem contrahir obrigações por escri-

pto, nem dispor de seus capitães, aem a intervenção de um curador, sob pena de nullidade absoluta para o acto..

Si faltam, ao menor, pae e mãe, ou si se achamI interdictos estes dois tutores natura os, abre-se, na Rússia propriamente dieta, a tutoria testamentária, e, não havendo nomeação por testamento, a dativa, j Nas províncias bálticas, são chamados a exercer a tutoria, em primeiro logar, os avôs, e, depois as avós, que assumem as attribuicões conferidas aos progenitores do pupillo. Na Polónia, em falta de tutor testamentario, entra a tutela dos ascendentes, de maneira que o mais próximo pretira ao mais remoto e a linha paterna á materna, no mesmo grau (7). Não havendo tutores testamentários nem legítimos, a au-ctoridade (que varia segundo as regiões e a classe do pupillo) designará a pessoa encarregada de velar pela pessoa e pela propriedade do menor.

Entre as excusas e as incapacidades, nada ha que exija especial menção. Em relação aos direitos e deveres do tutor, merece reparo que, na Curlan-dia, diferentemente do que se observa na Rússia propriamente dieta e nas províncias bálticas, os tutores legítimos e testamentários são dispensados da formalidade do inventario, quando entram em funcçòes; que, polo *Landrecht* livoniano e esthoniano, também por disposição não encontrada em outras

(7) LEHK, — *Droit civil russe,* I, pags. 109-116.

regiões do império moscovita, tem o tutor «a faculdade de se servir, de preferencia, dos capitães de seu pupillo. com a condição de offerecer a mesma segurança que outro qualquer devedor e de pagar um juro egualmente elevado»; e que, em geral, o direito de administração é mais desembaraçado do que entre nós e do que na maioria das legislações (8).

A tutela termina, em relação ao pupillo, por sua morte, adopção, maioridade e emancipação. A emancipação, porém, observa LEHR, não offerece o mesmo caracter em todo o império. «Emquanto, pelo código russo e pelo polaco, ella tem por efleito, como em França, augmentar a capacidade do menor, sem tornal-o completamente senhor de seus direitos, pois que não prescinde de um curador, nas províncias bálticas, como na Allemanha, ella consiste n'uma declaração antecipada da maioridade», a qual confere a plenitude da capacidade civil (9).

(8) LEHR, - *Op. eit.,* pag. 127 e segs.

(9) LEHR,— *Op. eit.,* pag. 141 e sega. Na Finlândia, existe uma lei recente organisando o instituto da tutela. B' a lei de 19 de Agosto de 1898 *(Anmuiwv,* leis do citado anno, pag. 651 e segs.). Estão submel-tidos á tutela, por essa lei, todos os menores de 21 au-nos, mas os maiores de 15 podem dispor do producto de seu trabalho, e, a pedido do pae, da mãe ou do tu lor, pode a tutela prolongan-se até os 25 annos. Incidem egualmente em tutela os alienados e todos aquel-

les que, por infermidade mental, não podem gerir os seus negócios.

I 0 tutor legal do menor é o pae e na falta deste a mãe. Quando esta convola a segundas núpcias, decide o, tribunal si lhe deve ser retirada a tutela. 0 filho na-J tural tem por tutor a sua mãe, si não for julgada irif] digna. Na falta de tutor legal, será nomeado um pelo juiz. A mulher casada não pôde ser tutora sinão de seus próprios filhos.

CAPITULO DECIMO QUARTO

Da curatela §

89."

NOÇÃO li ESPÉCIES DE CURATELA

Curatela é o encargo publico conferido por lei a alguém, para dirigir a pessoa e administrar os bens dos maiores que por si não possam fazel-o.

Nosso direito reconhece as seguintes espécies de curadoria: a dos alienados, a dos pródigos, a dos ausentes, a das heranças jacentes, a dos litígios *(in litem),* a geral dos orphams, a que se dá ao réo ausente (1). Cabe, porém, tractar-se, neste momento,

(1) PEREIRA DE CARVALHO,—*Processo orphanologico,* § 150.°; PEREIRA K SOUSA, — *Prim. linha»,* nota 203; ord. 3, 41, § 9.° A curadoria das viuvas que dissipam seu património, de que fala a ord. 4, 107, não se distingue da dos pródigos em geral; a dos que padecem moléstias perpetuas, destacada por MELLO FREIRE, PEREIRA DE CARVALHO e outros, ■ não tem assento em lei, a menos que entrem elles n'alguma das classes apontadas no texto, como acontece cora os surdos mudos. Curadoria dos posthumos, curadoria do ventre,

apenas das três. primeiras, por quanto as outras ou pertencem a espheras differentes do direito ou, como a dos posthurnos, se amoldam aos princípios geraes que vão ser expostos.

0 direito romano estabelecia uma curatela para os púberes menores de vinte e cinco annos, da qual restam vestígios, aliás incongruos, nas ordenações philippinas. Essa creação jurídica, hoje inútil e abandonada na pratica e na theoria de nossa jurisprudência, appareceu como uma providencia em beneficio dos varões púberes a que o direito antigo attribuia capacidade civil plena, desde que não estivessem submettidos á *pátria protestas.*

I Essa capacidade precoce, concedida aos romanos de quatorze annos, deu funestos resultados, por que os jovens foram, muitas vezes, explorados por maléficos gananciosos. Imaginaram-se, por isso, diversos systemas de protecção aos cidadãos menores de vinte e cinco annos. 0 primeiro foi o da lei *Ptaetoria,* estabelecendo uma acção criminal publica contra aquefle que abusasse da inexperiência do menor, e permittindo a este solicitar, do magistrado, um

raramente se verificará, pois que não se acham os nasciturnos em posição diversa da dos filhos já nascidos, tendo sobre todos estes a mãe eguaes direitos. E' preciso para que ella se dê, que a mãe não possa exercer o pátrio poder. E' o caso previsto pelo *Projecto,* artigo 468.° No mesmo sentido, o código civil allemão, art. 1:912.°

curador. Depois os pretores, não satisfeitos com esse primeiro ensaio tutelar, decidiram examinar todos os actos jurídicos em que fosse parte um cidadão menor de vinte e cinco annos, afim de decretarem a *restitutio in integrum,* em favor delle, todas as vezes que o julgassem lesado.

Até então, os menores de vinte e cinco annos podiam obter um curador a pedido seu, para actos determinados. Marco Aurélio permittiu a nomeação de curadores geraes, *non redditis causis.* isto é, sem necessidade de ser allegado outro motivo além da edade do solicitante. Mesmo depois das reformas legislativas de Justiniano, *inviti adolescentes curatores non acdpiunt, praeterquam in litem* (Inst. 1, 23, § *2.°).*

Dessa exposição se vê que a evolução do instituto protector ainda não se tinha consummado 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 ella perfeitamente assimilada á tutela. Foi o que executaram as legislações modernas, segundo já ficou affirmado em paginas anteriores.

O direito francez, o italiano e o de outros povos, differentemente do que acontece na Allema-riha, como já tive occasião de affirmar, determinam a nomeação de curadores para os menores antecipadamente emancipados do pátrio poder ou da tutela. Apesar do que leccionam alguns júris-

tas (2), não existo essa inútil providencia no direito pátrio. A" emancipação expressa dá-se aos dezoito nnnos para os íilhos-familias, aos dezoito e aos vinte para os orphams tutelados.

Por identidade de razão, devíamos dizer que os supplementados sujeitavara-se egualmente á curatela,' ou persistiam na mesma pupillagem, ó que é manifestamente absurdo, contra o direito romano e contra a lei pátria. Ainda em edade menor do que dezoito annos, se dá a emancipação legal pelo casamento. Estarão também esses em curatela ou em tutela? Em qualquer dessas hypotbeses, suppõe-se no individuo o discernimento preciso para guiar-se por si nas dificuldades da existência, tanto que o pae ou juiz o reconhece apto para tomar a posse e administração de seu património; que se lhe permitte a 'constituição e direcção da família: que se lhe confiam funcções publicas de responsabilidade. Accresce que a lei, prohibindo a alienação dos bens de raiz pelo emancipado antes de attingir á maioridade, fala da intervenção do juiz, mas não de um curador (3).

Em relação ás incapacidades, excusas, respon-

(2) LAFAYJETTE, — *Direitos de família,* § 145.° ; BORGES CARNEIRO, 1, 26, § 223.°, n.° 9. Falam elles de tutela, para os Hlhos-famílias menores emancipados do pátrio poder.

(3) *Vide* os §§ n.° 6.°, e 86.°

sabilidade e garantias, vigoram, nesta matéria, os mesmos princípios da tutoria, da qual em pouco dif-fere a curatela.

§ 90."

CURATELA DOS ALIENADOS E DOS FRACOS DE ESPIRITO

Sob a expressão de alienados e fracos de espirito, comprehendem-se todos aquelles que, por orga-nisação cerebral incompleta, por moléstia localisada no encephalo, lesão somática ou vicio de organisa-ção,"não gozam de equilíbrio mental e clareza de razão suffici entes para conduzirem-se socialmente nas varias relações da vida,' como: os idiotas, os imbecis, os surdos-mudos de nascença não educados suffi-cientemente, os vesanicos, os furiosos, que a nossa lei designa cominummente pelos nomes geraes de mentecaptos, desassizados, dementes e furiosos, e cuja caracterisação scientífica incumbe aos alienistas e aos medicos-legistas. A simplicidade, embora extrema, e a estupidez, embora notável á primeira vista, não sendo acompanhadas de perturbação mental, não determinam a necessidade de uma curadoria, como acontece com os alienados e fracos de espirito das diversas categorias a que acabo de me referir (1).

(1) *Projfcto,* art. 452.° A rusticidade dos indios fez que as nossas leis os equiparassem, entretanto, aos

A curadoria dos alienados e fracos de espirito é decretada pelo juiz de orpliaras, desde o momento em que verilica, por inquirições de testemunhas e exame de peritos, sempre que fôr possível, a existência de uma pessoa nessas condições, dentro dos limites de sua jurisdicçào, podendo proceder *ex-\ offido* ou a requerimento de interessados (ord. 4, 103; (2).

I Esta curadoria é deferida na ordem seguinte: i.°, á mulher do incapaz, si não estiver separada, judicialmente ou de facto, si fôr honesta e sensata, e querendo tomar esse encargo (ord. cit., § l.°);| 2.°, ao pae (ord. cit., § 1.°), e, faltando este, á mãe; 3.*, ao avô paterno ou materno, preferindo-se o mais idóneo (ord. cit., § 4."); 4.°, ao filho varão maior de 21 :iiinos (ord. cit, § 5.°); 5.°, ao irmão egualraente maior, que tenha casa separada (ord. cit., § 5.°); 0.", ao parente mais próximo, abonado em proporção com a fortuna do interdicto (ord. cit., § 5.°); 7.°, finalmente, a qualquer extranho. Em todos esses casos, attenderá o juiz para a idoneidade da pessoa a quem vae confiar a guarda e a gestão da fortuna do incapaz.

menores (T. DE FREITAS, — *Consolidação das leis civis,* art. 11.", nota 12).

(2) Cumpre notar que, sendo a alienação um facto, são annullaveis os actos praticados pelo demento, esteja ou não declarada judicialmente a interdicção, salvo os occorridos durante intervallos de lucidez.

Os curadores servem por dois annos; excepção feita do cônjuge, pae e avô que são obrigados a servir emquanto durar o motivo da curadoria, ou até que sobrevenha algum impedimento, attendivel (ora. cit, §§ 2.°-8.°).

Os bens são entregues aos curadores por inventario feito pelo escrivão de orphams: do qual, entretanto, é dispensada a mulher (ord. 4, 103, § 1.* *in fine).*

Ao curador incumbe: tractar do curatelado: for-necer-lhe os alimentos assignados pelo juiz, conforme ás forças de seu património; conserval-o em guarda, sendo necessário, sob pena de multa, além de responder pelos damnos causados pelo demente, e não evitados por negligencia; represental-o em todos os 'actos da vida civil; e exercer sobre os bens os direitos conferidos aos tutores, mediante as mesmas res-tricções e' responsabilidades (3).

Cessará a curadoria logo que o demente recobrar sua integridade mental e achar-se em condições de assumir a direcção de sua vida moral e económica

(3) Ord. 7, 103, pr., e § l.ᵘ; T. DE FREITAS, — *Consolidação das leis civis,* arts. 315."--320.°; código penal, ârfc. 378.° A multa é de 50^000 a 1000000. Os loucos ou se conservam em casas particulares, com auctorisação legal, ou são recolhidos a hospícios. O *Projecto,* arts. 452."-464.°, oceupa-se da curatela geral dos loucos de todo género, a surdos-mudos sem educação qne os habilite a fazer conhecida a sua vontade.

('►rd. i, 103, § 2."). Tendo a loucura remissões de lucidez, suspende-se a curatela; ao interdicto é confiada a administração de seus bens, e seus actos são validos como os .de qualquer pessoa capaz.

3 91,°

LEOiSLAt;Àn COMPARADA EM KEí.AyÃO Á CURADORIA DOS ALIENADOS

A lei das Xíí ta boas occupou-se apenas da curadoria legitima dos furiosos, isto é, dos loucos exaltados e completos, embora tendo lúcidos intorvai-los (1). .S/ *furiosus escit, adgnatum gentiliumqve* ttt *90 pwuniaqtte ejns potes tas esto,* edietava o código deceroviral.

Mais tarde, o pretor, illuminado pelos progressos da medicina, admittiu a curatela dos *dementes* e *mentecaptos.*

(1) AUDIFERT, em um luminoso artigo publicado nos *Avclrives danthropologie 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 distincção entre o *foriosus* e o *demens* ou *mente-captus é a* que existe entre a loucura completa, a parcial e a monomania. *Améns in totum cavet mitite, demetis partem refinei,* diz IZIDORIO DE SEVILHA.

A incapacidade dos alienados cessava com os lúcidos intervallos, e era restricta aos actos pelos quaes se manifestava a sua monomania.

Em França, a interdicção 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. 0 pedido de interdicção, baseado sobre o estado habitual de imbecilidade, demência ou furor, deve ser feito pelo cônjuge ou pelos parentes. A do furioso pôde ser provocada pelo ministério publico, si os parentes não o fizerem; a do imbecil ou demente podel-o-á ser também, si não existirem parentes nem cônjuge.

Feitas as syndicancias necessárias pelo juiz, ouvido o conselho de familia e o procurador da republica, é pronunciada a interdicção, e o conselho de familia nomeará um tutor efiectivo e um sobrogado. Si o individuo, embora fraco de espirito, 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 affectada a causa.

Têm a preferencia para a tutela: 1.°, o cônjuge, marido ou mulher (2); 2.°, os parentes. O cônjuge, os ascendentes e os descendentes são obrigados a

(2) Nosso direito, attendendo a que a mulher está sob o poder marital, e que os menores estão sob o poder paterno ou tutelar, não lhes dá curadores em caso de alienação.

exercer a tutela do interdicto, salvo excusa legal, durante a vida; os outros parentes podem solicitar sua substituição depois de dez annos.

O alienado interdicto recebe tractamento em casa particular ou em hospícios;. e, desde o dia de sentença definitiva, é absolutamente incapaz, não pôde casar, nem reconhecer filho natural, nem testar, actos que, aliás, pôde praticar um menor púbere. O alienado é equiparado ao impúbere, e em tudo é substituído pelo tutor.

A lei, assimilando aos alienados os condemnados a penas perpetuas, a trabalhos forçados, á detenção e á reclusão, estabeleceu, em relação a alies, uma interdicção legal, que importa um supplemento de pena. Mas a incapacidade dos condemnados não é tam extensa quanto a dos alienados, pois que não abrange os direitos civis puramente pessoaes.

0 código civil italiano interdiz aquelles que se acham «em um estado habitual de infermidade de espirito», usando de expressões mais largas e mais comprehensivas do que as de seu modelo francez, ao qual se cinge em todas as mais disposições deste capitulo, com insubmíssões de pequeno valor (artigos 324.°-338.°).

Em relação á interdicção dos condemnados é que o legislador italiano, com o código penal vigente, assumiu uma posição diversa. A condemnação ao *ergastolo* ou á reclusão, por um tempo excedente a cinco annos, importa na interdicção 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, egualmente estatue a legislação franceza, o condemnado ao ergástulo é privado do pátrio poder, da auctoridade marital, da facção activa do testamento, rompendo-se mesmo o testamento antecedentemente feito. E' a morte civil repellida pela sciencia e pela civilisação, são as penas aberrantes que se restabelecem (3).

0 código civil portuguez, art. 314.°, estatue: «Serão interdictos do exercício de seus direitos os mentecaptos, e todos aquelles que, pelo estado anormal de suas faculdades mentaes, se mostrarem incapazes de governar suas pessoas e bens. § único. Esta interdicção pôde applicar-se a maiores, ou menores, comtanto que, neste ultimo caso, seja requerida dentro do anno próximo á maioridade.»

Disposição similhante á deste § único se encontra no código civil italiano (art. 324.° ai.).

Â tutela do interdicto é deferida na ordem adoptada em nosso • direito (art. 320.°), com a simples differença de que a mãe do desassizado é expressamente chamada á tutela, einquanto que as ordenações philippinas a olvidaram. Entretanto, porque

(3) *Vide* LACOINTA, — *Code penal d'Italie,* notas aos arts. 20.°- 23.° Diz-nos este escriptor que os corpos judiciários italianos se pronunciaram no sentido da incapacidade de tostar para os condemnados ao ergástulo, e que as universidades de Bolonha e Turim opinaram em sentido contrario.

hoje se lho confere, por nosso direito, o poder paterno, entendi que esse additivo estava implicitamente feito á nossa legislação, terminando assim a incongruência de se lhe conceder auctoridade sobre os menores e não sobre os que se lhes equiparam.

I «Cessando a causa da interdiccâo, será esta levantada por sentença, observando-se as mesmas formalidades preseriptas para o seu julgamento» (art. 336.°) (4).

O direito inglez confere duas tutorias áquelles indivíduos que foram declarados dementes por um exame judicial; uma para as pessoas *(cowinittee to lunatic)* que deve ser confiada a um próximo parente, e outra" para os bens *(committee to estate).* Ambas estão sob a inspecção dos *masters in lu-\ nacy* (5).

As pessoas condemnadas criminalmente incorrem em certa incapacidade e a coroa designa-lhes um administrador para os bens, na- falta do qual os magistrados designam um curador interino. Quando

(4) Preceito sirailhante no código civil francez, art. 512.°; italiano, 338.°; argentino, 484.°

(5) B' notável a solicitude revelada pelo legislador inglez neste assumpto, como se pôde verificar em GLASSON,—*HÍ8t. du droit et de» inst. de VÂngleterre,* VI, pags. 149-161. Por brevidade, limito me a fazer esta indicação.

t

a condemnaeão importa uma proscripção *(outlatvru).* dá-se uma espécie de morte civil (6).

Na Allemanha podem ser declarados interdictos (cod., art. 6.°, n.° 3.°): *a)* aquelle que em virtude de moléstia mental ou fraqueza de espirito está impossibilitado de gerir os seus negócios; *b)* o que por embriaguez se acha nas mesmas condições, ameaçando á família cahir na indigência ou comprometteudo a segurança de terceiros. Os interdictos são submettidos á tutela (arts. 1:896.°-1:908.°). A vocação á tutoria não differe 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 espirito ou do corpo (art. 1:909.' e segs).

Em Zurich (cod. civil, arts. 730.°-737.°) encontra-se a tutoria para «as pessoas a quem enfermidades intellectuaes ou corporaes permanentes impedem de administrar por si os seus bens», a dos condemna-dos á reclusão, e a dos que, voluntariamente, a ella se submettem. Entre as infermidades que postulam os cuidados tutelares indica SCHNEIDBR como assimiláveis á alienação, a imbecilidade em grau elevado e o cretinismo.

0 código civil hespanhol (arts. 213.°-220.°) oecupa-se da tutela dos loucos e dos surdos-mudos.

(6) G-LASSON, — *Op. cit.,* pag. 139.

Quer que a declaração da incapacidade seja decía-j rada summariamente, e que, em relação aos surdos-mudos, sejam fixados os limites da tutela segundo o maior ou menor desenvolvimento intellectual do in-l capaz, o que é uma feliz innovaçào, no pensar de LEVE. Na ordem da vocação ao exercício da tutela, nota se: que os filhos dos incapazes precedem aos ascendentes que não sejam pae ou mãe; que as irmãs solteiras vêm após os irmãos; e que o parentesco duplicado prefere ao simples.

H Os condem nados criminalmente á pena de interdieção sujeitam-se a uma tutela restricta á administração dos bens e á representação em justiça (arte. 228.°-230.°).

0 código civil argentino (arte. 468.°-484.°) considera incapazes os maiores dementes, ainda que tenham lúcidos intervallos, e os surdos-mudos que não sabem lêr nem escrever, para o fim de lhes serem nomeados curadores, a requisição do ministério publico ou dos parentes do informo. I A ordem da vocação á curadoria é a seguinte: em primeiro logar o cônjuge que é o curador legitimo e necessário do outro cônjuge; em segundo, o filho varão em maioridade; em terceiro, o pae, e, por sua morte ou incapacidade, a mãe. Em todos os casos em que o pae ou a mãe pôde nomear, por testamento, tutor a seus filhos menores, pôde egual. mente nomear curador aos maiores dementes ou surdos-mudos.

O legislador chileno decretou a incapacidade doe

dementes, ainda que tenham lúcidos inter vai los, e estatuiu que a curadoria, para taes pessoas, pudesse ser testamentária, legitima ou dativa (cod. civil, artigo 456.°). A curatela do demente é deferida: 1.°, ao cônjuge não divorciado; 2.", aos descendentes legítimos; 3.°, aos ascendentes legítimos; 4.°, aos pães e filhos naturaes, não sendo os pães casados; 5.", aos collateraes legítimos até o quarto grau: 6.°, aos estranhos (art. 462.°).

Também se acham em curatela os surdos-mudos que não se podem dar a entender por escripto (art. 342."), e as regras desta espécie pouco differem das da precedente (arts. 4f>9."-472.").

Cumpre notar, de passagem, que os menores adultos estão, pelo código civil chileno, sujeitos á curadoria, aliás não forçosamente; mas que os que obtiveram habilitação de edade se acham isemptos dessa prorogacão de pupillagem (arts. 435.°-441.").

Ainda perante a* legislação uruguayana (cod. civil, arts. 384.°-403.°), estão sujeitos á curadoria geral somente os incapazes maiores, especificadamente os dementes e os surdos-mudos que não sabem lêr nem escrever. A ordem da vocação á curadoria legitima dos maiores incapazes é a mesma estabelecida pelo código argentino.

Segundo a lei russa propriamente dieta, a tutela dos infermos comprehende os dementes, os imbecis, os surdos-mudos e os mudos. 0 código báltico passa em silencio os mudos e os surdos-mudos.

Merece especial menção a lei da Noruega de 28 de Novembro de 1898, relativa á interdicção. Por ella são submettidos á tutela: 1.°, os fracos de espirito ou doentes mentaes, os ébrios habituaes e os que se dão ao uso nocivo de morphina e de outras substancias que embriagam ou estupidificam, desde que taes pessoas se acbem em- condições de não poderem tomar cuidado de si e de seus bens. 2.°, os cegos, os aphasicos e os que sofTrem outros defeitos corporaes que lhes impossibilitem o cuidado com as suas pessoas e bens, consentindo elles na tutela ou sendo esta necessária para os proteger de manobras interessadas de terceiros. 3.°, os que esbanjam oii dissipam o seu património em bebidas, jogos, excessos, e, em geral, por actos de insensatez manifesta, a ponto de ameaçar a sua família com a penúria. 4.", os que, por si ou por seus cônjuges ou filhos, recebem soccorro da assistência publica, parecendo insiiffieiente a fiscalização ordinária a que se acham submettidos (7).

(7) *Annuaire,* leis 1898, pag. 599 e segs.

§ 92."

CURATELA DOS PRÓDIGOS

Pródigo, sejrundo a definição legal, *é aquelle que desordenadamente gasta; e destroe a sua fazenda, reduzindo-se á miséria por sua culpa* (ord. 4, 103, 4} 6.°). A lei considera a prodigalidade a ex-ternacão característica de um particular desarranjo mental, de uma psychopathia restricta ao governo da fortuna bonitaria. Por isso submette o pródigo, como si fora menor, á guarda de outrem, e fere-o .com a interdicção, aliás também limitada (1).

A interdicção por prodigalidade pôde ser decretada *ex-officio,* pelo juiz de orphams, ou a requerimento dos interessados; começa a existir a incapacidade, desde a publicação da interdicção; e a curatela é deferida na ordem estabelecida para os alienados (ord. 4, 103, §§ l.M>."). Esta curatela refere-se exclusivamente aos bens; mas, por isso mesmo, fica o

(1) *Projecto,* arts. 465.°-467." O *Projecto* primitivo não consignara esta incapacidade pelas razões expostas neste §, nas *Observações* que esclarecem o citado *Projecto,* e na defeza oral feita perante a Commissão especial da Camará *(Trabalhos,* vol. I, pag. 18 e vol. IV, pags. 114 a 116). Veja-se também o meu *Em defeza,* .-.,-, «i pá, 159-161.

pródigo inhibido de realisar qualquer contracto, fazer testamento e estar em juízo. Seu tutor assiste-o em todos os actos que respeitam ao direito de pro-j priedade, sendo possível a assistência, pela índole mesma do acto. E, por esta ultima razão, não lhe é dado fazer testamento (ord. 4, 81, § 4.°).

Si, não obstante, o pródigo interdicto realisar quaesquer contractos, serão elles annullaveis a pedido seu ou de seus herdeiros. An nu liado o contracto, recobra o pródigo quanto haja entregue, mas não é obrigado a restituir o que tiver recebido (ord. 4, 103, | (i.°).

Como a incapacidade do pródigo tem por funda-) mento exclusivo sua desvairada dissipação, lhe é facultado fazer tudo que *nào* entenda com a gestão de seus bens. Assim pode viver onde lhe aprouver» com os rendimentos que lhe forem arbitrados, os quaes lhe serão entregues somente no caso de não haver perigo de prompta delapidação; pode exercer os actos de sua profissão, qualquer que ella seja; enilini, conduzirá sua pessoa segundo seu próprio alvedrio.

Dizia-se que lhe era até permittido casar sem consentimento do curador; mas em vista do dec. de 24 de Janeiro de 1890, não é mais possível essa afirmação (2).

I (2) *Vitlè* o que já ficou a este respeito affirmadoJ ás pa.g.s. 86-87 deste livro.

Perdura a interdícção do pródigo, em quanto persiste o desequilíbrio mental que a motivou; mas o direito somente a considera finda, quando judicialmente levantada, a requerimento do curador ou de um parente do pródigo, cuja temperança deve ser» então, provada.

Do direito romano, por intermédio das ordenações portuguezas, nos veio a curadoria dos pródigos. A lei das XII taboas já mandava interdizer o perdulário, por decreto do magistrado, segundo sabemos pelas sentenças de PAULO.

A principio, somente os que tinham aguados ou gentios eram submettidos á curatela, pois que esta vinha resguardar os direitos eventuaes da família ou da *f/ens.* Depois entendeu-se que a prodigalidade tinha uma repercussão nociva mais extensa, prejudicando a própria sociedade como a loucura: e, então, o pretor passou a dar curador aos pródigos ainda que não tivessem herdeiros. Surgiram, então, duas categorias de pródigos, com incapacidade diversamente determinada, categorias que, mais tarde, se fundiram em um systema único.

Nas legislações modernas, tende a desapparecer esta classe de interdictos. 0 código civil argentino e o uruguayano não se occupam delia. 0 da Lui-ziana aboliu-a de um modo expresso (art. 413.°); na Inglaterra não existe. TEIXEIRA DE FREITAS, no seu *Esboço,* e NABUCO, em seu *Projecto,* deixaram-na de parte. Entretanto ainda subsiste ella no código civil portuguez (arts. 340.°-352.°), no chileno (arti-

gos 4t2."-455."), no colombiano (arte. ô34.°-54*.*), no báltico, no hespanhol (arte. 2*1.'-227.*), no «uri-ehens* (arts. 780." « 738.--740.^{0}), no allemâo (arti gos 11 í.°-J 15.") e no austríaco ({$ 273.°). I

Pelo código civil franco/, (arte. 513."-õlõ.*), o pródigo nào é susceptivól do ser posto em interdicçâo, mas se lhe nomeia um conselho pare assistil-o em certos aotõs. Esto conselho nào administra os bens do pródigo nem o representa, limita-se a dar-Ihe conselhos e a impedir, pela recusa de sua aueto-ris&çâo, que elle realise negócios jurídico? prejudieiaes aos seus interesses (3).

I A in habilitação do código civil italiano é alguma cousa de similhante (arte. 380.-342.°). Dá-se um curador ao pródigo inliabilitado, mas *ê* elle que administra os seus bens, podendo alienar os moveis .e praticar lodos os actos que se incluem na administrarão simples.

E' de suppòr que, accentuando-se o conceito individualistipo da propriedade e da condue-ta, e perdida a razão de ser desta curatela, que é, actualmente, uma sobrevivência exótica do comrnuitinismo da propriedade na família antiga, será ella eliminada dos corpos de leis.

(3) PLANIOL.— *Trmtí. 1,* n.°* 2:949-2-,959.

§93.°

CURATELA DOS AUSENTES

Ausente é todo aquelle que está fora de «eu domicilio; mas, no sentido em que agora se toma o vocábulo, *é aquella pessoa cuja habitação se ignora ou de cuja existência se duvida, e cujos bens ficararn 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 logar onde elles estão situados, não tenha ahi deixado mulher, ou pae sob cujo poder ainda esteja, ou procurador (ord. 1, 90, pr.). E nessa categoria, entram as heranças pertencentes a herdeiros ausentes, nomeadamente instituídos, necessários ou mesmo collateraes dentro do terceiro grau civil, notoriamente conhecidos, não tendo procuradores legalmente auctorisados para recebel-as (1). Ainda nesta classe se incluem as heranças de quaesquer herdeiros ausentes, posto que não tenham de ser. ár-

(1) T. DE FREITAS, — *Consolidação das leis civis,* art. 31.°, § 2.° ; LAFAYETTE, — *Direitos de família,* § 172.°; CARLOS DE CARVALHO, — *Direito civil,* artigo 1:700.°

recadadas por estarem na posse do inventariante Tê-IM (2).

0 juiz de orphams, offíeial monte ou a requerimento dos interessados, nomeará um curador, de preferencia escolhido entre os parentes do ausente, para arrecadar os bens em abandono, existentes nos limites de sua jurisdiccão, inventarial-os e administral-og, até que appareca o ausente ou seus herdeiros; ou seja installada a curadoria provisória; ou tenha logar a vacância dos bens por morte certa ou presumida do proprietário; ou haja a prescripcão trintenaria em favor da fazenda publica (3).

(2) *Consolidação eit.,* art. 31.°, § 2.°; LAFAYETTR *cit,* § 172.°

I (3) *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 successões, quando não apparece quem as reclame com fundamento jurídico. No domínio monarchico, eram taes bens devolvidos á fazenda nacional (ord. 2, 26, § 17.°, e reg. de 15 de Janeiro de 1859). Hoje, porém, com a forma republicana federativa, tenho por incontestável que os bens vagos, com as terras devolutas deviam passar do domínio do Estado geral, para o dos Estados particulares, em cujo território se achem, segundo tem sido entendido por legisladores estadoaes, apoiados no art. 64.° da Constituição federal e na índole do systema que noa rege. Entretanto outra foi a doutrina firmada pela lei n.° 221 de 20 de Novembro de 1884.

No Districto federal, quando fôr competente a justiça local, ás leis de sua organisação especial cabe regular a matéria (4). O ministério publico federal deverá, entretanto, intervir, para officiar e assistir á arrecadação dos bens, ás acções, justificações e reclamações que se levantarem, para requerer que se recolham aos cofres nacionaes o ouro, a prata, as pedras preciosas, o dinheiro e os titulos da divida publica e para promover o processo de vacância e devolução quando fôr opportuno (5).

Passados dez annos, depois das ultimas noticias do ausente, si tiver elle deixado procurador; ou quatro, no caso contrario; ou somente dois, quando não houver noticia da chegada do navio, em que embarcara o ausente ao porto de seu destino, nem a outro qualquer, nem do próprio ausente; presume-se ter elle morrido, abre-se-lhe a successão, e defere-se provisoriamente a herança aos herdeiros legítimos ou instituídos, conforme as circumstancias (6).

O herdeiro chamado á successào provisória do ausente é o que tem esse direito, segundo os preceitos legaes, no tempo em que se completar o prazo da lei para a presumpção da morte. Mas como a

(4) V*eja-se o dcc. de 2 de Maio de 1809.

(õ) CARLOS DE CARVALHO,—*IHr. civil, art.* 1:701.°; lei n.° 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 32.°, n.° 1.

(6) Ord. 1, 62, § 38.° ; lei de 15 de Novembro de 1827; reg. de 15 de Junho de 1859.

presumpção cede á verdade, será determinada a suceessão pela epocha do fallecimento, si se puder precisar, de modo certo, o tempo em que se reali-j sou (7).

O successor provisório assume a posição de herdeiro, embora prematuro; pelo que não é obrigado a prestar contas, a não ser que apparéça o ausente ou parente mais próximo. Mas attendendo a que é condicional o seu direito, não se lhe podem dispensar as necessárias garantias da hypotheca e da fiança (ord. 7, 62, § 38.°). Attendendo a que a suceessão provisória não confero o dominio, mas somente a posse e o direito de administração, só podem os curadores alienar os bens de fácil deterioração e os destinados, por natureza, á venda, como já foi exposto em relação á tutela.

Apparecendo o ausente, devem ser-lhe restituídos todos os bens com seus produetos e rendimentos (8), deduzida somente a justa retribuição, arbitrada pelo ónus da guarda e administração da fortuna do ausente (9).

(7) LAFAYETTE,— *Op. eit.,* § 177.°; COELHO DA ROCHA, — *Imt.,* § 396.°

(8) Os rendimentos líquidos recolhera-se ao cofre publico no principio de cada mez (Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 44.°).

(9) Disputam os nossos civilistas sobre si devem ser entregues todos ou somente alguns rendimentos (PEREIRA DE CARVALHO,—*Proc. orph.,* § 180.° e nota

Transforma-se a successão provisória em definitiva, que faculta aos herdeiro» a livre disposição dos bens, quando a ausência excede a trinta annos (10), ou quando o ausente completa setenta annos (11). Ocioso é dizer que o mesmo acontece no caso em que ha certeza da morte; assim como que, cedendo n presumpção á realidade, serão entregues os bens ao ausente, desde que elle appareca, em qualquer tempo após a abertura da successão definitiva. Neste caso, porém, como se consideram os herdeiros proprietários definitivos, receberá o ausente os bens no

345). Preferi a opinião de LAFAYETTE, — *(Dir. de família,* § 178.°), e RIBAS, — *(Curso,* I, pag. 107. nota).

(10) E' o praso da prescripção geral, e a dos dinheiros de ausentes em proveito do Estado (lei de 17 de Setembro de 1851, art. 32.°). PERDIGÃO MALHEIROS,— *Manual do proc. tio» feito»,* § 381." e nota 095. LAFAYETTE,—*Dir. de família,* e T. DE FREITAS,—COM-*solidarão,* (nota 12) ao are. 338.°, conto miam-se com este modo de pensar. PEREIRA DE CARVALHO,—*Proc. orpli.,* § 181.°, acceita-o também fundado no código civil francez, art, 129.°

(11) PEREIKA DE CARVALHO,—*Proc. orph.,* § 181.* e nota 347; COELHO DA ROCHA, — *fnst.,* § 398.°; LA-J FAYETTE,— *Dir. de família,* § 179.°; LOUREIRO,—MV. *eivil,* § 225.°; RIBAS, — *Dir. civil,* I, pag. 24. Outros de nossos civilistas, apoiados no direito romano, preferem a edade de cem annos. Neste capitulo do direito relativo a matéria de ausência, são muito lacunosas as nossas leis.

estado em que estiverem, e o preço das alienações, mas não os fractos, porque o suceessor definitivo] tem propriedade, embora resolúvel, é possuidor de boa fé, visto que recebe os bens do ausente *jure he-\ rtUitario* (12).

■ § í)-i.° I

LEGISLAÇÃO EXTRAXOKIRA

' Deficiente como é a legislação pátria sobre o assumpto da ausência, pediria talvez alguma demora na consulta dos códigos exttanbos. Apezar disso, porém, julguei de mais vantagem accentuar somente, no quadro que elles apresentam, justamente os traços correspondentes a esses pontos dúbios ou la-ounosos do direito pátrio.

I 0 código. civil francez distingue a presumpção de ausência, a ausência declarada e a presumpção de morte (art. 112." e segs.), similhantemente ao que estatuem nossas leis. 0 prazo paia a declaração da

(12) Nao me parece razoável a doutrina de PEREIRA DB CARVALHO,—*Proe. orph.,* § 183.° sobre os] rendimentos legítimos, a serem restituídos nesta bypothese, pois que seu único apoio é o código civil francez.

ausência é de quatro ou dez annos, conforme o individuo tenha ou não deixado procurador para cuidar de seus bens (arte. 120.°-121.°). Declarada a ausência, o esposo, commum de bens pôde optar pela continuação do regimen, impedindo assim a immis[1]* são dos herdeiros na posse provisória da fortuna do ausente, ou pela dissolução provisória da coramunhão (art. 1.24.°). A posse provisória é um verdadeiro deposito, conferindo apenas o direito de administração (ait. 125.°), mas não o de alienação dos immoveis (ari. 128.°). Os depositários administradores, que são os herdeiros do ausente, são obrigados a restituir os bens deste com o quinto dos rendimentos, si elle leapparecer, antes de quinze annos a contar das ultimas noticias, com o decimo, si o re-apparecimento demorar mais de quinze annos.

Depois de trinta annos de ausência a totalidade dos fructos pertencerá ao administrador (art. 127.°).

Trinta annos depois de declarada judicialmente a ausência, ou cem annos passados depois do nascimento do» ausente, dissolvem-se as cauções e abre-sé a successão definitiva (art. 129.°). Porém si o ausente reapparece 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.°).

0 código civil italiano (art. 22.°) decreta a declaração de ausência três annos depois da presumpção de ausência, não havendo procurador para administrar os bens do ausente, e seis annos no caso dó

existir esse representante legal. Os administradores do património do ausente, si são parentes até o sexto grau, lucram quatro quintos dos rendimentos, at^ dez annos, e nove décimos até trinta. Sendo parentes cm grau mais afastado ou extranhos, lucrarão só— | mente dois terços até dez annos, e cinco sextos até trinta. Depois de trinta annos o possuidor provisório adquire a totalidade dos fruetos (art. 31 .u).

Si a ausência se prolonga por trinta annos depois da posse provisória, ou si o lapso de cem annos se completa a contar do nascimento de ausente, remontando as ultimas noticias a mais de três annos, presume-se a morte e abrc-.se a suecessão definitiva, dispensadas as garantias da posse provisória (art. 36.°).

Firmando e desenvolvendo os princípios do direito anterior, o código civil portuguez (arts. 55.°—96.°), é dos que mais detalhada e sabiamente providenciaram sobre a ausência. A curadoria provisória! 6 dada aos bens de todo aquelle que desapparece do logar de seu domicilio ou residência, sem deixar outrem incumbido de velar por seu património (artigo 55."). Decorridos quatro annos depois do desapparecimento ou das ultimas noticias, installa-se a curadoria definitiva, em favor dos herdeiros legítimos ou testamentários, não tendo o ausente deixado procurador (1). Si o tiver, a entrega dos bens aos her-

(1) O código civil portuguez ainda distingue os casos de ser o ausente casado, e de deixar filhos ou

deiros só se fará, passados dez annos. Mas os herdeiros poderão, ainda neste caso, intervir, passados três annos, requerendo que o procurador preste caução sdfficiente, si occorrer justo receio de insolvência, sob pena de destituição (art. 64.°).

Os curadores definitivos fazem sua a quarta parte dos rendimentos, si apparecer o ausente ou outro herdeiro com direitos superiores, dentro de dez annos, eontadps 'desde o dia do desappareci-mento ou da data das ultimas noticias. Adquirirão a metade, se resurgir o ausente após dez annos. Depois dessa epocha, ser-lhes-á concedida a totalidade dos rendimentos (art. 73.°). Somente ao ausente ou ao herdeiro preferido têm os curadores definitivos de dar contas de sua gestão (art. 75.°). A| alienação dos immoveis lhes 'é vedada; excepto em casos excepcionaes de urgente necessidade (art. 76."). Egualmente não podem transigir sem auctorisação judicial, nem repudiar heranças em nome do ausente, acceitando-as sempre a beneficio do inventario (art. 77.").

Passados vinte annos de curadoria provisória, ou completando o ausente noventa e cinco annos, presume-se a morte, para o effeito de abrir-se a successão definitiva (art. 78.°).

O código civil argentino faz presumir a morte

não. São detalhes a que não posso actualmente des cer (arts. 82.°—96.°). ' *

do ausente, passados seis annos, a contareni-se dó desapparecímento ou das ultimas noticias, pouco importando que haja ou não deixado procurador (artigos 110.°-111.°). Fal-a, egualmente presumir, na hypothese de desapparecímento após um combate, um naufrágio, um incêndio ou outro successo simi-Ihante, não havendo noticias por três annos consecutivos (art. 112.°). Declarada a ausência, segue-se a posse provisória e partilha dos, bens, sem que os possuidores tenham faculdade para alienal-os, sejam moveis ou de raiz, sem auctorisação judicial (art. 121.°). A successão definitiva tem logar quinze annos depois do desapparecímento do ausente ou das ultimas noticias, ou oitenta annos depois de seu nascimento <art. 122.°).

Como se vê, não gyram em orbitas muito divergentes os vários códigos que têm assomado deante dos olhos do leitor. Poucas e de pequeno vulto são as variantes apresentadas. 0 mesmo resultado obteria si prolongasse esta revista. Os prazos encur-tam-se ou alargam-se, as relações pessoaes vêm, ás vezes á tona, ao lado das económicas, segundo se vê no código civil da republica oriental e no direito russo, porém a parte fundamental do assumpto man-tem-se a mesma.

Notarei, apenas, em additamento ao que fica exposto, que a duração presumível da vida, segundo a maioria dos códigos civis, é de oitenta annos, neste assumpto especial da ausência, pelo menos. Além dos já anteriormente citados, pronunciam-se por

esse prazo: o código civil hespanhol (art. 191.°), o uruguayano (art. 68.°) e o de Zurich (art. 12."). O código báltico pronuncia-se pelos setenta ânuos (á).

---,— .

(2) Na Rússia, a ausência prolongada por cinco annos dissolve o vinculo conjugal.

III

1

CAPITULO DECIMO QUINTO

Restituição in integrum

i? 95.°

•Poucas piirases despenderei com este instituto que vae, dia a dia, perdendo terreno, tanto nas paginas dos compêndios como nos edictos dos códigos (1). Além disso, a theoria da restituição pren-de-se á das lesões e á 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 lo cinco armos. de actos ruinosos de seu património, o sendo após ex tendi da aos pupillos em tutela (D. 4, 4, fr. 29, pr.) e ás pessoas equiparadas aos menores (2), a restituição por inteiro viveu, algum tempo, nas legislações dos povos occidentaes, para ser, em seguida, eliminada parcial ou completamente.

(1) O *Projecto* não se occupa com este instituto.

(2) Sobre a tbeoria romana da restituição consul-te-se a substanciosa obra de ALMEIDA OLIVEIRA,—*Rea-tituição in hdeyrum,* primeira parte.

O código civil portuguez extinguia expressa--mente esse beneficio, tanto eni relação aos menores (art. 297.°), quanto em relação ao Estado e a quaos-qner outras corporações (art. 38.°); o argentino deixou de contemplal-o. 0 franooz (art. 1:305.° *e* segs.)J o italiano (1:803.° e segs.), o chileno (1:682.° p segs.), o uruguavano (1:534.° o SCKS.), si o mantiveram, modifica ram-no mais ou menos consideravelmente.

Em todo o raso, como o nosso direito conserva o instituto da restituição e entendo elle diroeta-mente com os menores e maiores incapazes de que acabo de me ocoupar, esboçarei os seus traços funda mentaes.

Restituição por inteiro é o benefício concedido nos menores e ás pensada que se lhes equiparam,] aflui de poderem nnnnllar quaesquer netos, ainda que válidos, nos giiaéè tenham sitio lesados durante a menoridade. 0 fundamento desta matéria, por direito pátrio, está nas ords. 3, -11 e 42 e no direito romano, em tudo que nào foi modificado ou alterado pelas citadas ords. ou leis posteriores.

Conoede-sê a restituição em todos os actos ju-diciaes ou oxtrajudiciaes, omisíúvos ou commissivos,[1] comtanto que occasionem lesão ao menor, salvo, si esta proveio de caso fortuito. Não importa que *o* acto haja sido praticado pelo tutor ou auetorisado pelo juiz (ord. 3, 41, § 2.°). Si o acto é nullo, como si o menor fez algum contracto sem assistência do tutor, si nas alienações não foram observadas as formalidades legaes, e em todos os casos feridos de

nullidade, permitte o direito que se accumulem as acções de nullidade e restituição (3).

A restituição beneficia a todo menor, varão ou mulher, esteja sob o pátrio poder ou sob tutela; aos alienados, fracos de espirito e pródigos interdictos; ao Estado, ao município e mais corporações juridicamente personificadas (4).

Pode o beneficiado pelo recurso da restituição usar delle até quatro annos após o termo da menoridade ou da incapacidade. Porém, si puder ai legar algum impedimento legitimo, o tempo desse impedimento, seja immediato á emancipação seja intercalado entre o começo e a sequencia da capacidade, não será levado em conta (ord. 3, 41, § 6.°). Dada a emancipação por casamento, somente depois dos vinte e um annos corre o quatriennio, apezar da emancipação (ord. 1, 88, § 28.°).

0 direito de pedir a restituição transmitte-se ao herdeiro do menor, contando-se para elle o quatriennio, ou a parte que delle restar, desde a accei-tação da herança ou, si o successor é menor, desde que excedeu á. menoridade. Aproveita egualraente ao cônjuge no regimen da communhão; ao condo-

(3) COELHO DA ROCHA,— *Inst.,* § 392.°; ALMEIDA OLIVEIRA,—*Restituição,* pags. 225-226.

(4) ALMEIDA OLIVEIRA,— *Op. eit.,* pag. 182 e segs., accrescenta ainda os militares occupados em serviço militar, os indivíduos que estiverem servindo em legações, embaixadas e outros.

mino ou sócio da cousa individua. Não aproveita, porém, ao fiador (5).

Para que se conceda este beneticio extraordinário da restituição, não basta, como já vimos, que o reclamante seja menor, ou goze do privilegio por extensão; é necessário ainda: 1.", que tenha havido lesão provada, si o acto não é daquelles que se suppòem lesivos em si mesmos, como os empréstimos gratuitos e inúteis, as doações inconvenientes, as fianças, como as omissões de litis contestação, prova, appellaçâo, suspeição e outras que deteiminam lesões (G); 2.°, em geral, que outro meio não exista para nullificar o acto contra o qual se reclama. Entretanto, nas partilhas, em que a lesão vae além da sexta parte, a restituição é meio ordinário de rescindi 1-as (ord.A 96, g 21.").

Não podem implorar a restituição: 1.°, o menor que maliciosamente se (ingiu maior na oceasião de praticar o acto contra o qual reclama; 2.°, o que ratificou o acto expressa ou tacitamente; 3.", o menor commerciante e o industrial pelas obrigações contrahidas no exercício de sua profissão; 4.", o condem-

(5) COELHO DA ROCHA, — *Int.,* § 338.°; ALMEIDA OLIVEIBA sustenta, em contrario, que a restituição aproveita ao fiador, pag. 229.

(6) ALMEIDA OLIVEIRA,— *Op. cit.,* pag. 217 • segs. Pôde a lesão ser de pequeno valor; mas seria excessivo que, sendo insignificante, determinasse a restituição.

nado por delicto ou outros actos illieitos, em relação ás indemnisações a que foram constrangidos; 5.°, quaes-■quer menores, em relação aos esponsaes e pactos antenupciaes, tendo-se effeituado o casamento (7).

Pôde ser pedida a restituição directamente por acção, ou simples petição ou em defeza, por meio de réplica, excepção, embargos, appellação.

Concedida a restituição, voltam as cousas ao estado anterior ao acto an nu lia do, devendo cada uma das partes repor o que haja recebido da outra, com seus rendimentos, e indemnisar as despezas necessárias e úteis (8).

FIM

(7) COELHO DA ROCHA,— *Op. cit.,* § 391.°

(8) COELHO DA ROCHA, — *Op. cit.,* § 390."; ALMEIDA OLIVEIBA, — *Op.fit.,* pags. 251-253.

••

INDICE ANALYTICO

ÍNDICE ANALYTICO

Palavras iniclaes da primeira edi ção. Pag.....
Prefacio da segunda edição. Pag..''..

CAPITULO I

DA FAMÍLIA

§ l.°

Moção de Família. Varias accepções da palavra família, no direito antigo e no moder no. Factores biológicos e sociológicos da eon-stituição da família. Correlação existente, se gundo SPENCEB, entre a evolução dos typos familiaes e as da intelligencia e do sentimento. Pag.....I..

§ 2.°

Formas da Família. Polygamia, monogamia, formas incoherentes, o patriarehado, typo egualitariô. 0 matriarchado não é mais do que um modo de determinar o parentesco. Opinião de WESTEBMARCK. Comparações his-

toricas e ethnologicas. 0 pátriarchado. A forma egualitaria actual. Pag. .....

§ 3.»

Direito da Família. A família *é* um foco de onde irradiam múltiplas relações. Constituem ellas o *Direito da Família.* Pag. 7

o

CAPITULO II

ESPONSAES

§ 4.°

Noção **e historia do Instituto dos** espoo saes E" uma transformação da compra das mulheres para o casamento. Alguns povos celebram esponsaes, desde o momento em que nasce a creança. WESTERMAROK, HER-MANN POST. Os germanos. Os anglo-saxões. Curva da variação de instituto segundo POST. Direito romano. Arrhas esponsalicias. *Os-culum.* Direito canónico. *Sponsalia de presente e de futuro.* Consequências. Pag.. • •. 11

§ 5/

Theorla dos esponsaes **pelo direito pátrio.** Legislação comparada. Que pessoas podem contrahir esponsaes. Requisitos legaes para sua validade. Arrhas, indemni-

sacões e condições. " Acção resultante do contracto esponsalicio. Dissolução. E' um instituto em decomposição. 0 código civil francez, o portuguez, o italiano, o hollandez, direito americano do Norte, código hespanhol, lei argentina, direito prussiano, código de Zuricli. Os *tírautktitder.* Lei de Berne, código saxonio. o código civil allemão, a lei húngara. Pag... 17

CAPITULO III

DO CASAMENTO

§ <?."

moção do casamento. O casamento é a regulamentação do instincto de reproducção. Definições romanas. Definição adoptada. E" um contracto. Opinião de SAVIGNY, LAFAYETTE, D'AGUANO, SANCHES ROMAN. Opi nião contraria de ROBERTSON, HUC, CIMBALI e PLANIOL. Pag 25

§ 7.°

Primeira» formas do casamento. 0 hetairismo de M. LENAN, MORGAN e outros. Chins, hellenos, hindus, lydios, massagétas, babvlonios, cypriotas, assyrios, baleares, locrios, australianos. 0 hetairismo não tem a generalisação que lhe attribuem alguns esoripto-*SJ.*:, 'lonogamia entre selvagens brazileiV^{0}*,

os fogueanos. Opiniões de DARWIN, MAINE, LR BO», WESTERMARCK, SPENCEK Transi toriedade das relações sexuaes nas sociedades primitivas. Carahybas, esquimós, aleucianos, .cossacos, zaropogos, fjubetanos, bretões, ára bes. O *levirat".* Polyginia. Considerações de SPENCER a respeito Monogamia. Endogamiu. Exogamia. Captura e compra. O *jus connvbii.* Outras modalidades do casamen to. Pag..... • M>

§ 8.°

Oremoniaes do raMameutfo. A ficção da captura. O banquete em com muni, o bolo e o licor nupciaes. Intervenção da religião e do direito. Formas do casamento em Suma tra, nas Ilhas Malgraves, no Egypto, no Mexico e nò Peru. Pag 42

§ 9.»

Direito romano. *O witrimoitiutn júrisgen-tium e o contai* rnium. A coiifarreatio, n coem-■ptio e o usas.* Casamentos por mero consenso. Solemnidades costumeiras. Monogamia. Prescripções contra o celibato. Os *Orln.* Impedimentos matrimoniaes. O adultério. Pag. 46

§ 10.° I

Direi lo rauouico e **pai rio.** Concessões da ecréja. Casamento pela simples troca do

consentimento. Casamento morganático. Formas de casamento usadas outr'ora em Portugal. Prescripçoes do concilio tridentino. Casamento acatholico. Casamento civil. Pag..

§ 11.°

Condições para a validade do casa mento* Requisitos pessoaes, solemnidades preliminares e celebração. Pag .....

§ 12.°

Impedimentos matrinioniaes. ■•a-| r«*nteseo. Noção de impedimentos matrimoniaes. Suas diversas figuras. Noção de parentesco. Suas espécies. Linha e grau. Contagem dos graus segundo o direito civil e| o canónico. Irmãos germanos e nnilateraes. Parentesco duplicado. Systema descriptivo e classificatório. Parentesco maternal e pater nal. 0 parentesco, impedimento matrimonial. Obr-ervaeões dos phvsiologistas. Direito ro mano, frances'., italiano, austríaco, russo, portuguez, hespanbol, inglez, norte—americano, japonez. Pag .....

§ 13.°

Outros Impedimentos da lei brazl- lelra. I." Casamento ainda não dissolvido; 2.° Adultério ; 3." Attentado contra o oonsor-

te ; 4." Coacção e incapacidade em manifestar o consentimento; os loucos e os surdos mudos; 5." 0 rapto ; 6." A falta de auctorisação dos pães, tutores ou. curadores : 7.° A edade infe rior a 14 ou 16 ânuos, taboa da edade nupcial èVn diversas legislações; 8.° A falta de inven tario; 9." A falta de lapso de tempo depois da viuvez ou separação judicial de corpos; 10." O vinculo tutelar ou curatelur; 11.° O vinculo ju-risdiccional. Referencias ao *Piojrcto* do có digo civil brasileiro e á legislação estrangeira. Pag 74

§ 14."

De alguns impedi meu (os extrauhos A nossa **lei.** Impedimentos canónicos. Voto solemne e ordens sacras maiores deante da le gislação de vários povo*. A disparidade de cul tos. Outras figuras de impedimentos. O ódio de raça nos Bstados-Unidos da America do Norte. Fag 96

§ 15.°

Opposição dos iiopeálimeufos. Quem os pôde oppôr. Porque modo. Em que tem po. Contestação. Dispensas. Pag..... 99

I **§ ¹⁶-° 8**

Outras exigência» **periuillidas.** At-
testado de sanidade e de moralidade. Não são

impedimentos. Leis allemâ e ingleza. O *Pro jecto* actual. Pag 104

§ 17.°

Solemnidades preliminares do casa mento* Editaes. Publicação de proclamas. Sua dispensa, em casos urgentes. A publica ção e efficacia dos banhos no direito inglez, francez, italiano, argentino, allemão, hespanhol e portuguez. Pag. ..... !()(>

§ 17.° A

***A* celebração do casamento por di reito pátrio.** Auctoridade celebrante. Referencia a leis looaes. Logar da celebra ção. Testemunhas. Formalidades da celebra ção. Casamento por procuração. Casamento em imminente perigo de vida. Sancção reli giosa anterior ou posterior ao acto civil. A doutrina da precedência do acto civil ao reli gioso em França. Liberdade ampla na Itália. A precedência do acto civil na Suissa, Allemanha, Hollanda e Argentina. A falta de consagração religiosa quando promettida. A jurisprudência franceza e o código civil do Uruguay". Pag. -..... Ill

§ 18.»

Celebração do casamento no direito extrangelro. Dualidade de formas, reli-

giosa e civil, em Portugal e Hespnnha. Cri tica de SANCHES ROMAN. O casamento dos que se acham em perigo imminente de vida. Origens do casamento civil no direito francez. Sua actualidade. Differeneas entre o direito francez e o pátrio. Código italiano. Lei allemã; Direito austríaco, húngaro, dinamarqnez, romaico, suisso, inglez, escossez, irlandez, russo, argentino, norte-americano e pe ruano. Pag ..... '..... 11!)

§ 19.° **Das** segundas

mipeias. ímmolaçáo das

viuvas. Culto do esposo morto. Vedação das segundas núpcias no direito antigo. Direito canónico e pátrio. Pag 132

§ 20.°

Casamento dos brasileiros no estrangeiro e dos estrangeiros no lirazil. Ambos os contrahentes brazileiros, qual a lei applicavel e qual a auct o cidade celebrante. Si um só dos contrahentes é nacional. Critica aos dispositivos do dec. de 24 de Jan. de 1890. O *Projecto* actual, o primitivo e o do dr. COELHO RODRIGUES. A continuidade como caracter essencial das leis. Códigos ex-' trangeiros a respeito. Casamento dos extran--«reiros no Brazil. Critica ao direito vigente. O código italiano e o hespanhol. Princípios

firmados na conferencia de Haya. Validade dos casamentos realisados perante" agentes di plomáticos ou consulares. Pag 135

§ 21.°

Das provas do casamento. Diversas ca tegorias de provas consagradas no direito pá trio. Outras legislações. Confronto e criti ca. Pag.....•' 147

§ 22.°

Casamento nullo. O que é. Vícios qne determinam a nullidade. A inobservância dos preceitos legaes envolve uma questão de ordem social. Doutrina do código civil allemão. Huc e EKDEMANK. Nota sobre os casamentos celebrados por pessoa incompetente. Pag.... 151

§ 23.°

Casamentos aiiuullaveis. Quaes são. Casamento do coacto. Do incapaz de consen-tir. Si alguém casar durante o estado de lou-cura. Direito francez, allemão, argentino, italiano, hespanhol e suisso. Erro essencial sobre a pessoa; a) ignorância de seu estado ; b) ignorância de defeito physico irremediável e'anterior; c) ignorância de crime inafiançavel e não prescripto. Casamento contraindo sem áuctorisação das pessoas a quem compete dal-as.

Casamento da menor de 14 annos e do me nor de 16. Legislação comparada. O *Proje ct»* actual. Pag.....] 55

§ 24.°

Contequeaela* da nnllldade e da anniillaeão. Filiação. Casamento putati vo. Parentesco. Posse dos filhos. Legisla ção comparada e em particular o direito russo. Pag..... 167

CAPITULO TV

§ 25."

Ef feitos do casamento. São múltiplos os effeitos que decorrem do casamento. Cias-sificação delles. Pag 173

§ 26.°

Evolução das relações pessoaes en tre cônjuges. 0 direito antigo consagra a incapacidade jurídica da mulher, salvo exce pções. Direito persa, hindu, hebraico, helle-nico, germânico, romano. A manus, os casa mentos livres. Attenuaeões do direito pelos costumes. Pag..... [74

I § *2V*>

Estado actual «las relações pessoaes entre cônjuges. I — Direitos p deveres communs a ambos os cônjuges. II — Direitos especiaes do marido. Quaes são. Administra ção dos moveis. Doações e fianças. Alienações á concubina. Administrnção dos iminoveis. Necessidade da auctorisação da mulher. Excepções. A falta de auctorisação invalida o acto. Meio de supprir a falta de outorga uxoria. 0 *Projecto* de código civil. Direito francez em relação nos direitos especiaes do ma rido. 0 italiano, portuguez, hespanhol, russo, báltico, argentino, zurichense, chileno, basileano, americano do norte, inglez, allemão. S III —Direitos especiaes da mulher. Enume ração delles. Legislação comparada. O *Pro jecto* de código civil. Pag. ..... 1$1

§ 28."

Incapacidade da mulher casada. Influencia do passado. Actualidade. Direito pátrio. Auctorisação do marido para que a mulher possa agir juridicamente. Supprimento da auctorisação pelo juiz. Casos em que é dispensada a auctorisação. Annullabilidade dos actos Hão auctorisados. Legislação compa rada, Systema da incapacidade restricta. Systema da incapacidade completa. Systema de fran-

quias. Systema de independência completa.
Nota sobre o direito musulraano. Pae. 19f

§ 29.°

À questão da misogynia e da phllo-
gynia. Posição da questão. Debate entre os biologistas. Opinião do dr. Lívio DE CASTRO. Objecções. Adaptação e hereditariedade. MCEBITJS e LOMBROSO. Exageros da campanha feminista. A sociedade ingleza. A influencia das *spinsters.* Conclusão de SPENCER. Nota sobre as confirmações de FOTJILLÉE. Pag. ..
210

§ 30.°

Outros cffeitos pessoaes do casa
mento. Influencia sobre a nacionalidade. A lei de 10 de Setembro de 1860. Constitui ção federal. Outras legislações. Emancipação. Legislações extranhas. Pag 221

§ 31.°

Relações económicas catre cônju
ges» Regimens de bens, doações entre côn juges, direitos successorios. Pag 225

§32.°

Do regimen dos bens no casamento.
Liberdade do direito pátrio a respeito. Legis-;

lações extranhas. Necessidade da escriptara publica e inalterabilidade dos regimens de beps. Opiniões de LAFATBTTE e TEIXEIRA DE FREITAS. Variedade dos regimens. Pag. *..... 226

§ 33."

Doações entre cônjuges. Condições de sua validade. Actos que se não consideram doações. 0 regimen da communhão. Pag.. 232

§ 34."

Direito siiccessorio entre cônjuges. Direito romano e germânico. Direito pátrio. O *Projecto* de código civil. Direito italiano. Innovações introduzidas no direito francez Outras legislações. Pag..... . ,.«■.'. .•.....'. 233

CAPITULO V

REGIMENS DA COMMUNHÃO DE BENS

§ 35.°

Xoeão e origem da cominunhão de bens; a) Manifestações prodromi-cas« A communhão de .■bens está em mais harmonia com a transfusão dos interesses, realisada pelo casamento, do que qualquer outro

regimen. Critica a este regimen. Sun defeza. Sua origem não *é* a communhão patrimonial da família primitiva. Manifestações desse re gimen em Roma. Pag. 243

§ 36.»

b) Desdobramento evolutivo. Em Ro ma, a communhão de bens entre cônjuges não medrou. Na Germânia, appareceu ella com a cessação do *mundiur».* Evolução do instituto segundo ROTH e SCHBOEDER. Sen gérmen é o *Morgengabe.* Comprovações tiradas da his toria juridica de vários paizes. Em Portugal procede ella dos Visigodos. Costume e con venção. Pronunciada predilecção manifestada entre nós por esse regimen. Tem uma explica ção lógica e outra etlmica e psychologica. Ac ção dos selvagens brazileiros. Pag..... 249-

§ 37."

Coniuiiinhão universal de bens. Quando é legal. Quando convencional. Presuppos-tos de sua existência. Reservas que lhe faz o dec. de 24 de Janeiro de 1890. Paizes que adoptam a communhão universal de bens. Pag. 258

§ 38.°

Bens excluídos da universalidade da coinmiinhão. Enumeração delles. O

"rpf#ett> Ó9 aani£0 ai* .to ;

!».<

AdMinUlrarào o «••• *hrmm* aa NMHI
bio. Â «M
,,,,,, x- k

I «H"

€'m*«fAo «In r« mttnhâo. Qunnkla *m* i'
■- «mim* rama». Dl»

■«g. **

ML*

V

(«MM.iHhá« limitada. L%
do i»*»'■- ■■ <é*> *»raa» •
aa lWitftca, a» *l.>-.*\ •■ aa
J i i aamaa» aa I ■ • aa CaaaWaía.
t>% I »t>mattfta> aa»««/■■!na» C • ro-pom
ooaMaa i aa B—yaa a aai variaa «aalOM
•aiaiat» aa CMa\ aa Af|aa«iaa» OaaalffaaV
vil aaaam» r»gaai «ata **; - ■ aa» ato «oo->

CAPITULO VI

REGIMEN PA SEPARAÇÃO DE BENS

§ 42.° I

Separação de bens. 0 que é. Legislações que adoptara esse regimen. Feições principoes delle. A separação em Roma e na Germânia. Direito pátrio. Considerações moraes a respeito. Separação limitada impropriamente chamada simples separação. Dividas. Administração. Dissolução da sociedade ai. 0 *Projecto.* Pag.....------ .....

CAPITULO **VII**

REGIMEN **DOTAL**

§ **43.°** **I**

Noção, origem e desenvolvimento histórico até o direito romano Inclusive. Qual *é* o regimen dotal. A compra da mulher transforma-se em compra do marido Transição dessa transformação entre os babylonios. 0 dote como "simples doação *propter nuptiax.* 0 Rig-Veda, HOMERO. Germanos, aztecas e toltecas. Obtenção do dote pelo amor venal. 0 dote na Grécia. Sua origem em Roma. Estipulação para restituil-o.

Sua generalisação. Destinação do dote. Legi slação justinianea. Pag 285

§ 44.°

Desenvolvimento histórico do regi men dotal no antigo direito Ibero, no direito pai rio e nas legislações modernas. Código wisigothico. Lei das sete partidas. 0 systema dotal penetrou na Ibéria com a renascença do direito romano. E ainda esse direito a base do systema dotal en tre nós. Dote convencional e legal. Direito germânico. Direito allemão vigente, saisso, chileno, colombiano, argentino, inglez e norte-americano. Pag..... 294

§ 45.°

Por qnem pode ser constituído o dote. Obrigação de dotar em direito roma no. Desapparecimento dessa obrigação no di reito moderno. Si o dote é constituído pela mulher. Pelo pae ou pela mãe da nubente. Pelos avós paternos ou maternos. Por extra-nho. Pag ..... w 301

§ 46.°

Quando deve ser constituído o dote. Suas formalidades. Estimação e

Insinuação. Anterioridade ao casamento e escriptnrn pnblica. O que é estimação. Suas modalidades. Lesão nu estimação. Estimação dos dotes legues. Que dotes dispensam a insi nuação. *O Projecto.* Pag.. ..... ,..... 306

§47.-»

Clausulas adjeetas ao contracto dotal. Cinco clausulas destacadas por LA-FAYETTE. Justificação e critica. *Pag.* • íto'.** 312

§ 48.° .

Obrlgacõe.*» do dotador c direitos do marido para haver o dote. Evic ção. A obrigação do dotador é condicional. Acção do marido para coagil-o. Necessidade da tradição para a translação da propriedade ao marido. Evicção. Pag 315

■ §. 4».°

Classificação dos. bens no regimen dotal. Bens dotaes. Bens paraphernaes. Bens próprios do marido. Bens adquiridos. 0 *Projecto.* Pag. 319

§ 50.°

Direitos e obrigações do marido em relação aos bens dotaes. A proprie-

dade do dote pertence normalmente á mulher. Os direitos do marido dependem da natureza do regimen, do estipulado e da modalidade da . estimação. Estima cão que importa venda. Estimação taxativa. Inalienabilidade 'dos immo-[1] veis. Falta de estimação, indicação dos prin-cipaes direitos e deveres do marido. Pag... . 323

§ 51." **Consequências da alienação Illiclta B dos bens dotaes.** São annullaveis as alie nações illicitiís. 0 próprio marido é compe tente para propor a reivindicação na constân cia do casamento. Dissolvida a sociedade conjugal passa esse direito á mulher ou a seus herdeiros. Pag 328

§ 52." *É* Direitos da mulher em relação aos bens dotaes. Garantia hvpothecaria. A restituição do dote na constância do casamento, em que casos tem logar. Mulher commerciante. 0 *Projecto* e a legislação extrangeira. Pag .....* 330

§ 53."

Restituição do dote. Quando tem logar. Quem deve restituir. Restituição prematura. Garantia da restituição. Como deve ella ser

feita. Acquísição dos fructos. Os tractos do ultimo nnno. Ampliação do principio. Quando o dote consistir em gozos de direitos reaes ou obrigacionaes. A restituição presuppõe a tra dição. 0 *Projecto* e a legislação extrangeira. Pag ..... ≫.....vT|

§54.°

O tempo da restituirão. Bens que sej restituem em espécie. Bens qne se restituem pelo preço. Os prazos da lei não são fataes. Nota sobre a doutrina romana a respeito. Pag.

CAPITULO VIII

ARRHA8

§55.°

Noção e evolução das arrhas. Definição. Origem do instituto segundo VITERBO. Compra de corpo e *Morgengabe.* Opinião de LEVY MARIA JORDÃO. Camera cerada c um eupliemismo para designar a compra do corpo. Objecções a essa opinião. 0 *Morgengabe* em Portugal, como na Allenianha, transfonna-se na communhão de bens. A compra do corpo, no direito portuguez, não corresponde *&o pre-tium inulieitiae* do direito hebreu. E, sim, a

compra do *mnndiwn.* Ás arrbas são a metabole do doario. De onde veio o nome de ar rbas. (*)s<:ulum.* Doações *propter nnptia*.* Fu são do doario de origem tedesca e arrhas esponsalicias de origem greco-latina. Pag .....
345

§ 5fi.°

Princípios reguladores. As arrbas só podem ser constituídas no contracto dotal. Seu *gvuntum.* Sua administração. Seu des tino após a dissolução da sociedade conjuga]. Apanágios e alfinetes. Pag..... 365

CAPITULO IX

§ 57.°

Os regimens de bens perante o di reito Internacional privado. Casa mento celebrado no extrangeiro perante a auctoridade extrangeira ou nacional. Fixação do domicilio em outra -parte. Lei do domicilio B conjugal. Escriptores e códigos. Escbolas divergentes. Somente o primeiro domicilio conjugWtem força piara determinar o regimen legal. A que se reduz a questão. 0 *Projecto* primitivo. Pag 369

CAPITO LU X

DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE COJtfJtrOAL §

,W.°

Noções históricas do divorcio. Dupla accepção da palavra divorcio. Casamentos temporários entre os primitivos. Repudio da mullier **na índia, na** Grécia, na Judeu. Di vorcio pêlo código de Ha mm u rabi. Divorcio era Roma. Reacção do cbrisfcianísmo. Sepa ração de corpos. Direito pátrio. Seculari-I sacão do direito matrimonial. Pag. ..... J

§ 59.°

O problema do divorcio. Vantagens e inconvenientes da simples separação e do di vorcio *a PUICU/O.* Solução preferível. As con dições da sociedade brasileira dispensara o di vorcio. Confronto entre o crime e o divorcio. 0 divorcio por cccasíão de se discutir o *Pro~ jecto* do código,.civil na Camará dos Deputa dos. Pag. .....'..... li■.. •..*a* .....

§ 60.°

Motivos e effeito» do divorcio segundo A lei pátria. Enumeração delles. Adultério. Sua punição no direito antigo. Direito pátrio. Condições para que o adulte-

rio auctorise. o divorcio. Sevícias e injurias graves. Abandono do lar. Mutuo consenti mento. Effeitos do divorcio. Pag 386

§ 61." I

Legislação comparada. Direito francez. Nota sobre a distincção entre o adultério do homem e o da mulher. 0 direito francez acceita o divorcio *a vinculo.* Hystemas diver sos. O mutuo consenso. Legislação ingleza, russa, servia, austríaca, hollandeza, belga, allemã, suissa, norte-amerícana, da Guatemala e do Salvador. Outras legislações receitaram o divorcio. A italiana, a portugueza, a hespanhola, a argentina. Pag 395

§ 62."

Divorcio perante o direito Interna cional privado. Que lei se deve consul tar para saber si um casamento *é* divorcia vel. Opiniões divergentes. Combinação da *leas fori* com a da nacionalidade. Os esposos legal mente divorciados serão considerados taes, mesmo nos paizes em que o divorcio é desçonhecido. 0' *Projecto* primitivo. Pag..... 407

§ 63."

Dissolução do casamento. A morte. O divorcio doV, extrangeiros pronunciado no

extrangeiro. A ausência, embora definitiva, não dissolve o casamento. Base desta deci são. O *Projecto.* Pag. .....-, 411

CAPITULO XI

BELAÇÕES ENTBE PAES E FILHOS

§ 64.°

Filiação legitima. O que é filiação. Quan do é legitima. Modos de determinar si o mo mento da concepção teve logar durante a cons tância do casamento. Presumpção do concu-bito. Modo de desfazel-a. O adultério por si só não destroe a presumpção legal da pater nidade. O ^*Projecto.* Legislação comparada. Pair..... ?■*: ------ . ♦ 415

65.1

Contestação da legitimidade da filia ção* 1 — Contestação da paternidade. Quem tem direito de fazel-a. Quando prescreve a acção para essa contestação. Quando se trans-mitte ao herdeiro do marido. II—Contesta ção da maternidade. Quem pôde propôl-a. III — Contestação do casamento. Quem pôde propôl-a. O *Projecto.* Legislação compara da. Pag ..... ▪..... • .....' 421

§ 66.°

Acção de filiação **legitima, flua pro va.** Em que consiste esta acção. Têm direito de propôl-a o filho, seus descendentes e her deiros. 0 que deve provar quem pretende fazer constar a legitimidade da filiação. A posse de estado. Factos de que resulta. Di reito extrangeirn. Pag.. ..... **426**

§ 67.°

Filiação illegitima. Quem é filho illegi-timo. Sub-éspecies de illegitimos. 0 direito atheniense e o romano em relação aos illegitimos. Direito canónico e germânico. Direito moderno. Conceitos de (JIMBALI. Pag. .... -131

§ 68.°

Legitimação, Oque *é.*~~ Suas espécies no direito romano e moderno. Legitimação por subsequente matrimonio. Sua razão de ser e sua origem. Direito pátrio. Que filhos pode ella beneficiar. A legitimação por casamento •subsequente actua no direito *ipso* ***fure.*** Direito francez, portuguez, allemao, snisso, italiano, russo, argentino, chileno, norte americano, in-glez. Pag ..... •••••>* * ••• - ••"»■-.«*.;<'435

§ 69.°

Reconhecimento dos Olhos nafn- raes. **Perfilhação solemne. A ma-** | ternidade é habitualmente manifesta. Casos duvidosos. Sen reconhecimento espontâneo I ou forçado. Determinação da paternidade. Reconhecimento espontâneo. Suas formas. Sendo por escriptura publica ou testamento que direitos confere. A que espécie de filhos especialmente se applioa. Epoclm em que deve ser realisado o reconhecimento. Como e por quem pôde ser impugnado. Quando toma o nome de perfilhação solemne. 0 *Projecto.* Ld- I gislaçoes extrnnhas : franceza, portugueza, argentina, uruguavana, chilena, heapanhola. Pag. 445i

§ 70.°

Investigação da paternidade perante os princípios e a **lei.** Prova da paternidade illegitima para efteito de alimentos. Opiniões divergentes. TEIXEIRA DE FREITAS contra LAFAYETTE. Argumento tirado do de-
■ creto de 24 de Janeiro. Nosso direito não anctorisa a investigação da paternidade. Factos jurídicos que provam a paternidade inde ■ pendentemente da vontade dos pães. Legislações que interdizem a investigação da pater- , nidade. Casos em que a toleram. *0 direito
' portuguez, inglez, austríaco, bavaro, hespa-nhol, luizianio e argentino, acceitam a.invés-

tigação. Argumentos pro e contra. Observação de TARDE. Opinião de CIMBALI, GABBA e LAURENT. Condições a que se deve submet-ter o principio de reconhecimento forçado. *Projectos* COELHO RODRIGUES e actual. Posse de estado. Concubinato. Casamento religioso. Defloramento, estupro e rapto. Não é a se ducção um motivo sufficiente para auctori«ar a investigação da paternidade. Observações de DUMAS filho. Também não é acceitavel a prov.i testemunhal. O *Project* >. Pag.. £.■.. 457

§ 71.»

Adopção oo antigo direito e no di reito pátrio. Definição. Origem. Artic ulações de MAINE e de COULANGES. Direitos dos povos antigos, direito romano. Espécies, condições e efleitos. Povos bárbaros. Direito portuguez antigo. Opinião do dr. DINO BUE-NO. Refutação. Opiniões de TEIXEIRA DE . FREITAS, BORGES CARNEIRO, LIS TEIXEIRA e LOUREIRO, contra LAFAVETTE e COELHO DA ROCHA. O direito extrangeiro. BLUNTSCHLI e SANCHES ROMAN. Condições da adopção por direito pátrio. Seus efieitos. Pag..... 473

§ 72.°

Adoprão no direito extrangeiro actual. Legislações que a puzeram de lado.

Legislações que a mantiveram. Direito tran-cez, allemão, zurichense. Outras legislações e, particularmente, a russa. Pag. ... m.. .. -482

M, § 73.°

Noção de pátrio poder. Definição. Ori gens. No México, na China, no Japão, na Grécia, na índia, em Roma. Principio novo introduzido pelos germanos. Direito pátrio." «*," Piiff ..... '.';." .....«...I* 490

§ 74."

Direitos eoniprehendldos no pátrio poder. Direito sobre a pessoa do filho. Pe cúlios. Suas espécies. Direitos do pae so bre os pecúlios do filho. Garantias. Critica á theoria dos pecúlios. Legislações estranhas. **Pair .....*U;*..... i#» .....I** 495

§ 75."

Responsabilidade do pae pelos aetos do Olho. Os preceitos do direito romano e do código philippino devem ser entendidos de accordo com a feição nova do direito. Si ha mandato. Não havendo. Ádeantamento de mesadas. Si o filho é commerciante. Actos illicitos. Pag ..... 501.

§ 76.°

Suspensão do pátrio poder. **Meu termo.** Em que hypotheses tem logar a suspensão do pátrio poder. Termina o pátrio poder : 1.°, pela morte do pae e da mãe ; 2.°, pela passagem desta a segundas núpcias; si a binuba perde o*usufructo dos bens do filho ; 3.°. quando o pae ou mãe casar sem prévio inventario ; 4.°, quando o filho attinge á maioridade; 5.°, pela emancipação legal; 6.", pela emancipação solemne ; 7.", pela sentença que demitte o progenitor de sua auctoridade paternal. Pag. 503

§ 77.°

Traços de **legislação** comparada em relação ao **pátrio poder.** Direito fran-cez. Poder de correcção. Outras legislações. Código civil italiano, portuguez e hespanhol. Direito allemão, suisso, inglez, russo. Nota sobre a legislação protectora da infância. Pag. 511

CAPITULO XII

ALIMENTOS

§ 78.°

Noção **de alimentos.** Vocação a pres-**tal-os.** Accepção technioa da palavra ali--

KwKSL

mpnto. Thooria do direito romano. Direito pátrio. A quem incumbo prestar alimentos. Ordem a seguir. Condições para serem devi dos os alimentos. Quando cessa a obrigação de alimentar. Códigos civis portuguez e francez. Direito romano, suisso, uruguayano, ar gentino, chileno, inglese. Pag. 521

§ 79.'

Fixação dos alimentos c aceão para olilel-oft. Periodicidade da prestação dos alimento». A pensão deve ser, normalmente, em dinheiro. A obrigação alimentar não é so lidaria nem indivisível. A acção para pedir alimentos. Pag..... 530

CAPITULO XIII

DA TUTELA

80.1

Noção da tutela. Definição. Direito ro mano. Direito pátrio. Quem incide sob tu tela. Nota sobre o pátrio poder da mãe natu ral. Espécies de tutela. Pag..... .- -.335

§ 81.°

Da incapacidade para exercer **a tutela.** Enumeração das pessoas incapazes. Pag. 543

§ 82.°

Das excusas. Enumeração dos casos de ex-cusa. Quando devem ser allegadas. Pag. . . 545

§ 83.°

Garantias da tufei*. Entrada em funcções. Deve o tutor prestar fiança. Seus immoveis acham-se hypothecados em garantia dos bens do pupillo. Pag ..... 54(5

§ 84.«

Direitos e obrigações do tutor. Crea-
çâo e educação do orpham. Orphams que devem ser dados á soldada. Os expostos. Administração dos bens do pupillo. Faculdade de alienar. Quando e por que modo é conferida ao tutor. Auctorisação do juiz quando é necessária. Quando é dispensada. 0 tutor não pôde- doar nem transigir. Representação dos impúberes e auctorisação dos púbere*. Prestação de contas e indemnisação dos damnos

causados. Responsabilidade do magistrado. Pag..... Mi*

§ 85.»

Wo cofre «Io* orphams. Que objectos devem ser recolhidos ao cofre. Em que casos podem **ser** retirados. Pag 557

§ 86. °

Termo (la tutela. Maioridade. Supple-mento do edade. Casamento. Transcurso de tempo. Escusa. Remoção. Ávóbinuba. **Pag.** 558

§ 87.°

■•rrstaeáo **«lo contas.** Quando tem logar. Como se opera. Receita e despeza. Vintena. Recolhimento ao cofre.'* Pas. .....'. 562

§ 88.°

l.cgMação eoiuparaiia em relação á Inicia. Direito francez. Tutoria do cônjuge sobrevivente. Espécies de tutela. Conselho de família. *Subroge tutiur.* Extensão dos poderes do tutor. Termo da tutela. Código civil italiano, portuguez, argentino, chileno, uruguayano. Direito aliem ão, zurichen-

se, inglez, russo. Nota sobre a lei finlandeza.
Pag. 566

CAPITULO XIV

DA CURATELA

§ 89.e

Xoçôcs **e espécies de curatela.** Definição. Espécies existentes em nosso direito. Direito romano. *Lei Plaetoria.* Acção dos pretores. Marco Aurélio. Mesmo no direito justiniano a curadoria não é obrigatória. O direito moderno a respeito. Curatela dos emancipados. Identidade de princípios entre a tutela e a curatela. Pag.

§ 90.°

Curatela dos alienados e fracos de espirito. Que pessoas comprebendem as ex pressões — alienados e fracos de espirito. Quaes não comprebendem. Decretação da curadoria dos alienados. A quem é deferida. Tempo que devem servir os curadores. Seus direitos o deveres. Quando cessa. Pag 583

§ 91."

Legislação comparada em relação à curatela dos alienados. Lei das **xn**

taboas. Direito pretoriano. No direito fran-oez -quem deve pedir a intervenção. Como é • decretada. A quem é dada a curatela. Inca pacidade do interdicto. Interdicção legal dos alienados. Código civil italiano. Interdicção dos condemnados. A pena de ergástulo de termina uma espécie de morte civil. Direito portnguez, inglez, allemão, zurichense, hespa-nhol, argentino, chileno, uruguayano, russo. A lei noruegueza de 28 de Novembro de 1898. Pag. ..... ,.....' ---------- 586

I §92° I

Curatela dos pródigos. Conceito legal do pródigo. Decretação da interdicção por prodigalidade. Extensão da capacidade do pródigo. Direito romano. Decadência do instituto. Varias legislações a respeito. Pag.,.. 595

§ 93.°

Curatela do» ausentes. Conceito de au sente. Curadoria provisória. Seu termo. Bens vagos. Successão provisória. Successão defi nitiva. Quando tem ella logar. Pag..... 599

§ 94.°

Legislação estrangeira. Doutrina do código civil francez, do italiano, do portuguez,

do argentino. Pouca variação na doutrina dos códigos. Duração presumível da vida. Pag.. 604

CAPITULO XV

I

RESTITUIÇÃO IN INTEGRTJM

§ 95.°

Sua origem. Sua actualidade. Direito pátrio. Fundamento do beneficio resti-tutorio. A quem é concedido. Em que tem-pp. A quem não aproveita. Effeitos. Pag.. 611

ERRATAS

PAG.	LINHA	ERRO	EMENDA
28	10	não é posição	não é a posição
28	22	del	de
225	9	alquire	adquire
293	26	aggi	Saggi
450	19	publica	publicada
526	25	Codigo	Code

,

Livros Grátis

(http://www.livrosgratis.com.br)

Milhares de Livros para Download:

Baixar livros de Administração
Baixar livros de Agronomia
Baixar livros de Arquitetura
Baixar livros de Artes
Baixar livros de Astronomia
Baixar livros de Biologia Geral
Baixar livros de Ciência da Computação
Baixar livros de Ciência da Informação
Baixar livros de Ciência Política
Baixar livros de Ciências da Saúde
Baixar livros de Comunicação
Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE
Baixar livros de Defesa civil
Baixar livros de Direito
Baixar livros de Direitos humanos
Baixar livros de Economia
Baixar livros de Economia Doméstica
Baixar livros de Educação
Baixar livros de Educação - Trânsito
Baixar livros de Educação Física
Baixar livros de Engenharia Aeroespacial
Baixar livros de Farmácia
Baixar livros de Filosofia
Baixar livros de Física
Baixar livros de Geociências
Baixar livros de Geografia
Baixar livros de História
Baixar livros de Línguas

Baixar livros de Literatura
Baixar livros de Literatura de Cordel
Baixar livros de Literatura Infantil
Baixar livros de Matemática
Baixar livros de Medicina
Baixar livros de Medicina Veterinária
Baixar livros de Meio Ambiente
Baixar livros de Meteorologia
Baixar Monografias e TCC
Baixar livros Multidisciplinar
Baixar livros de Música
Baixar livros de Psicologia
Baixar livros de Química
Baixar livros de Saúde Coletiva
Baixar livros de Serviço Social
Baixar livros de Sociologia
Baixar livros de Teologia
Baixar livros de Trabalho
Baixar livros de Turismo