

RESUMO

DAS

LICÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA

SOBRE O DIREITO PRIVADO

PROFESSADAS POR

Glovis Bevilaqua

LENTE CATHEDRATICO DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

*Da veniam scriptis, quorum non gloria nobis
causa, sed utilitas officium que fuit.*

OYIDIUS.



RECIFE

TYPOGRAPHIA DE F. P. BOULITREAU

1893

RESUMO
DAS
LIÇÕES DE LEGISLAÇÃO COMPARADA



SOBRE O DIREITO PRIVADO

PROFESSADAS POR

Clovis Bevilacqua

LENTE CATHEDRÁTICO DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

*Da ceniam scriptis, quorum non gloria nobis
causa, sed utilitas officium que fuit.*

OYIDIUS.



RECIFE

TYPOGRAPHIA DE F. P. BOULITREAU

1893

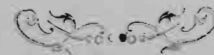
À M^{re} J. Torre, illustre représentant de
la science moderne allié au droit et tout
à l'heure à pris quelques mots de ses idées

ADVERTENCIA

Chiribritagay

Somente no intuito de auxiliar os alumnos da legisla-
ção comparada, que enfrentavam o estudo de uma cadeira
nova, sem compendios e sem guias que os norteassem por
este caminho pouco trilhado da comparação das leis patrias
como as estrangeiras, resolvi publicar os *resumos das lições*
que professei no decurso deste anno, sem, aliás, poder ir alem
da primeira parte. Espero mais tarde continuar a tarefa
agora encetada.

Lembro aos que me lerem que não pretendi mais, neste
livro, do que expor *noções*, e que a exposição dellas é dada em
resumo, pela necessidade em que estava de me conter em
certo numero de paginas. Si tiver tempo e estimulo, não
será difficil que publique *explanaciones* mais latas dos themas
apontados nas lições presentes.



RESUMO DAS LICÇÕES

DE

LEGISLAÇÃO COMPARADA SOBRE O DIREITO PRIVADO

I

Objecto da cadeira : legislação comparada. Restrições impostas pelos estatutos : 1.ª noções; 2.ª direito privado. Noções do direito privado e sua distincção do publico. Divisão do direito privado.

Certas interpretações divergentes que borbulharam por ahi algures, embora desnudadas de quaesquer documentações justificativas, deviam talvez induzir-me a delimitar, com desvelo mais acurado, o assumpto que constitue a materia propria da 3.ª cadeira da 3.ª serie do curso de sciencias sociaes. Deviam realmente, mas forçoso é deixar que passe a oportunidade, pois que não é consentanea, com a indole destas licções, uma discussão que, muito apurada, me poderia transviar do objectivo a que me proponho ou, ao menos, retardar o seu alcance.

Poucas palavras bastem, portanto, para determinar o objecto especial desta cadeira, o campo que junctos vamos explorar.

Tracta-se de uma disciplina extranha ás nossas Faculdades juridicas até pouco tempo, e que um regulamento recente bem avisadamente creou. Era natural que a lei nova e sua criação encontrassem, nos primeiros momentos de sua applicação, certas difficuldades a vencer, certas aspezas de caminho a aplainar, como um mecanismo que

emperra ao mover-se, porque o attricto continuo, o habito, que é uma força em todos os dominios, no physico, no intellectual e no moral, ainda não deu-lhe, com o desbastamento das irregularidades, a facilidade do funcionamento. E si o uso, que é o habito das leis, vale por um optimo interprete, como foi reconhecido pela experiencia romana, é certo que elle se inicia sempre por vacillações, antes de ser encontrada a via por onde se ha de entranhar, seguindo um norteamento constante, tendendo sempre para o mesmo alvo. Essas vacillações succumbem com a elucidação do que pretendeu ou devia ter pretendido o confeccionador da lei. A cada interprete cabe, para tal fim, expor suas idéas, seu modo de comprehender o poncto daviioso, impugnando as opiniões contrarias.

Forçado, porém, a evitar as delongas de uma discussão, contentar-me-ei pura e simplesmente a expor meu pensamento, sem aliás preoccupar-me com circummural-o por uma forte argumentação defensiva.

Entremos em assumpto. O objecto immediato da cadeira de legislação comparada sobre o direito privado, como dil-o, de modo claro, a denominação que lhe conferiram os estatutos, é—a *comparação*. A comparação, o confronto, o cotejo da legislação brasileira com a extranha, em sua fórmula actual e, accessoriamente, com as phases anteriores de seu desenvolvimento, eis o vasto programma que synthetizam aquellas palavras do regulamento estatutario.

Uma tal vastidão, porém, diminue com as restricções que o mesmo regulamento impõe. A primeira dellas nasce do modo por que tem de ser feito o estudo. Não se tracta, nesta cadeira, de apreciar detalhadamente cada um dos institutos juridicos, observando-os na elação dos preceitos que o compõe e sob os varios prismas que possa admittir. Aqui a materia do estudo não tem de ser abrangida em toda sua largueza, em sua plenitude, mas ha de ser considerada em seus principios mais geraes, no que ella contiver de essencial.

Neste immenso pelago ondeante de leis e de costumes, salientam-se ponctos culminantes, como aguçamentos de illas que irrompem do seio das aguas. São os institutos fundamentaes, os mais grossos pilares sobre os quaes se arrima a construcção juridica. Sobre elles somente me deterei com vosco alguns momentos que não podem deixar de ser breves, porque é longo o caminho que temos de percorrer.

A segunda restricção, que nasce da determinação regulamentar, está em que não exige ella a comparação de todo o vasto corpo das leis brasileiras com a dos povos cultos ou outros cujo direito tenha a sciencia interesses em conhecer. Nossa tarefa se circumscreve ao direito privado. Mas, mesmo assim com essas limitações, podeis crer que não será pequena e que solicitará um pouco de applicação de vossas energias mentaes, a que os impetos da juventude avigeram e fecundam.

Chegando a este poncto, como que ouço, uma interrogação. Si o objecto desta cadeira é a comparação restricta ao direito privado, onde a sua característica especial, pela qual se distinga de qualquer outra?

A objecção já foi implicitamente afastada quando affirmei que o objecto especial de vosso estudo é a comparação e que o direito privado é o campo limitado dentro do qual ella se ha de executar. Em todas as outras cadeiras em que se estuda o direito privado mais aprefundadamente, mais detalhadamente do que se tem de fazer nesta, a comparação não passa de um accidente. E' accessorio, é illustração de assumpto especial. Na cadeira de legislação comparada, porém, a comparação é o systema, é a substancia mesma do assumpto, enquanto que o direito privado é uma determinação, uma limitação. E' por assim dizer, simplesmente o thema sobre o qual se vão desenvolver as variações que apenas deixam ouvir as notas fundamentaes delle, diluidas nas opulencias e nas modificações rapidas de sua progressão.

A comparação que, pela índole do ensino, se contém em plano inferior, em raias exiguas, nas cadeiras do curso juridico, alarga-se, avoluma-se nesta, e é natural que o direito privado se reduza para dar-lhe cabimento. Este deslocamento, esta inversão na ordem das idéas, transformada a disciplina que vamos estudar, adaptando-a directamente á índole do curso a que pertence, sem tornal-a dispensavel ao curso juridico.

Para fundamentar esta ultima asserção, além de razões que não de apparecer a seu tempo, destaca-se uma ponderação que deve ser invocada desde já.

Sabe-se o valor que vae adquirindo, dia a dia, o direito internacional privado. Sua litteratura na Allemanha, na França, na Italia, na Belgica, na Inglaterra, nos Estados Unidos da America do Norte, é opulenta e vasta. As elaborações de Savigny, Barr, Fœlix, Lainé, Fiore, Eperson,

Rivier, Laurent, Asser, Westlake, Field, Wahrton, entre outros, fizeram deste ramo, desta applicação especial do direito privado, uma fonte fecunda e interessantissima de estudos, quasi uma sciencia autonoma.

Em nenhuma outra cadeira, a não ser na de legislação comparada, esta disciplina pode ter uma entrada franca e completa embora limitando-se á noções. No direito civil e no commercial, fazem-se referencias á internacionalidade das relações privadas, mas de passagem, incidentalmente, e o que mais é, fragmentaria e desligadamente. Por outro lado, o direito internacional privado exige, como base, como preparo, o confronto das leis dos paizes que a civilização poz em contacto quotidiano, para saber-se quando ellas coincidem ou divergem. E em que cadeira pode ser mais regularmente organizado este preparo sinão n'aquella que tem por alvo directo a comparação das leis privadas?

Determinada a orientação que ha de dominar estas lições, é tempo de ser firmado o conceito do direito privado.

O conjuncto de interesses, o tecido de relações que constituem a vida do homem considerado tal e não em sua qualidade de cidadão, de co-participante da auctoridade publica, de membro do Estado, eis o objecto do direito privado. Pouco importa, para esse effeito, que o homem se apresente isoladamente, ou em aggremações, em nucleos associativos como a familia, as sociedades civis e as commerciaes. Mesmo o Estado e suas divisões administrativas ou politicas, sob certas relações de character particular, entram na esphera deste direito.

Os romanos definiam o direito privado—*quod ad singulorum utilitatem spectat* (1), o que respeita ao interesse de cada individuo. Mas, por um lado, esta definição se atigua muito lata, porquanto esses interesses, sem uma determinação mais clara do que a que provem da expressão—*singulorum*, podem ser também politicos, administrativos, que estão evidentemente fora da orbita do direito privado. Por outro lado, não são somente os individuos os sujeitos deste ramo do direito, também o Estado, as Províncias e o Municipio, têm aptidão para pôr em movimento a sua congregação, em tudo que diz respeito aos bens.

(1) *Institutiones Justiniani*, I, 1, § 4.

Para os romanos conviria a citada definição, em vista da concepção que elles tinham do homem e do Estado, mas não merece ser reproduzida actualmente.

O direito privado comprehende —o conjuncto de preceitos assegurados pelo poder publico, que têm, por objecto, regular as acções dos homens que não forem de character publico nem da esphera exclusiva da moral, nem das outras regulamentações não juridicas. É uma definição negativa, obtida por um processo de exclusão.

Mas as definições *negativas* são tam legitimas quanto as *positivas*, (2) e é perfeitamente possivel apresentar as duas, neste caso.

Indicados os preceitos componentes do direito privado affirmando-se o que elles não são, podem ser caracterisados novamente pelo que elles realmente são.

O direito privado traça as normas dentro das quaes tem de mover-se a actividade das pessoas physicas ou juridicas, isoladamente ou reunidas em agrupamentos, contando que nesses agrupamentos se tenham em vista os interesses privados, particulares, sejam physicos, economicos ou ideaes.

A sociedade dentro da qual vivemos, embora dominando os individuos de um modo superior e constante, não os absorve de tal modo que não seja licito distinguirem-se duas ordens principaes de interesses: os geraes e os particulares, os sociaes e os individuaes, os publicos e os privados. *Sunt enim quaedam publice utilia quedam privata*, ponderava o jurista romano. O douto Savigny, referindo-se a esta distincção a que acabo de alludir, lembra que o direito publico considera os individuos como objecto secundario e occupa-se com os interesses geraes da sociedade, enquanto que o direito privado tem por objecto exclusivo o individuo em sua existencia e em seus diferentes estados. (3)

Mais claramente e mais consentaneamente com as ponderações feitas quando critiquei a concepção romana do direito privado, direi que o direito publico, considera as nações em sua unidade juridica, como superorganismos que têm uma

(2) Alexandre Bain (*Logica*, vol II, I, IV,) diz-nos que as definições se obtêm por um duplo methodo: o *positivo* que consiste em «reunir todas as cousas particulares que entram sob a noção»; e o *negativo* que consiste «em reunir todos os casos particulares comprehendidas sob a noção opposta.» É pouco mais ou menos o methodo de Socrates, diz Janet, e que Aristoteles chamava *epagoge*.

(3) *Syst. de droit romain*, § IX.

vida propria, e, quando se occupa dos individuos, o faz tomando-os essencialmente sob uma das modalidades de seu existir, como sendo membros do Estado. O direito privado encara a vida sobre outro aspecto, vê, nos individuos e nas collectividades, não já membros do Estado, mas partes componentes da sociedade.

Este ponto de vista esclarece o assumpto, accentuando as extremas destas duas faces precipuas do direito em seu aspecto objectivo, bem que nestas extremas se confundam, muitas vezes, as aguas que defluem destas duas nascentes.

Por seu turno, o direito privado contem duas categorias de principios perfectamente distinctos. Em uma dellas se encerram os preceitos que determinam os direitos e deveres dos particulares entre si ou em frente ás pessoas juridicas do Estado, da Provincia ou do Municipio, sejam esses particulares nacionaes ou não, podendo mesmo residir em paiz estrangeiro, comtanto que tenham relações de character privado que se venham manifestar, por qualquer fórma, no territorio nacional.

Na segunda categoria se aggreem as regras que indicam aos particulares a marcha a seguir e os meios a empregar, quando tiverem de fazer effectivos aquelles direitos. E' a distincção entre direitos *primarios*, *substantivos* ou *materiaes* e direitos *secundarios*, *instrumentaes* ou *formaes*, entre o direito *preceitual* e o direito *processual*, que é comum a todos os ramos da arvore juridica. Esse dualismo de normas não é extranho ao direito privado, onde ao lado da lei que *preceitua* se depara a lei que *processa*. Estas duas feições se completam e se confirmam em todas as ondulações e flexuras que a vida humana lhes imprime, de modo que todas as divisões do direito privado *preceitual* tem correspondentes no direito *processual*.

Escusado é dizer que não se tracta aqui das leis de organização judiciaria, das que regulam a competencia dos tribunales e o modo de seu funcionamento, pois que taes leis são do dominio do direito publico.

O direito privado, abstrahindo agora destas duas ordens de principios que desdobram-se conjunctos, em parallelismo, divide-se em civil, commercial e internacional privado.

Direito civil é o direito privado tomado em suas bases geraes, applicando-se á generalidade dos homens. E' o complexo das regras relativas ás pessoas, as cousas, ás obri-

gações e ás successões em suas manifestações geraes e comuns.

Dentro da esphera do direito civil, ha, sem duvida, nuanças e modificações relativamente a certas pessoas que, por considerações de valor diverso, pela necessidade de accommodarem-se os principios do direito á relatividade das situações em que ellas se acham, exigem abrandamentos ou especialisações nas regras juridicas a que se têm de submeter. Os menores em geral, especialmente os orphans, e aquelles que, por sua debilidade mental, a lei equipara aos menores sollicitam providencias especiaes que se traduzem por leis particulares quer preceituaes quer processuaes.

E' um exemplo que me parece frisante.

Entretanto essas leis não têm um cunho de especialisação tam accentuado que devam constituir um corpo de doutrina separado, autonomo.

Direito commercial, definem os tractadistas, é o complexo de normas reguladoras das relações juridicas oriundas do exercicio do commercio. E' um ramo distincto do direito privado, que offerece divergencia de character bem apreciavel para merecer possuir, como actualmente possui, um codigo aparte, bem que alguns escriptores, mesmo do mais modernos, entendam que elle deve continuar a ser considerado como uma parte do direito civil (4).

Direito internacional privado é o mesmo direito civil e o commercial actuando alem dos limites territoriaes do paiz para o qual foram promulgados, e ainda o conjuncto de principios que regulam as relações juridicas de ordem privada que affectam interesses da sociedade internacional constituida pelos povos que se acham em contacto directo e constante.

Ainda uma distincção é preciso ter em vista. No direito privado como em qualquer outro, além do lado positivo (quer preceitual quer processual), que é o consagrado nas leis ou nos costumes juridicos, ha o lado dogmatico, theoretico, doutrinario, que encara as relações dos homens de um ponto de vista mais livre e mais alto, olha o passado e o futuro das leis, nota as suas attinencias com a vida social, critica, esclarece e dirige o direito positivo.

(4) E' a opinião de Teixeira de Freitas que vejo patrocinada recentemente por Ferdinando Puglia, *Il diritto nella vita economica*, pag. VI e por Cimbali, *La nuova fase del diritto civile*, pag. 358, onde se lê: «il codice de commercio..... dovrà entrare pur esso qual elemento costitutivo nel organismo comune del codice di diritto privato.»

O estudo feito simplesmente sobre as disposições legais é mais a flor da terra e não contém elementos sinão para uma arte, util sem duvida, mas que apenas exige qualidades secundarias de espirito em seus cultores. O estudo do direito feito á luz da historia, da philosophia e, em geral, do conjuncto das sciencias que têm por objecto o homem e a sociedade, é uma applicação mais elevada da intelligencia, contém o estofa de uma sciencia. A distincção entre estas duas modalidades de estudo é a que podemos estabelecer entre um Lobão e um Rudolf von Jhering.

São estas as divisões do direito privado. Alguns auctores querem incluir tambem nelle o direito criminal, mas si considerarmos que a pena é uma reacção social contra o delicto e que as violencias delictuosas, mesmo as mais pessoaes, perturbam e offendem a ordem social, descobriremos, sem necessidade de argumentações desenvolvidas, a base falsa dessa opinião.

—:—:—

Applicação do methodo comparativo ao estudo do direito. Comparação no espaço e no tempo. Da psychologia experimental e da sociologia baseada na anthropologia geral como bases indispensaveis ao estudo do direito. Triplice vantagem do estudo do direito comparado, para a sciencia, para o legislador e para o juiz.

Depois das laboriosas e profundas analyses da psychologia moderna, principalmente das investigações agudissimas de Alexandre Bain, passou a ser uma verdade indistendida que nós só conhecemos um phenomeno qualquer distinguindo-o, destacando-o, por assim dizer, da massa geral dos seres, e assimilando-o com os que apresentam caracteres communs. Desse principio, resulta, como consequencia immediata, que todo saber experimental, de qualquer natureza que seja, ha de surgir necessariamente de uma comparação rapida ou morosa, consciente ou inconsciente, que as idéas, os juizos, mesmo as inferencias immediatas, os raciocinios intuitivos resumem os resultados de um confronto, e que, portanto, a comparação é uma operação inicial da vida intellectiva, um principio logico que se encontra em todas as operações mentaes; ou se revele claramente aos olhos do observador ou se envolva sob o tecido polymorphico de outros principios logicos de ordem mais complexa.

E', porem, no estudo dos seres vivos e dos phenomenos moraes que a comparação se impõe de um modo mais directo e preponderante, constituindo um methodo especial que lhe toma o nome: — o *methodo comparativo*, que é um aspecto do inductivo

Ninguem ignora que as classificações naturaes repousam todas sobre a comparação geral dos orgams e a predominancia dos caracteres essenciaes. Não seria preciso dizer mais, para que bem salientado ficasse o valor da comparação em todos os ramos da biologia.

Porem são de tanta relevancia os resultados do methodo comparativo que não podemos passar tam rapidamente sobre elles.

Foi aprofundando o estudo da anatomia comparada que Gegenbauer, Huxley e tantos mais chegaram a determinar, de modo preciso, irrecusavel, a longa seriação genealogica das especies vivas. Foi essa paciente e ousada sciencia que poudo, estudando osso por osso, musculo por musculo, nerve por nerve, cellula por cellula, assignalar o verdadeiro lugar do homem entre os outros animaes.

O estudo comparativo das linguas levou a glothologia a descobrir os parentescos, filiações e agrupamentos idiomaticos, habilitando-a, com materiaes sufficientes, a reconstruir, para os grupos indoeuropeu e semitico, as linguas mães de onde todas procedem, sinão em sua forma real, com uma aproximação satisfactoria.

A anthropologia geral e a criminal, a ethnologia e a psychologia experimental são filhas legitimas do methodo comparativo.

Deante destes resultados surprehendentes, seria extranho que não se procurasse introduzir essa modalidade da indução, o methodo comparativo, ao estudo dos phenomenos sociaes e do direito em particular.

Realmente a muito se faz applicação deste methodo fe-cundo ao estudo do direito.

Os trabalhos de Bluntschli, se firmam todos neste esteio valioso; Hermann Post nos fala de uma jurisprudencia ethnologica tendo por base a sociologia (1); Sumner Maine diz-nos que foi sua intenção « applicar ao direito um methodo inatacavel como aquelle que conduziu a philologia comparada a resultados tam maravilhosos »; e Tylor affirma a necessidade de estudarmos a legislação debaixo do poncto de vista ethnographico.

Os preventos obtidos até hoje ainda não se podem considerar dos mais opulentos; porém a prova mais evidente de que o minerio se tem mostrado abundante é o grande impulso que o estudo comparado das legislações tem tomado actual-mente na Europa.

A comparação do direito e das instituições dos diversos

(1) Tem essa orientação seus *Bausteine für eine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis und Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte*.

povos pode ser feita simplesmente, na actualidade ou em qualquer momento historico, pelo confronto das legislações então vigentes e das manifestações vitaes que ellas envolvem, ou poderá ir mais longe buscar, na origem e desenvolução dos diversos ramos do direito, a causa das similhanças e das differenças, para determinar a possibilidade das adaptações ou modificações ou para indiciar a acção dos factores e a combinação dos elementos de origem nacional ou estrangeira.

A este respeito disse uma auctoridade conspicua, Em. Glasson, o illustre professor da *Faculté de droit de Paris* e da *École des sciences politiques*: « Não basta constatar que o direito de tal ou tal nação é similhante ao nosso ou delle differe; é preciso tambem procurar as causas das similhanças e dos contrastes. E' o unico meio de esclarecer estas investigações e de lhes dar um caracter verdadeiramente scientifico. Para obter este resultado, é indispensavel que pegamos soccorros á historia; somente ella nos permite acompanharmos cada povo atravez das edades e descobriremos as causas que produziram as instituições proprias ao genio de cada um » (2).

A comparação no tempo será o estudo historico e comparado do direito em genero, ou de qualquer de seus institutos, desde sua genese indelimitada e incoherente até suas ultimas especialisações e abstracções desaladas á tona do pensamento moderno. A primeira parte deste estudo forma essa ordem de indagações attrahentes que foi, com toda propriedade, chamada paleontologia juridica. A segunda parte formará a historia do direito propriamente dicta, sua phylogenia, ou poderá ser o estudo ontogenetico e cenogenetico de um direito ou mesmo de um agrupamento natural de institutos, sob a luz da comparação.

E' facil de ver que profundas e penosas perquisições se nos offerecem, em quasquer desses campos, mas, ao mesmo tempo, quantas seducções convidam os espiritos a se internarem por esse labyrintho ethico-juridico, promettendo, a cada volta do caminho, apontar-lhes os vestigios apagados de uma instituição morta ou o berço vazio, mas ainda virgem de olhares extranhos, de uma criação juridica.

A comparação no espaço, acareando as legislações vi-

(2) *Sur les rapports du droit français et du droit allemand*, introdução a *l'Hist. du droit et des institutions de l'Allemagne*, par Fred. Schulte, trad. de Fournier.

gentes e procurando, sob o frio tecido tegumentar das leis, surprehender os estos da vida humana, constituirá o complemento da jurisprudencia ethnologica, segundo a denominação de H. Post, a qual alimentára seus primeiros capitulos com a comparação historica.

Estes dois aspectos da comparação, baseados ambos em uma paciente observação dos factos, não passam, em ultima, analyse, de uma applicação do methodo experimental á jurisprudencia, sem excluir a deducção cujo papel neste departamento scientifico, embora subordinado, é de alta importancia.

Mas este methodo tem exigencias a que o espirito não se pode razoavelmente furtar. O estudo da paleontologia juridica e da jurisprudencia ethnologica conduzem o jurista aos dominios da ethnologia geral e, atravez della, aos da sociologia. Mas como as inducções scientificas, neste terreno, se não podem limitar ao lado objectivo do direito, em sua qualidade de organismo, de phenomeno social, de facto historico, e visto que o direito possui tambem um aspecto individual, revelando-se no homem como idéa, sentimento e volição, agindo sobre sua conducta, impulsando ou retrahindo suas energias, sendo motivo de suas acções ou inacções, modificando enfim sua consciencia e sua personalidade, é claro que o jurista haverá de transpor as raias de sua especialidade para pedir á psychologia, mesmo em suas raizes biologicas, que lhe forneça a necessaria elucidacção deste aspecto intimo do phenomeno juridico.

Assim pois, a psychologia experimental, que estuda a personalidade humana em todas as epochas e em todos os povos, que nos explica a formação e o desenvolvimento de todas as manifestações psychicas conscientes, instinctivas e reflexas, todos os estados do systema nervoso enquanto *abstracta* de estados do espirito; que procura determinar todas as condições organicas da consciencia, com o auxilio da observação e da experiencia, será uma base poderosa, indispensavel mesmo, para o estudo do direito feito scientificamente.

Confrontando os institutos juridicos de diversos povos e as regras em que se decompõem esses institutos, estuda-se a anatomia comparada do direito. Confrontando os elementos psychicos e physio-psychologicos que entram para a formação dessas regras e institutos como *cellulas germina-*

tivas, penetra-se em uma região mais profunda e mais delicada—a da histologia comparada.

O erro da antiga eschola metaphysica, alem do inconveniente de entregar-se a uma psychologia sem fundamentos seguros, era suppor que o direito podia ser comprehendido, explicado exclusivamente com as luzes da razão e da consciencia individuaes. Hoje não se pensa mais assim. A convicção dominante é que os principios fundamentaes do direito resultam da combinação de dados psychologicos, ethnologicos, anthropologicos com os dessa sciencia complexa das sociedades, que, desde Augusto Comte, tomou o nome de sociologia.

E' verdade que a sociologia ainda não realisou grandes progressos, mas ainda assim, muitos dados existem e muitas leis estão definitivamente adquiridas, depois das fecundas indagações do philosopho citado, Buckle, Spencer, Jacoby, Lillienfeld, Schaeffle, Tarde. Alem disso, como já observou um profundo pensador, a sociologia do futuro ha de encontrar seu principal apoio na ethnologia comparada, assim como a jurisprudencia do futuro levantará suas construcções sobre a sociologia geral assim constituida. E essa via já vae sendo valentemente explorada.

Do estudo do direito pelo methodo que acaba de ser indicado, resaltam, entre outras, tres ordens principaes de vantagens.

a) A sciencia terá, mais uma vez, occasião de verificar a verdade de seus principios basicos em suas applicações ao facto juridico. A jurisprudencia, transformada pelos processos inductivos, se tornará de mais em mais segura em seus doutrinamentos. Constatando as constantes mutações nos costumes, nas legislações, reconhecerá o modo porque se opera a evolução no direito e sua adaptação ás condições de vida e ao estado de cultura dos povos. Mas, descobrindo atravez de todas as variações, a permanencia de certas formas, concluirá que tem, diante de si, um indicio irrecusavel de que o direito é, antes de tudo, um phenomeno social, la *força especifica del organismo social*, como disse Ardigò, visto como a generalisação de certos institutos juridicos é uma consequencia forçosa da identidade fundamental da natureza humana e, mais ainda, da identidade da estrutura social em seus traços mais geraes, ao menos da estrutura social onde elle se tem revelado capaz de subsistir e desenvolver-se. Como explicar certas coincidencias entre civilizações com-

pletamente extranhas, sem contactos, sem vinculos de hereditariedade, sinão pela identidade da natureza que, determinando, por toda parte, certa ordem de necessidades semelhantes, ha de ter encontrado tambem modos semelhantes de satisfazel-as?

Mas, a par dessas analogias, salientam-se divergencias nas varias correntes em que se tem dispersado o direito humano. Pois bem; a jurisprudencia comparada, abraçando em toda a sua extensão o polyphiletismo juridico, poderá indicar, nas variações polymorphicas das legislações, o que deve a cultura, neste dominio, á cada uma das grandes raças ou dos grandes povos que argamassaram-na. Mostrará o que ha de fundamentalmente diferente entre o direito semitico e o aryano, por exemplo; e, prendendo-se exclusivamente aos desdobramentos deste ultimo, reconhecerá, entre mil outros factos, cuja enumeração seria aqui descabida, que o caracter de nossa propriedade moderna é essencialmente romano, o de nossa familia essencialmente germanico.

Estas e outras conclusões semelhantes somente a jurisprudencia historica e comparada poderá obter. E por esse modo se constituirá ella o alicerce mais largo da philosophia do direito e contribuirá grandemente para a elucidação de muitos pontos obscuros da sciencia social.

b) O legislador, por seu turno, terá na legislação comparada um museu abundante, e mesmo um vasto laboratorio de experimentação indirecta, onde se poderá abeberar da lição fecunda da experiencia secular dos homens e dos povos, principalmente si não limitar-se á estudar as disposições legislativas em abstracto, e, antes, perguntar á estatística e á historia quaes os resultados produzidos pela applicação das leis que examinar, que causas determinaram, que estorvos embaraçaram seus effeitos beneficios, que auxiliares multiplicaram seu poder de acção.

Pascal disse uma vez que o justo e o injusto mudavam de qualidade, mudando de clima, que tres graus de elevação do polo punham per terra toda a jurisprudencia e que um meridiano decidia da verdade. Ha neste pensamento a exaggeração de um principio verdadeiro que é a realidade da influencia do meio cosmico sobre a idéa do justo e do bem, a qual não podem hoje desconhecer os legisladores. Si é inconcusso que o meio physico age sobre o individuo ea sociedade, é forçoso que actúe tambem sobre o direito que é a principal normalização da co-existencia humana.

Attendendo á verdade irrecusavel desse phenomeno, devem os legisladores, não se deixando arrastar pelo pendor das innovações e imitações irreflectidas, só applicar as instituições de um povo a outro, depois de escrupuloso exame.

Pre taé attenção para este facto. O direito civil dos povos occidentaes é, em grande parte, uma revivescencia do direito romano que tornou-se, por isso, como que um direito universal; mas apezar dessa communhão de origem, quanta divergencia nesses esgalhamentos do mesmo tronco! Sei que o direito canonico e o germanico accentuáram, com suas tendencias proprias, o polymorphismo deste trecho de evolução juridica. Sei tambem que muitas circunstancias occasionaes e muitas variedades ethnicas se combináram, se fundiram preparando esse resultado. Mas é certo igualmente que o meio cosmico serviu e serve de base a esses modificadores, favorecendo sua acção, augmentando mesmo sua energia. E accresce que tambem alguns desses modificadores, como as differenças ethnicas, nos devem premunir contra o exagero das imitações.

c) O juiz, finalmente, não se poderá limitar ao conhecimento da lei territorial, porque muitas vezes, para comprehender o dispositivo da lei patria, para apanhal-a em toda a sua plenitude, terá de fazer um estudo consciencioso das fontes estrangeiras, onde o legislador inspirou-se: porque, muitas outras vezes, as lacunas e defficiencias do direito patrio poderão ser prehenchidas pelas disposições accordes das leis dos povos cultos; e porque ainda ver-se-á obrigado a applicar a lei estrangeira, por força dos principios admittidos em direito internacional privado.

Estas razões duplicam de valor em um regimen juridico tal como o nosso, no qual por força mesmo de uma injunção legal, o interprete, o applicador da lei tem de consultar o direito romano e os codigos das nações modernas, como fontes subsidiarias do direito patrio, quando este tor omisso. Mesmo em qualquer outro regimen juridico, como no dominio do nosso Codigo commercial, ter-se-á muitas vezes de tomar conhecimento da lei estrangeira. Por exemplo: para resolver sobre as questões que dependem do estado e da capacidade dos estrangeiros; para examinar a forma dos contractos ajustados no estrangeiro (Reg. 737, art. 3).

Talvez não haja necessidade alguma de mostrar o elo que prende esta licção á atecedente. Entretanto, como o

excesso de clareza não prejudica em trabalhos deste genero, indicá-lo-ei de modo rapido.

Afirmou-se na primeira lição que o objecto directo da disciplina professada nesta cadeira (3.ª da 3.ª serie do curso social) é a comparação. Era necessario que se dissesse como deve ser feita essa comparação e se lhe mostrassem as vantagens. Não é outro o assumpto da lição presente. Apenas para maior exactidão e justeza de idéas se falou da comparação applicada ao direito em geral e não a um ramo particular d'elle. O que é verdade para o todo claramente se vê que ha de ser-o para suas partes. Seguindo um methodo inverso, teria certo embaraço em concluir da verdade particular para a verdade geral, sem ter previamente examinado cada uma das grandes divisões da jurisprudencia. E tal delonga não comportaria a indole de nosso estudo que se tem de contentar com simples noções.

III

As leis da imitação no dominio do direito. O instincto de imitação e sua influencia sobre a formação do direito. Conclusões de Tarde: a) quanto á evolução do direito familiar para o nacional; b) quanto á propagação dos codigos e das leis; c) quanto á imitação dos costumes dos antigos e dos contemporaneos. E' preciso completar essas conclusões com outras. A imitação divide os povos em duas categorias: a dos creadores e a dos imitadores. O direito romano como fonte da imitação juridica e sua consequente importancia em um estudo de legislação comparada. Valor, sob o mesmo ponto de vista, do direito canonico e de algumas legislações vigentes. Idionomia e allotrionomia. Combinação terciaria de todo o direito moderno. Analogia e homologia.

Uma serie de factos interessantes e dignos de estudo, que nos revela a comparação das leis e costumes dos povos feita pelo modo indicado na lição anterior, é essa que, por brevidade, se pode designar sob a expressão aqui adoptada:— *leis da imitação no dominio do direito*. Curiosos sem duvida esses factos sob muitos pontos de vistas, tomam para o estudo da legislação comparada uma importancia especial, porquanto, si foi ella que os trouxe á luz, os arrancou da penumbra nebulosa em que jaziam, depois de conhecidos, coordenados, classificados, analysados, elles, por sua vez, servirão para rumar a comparação por bom caminho. Não será inutilmente despendido o tempo que consagrardes a esta ordem de investigações, ficae certos.

Nessas obscuras regiões crepusculares d'alma, onde se agitam as impulsões instinctivas, se pode destacar uma que Wundt denominou *instincto de imitação* e que é propria somente dos seres que vivem em sociedade. (1)

(1) Leiam-se os capitulos XVIII, XXI e XXII da *Psychologie physiologique*.

O valor deste instinto para o desenvolvimento intellectual dos animaes que vivem em sociedade, e, principalmente, do homem, é dos mais eminentes, porque armazena e transmite a experiencia adquirida anteriormente, sem o dispendio de tempo e de esforços empregados para obtel-a originariamente, e, desse modo, o progresso mental se effectua com celeridade maior. Na ordem social, vemol-o actuar sobre todos os phenomenos, desde a linguagem até à religião, desde a educação até ás transformações sociaes. No direito, sua acção torna-se apreciavel egualmente na propagação e reproducção dos institutos. Ahi, como em relação aos outros phenomenos sociaes, a imitação se me afigura um caso especial da lei em virtude da qual o movimento avança pelo ponto onde ha menor resistencia a vencer.

Mas essa acção, por mais valiosa e generalisada que seja, não pode, por si, explicar o nascimento do phenomeno juridico, pois não se concebe que podesse haver transformação si ella dominasse exclusiva ou mesmo preponderantemente. A imitação presuppõe, necessariamente, uma espontaneidade, uma originalidade, um facto inicial qualquer, sobre que se applique. Sua acção é, pois, essencialmente secundaria, derivada, subsequente. E por isso é que não me posso logicamente render á opinião do preclaro Tarde, quando faz da imitação a lei fundamental dos phenomenos sociaes, como a hereditariedade o é dos biologicos e os movimentos vibratorios o são dos phisicos, astronomicos e chimicos (2).

O que o inclyto philosopho e critico lucida, irrecusavelmente demonstrou foram as conclusões seguintes: a) A evolução do direito familiar para o nacional, atravez de phases intermedias diversas, a das sentenças dos patriarchas ou dos chefes de tribus, a capitalisação dessas sentenças formando a legislação costumeira da qual surge a legislação escripta, se operou por effeito da imitação. Realmente é facil de ver que dada uma sentença em solução a um choque de interesses dentro de uma familia, ou de um clan, outros chefes, tendo de decidir conflictos similhantes, deviam irresistivelmente ser arrastados a imitar o modo de julgar que dera bons resultados, e tanto mais quanto, muitas vezes, esses novos julgadores seriam individuos pertencentes ao mesmo

(2) *Les lois de l'imitation, étude sociologique.* De pags, 340 a 354 se occupa esta obra com a imitação em attinencia com a legislação.

grupo, acostumados a *imitar* e a venerar os actos do ancião que, morrendo, lhes deixára a direcção da pequena sociedade. Esta observação que faço, confirma o asserto de Tarde, neste ponto, e outras similhantes podiam ser feitas em relação á passagem do direito municipal ou provincial para o nacional, que elle exemplifica com o caso da França, onde o direito começou a ser unificado, por força da imitação contagiosa, « pela inclinação a tomar por modelo as innovações legislativas e judicarias de Paris »

Mas nestes como em todos os casos em que possamos encontrar o impulso imitativo actuando sobre a evolução do direito, estou convencido de que outros factores concorreram com elle para o mesmo fim, e, mais ainda, que elle está subordinado a um principio superior que o modifica ou mesmo o dispensará, quando não realisar elle o conjuncto de condições mais apropriado para abrir caminho á evolução do direito. No periodo do direito portuguez em que os pequenos codigos, sob a denominação de *foraes*, se contavam por municipios, em que cada concelho tinha uma legislação propria, embora entre uns e outros notaveis similhanças se conservassem, a dispersão juridica não se transformou em unidade nem para ella se encaminhou por impulsão imitativa, mas sim pela acção dos reis, influenciados pelos juristas, suggestionados por seus interesses e, é possível tambem, pela imitação de outros. Em todo o caso, um outro principio, uma outra força teve de intervir.

b) As constituições fabricadas (a expressão é de Tarde) e os codigos novos aspiram a espalhar-se, propagando-se, pouco a pouco, pela circumvisinhança, transpondo em seguida, as fronteiras do paiz e as dos continentes. Os exemplos do *Codigo Napoleão* e da *lei Torrens* são bem escolhidos para demonstrarem a verdade da these. O direito civil das nações latinas, com raras excepções, e muitas legislações de povos germanicos adoptaram o codigo civil francez para modelo ou o conservam como lei apezar de passadas as condições que o impuzeram. Quanto á *lei Torrens* sabem todos que ella se tem generalisado de um modo tam rapido como talvez ainda não tenha acontecido com outro qualquer invento juridico.

E podiam ser multiplicados estes exemplos. As leis secularizando o casamento, depois da Revolução franceza, se foram propagando, a principio lentamente, em seguida com celeridade, a ponto de hoje existirem em todos os paizes cul-

tos, mesmo naquelles em que as tradições religiosas maiores obstaculos lhes teceram. Para indicarem-se exemplos que mais de perto se refiram a nosso continente e a nosso paiz, pode ser lembrada a predominancia da forma republicana no governo das tres Americas que deve muito ao contagio da imitação. Esta imitação, porem, não foi inconsciente copia de um modelo cujo valor era desconhecido. Estou convencido de que ella significa o reconhecimento das vantagens obtidas por outros povos com a forma republicana, o desejo consequente de tentar essa via para fugir o povo aos gravames de uma situação deprimente, e finalmente é preciso attender ás condições especiaes das populações essencialmente democraticas por sua origem, que favoreciam o advento d'essa forma de governo.

c) Umaz vezes predomina o habito de imitar os antigos, os antepassados, tomando-os por guias, respeitando suas vontades, suas crenças, seus costumes; outras vezes a moda é acompanhar os inventos contemporaneos, o que se dá sempre que estes são sufficientemente inventivos para fazerem impallescercer as instituições antigas. No Brazil, o elemento tradicionalista é commummente sobrepujado pelo innovador, o que perturba a consolidação do character, das instituições, o que tolda e falseia a consciencia nacional e individual nos momentos mais graves, fazendo-a vacillar na escolha do que é justo, no discernimento do que é conveniente.

São observações exactas a que poderiam ser addicionadas ainda outras. Limitar-me-ei a duas que serão expostas em traços rapidos como as que acabam de ser consideradas.

Em primeiro lugar, recordarei que, antes do periodo já um tanto disciplinado do direito familiar, das sentenças dos patriarchas e chefes primitivos (*themistes, iudicium regis*), o direito, si este nome lhe pode ser dado, era um acto da força da vontade que se sabia impor e defender, porque coincidia com o interesse collectivo ou a elle não se oppunha de frente. Estes actos de energia tiveram imitadores, mesmo porque as necessidades resentidas sendo identicas, os que primeiro souberam ou puderam satisfazer-as desbravaram o caminho e mostraram o norte que se devia tomar por alvo.

Em segundo lugar, observarei que sob o ponto de vista do impulso imitativo, os povos se podem classificar em duas categorias: a dos creadores, isto é, d'aquelles cujas faculdades inventivas são bastante desenvolvidas e poderosas, e a dos

imitadores, aos quaes fallecem essas faculdades ou nos quaes ellas são pouco activas. Mas esta classificação, entende-se, não quer dizer que os povos da primeira categoria têm por função exclusiva crear, enquanto que os da segunda limitam-se unicamente a copiar-lhes as produções. A classificação é feita somente debaixo do ponto de vista da preponderancia das faculdades.

Pode aqui fazer-se applicação d'aquella divisão da especie humana que propoz Henrique Kenkle e da qual nos fala Tobias Barreto em seus *Traços de litteratura comparada*: povos solares ou o lado diurno da humanidade; povos planetarios, ou seu lado nocturno, e povos de transição ou seu lado crepuscular, grupo este que se subdivide em povos que se levantam e povos que decadem.

« Somente aos povos solares, dizia Tobias Barretto, ao dar-nos noticia da theoria de Kenkle, é que pertence o trabalho cultural do espirito humano, encarado sobretudo por seu lado intimo, no puro dominio das idéas e dos sentimentos. Só elles, por consequente, possuem uma *litteratura*, no rigoroso sentido da palavra, um immenso capital circulante de riquezas ideaes, que fecundam e vivificam o trabalho dos outros povos. » (3).

Tambem, no dominio da producção juridica, ha povos que, embora assimilem theorias e instituições alienigenas, ostentam um opulento conjuncto de creações originaes, cujo brilho e magestosa imponencia provocam, nos outros, o desejo de tomal-os por guia. São os povos solares de Kenkle, os povos creadores, como preferi denominar-os neste caso particular da elaboração do direito humano. Roma foi o sol mais fulgente que já illuminou o mundo juridico. Mesmo depois de extincta como nação, ainda a luz de sua cultura juridica é fecunda fonte de vida em todo o occidente, quer se reproduzindo e se propagando por todo elle, quer illuminando as obscuridade abstrusas dos direitos nacionaes.

Esta posição excepcional do direito romano o tornaria um ponto obrigado de referencia no estudo da legislação comparada dos povos occidentaes, ainda que valiosas considerações historicas não existissem, obrigando-nos forçosamente a remontar até elle. Depois do romano, a historia da formação do direito dos povos modernos nos aponeta o direito canonico que aspirou longamente a ser um succedaneo

(3) *Jornal do Recife* de 7 de Julho de 1887, n. 151.

delle. Não poderá ficar em olvido, quando estudar-se o direito historicamente, embora sua influência fosse inferior e se tenha estancado actualmente. É um astro de terceira ou quarta grandeza que se apagou no firmamento jurídico, mas cuja posição deve ser assignalada para se comprehender melhor o equilibrio do systema planetario a que pertence.

Dos direitos vigentes, occupam lugar saliente e projectam luz propria, o francez, o allemão e o italiano, mormente nas relações do direito privado, o inglez e o norte-americano, principalmente nas relações do direito publico.

Em rigor, um estudo de legislação comparada podia limitar-se a esses povos que se podem considerar os creadores. Mas convem attender, por um lado, ao ponto de vista em que se colloca o observador, e, por outro, ter em mente que os povos imitadores modificam, muitas vezes, as instituições que adoptam, e, muitas outras, offerecem produções perfeitamente autochtones, que devem ser conhecidas. Estas considerações são de ordem a estender o campo de observação alem do circulo dos povos inventores, segundo me parece.

Mas seria tornar obscuro e quasi insuperavel este estudo, si, sem escolha e sem methodo, se accumulasse umas sobre as outras todas as legislações existentes e extinctas. Ha limites naturaes e logicos dentro dos quaes estas pesquisas se devem mover. Tomando por ponto de partida o direito de uma nação dada, deve-se remontar a suas fontes proximas e remotas, confrontal-o com o dos povos mais cultos, com o d'aquelles que conseguiram dar certo desenvolvimento especial a instituições que nella já existem ou que convem serem assimiladas. Tal será a orientação adoptada nestas lições, embora nem sempre seja possivel ao prelector alcançar uma realisação satisfactoria deste plano. Sirva-lhe, emtanto, de escusa, ter apenas de expor noções da materia. E não ambiciona ir alem.

Nos povos creadores, o direito é accentuadamente tradicionalista embora progressivo, porque a imitação como que se dobra sobre o passado, onde vae encontrar modelos que, expostos a nova luz, vão produzindo consequencias que originariamente não parecia conterem. Além disso, esses povos são dotados de uma poderosa energia de criação e selecção juridica. Esta preponderancia do elemento tradicionalista, indigena, alliada à energia productora, nas legislações desses povos viris e fecundos, pode ser designada pelo nome de

idionomia (4). nome que indica a propriedade, peculiar a essas nações, de produzirem, por impulso proprio, as leis a que se submettem. Melhor do que as outras, sabem extrahir, dos phenomenos geraes da coexistencia, as regras que as devem manter e fortificar.

Nos povos imitadores, as legislações resentem-se de um sabor exotico, de estrangeirismo. Apresentam um certo cunho de artefacto importado, porque a energia productora é demasiadamente limitada, e, por isso, a imitação volve-se, de preferencia, para o exterior, de onde recebem essas nações a fecundação de suas faculdades legislativas.

Essa preponderancia de elementos alienigenas, nas legislações desses povos que, por antithese aos da primeira categoria, poderiam ser chamados femininos, me atrevo, em falta de outro vocabulo, denominar *allotrionomia* (5), para indicar essa propriedade de assimilação de leis extranhas, essa necessidade que têm certos povos de completar seu cabedal juridico, tomando por emprestimo o que outros evocaram do cahos das aspirações para a claridade da existencia real, da forma adequada, da actuação efficaz.

Entretanto, como a imitação jamais exclue totalmente a criação nem esta aquella, observa-se, em todas as legislações dos povos que já transpozera as raias da selvageria, uma liga de direito nacional ou proprio com direito de outro ou de outros povos, segundo certas condições historicas e contactos de natureza amistosa ou hostil.

Quanto ao direito moderno, dos povos occidentaes, pode se afirmar, é uma combinação terciaria—de elementos geraes ou universaes, elementos nacionaes ou proprios e elementos estrangeiros.

Os elementos geraes são tambem estrangeiros, mas, como se encontram servindo, por assim dizer, de nucleo central a todas as legislações de um certo grupo de povos ou mesmo

(4) Esta palavra se encontra nos dictionarios gregos significando o estado d'aquillo que é governado por leis particulares ou por suas proprias leis. É, pois o termo proprio para designar o facto a que allude o texto.

(5) Os dictionarios contêm o verbo *allotrionoméo*—seguir leis ou costumes estrangeiros. Para nomear o estado d'aquillo que se rege por leis extranhas, *allotrionomia* me pareceu o vocabulo indicado, embora não o encontrasse nos lexicons que tive à mão para consultar, sem aliás procurar estender muito as minhas pesquisas, seja dicto a bem da verdade.

de muitos grupos, que os herdaram de um tronco commum, parece que devem alinhar-se em uma classe distincta.

Concretizarei estas noções para mais facil a percepção dellas. Na legislação brasileira distinguem-se facilmente princípios que, lhe vindo do direito romano, se reproduzem na generalidade das legislações occidentaes, com ou sem modificações, além de outros de origem mais longinqua os quaes se encontram, mais largamente, em todo o grupo aryano, e ainda outros a que obedecem todos os povos da terra que têm um direito rudimentar. São elementos geraes ou universaes, portanto, e que se acham tão intimamente ligadas á nossa vida juridica que os consideramos como proprios.

Ao lado desses, deparamos elementos que tomamos de emprestimo aos povos contemporaneos, principalmente ao francez, no que diz respeito ao direito privado, e, agora, ao americano, no campo do direito publico.

Finalmente, apesar de termos muito fraca inventiva juridica, alguma coisa existe em nossa legislação que nos é propria. Colloco nesta classe as modificações e adaptações a que submettemos institutos ou leis que importamos e as creações legislativas originadas de nossa vida juridica.

Não são abundantes os exemplares destas duas especies e muito menos os da ultima, porém é possível assignalal-os

Nosso velho codigo criminal, organizado pela poderosa intelligencia de Bernardo de Vasconcellos, contém muitas modificações e adaptações de doutrinas do codigo penal francez, mas tambem algumas disposições originaes que não encontram similares nos codigos anteriores. O § 7, art. 72 da Constituição Federal, estabelece as relações entre o poder espirital e o temporal pelo modo mais racional e consentaneo com as aspirações da consciencia moderna, porém não fomos precedidos por outro povo neste commettimento. No decurso das lições presentes tereis occasião de notar algum outro caso de formação idionomica no direito patrio.

Essas imitações a que me tenho referido, ora conscientes e filhas do raciocinio e do calculo, ora inconscientes e oriundas de impulsos quer internos quer externos, não explicam todas as similhanças organicas e funcçionaes dos diversos institutos juridicos que se encontram no direito humano.

Algumas dellas, já foi notado, são consequencias immediatas da evolução juridica, quando, em meios e epochas diversas, é solicitada por necessidades produzindo-se e moven-

do-se dentro da estrutura social que affecta certas formas geraes analogas, em povos e raças diversas. Dessas similhanças, umas são organicas e nos podem indicar a genese e a marcha evolucional das diversas especies pertencentes ao mesmo typo juridico e constituem a *homologia* dos orgams. Outras são funcçionaes e nos revelam, fóra dos limites do mesmo typo juridico, como, por meio de orgams morphologicamente differentes, o direito obtem funcções equivalentes. É a analogia das funcções.

A *homologia* descobre a *identidade* na differença; é um elemento *estatico*. A *analogia* descobre a *similhança* na diversidade; é um elemento *dynamico*.

A applicação das relações de *homologia* e *analogia* á *morphologia* juridica, embora ainda não directamente tentada, acredito que poderá esclarecer muitos pontos obscuros da jurisprudencia que somente agora enveredou por essas regiões ainda mal esclarecidas da historia, da anthropologia e da ethnologia applicadas ao direito.

IV

No direito privado, se observa com accentuação maior, a verdade de que o direito moderno é uma combinação terciária. Demonstração dessa afirmação. Analyse do direito brasileiro sob esse ponto de vista. Apesar, porém, dessa combinação do direito nacional com o estrangeiro, permanecem ainda dissimilhanças entre as legislações dos diversos povos, mesmo occidentaes. O direito internacional privado intervem para diluirl-as de certo modo, e encaminha os povos para uma communhão jurídica dentro de certa esphera.

Uma das conclusões da lição anterior foi que todo direito moderno é uma combinação terciária, de elementos geraes ou universaes, elementos nacionaes ou proprios e elementos estrangeiros.

Quem olhar attentamente para as legislações dos povos progressivos que resumem a mais alta cultura a que attingiu o homem sobre a terra, e aos quaes somente se refere aquella affirmação, certo não hesitará em constatar a realidade della. Mas uma circumstancia tambem não deixará de impressionar-lhe o espirito. No direito privado essa liga, essa fusão do direito nacional com o estrangeiro é mais completa, mais regular, mais intima, accentua-se mais.

Não é que no direito publico se tenham dado poucas adaptações ou escasseiem os documentos que as provem. Absolutamente não. E' conhecido o aqodamento com que alguns povos adoptam as instituições politicas, mesmo certas peculiaridades da administração que vêem florescer e fructificar em outros. A historia, por outro lado, nos mostra certas formas, certas modalidades de institutos sociaes transmittidos de povo a povo, por hereditariedade ou por imposição, e mantendo-se essencialmente, quero dizer, finalisticamente as mesmas, embora modificadas, embora ampliadas, atravez das mutações dos tempos e das pessoas. As insti-

tuições municipaes romanas, por exemplo, transportadas para o solo iberico, resistindo vivazes ao esboroamento do imperio, ficando raizes em Portugal, desde os primeiros momentos de sua existencia, sobrevivendo ás revoluções que sobre os povos peninsulares se desencadeiaram, transpondo o Atlantico e expandindo-se ao sol americano do Brazil, vigorosas, potentes, enquanto o ambiente lhes foi favoravel, são uma prova irrecusavel das transmissões jurídicas no dominio do direito publico.

Não importa que os concelhos portuguezes e as camaras brasileiras não reproduzam exactamente o typo do municipio romano. Heuve transformações, alterações mesmo; a instituição evoluiu, porque era uma forma progressiva, porque tinha flexibilidade para adaptar-se a varios modos de vida communal. Mas não implicam essas transformações uma infirmação do facto incontestavel da transmissão do instituto dos romanos para portuguezes e destes para os brasileiros.

Abra-se a Constituição brasileira actual. Os tres elementos que, segundo foi affirmado, se encontram na composição do direito moderno ali se ostentam em plena luz. A divisão triplice do poder publico, o reconhecimento de certos direitos individuaes e politicos são, entre muitos outros principios, aquisições da humanidade que entraram para o patrimonio commum, generalisando-se, universalisando-se, si é permittido dizel-o.

A forma republicana presidencial e federativa nos veio directamente dos Estados Unidos da America do Norte e com ella, naturalmente, necessariamente, muitos outros preceitos constitucionaes. Entretanto ha alguma cousa que nos é propria, que não transportamos de outra lei constitucional para a nossa. Não é um estudo de direito constitucional patrio que tenho em mãos agora, por isso creio que me devo limitar a duas observações apenas, que julgo em condições de justificar a asserção enunciada. O modo pelo qual nossa Constituição combinou diversos systemas em uso para a determinação da nacionalidade encerra alguma cousa que lhe é peculiar, formando um systema composto que não se confunde totalmente com qualquer outro. A solução racional que por nossa Constituição foi dada ao problema da situação do Estado em frente ás comunidades religiosas, e á qual já me referi na lição anterior, é um avanço realisado por ella

que, neste ponto, corresponde às mais elevadas aspirações dos espíritos cultos (1).

É, pois, fóra de duvida que no direito publico se encontra a combinação terciaria a que me tenho referido. Mas é facil notar que, neste dominio, ella não é tam completa nem offerece os mesmos caracteres que a enroupam no laboratorio do direito privado.

Não é tam completa, porque todo um vasto departamento do direito publico, o internacional, está, por sua propria natureza, fóra de seu alcance. Este departamento do direito, que aliás ainda não alcançou uma systematisação completa para suas normas, gyra em uma região que se pode dizer commum á todas as nações cultas, contribuindo cada uma com seu contingente, grande ou pequeno, para dar-lhe forma, vida e desenvolvimento. Mas, por isso mesmo que não é de um povo, mas de todos, que não se applica dentro das raias de uma soberania, porém paira sobre as soberanias, não se lhe pode aponetar um elemento nacional. É um direito que não tem nacionalidade, porque é kosmopolita, porque dirige-se aos povos e não a um povo. É uma formação juridica que se desenvolve n'uma região especial, que envolve e domina as nações.

Que a fusão de elementos geradores do direito não offerece os mesmos caracteres no direito privado e no publico, resalta claramente das duas considerações seguintes. Em primeiro logar, as constituições, que servem de supporte ao direito publico interno, não se podem alterar tam facilmente quanto as leis communs. Mesmo os codigos, em que o direito privado toma consistencia maior, ossifica-se, admittem modificações e alterações mais frequentes e mais francas do que as constituições, que, em geral, só se alteram quando processos de transformações mais profundas, as revoluções, pacificas ou sangrentas, transmudam as formas de governo nellas estabelecidas.

Objectar-se-á talvez com o exemplo da França que, depois

(1) Bluntchli, diz-nos que a noção moderna de liberdade foi elaborada pela consciencia dos povos occidentaes e esclarecida pela sciencia. Foram os inglezes e americanos do Norte que constitucionalmente fixaram a liberdade pessoal, os francezes foram os primeiros que associaram a liberdade á egualdade e os allemães são os representantes mais firmes da liberdade individual de pensar. (*Droit Public*, pag. 382). É mais uma prova do concurso de elementos diversos para a formação dos principios fundamentaes do direito publico.

da chamada grande crise de 1789, tem tido muito maior numero de mudanças em seus codigos politicos do que nos de direito privado. Mas todas essas mudanças de constituições foram operadas pela força irresistivel das borrascas sociaes, em cuja reprodução devemos ver as agitações angustiosas de um povo em busca de um regimen adaptado a suas necessidades, capaz de fazel-o forte, dando-lhe a liberdade e assegurando-lhe os direitos. Entretanto para eliminarem-se as disposições do codigo civil, cuja avulsão o progresso da sciencia ou a variação das condições sociaes exigiram, nunca foi mister derrocar thronos, nem dar golpes de Estado.

No direito privado brasileiro, a convergencia dessa triplice corrente, a liga desses elementos diferentes pode ser indicada por uma analyse ligeira. Ha um fundo commum que lhe veio do direito romano atravez do portuguez e da elaboração scientifica, uma parte que tem sido, pouco a pouco, assimilada de nações estrangeiras e alguns productos que não foram importados já completamente feitos e promptos para funcionarem. Toda a nossa theoria das pessoas e dos bens, em seus traços fundamentaes, é essencialmente romana, e, por isso mesmo, apresenta um ar de proximo parentesco com as theorias correspondentes das legislações occidentaes. A theoria adoptada para regular as relações de familia é uma formação em que os elementos romano e germanico se penetram, parecendo predominar este ultimo que nos deu a communhão univrsal de bens, que fez preponderar o interesse dos filhos e erguer-se a condição da mulher casada. Indicar o que nosso direito privado recebeu de outras fontes e principalmente dos povos contemporaneos seria desfiar um longo rosario ociosamente, porque mais tarde ver-se-ão essas assimilações em seus logares proprios, e, a par dellas, se exporão as pouco numerosas formações de caracter indigena. Todos esses elementos de feições, e procedencias diversas se fundem, se transfiguram n'uma formação nova, que os resume, mas que delles differe.

Mas, apesar desse processo constante de combinação dos direitos nacionaes com os extranhos, como ella não se opera por modos sempre identicos nem por dosagens eguaes, muitas dissimilhanças subsistem nas legislações dos diversos povos occidentaes, dissimilhanças que se apresentam ora esgarçadas sobre a epiderme do direito, ora profundamente recalçadas, ora secundarias, accidentaes, ora radicadas, essenciaes.

Mas o estreitamento sempre crescente das relações inter-

nacionais, o augmento quotidiano das migrações e do commercio externo, e essa nobre cortezia que timbram por manter entre si os povos de alta cultura, crearam um processo outro para diluir essas dissimilhanças que, existindo nas legislações de povos entrelaçados por interesses multiples e relações variadas, opporiam como oppozeram já, fortes obstaculos à expansão das industrias, da riqueza commum e da liberdade individual. Esse processo é o direito internacional privado, dentro do qual as nações se harmonisam, se unem em uma unidade juridica superior. Procurando realisar, por meio d'elle, os principios crystallinos de uma justiça que plaine por cima dos chauvinismos, dos preconceitos nacionais e das fronteiras que separam os povos, a humanidade consegue estabelecer essa « communhão de direito internacional entre nações que têm relações mutuas », segundo a exacta expressão de Savigny, isto é, commanhão de principios juridicos dentro do ambito das relações internacionais privadas.

Não penso com o illustrado Dr. João Monteiro (2) que marchamos para a unificação universal do direito, que o ideal a realisar, neste dominio, e para o qual trabalha a humanidade é—« uma lingua para todos os povos, um direito para todas as sociedades. » Não, seria preciso que a lingua e o direito fossem alguma coisa de substancialmente artificial para que tal transformação se operasse. Mas a lingua e o direito obedecem a leis naturaes, resultam de necessidades intimas da vida social que, variando com os povos, hão de necessariamente reflectir essas variações na tela juridica como na tela linguistica.

O que me parece inilludível e soberanamente firmado, pela sciencia e pela aspiração dos interessados, é que, com o crescente estreitamento das relações reciprocas entre os povos, os direitos nacionais se infiltrarão mais e mais de principios, de institutos bebidos aliunde, e, nessa tarefa, terá uma parte valiosa o direito internacional privado, por isso que tem a força de nacionalisar o direito extranho (3).

Mas o concurso desses factos não eliminará jamais as energias productoras dos povos, as quaes não permitirão

(2) A *Universalisação do Direito*, São Paulo, 1892.

(3) Abroquele minha affirmação este conhecido trecho de Westlake: *Private international law is that department of national law which arises from the fact that there are, in the world, different territorial jurisdictions possessing different laws.*

que se apague completamente o polymorphismo juridico, a heterogeneidade legislativa, a divergencia dos caracteres peculiarees a cada legislação. Estabelece-se um conflicto entre as forças diversas que trabalham para a uniformidade juridica, e as que operam a desconformidade das legislações. Estas ultimas são hoje mais debeis, emquanto que aquellas augmentam dia a dia, em pujança e numero, mas, mesmo assim, não conseguiram nem conseguirão anniquilar completamente suas contrarias, estou certo.

—:—

V

Noção e objecto do direito internacional privado. Razão jurídica da applicação da lei estrangeira. Modos dessa applicação. Prova da lei estrangeira. Exposição summaria de algumas legislações a respeito.

Convem que fique desde já firmada a noção de direito internacional privado de um modo claro e positivo.

Commummente os auctores o definem — conjuncto d'aquelles principios que determinam os casos em que a lei privada de um Estado se applica no territorio de outro. Dois defeitos entretanto lhe apontaram criticos. Não tem um cunho scientifico, é nimiamente pratica, não assignala os factos que deve abranger, por uma phrase concisa e vigorosa que os abranja em synthese. Essa porem, é certamente sua pecha menor. Falta mais grave, lacuna mais sensivel está em não incluir a definição incriminada algumas das theses que fazem hoje objecto incontestado do direito internacional privado. Por tal motivo, um escriptor recentemente propoz defini-lo simplesmente — «a sciencia que tem por objecto organizar a regulamentação das relações internacionaes de ordem privada.» (1) Aceitando este modo de ver, porem dezejando manter uniformidade no poncto de vista em que me tenho collocado para traçar a noção dos diversos ramos do direito, preferirei dizer: É o conjuncto de principios que regulam as relações jurídicas de ordem privada que affectam interesses da sociedade internacional.

As nações modernas nomeadamente os povos europeus e americanos que constituem o appellidado grupo occidental, se prendem mutuamente por malhas de interesses tam variados, tam numerosos e tam fortes, que hoje formam uma verdadeira associação internacional em via de completar sua

(1) A. Pillet, 1893, *Journal du droit international privé* us. 1—11.

organisação, e, neste character, é natural que tenham em common direitos e deveres reciprocos, não só na ordem superior de seus contractos politicos como tambem na ordem secundaria das relações particulares dos individuos que as compõem.

Neste vasto circulo de organisação social, movem-se os individuos livremente, como filhos da mesma patria, e seus interesses, bem estar e direitos, os acompanhando, bem se podem chocar entre si ou necessitar de amparo em conjuncturas difficeis.

Sempre que brotam attrictos juridicos entre pessoas de nacionalidades diversas, sempre que tracta-se de conceder ou negar aos estrangeiros o gozo e uso de direitos civis, sempre que se cogita da execucao de uma sentença proferida por juiz estrangeiro ou de applicar, no paiz, consequencias de um acto consummado no estrangeiro, está em jogo o interesse dessa sociedade internacional que se esforça, dia a dia, por encontrar, em todos esses casos, as soluções mais consentaneas com a soberania de cada uma das nações que nella entram e com as reaes vantagens, os direitos e a liberdade plena dos particulares, qualquer que seja sua origem.

O objecto do direito internacional privado está justamente nessas tres categorias de factos e relações a que acabo de fazer allusão: 1.º a *condição dos estrangeiros*, isto é a determinação dos direitos facultados aos estrangeiros, inclusive a capacidade para reclamar-os pelos meios juridicos; 2.º o *conflicto das leis*, que é a parte mais vasta desta disciplina e foi o *nusus formaticus* que a fez germinar; 3.º o *exercício em um paiz de direitos adquiridos em vista de um acto realisado no estrangeiro, segundo as leis estrangeiras*, como no caso das sentenças proferidas fóra do paiz, mas cuja execucao deve nelle produzir effeitos, como ainda no caso em que se agita a questão de saber si o divorcio, no sentido romano da palavra, que foi legalmente declarado em um paiz, habilita os ex-conjuges á realisação de novas nupcias, em um Estado onde aquella instituição não é admittida.

As varias questões em que se desdobram estes tres capitulos, os quaes todos interessam concomittantemente aos particulares e ás nações a que estes pertencam, constituem o assumpto vasto, complexo e delicado, sobre o qual se tem de exercer a sciencia do direito internacional privado. Auctoridades eminentes nesta materia, Wharton, Foelix, Laurent, Calvo, mesmo Asser e Rivier, apesar da largueza de

vistas com que consideram as questões de direito internacional privado, reduzem-no quasi exclusivamente ao conflicto das leis, nome com que era primitivamente designada esta disciplina.

Porém um novo impulso de expansão rompeu o tegumento estreito que ajoujava o pensamento, e os mais genuínos representantes desta nova tendencia, Lainé, Pillet, Phillimore assignalam-lhe um campo mais vasto. Neste molde novo foi vazado o conceito que nesta lição vae exposto.

Dá-se conflicto de leis nacionaes e estrangeiras, repito uma observação de Pillet (2) «quando numa relação jurídica se descobre um elemento estrangeiro, seja que as partes vinculadas por essa relação possuam uma nacionalidade diversa, seja que os bens, objectos da relação, tenham sua situação em um outro paiz, seja que a relação implique um acto juridico já passado ou á realizar-se em paiz estrangeiro. Em todas essas hypotheses, ha contacto de uma mesma relação de direito com diversas leis, e, por consequencia, duvida sobre a legislação applicavel.»

Mas, visivelmente, esses conflictos, que formáram o nucleo em torno do qual se conglomeráram os principios originarios do direito privado internacional, não poderão abranger todas aquellas questões que, segundo ficou indicado, fazem hoje parte delle.

A execução das sentenças estrangeiras, embora incluída, por alguns auctores, entre os *legum conflictus*, não offerecem absolutamente essa carateristica. Ali tracta-se apenas de reconhecer a validade jurídica de um acto realizado em paiz estrangeiro, sem que as leis dos dois Estados, a d'aquelle em que o acto se passou e a d'aquelle em que elle vae produzir effeito, se achem realmente em situação de incidencia simultanea, condição do conflicto. Ainda menos merece ser considerado caso de conflicto internacional de leis privadas, o modo vario pelo qual as legislações estabelecem a condição jurídica dos estrangeiros.

Entretanto, como essa condição, mais ou menos vantajosa, interessa, ao mesmo tempo, aos particulares que transpõem as fronteiras nacionaes e aos diversos Estados a que esses particulares pertencem e onde elles vão exercer sua actividade, essa categoria de relações entra directamente na esphera do direito internacional privado.

(2) *Loc. cit.* pag. 7.

Entretanto, embora se deva reconhecer ao direito internacional privado uma esphera mais ampla do que lhe attribuem ainda quasi todos os tractadistas, é fora de duvida que a applicação das leis estrangeiras fóra do dominio territorial da soberania que as promulgou constitue uma preocupação gravissima sinão a mais grave desse departamento juridico. Nos conflictos legaes essa applicação é directa, immediata; mas na execução das sentenças de tribunaes estrangeiros, afinal a operação se reduz tambem a um extravasamento da força obrigatoria de uma lei extranha que se projecta alem de suas raias normaes. Sendo assim, uma interrogação espontanea, natural, irresistivel, assomará ao espirito de quem considerar esses factos. Como conciliar essa transposição da auctoridade das leis com a soberania das nações dentro de cujos limites ellas penetram? A resposta é complexa, mas reuma claramente dos factos.

As fronteiras nacionaes não são actualmente impedimentos aos que buscam seus interesses ou mesmo seu mero recreio. Correntes constantes desaguam o excesso da população que se aperta em certas regiões sobre outras onde ella mingua. Em sentido opposto, os centros de maior cultura attrahem, de todos os pontos do globo, pessoas que ali vão pedir mais solida ou mais brilhante instrucção, um campo mais vasto a sua actividade, a sua industria, ou simplesmente a satisfação da curiosidade ou do prazer. Ainda por outros moveis de variadissimas categorias, se produzem esses deslocamentos de população, e, em todas essas hypotheses, a consciencia jurídica moderna exige que os direitos civis não se annullem com o transmontar das fronteiras do paiz natal. Assim, erguido o conflicto entre a necessidade de assegurar os direitos individuaes fóra do territorio nacional e o imperio das soberanias extranhas, este teve de ceder alguma cousa á força d'aquelle necessidade, que era a condensação dos interesses de todos, dos individuos, das nações, e dessa aggrregação kosinopolita de subditos de nacionalidades diversas a que se tem denominado—sociedade internacional. Sem essas concessões reciprocas, tolher-se-iam, por certo, interesses consideraveis, conturbando simultaneamente os principios abstractos da justiça, o progresso cultural e o incremento da riqueza social.

Do que acaba de ser exposto, resulta que a applicação da lei estrangeira no territorio nacional presuppõe a aucto-

risação do poder soberano competente, mas também que o procedimento dos representantes desse poder não depende exclusivamente do seu arbitrio.

Ao contrario, elles obedecem aos dictames de uma necessidade indeclinavel. Por um lado, permittindo a applicação da lei extranha, abrem caminho a muitas concessões equivalentes com as quaes seus concidadãos poderão ter seus direitos e interesses garantidos no exterior, e será essa uma *razão de utilidade*, que lhes aconselhará uma politica benevola e conciliadora. Por outro lado, concorrerão para a realisação mais completa dos principios do direito, e será essa uma *razão superior de justiça* que, se manifestando pelos diversos órgãos da opinião publica, se roborando com a consagração dasciencia, tem actualmente um valor consideravel.

Estas razões, que terçam pela applicação da lei de um Estado no territorio de outro, são certamente mais consistentes e mais valiosas do que aquella a que se socorreram alguns escriptores antigos. Em falta de argumentos mais convincentes que os toldamentos de uma disciplina mal constituida ainda não lhes permittia descortinar, appellaram para a simples urbanidade, para a nobre cortezia que deve ser lei entre nações cultas, como a civilidade e a etiqueta o são entre pessoas de fino tracto. Incontestavelmente essa *cortezia* existe e contribue para ser auctorizada a applicação da lei estrangeira, mas, dados os devidos descontos, não poderia sequer ter a força da civilidade e da etiqueta em um salão onde o escol da sociedade se reúne. E mal amparados estariam interesses e direitos que a livessem somente por parallelo em momentos difficeis.

Mas, alliadas e combinadas estas tres razões diversas, formam uma *razão juridica* bastante poderosa para imporse victoriosamente ás esquivanças e escrúpulos do orgulho nacional. (3).

Conheridos os motivos que justificam e determinam a applicação da lei estrangeira, cumpre indagar como é que

(3) A doutrina expendida no texto é, como facil será verificar, a de Savigny. Asser é outros modificada e completada com o pensamento de Hubero e Foelix que se apoiaram na *comitas gentium* e na *reciproca utilitas*. Asser entende que *comitas* já se transformou em verdadeira obrigação, mas pensando eu que cada uma das razões indicadas tem um valor proprio, destaquei-as para mostral-as collaborando para o mesmo resultado, sem se confundirem, sem se prejudicarem.

essa applicação se faz, posta a questão no terreno dos principios e da lei positiva.

A lei estrangeira se applica ou directamente presidindo alguma relação juridica ou indirectamente por seus effectos e consequencias naturais, como no caso da execução de sentenças de tribunaes estrangeiros. Mas em qualquer desses casos, ha requisitos necessarios para que se realise a extraterritorialidade da lei privada.

E' preciso, em primeiro lugar, como já foi dicto, que a auctoridade competente aucturise a applicação da lei estrangeira, por uma disposição expressa de lei ou por um tractado. Sem este reconhecimento do direito estrangeiro, não se pôde pensar na possibilidade de sua effectuação além dos limites naturais que a soberania do Estado que o mantém assignala a sua obrigatoriedade. E as nações, quando outorgam a lei estrangeira a força obrigatoria em seu territorio, impõem-lhe mesmo certas restricções ou certas condições que recordam constantemente que no paiz ha um poder, sem a collaboração do qual as leis estrangeiras não terão applicação.

Sawas Pachá, em sua theoria de direito musulmano, diz que as innovações introduzidas no corpo do direito arabe, só são acceitas sob a condição de se islamisarem, isto é, de arrajarem um lugar á sombra de um preceito do korão. Também no direito occidental se dá um facto semelhante, salvo o caracter de religiosidade da adaptação islamita. Para que uma lei estrangeira domine quasquer relações effectuadas dentro de um paiz dado, é necessario que se nacionalise, que entre para a economia juridica desse paiz, faça parte de seu patrimonio legal, por um acto do poder competente.

Em segundo lugar é necessario que a parte interessada allegue e prove a existencia da disposição do direito estrangeiro que invoca em seu favor. O juiz tem obrigação de conhecer e direito nacional, para applical-o na decisão dos conflictos juridicos que lhe são submettidos, mas como exigir que conheça, com a mesma exactidão, o direito estrangeiro ?? E' uma difficuldade pratica em concomittancia com outra ainda mais grave de principios.

Parece-me que se deixam dominar por um certo *parti pris* aquelles que entendem incumbir ao juiz a applicação *ex-officio* da lei estrangeira, independentemente de requisição da parte interessada, a qual, além disso, está isempta da

necessidade de proval-a (4). Compreende-se, porém, que, por mais avançados que estejamos no caminho que conduz à communhão jurídica, aliás inatingível, por mais que nesse intuito se esforcem os povos, perante a justiça de cada paiz, sempre ha de existir alguma differença entre o direito nacional e o estrangeiro, pela razão de que a ignorancia do primeiro importa num delicto de função, em quanto que a ignorancia do segundo não poderia tomar esse aspecto sem excesso de rigor.

Esta é a doutrina que me parece razoavel, que attende ás necessidades do momento actual, sem oppor embaraços á realisação do direito em toda a sua plenitude, nem contrariar o effeito extraterritorial das leis privadas (5)

As legislações em geral não resolvem de um modo positivo esta questão da necessidade ou não de provar-se a lei estrangeira, quando invocada para regular uma relação de direito. E de seu silencio podem ser tiradas conclusões differentes, conforme os principios dominantes no systema juridico de cada paiz.

Ha, porém, legislações que se pronunciam expressamente. O direito inglez allemão e o americano do norte, segundo informaram Westlake, Roth e Wharton, consagram a necessidade da prova da lei estrangeira. O codigo civil argentino, art. 13, resume, com felicidade a verdadeira doutrina compativel com o estado actual da sciencia e das necessidades sociaes: « A applicação da lei estrangeira, nos casos em que este codigo a auctorisa, nunca terá logar sinão por solicitação da parte interessada, a cujo cargo ficará a prova da existencia das dictas leis. Exceptuam-se as leis estrangeiras que se fizeram obrigatorias na Republica, por convenção diplomatica ou em virtude de lei especial.

Esta doutrina é tambem a que decorre do systema juridico vigente no Brazil.

(4) Asser et Rivier, — *Element de droit international privé* §§ 11 a 13; Ban *das internationalen Privat und Straf-recht*, § 22. E a doutrina de Savigny, *System*, vol. VIII, §§ 28 e 107.

(5) A proposito da necessidade da prova da lei estrangeira disse Teixeira de Freitas, *Esboço do Código Civil*, nota ao art. 6: « A lei nacional é o direito que simplesmente se allega sem depender de prova. Uma lei estrangeira é um facto que deve ser provado » Ao menos na actualidade esta é que é a realidade das cousas. A prova exigida pode ser fornecida por qualquer modo que authenticque a existencia da lei, pondo fora de duvida egualmente que ella não soffreu abrogacão nem derogação.

VI

Da lei pessoal. Capacidade e incapacidade. Qual deve ser a lei pessoal, a da nacionalidade ou a do domicilio? Divergencia entre os escriptores e entre as legislações. Noção de nacionalidade e domicilio. Solução da controversia. Derrogações do principio da lei pessoal. Da forma dos actos. A razão da regra—*locus regit actum*. A que formalidades se applica, segundo os auctores e as legislações. Da lei da situação da cousa. Si deve ser exclusivamente applicada aos immoveis. Opiniões de Waechter e Savigny. Controversia. Como se pronunciam as legislações a respeito.

Avelha theoria dos estatutos reaes, pessoas e mixtos, que era o fundamento e a medida do direito internacional privado outr'ora, já fez seu tempo. Os escriptores e as legislações não se guiam mais por ella, porque não julgam-na em condições de abranger o desenvolvimento que têm tomado as relações internacionaes de ordem privada, e porque, em rigor, é licito subscrever o juizo de Gerber: « é uma theoria equivooca que não pode produzir nenhum resultado seguro. » (1.)

Não é isso, porem, razão sufficiente para que sejam banidas da linguagem scientifica certas expressões que nos legou aquella antiga theoria, quando ellas simplificam, esclarecem e encaminham a exposição do assumpto, depois de terem rejuvenecido pela transfusão das novas doutrinas. Estão nessas condições as denominações de *leis pessoas*, e outras que vêem-se empregadas por muitos dos proceres da sciencia juridica actual.

Denomina-se *lei pessoal* a que regula a capacidade, a incapacidade e os direitos familiaes das pessoas que, proce-

(1) Gerber, — *System des deutschen Privatrecht*, pg. 52, nota 6.

dendo de um regimen juridico, são chamadas a agir dentro do dominio de outro.

Quando um estrangeiro tem de praticar um acto juridico no Brazil ou quando um brasileiro tem de praticar um acto juridico no estrangeiro, como para a validade desse acto é necessario que a gente seja capaz, tem-se de estabelecer e firmar essa condição preliminar da capacidade. Mas, em vez da lei territorial, da lei do lugar onde o acto se passa, decide esse ponto a *lei pessoal* do agente, porque domina presentemente o principio de que, transpondo-se de um regimen juridico para outro, a personalidade civil se conserva sempre a mesma. E ainda, pela mesma razão, se observa a *lei pessoal*, quando é preciso afirmar um direito que procede das relações de familia.

Communmente a *lei pessoal* faz appareção nas relações internacionaes de character privado; porem si uma nação estiver segmentada em diversos regimens juridicos, pois que tambem ali é possivel um conflito de leis, ter-se-á occasião de recorrer á *personalidade* da lei dentro do territorio nacional.

Regulando a *lei pessoal* a capacidade e a incapacidade das pessoas, em certas relações da vida juridica, parece que, para ser bem apprehendido seu alcance e valor, faz-se necessario determinar, perfunctoriamente embora, a noção dessas modalidades do existir das pessoas. Em um ligeiro parenthesis concentrarei essas prenoções indispensaveis ao esclarecimento do assumpto.

Sem distinguir entre o facto e o direito, pode-se affirmar que a capacidade civil é a *aptidão que tem a pessoa para exercer por si os actos da vida civil*. É um attributo essencial da personalidade; é o modo pelo qual ella se externa. Si em todo rigor se manifesta a personalidade, a capacidade é plena; si enfraquecida por qualquer circumstancia, é menos plena.

Na vida juridica dos seres, distinguem-se tres momentos successivos: a *personalidade*, que é o enfeixamento de varios poderes de acção, de varias facultades garantidas pelo poder publico; a *capacidade* que é a forma e o limite desses poderes, o modo pelo qual apparece no mundo juridico a personalidade; e o *exercicio dos direitos* que é a personalidade posta em movimento, relacionando-se activa ou passivamente com o mundo que a circunda.

A capacidade é regra geral. As incapacidades devem ser declaradas por lei.

São absolutamente incapazes, por nosso direito vigente: 1.º as pessoas por nascer; 2.º os menores impuberes; 3.º os loucos em geral; 4.º os ausentes.

São incapazes somente em relação a certos actos: 1.º os surdos mudos que não sabem ler nem escrever; 2.º os adultos menores de 21 annos; 3.º as mulheres casadas; 4.º os prodigos; 5.º os commerciantes fallidos (2).

As legislações extranhas ora são mais rigorosas ora mais liberaes na declaração das incapacidades. A dos prodigos que ainda encontra-se em varios codigos, como os de Zurich, Hespanha e Portugal, tende a ser eliminada. Os de Franca, Italia e Luiziania não se occuparam della. O codigo de Zurich contém algumas incapacidades que são desconhecidas do nosso direito: a dos condemnados a reclusão e a dos que voluntariamente se submitteram a tutela. O surdo-mudo que sabe dar-se a entender por escripto é ferido de incapacidade absoluta por algumas legislações (codigo argentino art. 54 § 4), mas, entre nós, as restricções á sua capacidade são mais limitadas.

Encerrado o parenthesis, volto a considerar a *lei pessoal*.

Ficou dicto que a *lei pessoal* regula a capacidade, ou incapacidade das pessoas e os direitos oriundos das relações de familia, e mostrou-se quando tem logar seu apparecimento. Mas o adjectivo pessoal não é sufficientemente explicito para que, sem mais esclarecimentos, se saiba qual seja a lei em questão. Discute-se actualmente sobre si deve ser a da nacionalidade ou a do domicilio, e a divergencia que divide os

(2) Deixei de incluir os religiosos no numero dos civilmente incapazes, porque é consequencia que me parece decorrer do art. 72 §§ 7 e 28 da Constituição o afastamento da incapacidade a que os jungia o antigo direito. No estado de completa secularisação a que atingiu nosso direito constitucional e a que tende necessariamente o direito privado, que gyra dentro da esphera traçada por aquelle, reflectindo seus principios fundamentaes, como os objectos reflectem a cor local, estes accidentes e modificações da personalidade, oriundos de uma causa puramente religiosa, não encontram cabimento. A incapacidade politica (art. 70 § 4 da Const.) é, neste caso, imposta, porque realmente a abdicção da liberdade se dá, e essa condição viciaria o voto que deixaria de ser a manifestação de uma vontade livre. Mas para decretar-se a incapacidade civil dos religiosos não dispomos de razões equivalentes.

tractadistas em escholas oppostas reflectiu-se já nas legislações.

Savigny, Story, Wharton, Westlake, e, em geral, os escriptores allemães, inglezes e norte-americanos opinam pela lei do domicilio. Bar, Laurent, e a eschola italiana se decidem pela doutrina da nacionalidade. As duas escholas echoaram entre nós. Teixeira de Freitas (*Esboço*, arts. 26, 27 e notas) pronuncia-se pelo domicilio. Nabuco (*Projecto*, art. 7) prefere a nacionalidade.

A mesma divergencia se nota no estudo das legislações dos diversos paizes. A lei ingleza, e norte-americana, o codigo da Prussia, §§ 23-27, o direito de outros Estados allemães, e o codigo argentino arts. 6 e 7, consagram a theoria domiciliar. O principio da nacionalidade se reflecte no codigo civil francez, art. 3, italiano, art. 6, hollandez, art. 6, Saxonio, §§ 7 e 8, e portuguez, art. 27. O direito brasileiro (Reg. 737, art. 3 § 1) tambem deve ser incluido neste segundo grupo.

São duas correntes em que se divide a sciencia do direito, uma das quaes deve ser abraçada, sinão houver um terceiro caminho preferivel. Antes, porém, de decidir-me nesta contenda, peço a clareza que estabeleça a noção dos dois termos juridicos sobre os quaes repousa, a discordancia das duas theorias.

Dirigindo-me exclusivamente a estudantes de direito, embora as noções que se vão seguir possam ser uma recordação de conhecimentos já em outra parte assimilados, nem por isso as julgo desnecessarias para a segurança da conclusão a que me dirijo, no assumpto.

O vocabulo *nacionalidade*, umas vezes, indica a propriedade que resulta para as aggremações humanas do facto de se acharem organisadas em nações ou de se sentirem aptas para isso. E' um phenomeno de psychologia do povo. Outras vezes, significa a qualidade attribuida ao individuo que faz parte de uma nação, e ainda outras, equivale a nação, o que importa dizer: é uma aggremação de homens unidos por uma vida commum, pela habitação em um mesmo paiz, pela submissão ao mesmo governo e pela consciencia da propria unidade.

São estas duas ultimas accepções que nos importam neste momento. *Lei da nacionalidade*, é a lei nacional, a lei do paiz de onde o individuo é natural.

Domicilio é o lugar da existencia juridica da pessoa,

o qual, muitas vezes, pode deixar de ser o lugar de sua existencia real. (1)

Como as pessoas tem duas esferas principaes onde exercem sua actividade, a publica e a privada, a politica e a civil, duas são tambem as formas principaes do domicilio — o *politico*, onde a pessoa é chamada a exercer seus direitos e cumprir seus deveres de ordem politica; e o *civil*, onde a pessoa é chamada a exercer seus direitos e cumprir suas obrigações de character privado. A primeira forma de domicilio fallece ás pessoas, juridicas a segunda é commum ás duas grandes divisões das pessoas, as de existencia visivel e as de existencia meramente ideal.

O direito internacional privado só se pode occupar com o domicilio civil que os escriptores costumam dividir em real, de origem, legal e de eleição. *Domicilio real* é o lugar onde a pessoa tem estabelecido o assento principal de sua residencia e de seus negocios (Cod. sciv. argentino, art. 89)

Prefiro esta definição á que no dão o codigo civil francez (art. 102) e o italiano (art. 16): o domicilio real *está no lugar onde a pessoa*, (o Cod. Napoleão diz todo francez) tem seu principal estabelecimento. O domicilio é a morada (*domus*) das pessoas, como a nação é a morada dos nacionaes ou dos cidadãos, pois que em nosso direito estas duas expressões se equivalem. Considerar o domicilio como uma relação meramente abstracta, é crear uma ficção inutil e unicamente apropriada a conturbar a clareza de uma noção fundamental para a sciencia juridica.

Domicilio de origem é o que tem a pessoa ao nascer (cod. civil argentino, art. 89. *Esboço* de T. de Freitas, art. 182); o filho tem o domicilio do pae até que, tornando-se capaz de dispor de sua pessoa e bens, constitua um outro, por mudança de residencia definitiva ou por localisação do centro de sua actividade em outra parte.

Domicilio legal é o lugar onde a lei presume, sem admittir prova em contrario, que uma pessoa reside de um modo permanente (Cod. civ. argentino, art. 93). Tal é o domicilio dos funcionarios publicos, não sendo suas funções temporarias, periodicas ou de simples commissão. Os mili-

(1) A Ord. liv. 2 tit. 56 § 1.º considera o domicilio o lugar da residencia permanente, mas o dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, não se contenta com esse unico elemento, realmente fallivel, e exige ou residencia continua por um anno, ou o dominio de bens de raiz ou a propriedade de estabelecimentos industriaes (art. 17).

tares, em serviço activo, tem seu domicilio no lugar onde o prestam. Os incapazes têm por domicilio o de seus representantes (Cod. civ. francez, art. 108, da Luiziania, art. 48, argentino art. 90 § 7). Os condemnados a prisão e degredo têm por domicilio o lugar onde estão cumprindo-pena (D. 20, fr. 22 § 3 e 27 § 3, cod. civ. portuguez art. 53 (2). Os creados e mais pessoas de serviço seguem o domicilio das pessoas á que servem (Cod. civ. francez art. 109, da Luiziania, 49, argentino, 90 § 8).

Domicilio de eleição é o que as pessoas escolhem no contractos para a execução de suas obrigações (Cod. civ. francez, 111, portuguez, 46, argentino 101).

Ha pessoas, que tendo habitação alternada em diversos logares, é possível que se lhes assigne mais de um domicilio, ou que se o determine por uma circumstancia de valor capaz de indicar um vinculo forte entre a pessoa e o lugar. Pode ser essa circumstancia a moradia da familia ou a fixação do estabelecimento principal, como se vê no código civil argentino art. 93, ou, então, como permite o código civil portuguez, uma declaração, perante a camara municipal, da preferencia que por uma de suas residencias tem a pessoa. Na ausencia de quaesquer desses elementos, o domicilio será variavel pois se determinará pelo lugar onde a pessoa for encontrada (código civil portuguez, art. 45.)

Dadas estas noções ligeiras sobre domicilio, nos quaes as referencias feitas a alguns códigos apenas pretendem indicar que as doutrinas expostas se apoiam em leis consoantes de mais de um povo, é occasião de tomar uma decisão deante da divergencia sobre qual deva ser a lei pessoal.

E' certo que, no direito privado, a relação de domicilio tem maior influencia do que a de nacionalidade, mas creio que não se poderá dizer o mesmo, quando transportarmos as relações de ordem privada do campo circumscripito de um Estado para o terreno mais vasto onde se encontram e se associam Estados que têm interesses communs. Parece-me, por isso, que o Instituto de direito internacional enveredou por uma trilha que deve levar-nos á solução definitiva da controversia, quando, reunido em Oxford, em 1880, approvou as proposições seguintes: « O estado e a capacidade de uma

(2) O Código argentino, art. 95, segue outra doutrina: « a residência involuntaria por desterro, prisão etc. não altera o domicilio anterior, si ahí se conserva a familia ou o estabelecimento principal. »

pessoa são regidos pelas leis do Estado a que ella pertence por sua nacionalidade.

« Quando uma pessoa não tem uma nacionalidade conhecida, seu estado e sua capacidade são regidos pelas leis de seu domicilio.

« No caso em que diferentes leis civis coexistem em um mesmo Estado, as questões relativas ao estado e capacidade do estrangeiro serão decididas, segundo o direito interior do Estado a que elle pertence. » Asser e Rivier (3) entendem que, neste ultimo caso, se deve tambem preferir a lei do domicilio, no que são acompanhados por Mancini.

O principio de que a lei pessoal deve regular a capacidade e os direitos oriundos das relações de familia não é tam absoluto que não soffra derogações e modificações. Ao contrario, essas excepções da regra geral são indispensaveis para dar-lhe a flexibilidade precisa para que a lei pessoal possa coexistir em harmonia com as leis territoriaes.

Si a lei pessoal em collisão com a territorial se mostra menos benevola, é opinião dominante que não deve ser applicada. Assim dispõem o código prussiano § 35, o d'Austria § 35, a lei allemã sobre letras de cambio, § 84, o código federal suizo das obrigações § 822, o código argentino, art. 14 § 4.

Tambem não deve ser applicada a lei pessoal do estrangeiro, si oppõe-se aos principios do direito publico nacional, as leis prohibitivas ou rigerosamente obrigatorias, ao interesse social, á moral e aos bons costumes. Sobre este ponto o accordo entre os escriptores é completo, assim como entre as legislações, como se poderá verificar no código civil italiano art. 12 das disposições preliminares, argentino, art. 14 § 2 a 10, hespanhol, art. 11, 3 alinea, e decreto brasileiro de 27 de Julho de 1878, art. 2 (4) E' para nós, o caso da morte civil, da escravidão, da polygamia, das convenções moralmente reprovadas, das incapacidades que em certos paizes ferem os judeus e hereticos. E' tambem o caso das instituições d'alma, dos estabelecimentos de vinculos e morgados, e, em geral, de todos os actos e institutos que a lei brasileira repelle e que por isso não podem ser juridicamente reconhecidos dentro do territorio nacional

(3) *Elements cit.* § 22.

(4) As leis penaes (cod. pen., art. 4) e as de policia e segurança (código civil francez, art. 3, e italiano, art. 31), entram nesta classe.

Os actos da vida commum para que tenham caracter e efeitos juridicos, se têm de subordinar a certas prescripções que lhe dão uma fórma que a lei reconhece e protege. A forma é, portanto, o revestimento juridico do acto.

Porque lei deve ser modelado esse revestimento, pela do paiz onde o acto se passa ou pela do individuo que o executa? Para responder a esta pergunta creou-se a paremia conhecida: *locus regit actum*, cujo invento attribuem a Bartholo.

A razão desse principio de que a forma do acto é determinada pela lei do paiz onde elle se realiza, é clara. Si as formas variam com os paizes, e si os particulares têm de se dirigir a officiaes publicos para darem a seus actos formas juridicas, é necessario que se submettam à lei desses funcionarios, isto é, à lei do logar onde o acto se passa. E' uma razão de ordem publica que obriga o funcionario a pautar os misteres que lhe incumbem pelo direito de seu paiz, e é uma razão de necessidade consequente que coage o particular a submeter-se a esse principio.

Mas as formas dos actos se decompõem. Ha formalidades *habilitantes*, que são aquellas que tornam a pessoa capaz para a realisação de acto, como, por exemplo, a auctorição marital que *habilita* a mulher para contractar ou comparecer em juizo. Ha tambem formalidade *intrinsecas* ou *visceraes* que constituem a essencia mesma do acto. E ha finalmente formalidades *extrinsecas* ou *instrumentaes* tendentes a garantir a livre manifestação da vontade das partes.

E' a esta especie que se applica exclusivamente o principio *locus regit actum*, segundo a opinião commum dos auctores. Alguns, porém, dividindo as formalidades extrinsecas em *solemnes* e *probantes*, só a estas ultimas querem que se applique a regra tradicional. Outros ainda entendem que essa regra deve ser apenas facultativa, mas, como observam Asser e Rivier, tal opinião não prevalece deante dos principios geraes que dominam esta materia.

As legislações têm todas consagrado o principio — *locus regit actum* (5). O direito patrio o reconheceu em varias

(5) Codigo civil francez, arts. 47, 170, 999, prussiano, § 111, lei allemã sobre letras de cambio, § 85 alinea 3.º, codigo suizo federal das obrigações, art. 823, argentino, art. 12, hespanhol, art. 11, do Chili, art. 18 do tit. preliminar, o commercial portuguez art. 4.

disposições, como na Ord., liv. 3.º, tit. 59 § 1.º, Rg. 737, art. 3 § 2, dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 108.

A capacidade e os direitos familiaes se regulam pelo estatuto pessoal, as formas extrinsecas dos actos pelo direito territorial, já vimos. Resta-nos, ainda o vasto campo dos direitos relativos aos bens. Ahi domina largamente o principio de que a lei por excellencia é a da *situação da cousa*, isto é, a lei do paiz onde o objecto está fixado, *lex loci rei sitae*. Que assim seja em relação aos immoveis nenhuma duvida é possivel, pois que o conjuncto delles forma o territorio nacional, sobre nenhuma parcella do qual é admissivel que se exerça uma soberania extranha, quer directa quer indirectamente. Mas, quanto aos moveis, o principio não tem applicação inteira. A razão de decidir deve ser encontrada em outro preceito.

A jurisprudencia antiga se dirigia pelos brocardos — *mobilia personam sequuntur, mobilia ossibus inhaerent, personal property has no locality*, nos quaes a doutrina ainda hoje preponderante nas legislações é claramente synthetizada. Os moveis se submettem, portanto, à lei pessoal de seu possuidor; é a regra que delles resulta.

Savigny e Waechter, embora discordando emquanto à applicação da lei estrangeira que aquelle facilita em extremo e este difficulta rigorosamente, se pozeram de accordo quanto à necessidade de estender a *lex loci rei sitae* aos moveis. Apesar de muitos civilistas se conservaram fieis aos velhos principios, pelos quaes ainda se batem com denodo, a doutrina de Savigny e Waechter, vae preponderando entre os internacionalistas. Todos elles, entretanto, fazem distincções. O principio da territorialidade não se deve applicar aos moveis com o mesmo rigor que comportam e exigem os immoveis. Si os moveis são destinados a permanecer longamente em um logar, domina-os a lei desse logar; si são destinados a mudar constantemente de posição, como as bagagens de um viajante ou a carregação de um navio, então dominal-os-á a lei pessoal do proprietario. E' a doutrina de Savigny, que resolve todos as difficuldades em que tem sido fecundo este assumpto.

As legislações mantiveram a doutrina antiga da lei territorial para os immoveis e pessoal para os moveis. Assim dispozeram o codigo civil francez art. 7, da Prussia §§ 28, 31 e 32, austriaco, § 300, italiano, art. 7, hespanhol, art. 10.

A jurisprudência inglesa e a norte-americana se arregimentam sob a mesma bandeira.

O código argentino, porém, consagra a doutrina de Savigny : para os bens de raiz e para os moveis de situação permanente, a lei do paiz onde elles se acham ; para os moveis que o proprietario leva consigo ou que são de uso pessoal, a lei do domicilio do proprietario (art. 11). Aceitando esta solução, apenas preferirei, neste como nos demais casos, a lei nacional.

VII

Filiação jurídica. Do direito privado moderno como transformação do romano e bárbaro. Influências do canônico. Classificação, sob esse ponto de vista, do direito civil moderno. Exposição succinta da evolução do direito civil moderno da Europa e da America em justificação dessa classificação.

Quem acompanhar a philogenese do direito, impressionar-se-á certamente pela simillhança notavel que ella offerece com o evoluir das especies organicas e das linguas especialmente. Como nas especies e nas linguas, no direito se observa o elemento da lucta que selecciona e revigora. Como nas especies e nas linguas, o direito evolue transformando-se e variando, sob a acção do meio, da lei do polymorphismo, e de outras causas diversas que, no direito, são principalmente sociais. Como nas especies e nas linguas, encontram-se no direito organs atrophiados e phenomenos de persistencia e atavismo. Como nas especies e nas linguas, é possível remontar o curso da evolução jurídica até seus inicios, embora se deparem numerosas lacunas nos direitos extinctos, ellos quebrados e perdidos de uma corrente soterrada pelo volver dos acontecimentos e dos seculos. Mas na cadeia evolucional das especies organicas e das linguas não ha menos soluções de continuidade.

Sobre esta ultima observação demoremos um pouco mais nossa attenção, porque ella será poderoso auxiliar para o estudo de nosso assumpto. Si o historiador juridico pôde reatar os elos principaes da evolução do direito, accompa-

nhando as pegadas que ella foi gravando atravez da historia, dos costumes e das instituições, é porque se deu um desdobramento natural e logico das instituições primitivas, é porque os estadios successivos se prendem uns aos outros, procedem os mais recentes dos mais remotos. Este encadeamento dos momentos juridicos e das instituições ao longo da historia é o que se chama *filiação jurídica*.

Tentando reconstruil-a, o historiador juridico, como o linguista, sobe pelo curso do passado, desde as legislações actuaes até ás fontes originarias, determinando quaes as que têm entre si parentesco, quaes as que são entre si divergentes, extranhas. E assim como o glottologista chega ás raizes irreductiveis que constituem as fontes das varias familias linguisticas, tambem elle chega á determinação das velhas instituições proprias ás raças originarias das quaes procedem os povos actuaes.

Nosso grupo juridico, que abrange todo o direito occidental, vae, atravez da civilização feudal, romana e grega, prender-se, por filiação, ao direito rudimentar dos aryanos.

O direito moderno dos povos occidentaes é uma phase da evolução do direito arvano, e particularizando o direito privado, direi o direito civil, como foi em Roma que sua cultura mais se aprimorou e fortaleceu, podemos afirmar que é uma transformação do romano, modificado, entretanto, pelo direito costumeiro dos povos barbaros que, em varias épocas da historia, mormente na idade media, pozeram-se em contacto com o romano.

E' verdade que certas legislações, como a ingleza e a norte-americana que della procede em grande parte, não se devem considerar como entrando nesta generalização, que, aliás, não é para ser tomada num sentido absoluto. O direito privado inglez, apesar de ter experimentado modificações ao soffrer o contacto do romano, quer directo quer atravez da sciencia dos jurisperitos, conservou-se em uma situação excepcional, segregado, em sua ilha, da corrente evolucionar que arrastava o direito continental, mantendo persistentemente as tradições dos primeiros tempos. E, por esse motivo, apresenta um caracter proprio, nacional, mas com uma accentuada coloração medieval. Um erudito sociologo inglez, Tylor, reconheceu esse facto nas palavras que a transcrever: « Não se póde negar que a legislação ingleza contem, consequencia modificada de uma longa herança uma theoria da primogenitura e uma theoria da propriedade

territorial que estão bem longe de ser productos de nosso tempo, a ponto de ser preciso remontar á idade media para encontrar-lhes uma explicação satisfactoria. » (1)

Mas esta restricção, a que nos obriga o direito privado inglez, não nos póde fazer suppor que a generalização apresentada não traduz a verdade dos factos, em seus traços fundamentaes, em suas linhas essenciaes, pois que da contemplação historica resalta claramente que o direito civil moderno, quaesquer que tenham sido as enxertias e desenvolvimentos operados posteriormente, surgiu do amalgama dos costumes germanicos e do direito canonico sobre a base do direito romano.

O direito canonico deve ser collocado em um plano inferior, mas é incontestavel que influiu consideravelmente sobre a formação do direito privado, insufflando-lhe principios do christianismo, diluindo-lhe certas asperezas barbaras, contribuindo, com o romano, para transformar a multiplicidade de regimens juridicos que superrabundavam na idade media, nos systemas fortes e bem modelados que constituem as legislações actuaes em seus elementos essenciaes. « Centros poderosos, estes dois direitos, o romano e o canonico, sobresahem acima do grande numero de fontes isoladas do direito. Elles confundem a sciencia e a pratica das nações mais diversas em uma acção commum » (2)

Embora creado para o gremio da egreja, o direito canonico applicou-se ao foro secular, serviu de modelo a legisladores, e, ao menos, influiu na confecção de leis, e, por esse modo, infiltrou-se no direito privado moderno. Sabe-se, por exemplo, que, já em 452, Valentiniano concedera aos bispos o poder de julgar de processos civis que lhes fossem submettidos, e que Theodosiano e Justiniano, mantiveram, corroborando, essa prerogativa, como se poderá ver noCodigo deste ultimo imperador (1, 4) e em a Novella 123, cap. 21 a 23. Sabe-se ainda, e esta observação nos diz respeito mais de perto, que o codigo wisigothico, legislação geral da peninsula iberica ao tempo do dominio godo, é trabalho devido, em grande parte, aos bispos hespanhoes. E um jurista portuguez, Correia Telles, não achou difficuldade em apresentar muitos institutos do direito portuguez de seu tempo, cuja origem devesse ser attribuida ao canonico.

(1) Tylor, — *La civilisation primitive*, trad. Barbier, p. 575
 (2) Jhering, — *L'esprit du droit romain*, vol. 1, introd., § 1.

Tendo em consideração essa convergência dos direitos nacionaes, do romano e do canonico, para formação do direito privado moderno, Ernesto Glasson propoz uma classificação das leis civis dos principaes povos da Europa em tres grupos distinctos (3): O primeiro comprehende as legislações que conservaram, de um modo predominante, seu direito nacional, onde as influções romanas e canonicas são quasi nullas. Nelle podem ser incluídas as legislações da Inglaterra, dos paizes scandinavos, dos Estados-Unidos da America do Norte, e da Russia que, aliás, só ultimamente se têm posto em relação directa com a civilização do occidente. Em todos esses paizes, o direito romano, comquanto cultivado como sciencia em muitos delles, não se infiltrou na legislação do modo a transformar seu character idionomico.

O segundo grupo abrange as legislações que assimilaram o direito romano de um modo mais ou menos radical, e cujos codigos actuaes apresentam o direito romano saturado de alguns elementos germanicos e adaptações canonicas. Fazem parte delle as legislações da Hespanha, de Portugal, da Italia, da Romania.

O terceiro grupo é formado por aquelles direitos em que o elemento germanico e romano, influenciados ambos pelo canonico, se conservaram distinctos, marchando lado a lado, para se fundirem mais tarde por quantidades quasi eguaes. Isto se verificou na França e na Alemanha de onde se transmittiu para a Belgica, Hollanda e Suissa. Mas, apesar disso, o direito francez e o allemão offerecem caracteres especiaes, que não permitem confundil-os. E essa differença entre os dois direitos procede da composição ethnica do povo dos dois paizes, e de que na França a fusão do direito costumeiro, germanico em sua essencia, com o romano, resultou dessa grandiosa construcção legislativa—o código Napoleão, emquanto que, na Alemanha, ella se effectuou pelos esforços da erudição dos juriscultos. (4)

Necessario se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latino-americanos, dos quaes não cogitou o sábio jurista francez, mas que se não pode logicamente incluir em qualquer das tres categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes europeas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e

(3) Glasson,—*Le mariage civil et le divorce*, p. 6.

(4) Glasson,—*op. cit.*, p. 7.

hespanhol), modificaram diversamente esse elemento commum, por suas condições proprias, e pela assimilação de elementos europeus de outra categoria, principalmente francezes. E por desprender-se de paizes novos, essencialmente democraticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mais a larga.

Para justificar a classificação que acabi de ser exposta, basta-me um golpe de vista retrospectivo sobre uma face da evolução do direito civil, no periodo em que elle adqueriu, na Europa e depois na America, suas characteristics dominantes na actualidade. Este exame, alem disso habilitará, embora seja muito ligeiro, os estudantes de *legislação comparada* a apprehenderem qual a feição geral das legislações dos povos cujo direito vae ser passado em revista.

Começarei pela Inglaterra, cujo direito é, para nós, o mais interessante da primeira classe, segundo a distribuição adoptada. O direito romano foi levado para a Inglaterra ao tempo da conquista, e é natural que se tenha mesclado algum tanto com os costumes bretões. Mas poucos traços deixaram um e outros no corpo da legislação ingleza. Quanto ao direito romano. Savigny, que aprofundou este assumpto com uma espantosa copia de erudição, em sua *Historia do direito romano na idade media*, achou que eram muito raras as suas intromissões nas leis saxonias. E justamente é o direito saxonio fusionado com o normando a fonte principal do direito civil inglez.

Depois do renascimento do direito romano na Europa, quando um fremito de entusiasmo abalou a Europa que escutava atonita a voz convicta dos glossadores, os juristas e os tribunaes fizeram-no voltar novamente á Inglaterra, mas o nacionalismo vigoroso desalojou ainda outra vez o direito estrangeiro de suas posições, e delle apenas subsistiram apagadas reminiscencias. O mesmo aconteceu com o direito canonico, cuja influencia meramente scientifica nunca se pode aprofundar na Grã-Bretanha.

Entretanto, é sempre certo que as antigas fontes saxonias e normandas se modificaram nesses embates, conservando, porém, um cunho proprio, abroquelando sua idionomia na vetustez, e esse cunho, si apresenta-se mais accentuado no direito costumeiro (*common law*), não é extranho ao direito escripto (*statute law*), as duas formas do direito civil inglez ainda em nossos dias.

As *statute laws* appareceram primitivamente para confirmação do direito consuetudinario, mas hoje seu principal objectivo é completal-o e alteral-o mesmo, pela introdução de princípios novos, cuja acceitação a consciencia nacional reclama.

A *common law* constitue ainda hoje uma parte consideravel do direito inglez, por sua extensão e valor. Corporifica-se na jurisprudencia (*case law*), e sua guarda e seu culto estão confiados á magistratura que, no dizer de Stephen, constituiu sempre « uma legislatura de segunda ordem ». Sua origem, que Blakstone, Bentham e outros juristas pretendem ligar a uma lei do rei Alfredo, o grande, confirmada por Eduardo, o confessor, deve antes ser considerada com a fusão dos direitos dos diversos povos que invadiram a Grã-Bretanha, fusão realisada pouco a pouco e por uma elaboração popular. É a opinião de Glasson e de Meyer, e que parece traduzir a verdade (4)

Para abrandarem os rigores da lei não escripta, os inglezes elevaram a *equidade* á altura de uma noção positiva, fazendo della uma fonte juridica. Blakstone definiu-a « a correcção dos defeitos que procedem da universalidade da lei. »

Nos Estados-Unidos da America do Norte, feita a excepção da Luiziania, cujo codigo civil se filia ao direito francez e ao hespanhol, a *common law* ingleza é a base do direito civil, ampliada e remodelada, porém, pelas necessidades peculiares á grande federação norte-americana. E, portanto, as influções romanas e canonicas não podem ser mais consideraveis do que no direito da Grã-Bretanha.

Nos paizes scandinavos, a evolução do direito privado nacional se effectuou n'uma segregação quasi completa das legislações estrangeiras. Na Suecia e Noruega, o direito romano mal echoou como doutrina, como thema de estudos. Mesmo na Dinamarca, onde a acção do romanismo se fez sentir mais vigorosamente, se pôde affirmar que não se acclimatou. Quanto ao direito canonico só em materia de casamento suas invasões foram toleradas.

Na Russia, as influencias romanas e canonicas se fizeram sentir por intermedio das legislações franceza e alemã. A variedade ethnica do imperio russo se traduz na jurisper-

(4) Glasson, — *Le mariage civil*, pag. 57, *Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre*, preface, pg. XIV e seqs; Meyer, *De la codification en Angleterre*, apud Amiaud, *Legislations civiles*, pg. 89—90.

dencia por uma variedade juridica, mas, o direito slavo, que é sua porção principal, offerece caracteres distinctos do direito germanico e romano. A familia, a propriedade, as successões fazem objecto de disposições do *Svod*, ou codigo geral do imperio russo, e de leis dispersas, que nem sempre encontram similares nos codigos dos outros povos europeus.

Passemos ao segundo grupo. Por exigencias da brevidade, á qual necessario se faz attender, falarei somente da Italia, da Hespanha e de Portugal.

A Italia é a patria do direito romano e do canonico, porém aquelle sempre gozou ali de maior auctoridade do que este. O direito germanico ali penetrou por invasões successivas, se tendo firmado na Lombardia com o *Edictus de Lotario*. Entretanto, como as raizes romanas eram profundas, o direito, que surgiu depois das revoluções por que passou a peninsula, trouxe uma feição preponderantemente romana.

O direito portuguez e hespanhol são bacellos da mesma cepa. Os visigodos, estabelecendo-se na penninsula iberica, deixaram viver o direito romano, que ali dominava, ao lado de seus costumes germanicos reduzidos a escripto pelo rei Eurico. Mais tarde penetrando-se, fundindo-se os povos das duas raças, fusionou-se, sob o reinado de Chindaswintho e Recceswintho, o direito romano com o germano, no codigo wisigothico, chamado mais tarde *fuero juzgo*, na confecção do qual influíram os bispos hespanhoes, que o approvaram em concilio, e que o saturaram de preconceitos religiosos e privilegios sacerdotaes.

Mais tarde Portugal e Hespanha separám-se, e os codigos que então appareceram, vindo posteriormente ao renascimento do direito romano, deixaram-se penetrar mais do espirito deste. Mas como a Igreja se achava em um periodo de pujança e ardor bellicoso, e oppunha seu direito ao das colleções justinianeas, tambem largamente foi o direito canonico contemplado nos codigos peninsulares. E o elemento germanico, realçado por essas duas correntes poderosas, apenas conservou alguns de seu preceitos e normas.

Hoje as duas potencias ibericas tem codigos de publicação recente, nos quaes o canonismo já se acha quasi eliminado, deixando apenas vestigios, que ainda assim surpreendem numa produção legislativa apparecida em nossos dias, como é o novo codigo civil hespanhol publicado em 1889.

Pouco acrescentarei ao que já ficou dicto em relação

ao terceiro grupo. Quando os germanos invadiram a Galia, ali dominava geralmente o direito romano que se substituiu aos costumes jurídicos dos primeiros povoadores, os gauleses, povo de origem celtica. A legislação romana, então, concentrou-se no paiz ao sul do Loire, e os costumes germanicos imperaram ao norte, não sem que se dessem reacções mutuas, como se deduz do facto de ser o direito romano subsidiario, nas provincias de direito costumeiro. O código civil unificou estes dois systemas jurídicos, em 1804. As disposições concernentes ás servidões, ao poder marital, ás sucessões, á communhão entre esposos, o código as recebeu do direito costumeiro; as relativas á propriedade, ao usufructo ás obrigações e ao regimen dotal, lhe vieram do direito romano. E o direito canonico e a jurisprudencia dos parlamentos contribuíram tambem com o seu contingente para a orientação dos redactores do código civil francez (5).

Na Allemanha, o direito germanico primitivo se consolidou sob a forma de consuetudinario local, desenvolvendo se ao contacto do direito romano e do canonico.

Depois do seculo XIII, o direito romano tomou tal ascendente sobre os espiritos, que sustou o brilhante desenvolvimento iniciado pelo direito nacional. A reacção veio no seculo XVIII, concorrendo poderosamente para ella os juristas e as universidades, não só por seus estudos criticos e historicos, como porque, em certos casos, os tribunaes tinham de consultar as faculdades juridicas constituídas em collegios de jurisprudentes (*Spruchcollegien*). Ainda hoje, porém, o direito romano subsiste na Allemanha, formando o elemento fundamental do direito commum (*Gemeines Recht*), e a fusão dos diversos systemas jurídicos vigentes no imperio allemão só se operará definitivamente, quando ali existir um código civil geral.

Nada é preciso additar em relação aos povos latino-americanos, cujas legislações se firmando sobre o direito herdado das metropoles europeas, se têm expandido ao sepro das transformações sociaes, da imitação do direito de outros povos julgados mais cultos, dos progressos da sciencia jurídica e das aspirações da consciencia moderna. Qualquer porém que tenha sido a largueza desses desenvolvimentos, em todas essas legislações, se mantêm, como base do direito ci-

(5) Vide Glasson,—*Se mariage civil*, pag. 93; Amiaud,—*Les legislations civiles* pag. 69 e segs.

vil, a concepção dos romanos, onde se enxertaram contingentes germanicos e canonicos, mais ou menos abundantemente, e alterações determinadas pelo progredir das idéas e da civilização.

Assim, parece justificada a classificação exposta.

Embora procedendo da mesma fonte longinqua, o direito aryano, embora surgindo do choque das mesmas correntes juridicas; porque, aqui a penetração dos elementos distinctos foi mais profunda e ali mais superficial; porque aqui as combinações ethnicas agiram favoravelmente a uma certa orientação que além foi contrariada, porque as condições mesologicas já eram outras; emfim, por um concurso de circumstancias variadas e difíceis de summariar, da vasta reorta social onde se derramaram, para combinações metachimicas, ingredientes tam diversos, surgiram os systemas jurídicos actuaes, com essas feições que se lhes notam e que torna possível e natural sua classificação, pelo modo que nesta licção se adoptou.

VIII

Golpe de vista sobre o direito privado brasileiro tal como existe actualmente. A unificação do direito substantivo e disparidade do direito adjectivo (Const. Federal, art. 34 § 23. Referencias a outras federações (Estados-Unidos da America do Norte, Argentina, Allemanha e Suissa).

Na lição antecedente, as legislações dos povos europeus e americanos, em sua maioria, passaram deante de nossos olhos, em uma fuga rápida, e esmaecidas no vago das meias tinctas em que foram debuchadas. Iamos de passagem, perlongando costas que permittiam ver os contornos dos paizes adjacentes, mas não havia lazer para exploral-os com mais vagar. Agora, porém, é necessario que nos detenhemos algum tanto mais, deante do direito privado brasileiro, considerando-o de alto, em suas grandes ramificações, o civil, o commercial e o processual concomitante destas duas espheras juridicas, destacando suas linhas geraes, como se desenham actualmente, procurando, si fôr possível, dar-lhe a feição individual, o caracter dominante.

Simplificarei, na medida do possível, o thema que me propuz abordar nesta lição, dispindo-o do que elle possa ter de abstracto ou meramente especulativo, e imprimindo-lhe um tom de simples exposição do que os olhos observarem.

Começarei pelo direito civil. Não é facil empreza traçar-lhe as linhas geraes, por não termos ainda um código civil que nos sirva, ao mesmo tempo, de base e guia. Como outras nações, temos consumido muito esforço e muitissimo

tempo na obtenção de um código civil (1); mas, ao menos, anime-nos agora a esperança de conseguil-o em breve, pois que, de dois projectos que existem, será imperdoavel incuria si não tirar o poder legislativo uma lei capaz de bem regular nossas relações da vida civil.

Na ausencia de um código civil, nos regemos ainda hoje, em nossas relações de direito privado commum, por leis antiquadas, ou deficientes, não systematisadas, dispersas, as quaes se distribuem naturalmente em dois grupos: 1.º *Ordenações* do reino de Portugal, mandadas publicar por Philippe II e postas em vigor em 1603, *leis, cartas regias, regimentos, alvarás e resoluções* promulgadas em Portugal até 25 de Abril de 1821, segundo determinou a lei brasileira de 20 de Outubro de 1823; 2.º as *leis, decretos, provisões, regulamentos* brasileiros que já, por si, constituem

(1) Recordarei, em nota, para cuja extensão peço desculpa, a historia dessas tentativas, falhas até hoje, mas que procuraram satisfazer uma promessa da Constituição de 1824.

Menos feliz que o direito criminal, sómente em 1858 se pensou seriamente em codificar o direito civil, quando o ministro da justiça de então, o conselheiro Nabuco de Araujo, contractou com o inclyto jurista patrio, A. Teixeira de Freitas, a confecção de um *Projecto de Código Civil*. Não podia realmente ser outro o juriconsulto a escolher, uma vez que já fôra elle o incumbido de consolidar nossas leis civis que andavam confusas, incongruas e baralhadas, desde o tempo das Ordenações, e sahira-se galhardamente dessa fatigante e vasta empreza. Teixeira de Freitas preparou o *Esbôço de Código Civil* brasileiro, que por ahí corre impresso e que é um precioso monumento de sabedoria juridica, cujo unico defeito, penso eu, é a nimia preocupação da theoria que o faz delongado e prolixo. Reconheceu-lhe o subido valor outro notavel jurista, Velez Sarsfield, que fôra incumbido de organizar o projecto do Código Civil para a Republica Argentina, aproveitando-o largamente para seu trabalho. Infelizmente, porém, o *Esbôço* contém apenas uma diminuta parte do direito civil, aquella que podemos chamar geral ou introductory.

Teixeira de Freitas propoz ao governo encarregar-se de um código geral que abrangesse todas as materias do direito privado, em vez de um restricto ao direito civil. Não sendo acceita sua proposta, o emittente jurista rescindiu seu contracto, em 1872.

No anno seguinte, firmou-se novo contracto entre o governo e o conselheiro Nabuco que, sendo colhido pela morte, aliás depois de esgotado o prazo dentro do qual se compromettêra a dar o trabalho concluido, apenas nos deixou alguns poucos artigos (182).

Annos depois nomeavam-se commissões compostas de homens geralmente indicados como aptos para emprehendimentos desse genero, taes como Lafayette, Justino de Andrade, Ribas, Coelho Rodrigues, Ferreira Vianna, mas essas commissões deram o mesmo resultado negativo ou, melhor, ainda menos fizeram.

grosso cabedal de volumes, onde se accumulam principios desencontrados e disposições que se revogam parcial ou completamente, positivamente ou por inferencia, tudo n'uma obscuridade de lusco fusco, em que são faceis os transviamentos.

Mas não é somente isso que faz o embaraço dos que consultam nossas colleções de leis civis. Embora quasi toda a materia do direito civil se contráia ao quarto livro das Ordenações, este velho codigo é um modelo de falta de methodo, além de eminentemente lacunoso. Ora taes lacunas devem ser prehenchidas, segundo as mesmas Ords. liv. 3, tit. 64, não havendo lei especial reguladora de assumpto: (a) pelos costumes e estylos; b) pelo direito romano; c) pelo canonico.

Os subsidios do direito canonico, restrictos ás materias de casamento, e pouco mais, desapareceram com a secularização plena do direito civil que hoje temos.

O direito romano subsidiario do nosso é o que foi codificado por Justiniano, no seculo VI de nossa era. Mas, como tal codificação é a synthese juridica de uma civilização muito differente da nossa, a lei de 18 de Agosto de 1769, depois esclarecida pela de 28 de Agosto de 1772 (Estatutos da universidade de Coimbra), explicou e determinou os casos em que a lei romana devia ter applicação no fóro portuguez. Depois de um longo amontoado de regras fastidiosas, entremeadas de coarctadas colericas, em que se demoram essas duas leis, chega-se á conclusão de que o *uso moderno* das leis romanas, entre as nações cultas da Europa, segundo se colhe dos escriptores e, naturalmente, das leis ali existentes, deve ser o criterio pelo qual saber-se-á quando ellas são applicaveis. E' esse, no dizer dos Estatutos citados,

Em 1881, o Dr. Felicio dos Santos apresentou ao governo uns *Apontamentos* para o projecto do Codigo Civil brasileiro, que uma das citadas commissões julgou improprios para *subministrar base sufficiente para uma franca revisão*. O digno mineiro não descoroçoou e, em 1882, offereceu ao Parlamento um *Projecto* de Codigo Civil que foi impresso e, mais tarde, commentado pelo proprio auctor.

Com o advento da Republica, estavam as cousas nesse estado. O Governo Provisorio dissolveu a inutil commissão que ainda subsistia na Capital Federal, e contractou com o Dr. Coelho Rodrigues a realisação da laboriosa empreza. Seu *Projecto* já foi publicado e entregue ao ministro da justiça, e, em breve, deve ser levado ao conhecimento do poder legislativo, em cujo archivo já se acha o *Projecto* retocado do Dr. Felicio dos Santos. Base para a construção do edificio não é o que falta agora.

o « caminho mais plano e mais seguro » para sabermos si as leis romanas são fundadas na *bóia razão*, e, como tal, dignas de perpetuidade. Esqueceu-se o legislador portuguez de que não reina muita concordia entre os escriptores nem entre as leis dos povos europeus, no modo de entender e applicar todos os principios subsistentes do direito romano.

Assim, nosso direito civil é um conjuncto ainda mal organizado, um amalgama, um tanto incongrente, do direito portuguez anterior á nossa independencia, do direito romano completado e modificado pelo uso dos povos cultos modernos, e do direito brasileiro propriamente dicto, promulgado pelos poderes competentes, depois que nos constituimos em nação soberana e livre.

Felizmente para os que se iniciam no estudo do direito patrio, benemeritos juristas têm procurado dar alguma ordem a esse todo mal connexo, derramar alguma luz sobre esse cahos, consolidando as leis patrias em vigor. A *Consolidação das leis civis* de Texeira de Freitas e a *Consolidação das leis do processo civil* pelo conselheiro Ribas fazem as vezes de codigos, bem que já um tanto em atraso.

O direito commercial está felizmente codificado, desde 25 de Junho de 1850, mas tam inhabilmente que, por sua deficiencia, tem exigido um sem numero de leis complementares. Um eximio jurista patrio disse uma vez de nosso codigo commercial que não passava de um livro qualquer a que se havia apposto aquelle letreiro. E não foi injusto o critico.

O processo commercial, estatuido pelo Reg. 737 de 25 de Novembro de 1850, está em outras condições, e foi reconhecido como satisfactorio ainda para o momento presente, pelo Dec. de 19 de Setembro de 1890, que mandou observá-lo tambem no processo das causas civeis em geral, com excepção somente daquellas que os têm especiaes e que, por isso, não podiam ser incluídas no referido regulamento.

Com a Republica, accresceram difficuldades ao já complicado mechanismo, ao já embaraçoso mendeio do direito privado brasileiro, com a autonomia juridica dos Estados confederados. A primeira idéa, patrocinada pelo senador Campos Salles, era a da soberania perfeita dos Estados, e correspondente multiplicitade dos codigos preceituaes e processuaes.

Por bem da sciencia, da segurança de nossos direitos e da integridade da patria, os esforços dos Drs. José Hygino,

Amphilophio e outros conseguiram impedir a consummação desastrosa desse projecto, e, do conflicto empenhado entre as duas correntes de ideas antagonicas, resultou a disparidade do direito processual, permanecendo a unidade no direito material ou substantivo, segundo a norma determinada no art. 34 § 23 da Constituição Federal.

Quando, por toda parte, se vae comprehendendo que a unidade de direito é um dos vinculos mais poderosos para manter a integridade dos corpos politicos, das nações, ligando entre si as suas varias divisões, administrativas, judicia-rias, constitucionaes, ethnicas, ou outras, aqui, por não ser que exagero na imitação, esteve-se a ponto de destruir o longo e difficil trabalho de congregação unificadora, devido a uma tradição commum e à acção concretisadora dos annos, para adoptar-se, afinal, um systema inconsequente, pois que, muitas vezes, como em relação à fallencia, é difficil dizer onde acaba o preceito e começa o processo.

Imitavamos assim os Estados-Unidos da America do Norte, mas é preciso notar que a situação brazileira era outra, e que ali vae-se marchando para a unidade do direito, por um impulso espontaneo e irresistivel, tomando os Estados, por modelo de suas produções juridicas, aquelles dentre os seus coassociados que conquistaram os foros de mais adeantados, e especialmente o de New-York.

Em outras federações, a mesma tendencia vae dominando forte, victoriosamente. Na republica Argentina, vê-se, como entre nós actualmente, a singularidade do direito substantivo e a pluralidade do adjectivo, mas, tambem ali, sabe-se que as leis de Buenos-Ayres são geralmente imitadas pelos legisladores das provincias confederadas.

Na Allemanha, a indicada tendencia offerece outro aspecto, porque lá é o poder publico, a autoridade governamental e legislativa, que toma a si o commettimento de unificar o direito. Traduzindo a realidade desse movimento, ahí se acham as leis federaes sobre letras de cambio; sobre o estado das pessoas e sobre o casamento, e os codigos commercial, criminal, do processo civil e criminal. Para completar esse trabalho de unificação juridica, falta ainda, é certo, um codigo civil, cujo *Projecto* já existe, attestando a pureza e elevação da jurisprudencia allemã, e que talvez já estivesse reduzido a lei, si não fosse a transformação politica operada, que apeou, da suprema direcção do Estado,

esse appellidado chancelier de ferro, estadista de envergadura excepcional, o principe de Bismarek.

Na Suissa, existem codigos civis e processuaes em diversos cantões, mas a federação, como no imperio allemão, já tem chamado a si muitos dominios juridicos, imprimindo um forte impulso á concentração dos principios do direito privado. O codigo federal das obrigações, abrangendo as civis e as commerciaes, a lei sobre o estado civil das pessoas e sobre os respectivos registros, são resultados valiosos dessa aspiração pela unidade juridica reflectindo a unidade nacional.

E' claro, portanto, em vista destes exemplos, que tendendo as federações para a adopção de uma legislação una, ou espontaneamente, partindo, ascencionalmente, da periphéria para o centro, ou, descencionalmente, do centro para os organs secundarios, seria imprevidencia e desconsiderada teimosia irmos collocar-nos, no ponto de onde partiram ellas, nós que já nos achamos no alto da escada que ellas vêm vagarosa e esforçadamente subindo.

I X

Distribuição das materias do direito civil. Theoria das pessoas, segundo a philosophia juridica. Divisão das pessoas em physicas ou de existencia visivel e juridicas ou de existencia ideal. Começo e fim da existencia das pessoas physicas, segundo o direito romano e algumas legislações actuaes.

Com esta lição penetramos no terreno particular do direito civil.

Não reproduzirei aqui, em condensação rapida que seja, a secular discussão sobre qual a mais logica e mais natural systematisação das materias do direito civil. A outros caberá mais adequadamente essa tarefa.

A distribuição aqui adoptada, tendo brotado das meditações de juristas allemães, já tem, por si, a consagração da doutrina em todos os paizes. Direito das pessoas, de familia, dos bens, das obrigações e hereditario; eis a ordem seguida. Se me afigura que essa ordem se desprende espontaneamente da observação dos factos. Mantive-a por isso, apesar de vel-a abandonada em respeitaveis trabalhos recentes (1).

Tractemos, pois, em primeiro logar, das pessoas, como

(1) O projecto de código civil allemão adoptou a distribuição seguinte: disposições geraes (regras de direito, pessoas, actos juridicos etc), direito das obrigações, das cousas, de familia, das successões. O projecto do senador Coelho Rodrigues adoptou, em suas grandes linhas, esta mesma classificação.

se diz nas *Institutas*: *Et prius de personis videamus; nam parum est jus nosce, si personae, quarum causa constitutum est, ignorentur* (I, 2, § 12).

O enfeixamento dos direitos politicos e civis adjectivados ao homem constituem a *personalidade juridica*, que, segundo a feliz expressão de Schiattarella, é uma verdadeira *colonia de direitos*.

Na personalidade juridica se destacam dois aspectos, duas feições: a politica ou social e a individual ou privada. A primeira, si é reflectida sobre os individuos, se apresenta como *cidadania* activa ou mesmo inactiva; si é reflectida sobre essas grandes unidades sociaes complexas, as nações, toma o caracter de *soberania*, quer se exerça internamente, pela acção dos poderes constituídos, quer se projecte externamente, nas relações internacionaes. A face individual ou privada da personalidade juridica envolve homens singularmente considerados, corporações e até estabelecimentos a que se attribuem exercicios de direitos e vinculamentos de obrigações, extendendo-se por toda a esphera do direito privado, com o qual coincide em toda a sua extensão. E' a este loco de irradiação dos direitos privados que se dá o nome de *personalidade civil*, com a qual somente tem referencia o objecto destas lições.

Observando os diversos circulos de aggregações humanas, reconhecer-se-á, sem difficuldade, que a personalidade começou por afirmar-se como um predicamento da collectividade (2), porque, então, a individualidade esbatia-se na tela social, desaparecia, annullava-se, deante da necessidade imperiosa que tinha a collectividade de afirmar-se e manter sua existencia. Pouco a pouco, no emtanto, vae a personalidade individual se diferenciando, a principio vaga indôcemente, depois com firmeza maior, até conseguir uma completa integração.

Obtido esse resultado, não estaca, entretanto, a evolução do institutó. Começando por ser um predicamento exclusivo de certos homens, expandiu-se a personalidade juridica, de pouco em pouco, abrangendo outros e mais outros individuos, sem jungir-se ás fronteiras das nacionalidades, eliminando as restricções mais profundas á liberdade e á egualda-

(2) Schiattarella,—*I presupposti del diritto scientifico*, pag. 149-
d'Aguano,—*La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, n.º 63; Hermann Post,—*Die Grundlagen des Rechts*, pag. 156.

de humanas, em que fôra prodiga a civilização antiga, abastendo as distincções de credos, nivelando, enfim, em face do mesmo sol jurídico, a vasta familia humana.

Por outro lado, se foi fazendo sentir a conveniencia de estender a personalidade civil a certas corporações, particulares ou não, mesmo a certos agrupamentos especiaes de bens, em que o direito outr'ora não encherava individuos com vida juridica distincta.

A personalidade é a qualidade propria das pessoas. Pessoa, portanto, é o ser considerado como blindado por certo numero de direitos e apto para contrahir obrigações. É o agente do direito, o *subjectum juris*; cumprindo, porém, notar que o vocabulo—*pessoa* é reservado, mais particularmente para significar o sujeito dos direitos na esphera das relações privadas (3).

Ha duas categorias de pessoas: as physicas ou de existencia visivel e as juridicas ou de existencia meramente ideal.

Pessoas physicas ou de existencia visivel, são, no dizer de nosso inclyto jurisperito, Teixeira de Freitas, « todos os entes que apresentarem os signaes caracteristicos da humanidade, sem distincção de qualidades ou accidentes » (4). Perante o direito moderno, realmente, todo o homem é pessoa, porque em todos se reconhecem, pelo menos, certos direitos fundamentaes, feixes de luz mais fortes que se expandem da personalidade, emanações immediatas dessa substancialidade bio-ethica e juridica.

A existencia das pessoas physicas inicia-se com a concepção, porque, desde então, é possível para ellas a aquisição de direitos, e, desde então, o direito penal protege-as contra as aggressões criminosas, e mesmo contra alguns factos licitos que ameaçam prejudicar-lhes a vida. É a doutrina de Teixeiras de Freitas (5), que merece acceitação, por conciliar o direito civil com o criminal e com a logica. Não será effectivamente illogico attribuir direitos ao nascituro e

(3) Antes de ter a jurisprudencia romana pedido, á linguagem theatral, o termo *persona* (vide meus *Estudos de direito e economia politica*, p. 187 e segs.), o sujeito do direito era o *civis*, e, antes da lei das XII taboas, era o *quiritis*.

(4) *Esboço*, art. 35.

(5) *Consolidação das leis civis*, art. 1 e notas; *Esboço*, art. 221 e notas.

fazer começar a existencia das pessoas, isto é, dos agentes do direito, da epocha de seu nascimento?

Com o nascimento, é certo, enceta-se uma vida completa nova para o individuo, a vida real, que o vae pôr em relação directa com os outros homens, com a sociedade e com a immensidade do universo onde elle immerge. Porém, como na existencia fetal, intra-uterina, o individuo fôra objecto da solicitude da lei penal e da civil, não se lhe pôde recusar o caracter de pessoa, embora peiada por uma incapacidade absoluta de facto, incapacidade que, aliás, não desapparecerá com o nascimento, e antes se protrahirá até a puberdade, ou pela vida inteira, si elle não possuir integridade mental.

O effeito destas ponderações é reconhecer que ao nascituro não fallece completamente a personalidade; é a *pessoa por nascer*, segundo a denominação consagrada.

Si a creança nascer morta ou morrer no acto do nascimento, considera-se como não tendo existido em tempo algum, porque só em attenção á existencia do individuo o embrião fôra revestido com a protecção do direito. Mas, si vier ao mundo com vida, ainda que seja por instantes, os direitos adquiridos durante a gestação se tornarão irrevogaveis. O nascimento é o facto que vem confirmar ou desfazer a personalidade attribuida ao ser humano em sua vida intra-uterina.

Mas não basta o simples facto do nascimento, é preciso mais que a creança dê signaes de vida, depois de separado das entranhas maternas.

O direito romano (6), assim como o da generalidade dos povos modernos, não attribue a personalidade civil ao nascituro, mas sim uma expectativa de personalidade, quando muito, como doutrinam, por exemplo, o codigo civil do cantão de Zurich, art. 9, e o *Projecto* Coelho Rodrigues, art. 3. Porém se vae estabelecendo modernamente uma corrente no sentido da opinião exposta nesta lieção, á qual obedeceram os codigos civis de Berne, art. 10, Lucerna, art. 10, Soleure, art. 13, Argovia, art. 21, Friburgo art. 12, Valais, art. 9, Argentina, art. 63, e, em parte, o *Landrecht* prussiano, art. 10, e o codigo civil d'Austria, art. 22.

E não é uma questão meramente theorica. Consequencias praticas defluem da solução que adoptarmos. Entre ou-

(6) Não farei cabedal das palavras de Juliano D. 1, 5, fr. 26.

tras, é importante a presumpção legal, em caso de duvida, de que a creança de tempo nasceu viva, presumpção accorlamente firmada por todas aquellas legislações que personalisam o ser humano ainda vivendo no seio materno. Esta presumpção não se coaduna com o espirito d'aquelles sistemas juridicos em que o nascimento é o inicio da existencia da personalidade, em que o nascituro está envolto na personalidade da mãe, fazendo parte de seu corpo, como o fructo pendente da arvore (7).

O direito romano, embora adoptasse a regra — *nasciturus pro jam nato habetur quum de ejus commodo agitur*, exigia tres requisitos para adjectivar a personalidade ao recém-nascido: 1.º era preciso que o filho estivesse completamente separado das entranhas maternas, quer por effeito de um parto natural, quer em consequencia de uma operação cirurgica; 2.º que desse algum signal de vida depois da separação; 3.º que apesentasse uma forma humana, pois, como dizia Paulus (D. 1, 5, fr. 14), *non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit*.

As leis modernas abandonaram o ultimo dos requisitos aponctados, mas não porque não se dêem frequentemente desvios organicos na especie humana. L. G. Saint-Hilaire calculou que, em Paris, apparecia 1 nascimento monstruoso para 3000 regulares; segundo Rieke a proporção seria de 1 para 4618, em Wurtemberg. Ha realmente vicios de conformação, monstruosidades, mas todas essas anomalias são consideradas, nos codigos, sob o poncto de vista da viabilidade, e não mais independentemente, para se lhes conferir ou recusar a personalidade.

Restam, pois, dos requisitos exigidos pelo direito romano, apenas dois, a completa separação do filho e os signaes de vida manifestados depois della.

Requintando-os, crearam os modernos a exigencia da viabilidade, aptidão á vida extra-uterina, expressamente consignada no código civil francez, art. 175, italiano, art. 724 § 2, da Luiziana, art. 917 e 948. O hespanhol mantém

(7) Alludo ás palavras de Schneider em seus commentarios ao código civil de Zurich: *Wie die hängende Frucht noch ein Theil der fruchttragende Sache, so ist auch das Kind im Mutterleibe noch ein Theil des mütterlichen Leibes und wird von der Persönlichkeit der Mutter umfasst*.

a doutrina romana, porém determina um lapso de tempo necessario para ser civilmente considerada a vida do recém-nado: « Reputar-se-á nascido somente o feto que *apresentar forma humana* e que *viver 24 horas*, depois de completamente separado do seio de sua mãe » (art. 30). Esta mesma duração da vida por 24 horas já exigira o código do Perú, art. 4. Outras legislações não se preocupam com a viabilidade, como o código da Prussia, art. 80, do Chili art. 74 de Portugal art. 6, de Zurich, art. 8, ou claramente afastam-na, como o argentino, art. 72, que reproduz a doutrina do *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 224.

O vagido, ou mesmo a simples respiração, é signal sufficiente para que se repete viva a creança para os effeitos civis; é a theoria que se desprende deste ultimo grupo de codigos. E parece-me a mais razoavel, porque a questão da viabilidade é preñhe de duvidas e contestações. Entretanto a lei brasileira do 24 de Janeiro de 1890, art. 43, ainda refere-se a essa condição. Outra questão que deve ser afastada é a da forma humana, que, entretanto, se conserva no dominio de algumas legislações contemporaneas, como ficou indicado.

A terminação da personalidade physica é trazida somente pela morte natural, porque a civil já foi repellida do direito privado moderno (8). Sobre este poncto não é possível divergencia. A difficuldade está, certas vezes, em constatar a morte, de um modo preciso, ou indicar com justeza, o momento em que ella succedeu.

A questão dos commorientes, por exemplo, occupou largamente a attenção dos legisladores e dos juristas. O direito romano estabelecia que, si duas pessoas fallecessem na mesma occasião, sem se poder reconhecer qual dellas morreu primeiro, a presumpção era que a morte de ambas se realisara simultaneamente. Mas a este principio racional e seguro se crearam excepções. Si das duas pessoas, uma era ascendente da outra, presumia-se ter morrido primeiro o descendente, na hypothese de ser impubere; porem, si era pubere, tinha a lei como certo que elle prolongara mais a vida do que o ascendente. E ainda esta excepção não appli-

(8) A morte civil desapareceu, em França, como a lei de 31 de Maio de 1854, na Belgica, depois da constituição, na Inglaterra, por força da lei 4 de Julho de 1870, que, aliás, manteve rigorosas incapacidades por motivo de condemnação penal.

cava-se a todas as pessoas. Os paes libertos, e os herdeiros gravados de fideicomisso com a condição—*si sine liberis decesserint*, por exemplo, eram submettidos ao principio geral da simultaneidade.

Codigos modernos aceitaram algumas dessas distincções subtilezas do direito romano, e estatuiram ainda outras, como a que nasce do sexo, presuppondo que, no caso de morte no mesmo desastre, a da mulher occorrera em primeiro lugar. Mas são visivelmente arbitrarias e innuteis essas presumpções, como o têm reconhecido a razão esclarecida dos juristas e os codigos mais recentes. O codigo civil italiano, o do Chile, o argentino, o hespanhol, o *projecto* do senador Coelho Rodrigues abandonam essas subtilezas, declarando que não ha transmissão de direitos entre pessoas, si não se pôde provar a prioridade do fallecimento de uma dellas.

Este modo de ver, por sua justeza e simplicidade se impõe a todos os espiritos. Mesmo nos paizes onde as leis estabelecem aquellas distincções e supposições infundadas a que me referi, suas disposições estagnaram no olvido. Assim aconteceu com os arts. 720 a 722 do codigo civil francez, porquanto, segundo attesta Levé, a jurisprudencia jamais teve occasião de applical-os.

X

Diversas clases de pessoas e especialmente dos estrangeiros, segundo o direito primitivo, o romano e o dos germanos: Doutrina da reciprocidade: *Landrecht* prussiano, o direito francez e o austriaco. Doutrina da egualdade restricta: lei hollandeza, o codigo civil portuguez, o hespanhol. Doutrina da completa egualdade: codigo italiano, e argentino. A constituição federal brasileira. A lei ingleza.

O direito romano que, no dizer de Vico, era um *serioso poema*, um drama real, assimilava as qualidades pelas quaes os individuos são chamados a agir na sociedade, ás figuras que os artistas ostentavam no proscenio. Assim como um só comediante se podia caracterisar por diversos modos, ora apresentando um papel jocoso numa comedia de Plautus, ora apparecendo terrivel ou grandiloco numa tragedia de Ennius, ora arrastando-se monotono e sensaborão nas *fabulas pre-textatae* de Naevius, tambem no fore, na vida juridica, um só individuo podia *plures personas sustinere*, apparentar uma multiplicidade de pessoas, pois que, umas vezes, era o pae de familia, outras, o magistrado, outras ainda o proprietario que tinha de agir.

Alguns civilistas francezes pretenderam transplantar um tal modo de ver para o moderno direito. Mas suas idéas cahiram desfeitas aos golpes da critica sensata.

Entretanto, si é incorrecto dizer que um homem só esgalha-se em muitas personalidades, é incontestavel que são

varios os aspectos que os individuos assumem em face do direito. E tendo em vista esses aspectos, que importam modificações na personalidade, as pessoas se podem classificar em varios agrupamentos.

O sexo, a idade, a familia, o parentesco, a nacionalidade, são circumstancias que determinam outras tantas classes ou modalidades de pessoas. Todas ellas opportunamente terão de apparecer, ao menos de passagem, no correr destas lições, mas, no estado actual do direito civil, offerece particular interesse, em um estudo de legislação comparada, considerar as pessoas em relação a sua nacionalidade.

A nacionalidade é noção de direito publico, mas exerce, ainda hoje, consideravel influencia sobre o direito privado, e, embora diminuido no futuro, é natural que jamais se extinga em absoluto esse influxo.

E' tendencia do direito privado hodierno eliminar distincções entre nacionais e estrangeiros, no que concerne á capacidade civil. E' este um bello resultado de longuissima elaboração, em que os sentimentos de altruismo, alliados ao interesse bem entendido, vieram combatendo o estreito egoismo em que se entricheiravam as communidades politicas primitivas.

As associações politicas primitivas, como as hordas selvagens de todos os tempos, consideram o estrangeiro como inimigo, porque não fala a lingua nellas usada, porém uma extranha e má (1); porque não trabalharam, conjunctamente com os indigenas, para a consecução do bem estar social e dos direitos, dentro de cujas raias podem expandir sua vida; orque não têm a mesma religião, os mesmos deuses, as mesmas opiniões; porque constituem perigo constante á esses diversos elementos de conservação individuo-social, penosamente conquistados e que são condições bioeticas indispensaveis á existencia e ao desenvolvimento de cada uma dessas corporações.

O direito grego e o romano, em suas primeiras manifestações, revelam esse mesmo espirito de exclusivismo; e ainda nos tempos do direito classico, já tendo esse principio perdido muito de sua rudeza originaria, persistem vestigios indeleveis delle, attestando seu longo imperio. Poupotius (D. 49, 15, fr. 5 § 2) fala do *post-liminium jus*,

(1) Sabe-se que *abaneenja* significa lingua de gente e *neen-gatú*, lingua boa.

em tempo de paz, em relação áquelles povos que não haviam concluido um tractado de amizade, hospitalidade ou alliança com os romanos (...*neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus*). Não são propriamente inimigos, no sentido juridico da palavra; mas entre esses povos e os romanos não havia relações de direito. A lei de cada um morria nas respectivas fronteiras.

O romano (ou a propriedade romana) que fosse apanhado pelos estrangeiros dessa categoria, lhes ficaria pertencendo, e, reciprocamente, si qualquer dentre elles ou uma parte de seus haveres caísse em poder de um romano constituiria boa preza.

O estrangeiro não participava da religião nem do direito. Só por uma concessão especial do povo romano essa incapacidade absoluta do estrangeiro poderia ser levantada parcialmente.

De facto, as necessidades do commercio foram alterando esse primeiro estado de cousas, creando relações em antithese com o direito, as quaes se deviam manifestar num ambito circumscripito, não abroquelado pela egide do poder publico, inventando a hospitalidade, tal como nol-a descreve a poderosa erudição de Rudolf von Jhering (2), depois estabelecendo um magistrado especial para resolver as pendencias entre nacionais e estrangeiros, o *polémarchos* em Athenas, o *pretor peregrinus* em Roma.

Esta ultima conquista ergue o estrangeiro a tona da vida juridica e inicia uma phase nova para as suas relações com os nacionais.

Mas a antiguidade não levou muito longe o desenvolvimento juridico dessas relações.

O mesmo exclusivismo existiu no direito dos germanos, apezar de sua gabada hospitalidade. Na Germania, como em todos os outros agrupamentos indo-europeus, o direito primitivo estava intimamente ligado com a organização das pequenas communidades e com a religião. Ora o estrangeiro não tinha a mesma religião nem havia firmado o pacto

(2) Na *Hospitalidade no passado*, cap. I, o excelso jurista descreve real e bellamente a condição juridica dos estrangeiros na antiguidade. A elle remetto os curiosos, visto que vejo o espaço de que disponho encolher-se diante de mim como a pelle de Chagrin do celebre romance de Balzac. São tambem dignos de fructuosa consulta—F. de Coulanges, *La cité antique*, part. III, cap. XII, e H. Post, *Grundlagen*, § 22.

das *associações de paz*, base da vida jurídica dos germanos, portanto, estava necessariamente fóra das garantias que o direito consagrava.

No regimen feudal estavam igualmente os estrangeiros fóra do direito *commum*. Sobrecarrecavam-nos imposições excepcionaes, como o *jus detractus*, porcentagem tirada, em beneficio do Estado, sobre o producto liquido das successões ou legados deferidos a estrangeiro ou sobre a exportação de bens moveis. O *jus albinagii* era outro encargo que o feudalismo impunha ao forasteiro, pelo qual os bens immoveis por elle possuidos não podiam ser transmittidos a seus herdeiros legitimos nem a algum extranho, mas revertiam de pleno direito, por sua morte, ao soberano territorial.

Só nos tempos modernos se condensa em facto essa nobre aspiração da egualdade jurídica dos homens no circulo das relações privadas. « O direito de todos os povos cultos modernos, escreve Rudolf von Jhering, não faz differença, em relação á tutela jurídica, entre nacionaes e estrangeiros; a nacionalidade influe somente sobre a determinação dos direitos politicos, de resto, sem significação absoluta; a lei estende sua mão protectora egualmente sobre indigenas e alienigenas, como de uns e outros exige obediencia; uns e outros são tractados do mesmo modo, tanto pelo juiz civil quanto pelo criminal; as formas de processo e os principios juridicos que o juiz applica a favor e contra elles são completamente os mesmos; nosso direito moderno não reconhece mais, como outr'ora os romanos, nem um tribunal nem um direito especial do estrangeiro. A egualdade perante a lei, tanto para nacionaes quanto para estrangeiros, é o traço fundamental de todo o direito actual » (3).

Póde-se, entretanto, dizer que essa bella perspectiva, que nos descortina a generalisação do genial professor, tem suas irregularidades esfumadas pela synthese que as desprezou. A aspiração geral é justamente essa que sentimos aquecer as phrases que acabam de ser transcriptas. Mas o direito positivo, isso que os gregos chamavam *thesei dikasion*, ainda não offerece, neste particular, uma superficie egual e plana pela identidade dos principios.

Sob este poncto de vista, podem ser collocadas as legislações actuaes do occidente, em tres categorias diversas, correspondentes a tres momentos da evolução ethico-juridi-

(3) *Hospitalidade no passado*, trad. port. p. 17.

ca das relações humanas, bem que a linha divisoria não se accentue, de um modo preciso, entre ellas.

Em primeiro lugar, se agrupam, formando um systema de certa forma achegado ao exclusivismo antigo e medieval, aquelles codigos que fazem depender o exercicio dos direitos civis da nacionalidade, ou de uma especial concessão, feita principalmente em attenção á reciprocidade.

Assim o codigo civil francez, art. 11, estabelece como regra—: « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartient ». Seguem o mesmo principio o codigo civil geral d'Austria § 33, o prussiano, introdução, §§ 41 e 43, e, em geral, os varios direitos territoriaes da Allemanha, embora com largueza maior do que o codigo Napoleão (4).

Outros codigos proclamam a egualdade como regra, mas estatuem certas restricções. A lei hollandeza, disposições geraes, art. 9, é a mais liberal de quantas se enquadram neste systema, ao qual se alliam o direito americano do Norte (5), o codigo civil portuguez arts. 17 e 26 e o hespanhol, art. 27. É verdade que o codigo portuguez começa estatuinto a desigualdade entre indigenas e alienigenas, no art. 17: « Só os cidadãos portuguezes podem gozar plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura ». Mas, no citado art. 26, se mostra mais benigno: « Os estrangeiros que viajam ou residem em Portugal têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, emquanto aos actos que hão de produzir effeitos neste reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determinar o contrario, ou si existir tractado especial que determine e regule de outra forma os seus direitos ».

Finalmente um terceiro grupo de legislações consagra pura e simplesmente o principio geral da egualdade em materia de direito privado. O codigo civil italiano foi o primeiro que ousou firmar esse principio que era uma aspiração de todos os espiritos liberaes. O art. 3 desse codigo é de uma simplicidade digna da importancia, da superioridade do assumpto: « o estrangeiro é admittido a gozar de todos

(4) P. von Roth,—*System cit.* vol. I. § 67; Gerber, *System cit.* § 47. O Projecto do senador Coelho Rodrigues, lei preliminar, art. 18, pretende implantar, entre nós, esse meticuloso systema da reciprocidade.

(5) Smith, *Elements of the laws*, pag. 53.

os direitos civis attribuidos aos nacionaes » (6). Pisanelli dizia, perante o parlamento italiano, por occasião de se discutir este artigo: *Io son sicuro che questa disposizione del nuovo codice farà in breve il giro del mondo.* E tinha razão o illustre parlamentar, o principio ali exarado, vae fazendo o gyro do mundo, porque elle reflecte o estado actual da civilisação, synthetisa o ultimo elo na evolução das relações entre nacionaes e estrangeiros.

O codigo civil de Zurich, art. 1, e o argentino, art. 53 abraçaram-no francamente. A constituição venezuelana de 1881, art. 10, tambem concede, aos estrangeiros residentes no territorio da Republica, direitos civis eguaes aos de que fruem os venezuelanos. O codigo civil, dessa Republica, art. 17, havia estabelecido algumas restricções a essa egualdade, mas uma decisão do Supremo Tribunal Federal declarou-as implicitamente abrogadas (7).

A constituição mexicana (art. 33) se declara por esse systema equalitario, mas parece que as radicadas desconfianças do indigenato fizeram retrahir-se algum tanto o legislador, creando a distincção entre estrangeiros domiciliados e não domiciliados, fazendo certas reservas, e mesmo lembrando-se da reciprocidade, quando tractou do direito auctoral (cod. civ. art. 1270).

Isto nos leva a transportar a legislação mexicana para a classe d'aquellas que adoptam o systema das restricções.

E o direito brasileiro em que ordem deve ser incluido?

E' uma antiga aspiração da consciencia nacional, externada pelos nossos melhores juristas, a nivelção dos nacionaes e estrangeiros, nas relações de direito privado, como é facil verificar (8).

E, sem duvida, ha franquia em nosso direito que, na realidade, não se preoccupa com o lugar do nascimento da

(6) O *codiço saxonio*, contemporeo do italiano havia proclamao, § 30: *Jeder Mensch ist rechts—fähig.* Porém o italiano foi mais explicito, mais positivo.

(7) *Annuaire de législation étrangère*, 1890, p. 961.

(8) Teixeira de Freitas,—*Esboço* art. 38 e nota; Nabuco, *Projecto*, art. 34: « Não ha differença entre nacionaes e estrangeiros para a acquisição e exercicio dos direitos civis »; Ribas, *Curso de direito civil*, vol. II, p. 32, *Dir. administrativo*, tit. 3, cap. I, e outros mais. Vide tambem, a este proposito, a decisão n.º 388 do Supremo Tribunal Federal, com a respectiva discussão (Diario Official de 11 de Julho de 1893, p. 3053).

pessoa, para o que concerne ás relações de character privado. E nossa Constituição Federal, art. 72, colloca estrangeiros e nacionaes no mesmo plano, quando lhes garante a plenitude dos direitos civis: « A Constituição assegura, a nacionaes e estrangeiros residentes no paiz, a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade ».

Entretanto é incontestavel que a lei patria cerceou, embora levemente, a capacidade civil do estrangeiro. A propria constituição, art. 13, restringe a navegacão de cabotagem aos navios nacionaes, que são os de propriedade do cidadão brasileiro, ainda que com domicilio fóra da Republica. Os chamados direitos civis publicos, direitos de exercer funcções publicas, não são conferidos com egualdade á brasileiros e não brasileiros, como aliás, é principio corrente. Entretanto funcções publicas altamente importantes, como, por exemplo, o magisterio superior, são facultadas aos estrangeiros.

Parece, portanto, que a legislação brasileira, tal como a talhou o preceito constitucional citado acima, pôde ser incluida no numero d'aquellas que equiparam, em face do direito privado, os filhos do paiz aos que, nascendo allures, ali vêm exercer sua actividade, ali solicitam a protecção legal. São mui limitadas as restricções constantes da lei patria.

E não deveramos oppor-nos á corrente da evolução que desce imperiosa nessa direcção. A propria Inglaterra onde o feudalismo ainda reçuma das fontes essenciaes do direito privado, não lhe poudé resistir. Depois do *acto* de 12 de Maio de 1870, ali foi arvorada, como lemma juridico, a egualdade civil dos estrangeiros e reinincolas.

Apezar, porém, de ser escopo do direito moderno encaimhar-se para uma completa assimilação entre nacionaes e estrangeiros, em relação aos direitos de familia e propriedade *lato sensu*, comprehende-se que não serão eliminadas as distincções firmadas e mantidas pelo direito publico internacional, quando os Estados se acham em hostilidade. Mas, em taes occasiões, o direito vela a face, porque impera a força e a prepotencia mal contidas pelas prescripções da philantropia e pelo respeito á opinião culta.

O direito privado gyra noutra esphera; agita-se, move-se no mundo pacifico das relações normaes.

X I

Do direito auctoral. Expressão preferível. Vista perfunctoria sobre a historia deste instituto. Momento actual. Varios systemas seguidos pelas legislações. quanto á protecção do direito auctoral e quanto á sua duração. Que leis proclamam a sua perpetuidade. Prazos longos, prazos curtos para sua duração. Taxinomia do direito auctoral.

Ha no direito, como em toda outra ordem de estudos, certos assumptos que, por considerações de valor e caracter diversos, aggreem as sympathias geraes de todos os espiritos que por ali roçam as azas diaphanas ou ali pousam longamente, numa exhaustão completa de tudo que elles envolvem de carioso e util. Em pouco tempo a predilecção dos auctores, o fecundo connubio da intelligencia com o sentimento, cria uma vasta litteratura, gyrando toda sobre aquelle nucleo central.

Me parece que o direito auctoral já tem jus inconcusso para ser incluido nesta classe privilegiada. Uma rica e atrahente litteratura já se levantou sobre elle, na Allemanha, na França, na Italia, por toda a parte. Mas é um veio difficil de se esgotar.

Neste curioso assumpto começa a difficuldade pelo nome adequado, com que apresentar um direito ainda novo, ainda em formação.

Alguns auctores e alguns legisladores adoptaram a denominação de propriedade intellectual, como se pôde ver em Ahrens, na lei hespanhola de 10 de Janeiro de 1879 e na venezuelana de 12 de Maio de 1887. E' bastante comprehensiva esta designação e tem bastante clareza para não auctorisar equívocos sobre quaes sejam os objectos que ella comprehende. Lettras, artes, industrias, qualquer idéa simplesmente concebida ou já objectivada, todos os productos da intelligencia, enfim, ahí se incluem, uma vez que possam ter um valor economico. sem o que não haveria propriedade.

Porém, pergunta-se: este direito só poderá ser apprehendido pelo aspecto economico? Por traz do interesse economico não se abriga um outro, tanto ou mais digno de protecção juridica?

Eu o creio firmemente. E é por isso que não acho accetavel essa denominação, incapaz de instruir sobre o verdadeiro caracter do instituto, pois que parece desconhecer sua feição intima.

Os escriptores francezes, em geral, adoptaram a expressão—*propriété litteraire et artistique*, usada igualmente em disposições legislativas. Adquiriu proselytos entre nós esta dicção, em detrimento de todas as outras. Mas bem ponderadas as cousas, não está em condições de obter a maioria dos suffragios essa expressão que, mesmo na França, já vae sendo substituida por outra mais completa: *droit d'auteur*.

Sendo menos comprehensiva do que a precedente, a locução—*propriedade artistica e litteraria* tem o mesmo defeito de não aponctar o lado personalissimo do direito em questão. Na convenção franceza, um espirito intemerato, Lakanal, já declarava que a *propriedade litteraria era a mais pessoal de todas*.

Menos accetavel ainda é, sem duvida, o vocabulo mais commumente usado na Inglaterra e nos Estados-Unidos da America do Norte. *Copyright* é demasiadamente restricto, para nos dar uma idéa siquer aproximada do direito que deve ser reconhecido aos auctores.

A palavra allemã *Urheberrecht* é a mais feliz de quantas foram imaginadas para traduzir esse direito. E parece que vem perto o dia em que ella prevalecerá exclusivamente. Na Italia se diz exclusivamente—*diritto di autori*, a lei belga de 22 de Março de 1886 usa da expressão *droit d'au-*

leur, que vae sendo commumente empregada tambem na França, e na lei hollandeza de 28 de Junho de 1881 lê-se tambem *auteurrecht*.

A Austria accetára, a principio, a expressão propriedade artistica e litteraria, mas na lei hungara de 1884 a denominação—direito auctoral (*Auctorrecht*) foi preferida.

Outras expressões têm sido propostas em projectos de leis ou servindo de epigraphes a livros e escriptos varios, como sejam :—direito sobre as obras do pensamento, propriedade espirital, propriedade immaterial. Nenhuma, porém ha merecido adhesões tam geraes como o *Urheberrecht* que Tobias Barretto introduziu em nosso lexicon sob a actiqueta—*direito auctoral* (1).

Sem duvida alguma a antiguidade não pôde ser accusada de ter desconhecido o valor economico, monetario das obras d'arte, de sciencia e litteratura, mas nem durante ella nem na idade media se havia ainda condensado a nebulosa do direito auctoral (2).

Somente depois da descoberta da impressa e da gravura, tornando-se possivel a multiplicação facil e a larga diffusão dos escriptos e obras d'arte, é que se viu bem que havia ali um campo novo a explorar industrialmente, é que entrou em phase de progressiva elaboração este direito novo. A principio, concediam-se privilegios aos livreiros para editarem obras de escriptores antigos ou modernos; depois esse privilegio foi tambem outorgado aos auctores. Dessa forma, evitava-se a contrafacção, e a industria typographica podia explorar, com vantagem, a diffusão dos productos da intelligencia.

E' na velha Albion que se nos revelam as primeiras manifestações de reconhecimento do direito que têm os auctores sobre as produções de seu engenho. Mas são casos esporadicos ainda, como os privilegios de Reginal do Walfe sobre todas as obras que *propria sua industria, diligentia atque labore acquisivit* e de John Palsgrave (1530) ou vantagens cujos intuitos se pretendem hoje interpretar um

(1) *Estudos allemães*, ed. do Recife, p. 251.

(2) Sobre a historia deste instituto, consulte-se a obra de Lyon Caen e Paul Delalain: *Lois françaises et étrangères sur la propriété litt. et artistique*. Na *Revista Academica* do Recife, 1892, pag. 24 e segs. publiquei *Algumas observações sobre o direito auctoral*, onde se lêem tambem indicações a respeito que não poderam ser transportadas para estas paginas.

tanto forçadamente, como o direito exclusivo que tinha a universidade de Oxford de transcrever e reproduzir livros, antes da descoberta da imprensa (3).

Do seculo XVII a XVIII em deante, o direito dos auctores começou a ser affirmado de um modo mais directo. Um dos documentos mais antigos, em que vemos reconhecido esse direito, é a ordenança de Nuremberg (1623), reprimindo a contrafacção, independentemente de concessão de privilegio, a qual foi seguida de uma decisão do senado de Frankfurt, em 1686 (4).

Na França, a questão suscitada a proposito das obras de Lafontaine, em 1761, parece que deu logar ao primeiro reconhecimento legal da propriedade immaterial, declarando o concelho do rei que as obras do insigne fabulista pertenciam ás suas netas—*por direito de herança* (5).

Por esse tempo, vão apparecendo, em outros paizes, leis e decisões dominadas pelos mesmos principios. Onde, porém já encontramos uma systematisação lucida e firme de taes preceitos é na lei franceza de 18 de Julho de 1793 que se insere sob o titulo de—*Lei relativa aos direitos de propriedade dos auctores de escriptos de todo genero, compositores de musica, pintores e desenhistas*, e no codigo geral da Prussia (*allgemeines preussische Landrecht*).

E' a segunda phase da evolução do instituto. A primeira fóra a do *privilegio* concedido ao editor ou ao escriptor. Na segunda, já um direito de propriedade é reconhecido ao auctor.

O seculo XIX já encontrou o reconhecimento de uma propriedade immaterial sobre as produções da intelligencia humana que revestissem uma forma economicamente valorisavel. Sua missão, em tal emergência, consistia na propaganda dessa conquista, por todo o occidente e pelo oriente, por todos os recantos do orbe, onde quer que ella podesse ser comprehendida; em abrir tambem nova phase ao instituto, a phase definitiva em que elle, assumindo todas os caracteres que lhe são proprios, se desprenda erecto, em lucido destaque. A propaganda se tem feito, com uma coragem, um denodo e uma persistencia capazes de aplinar todos os obstaculos. Grande numero de congressos se tem reunido na Europa e

(3) Lyon Caen, *op. cit.*, vol. I, pags. 255 e segs.

(4) Lyon Caen, *loc. cit.*, pags 51 e segs.

(5) *Op. cit.* vol. I, p. 7.

na America, nos quaes conspicuos homens de letras se esforçaram por aggremiar as sympathias de todos os Estados, para uma solução do problema que estivesse na altura de nossa cultura actual.

Quasi todos os paizes lão publicado leis especiaes sobre o assumpto, ou inscrito, em seus codigos civis, artigos a elle relativos.

Nesse movimento de expansão do direito auctoral, duas questões têm preocupado mais fortemente os espiritos: a duração do direito e sua extensão aos estrangeiros. Este ultimo desideratum já vae avassalando a adhesão de quasi todos os povos cultos. Mesmo nos Estados-Unidos da America do Norte, que maior resistencia suscitaram a essa idéa de collocar os estrangeiros não residentes sob a mesma égide da lei que proteg. os reaes interesses dos escriptores nacionaes ou residentes na grande Republica, afinal a boa causa dominou victoriosa com a lei de 3 de Maio de 1890, que afastou as differenças da lei de 1870 entre nacionaes e residentes de um lado e estrangeiros não residentes por outro.

Ainda neste assumpto, que « é kosmopolita como o proprio pensamento », segundo a boa phrase de Léon Renault, intervêm as idéas acanhadas de reciprocidade. Concede-se bem a protecção aos auctores estrangeiros, porém mediante a condição de que eguaes direitos sejam concedidos aos nacionaes, nos paizes cujos subditos solicitam garantias legaes para os productos de sua intelligencia. Assim dispõem os codigos de Portugal, art. 578, do Mexico, art. 1386, a lei hespanhola de 10 de Janeiro de 1879, art. 50, a boliviana de 13 de Agosto de 1879, art. 9 e outras muitas. A França abriu mão do principio da reciprocidade (dec. de 28 de Março de 1852), mas não tem sido acompanhada, a não ser por um ou outro paiz, como por exemplo, a Belgica, lei de 22 de Março de 1886.

Outras legislações garantem somente os productos litterarios e artisticos apparecidos no territorio nacional, seja o auctor indigena ou alienigena. Podem ser incluidas neste numero as da Austria, da Dinamarca e do Chili.

Nossa Constituição Federal, art. 72 §§ 25 e 26 reconhece a propriedade industrial, litteraria e artistica, indistinctamente a nacionaes e a estrangeiros; mas, infelizmente, ainda uma lei especial não appareceu para desenvolver e regular o modo pratico de applicação desse preceito constitu-

cional (6). Tambem o codigo penal, punindo a contrafacção, a traducção, a reproducção e a venda não consentidas pelo auctor (arts. 342 a 350), não distingue entre obras de nacionaes e de estrangeiros.

Quanto à duração do direito dos auctores, reina a maior variedade nas legislações.

O codigo civil do Mexico, art. 1259, consagra a perpetuidade, em termos positivos. « O auctor gozará do direito de propriedade litteraria durante sua vida; por morte, a propriedade litteraria passará a seus herdeiros de conformidade com as leis. » Pena é que uma tam justa disposição se circumscreva à *propriedade litteraria*, e, mesmo neste dominio, faça restricções quanto ás representações de dramaticas que só são garantidas até 30 annos depois da morte dos respectivos auctores.

Guatemala seguiu o bom caminho aberto pelo Mexico, e, no art. 5 do dec. de 29 de Outubro de 1879, estatuiu: « O direito de propriedade litteraria é perpetuo. Depois da morte do auctor, passará a seus herdeiros de conformidade com as leis ». O mesmo principio vem consagrado no art. 2 da lei venezuelana de 12 de Maio de 1887.

As nações da Europa ainda não chegaram a este extremo a que, sem duvida, as impellirá brevemente o rigor da logica e dos principios.

Na Hespanha e na Colombia, a duração do direito auctoral é de oitenta annos, a contar da morte do auctor. Na França, na Belgica, na Hungria, na Dinamarca, na Noruega, em Portugal, na Prussia, na Filandia, na Bolivia, o prazo é de cincoenta annos. E' de trinta na Alemanha e na Suissa; de vinte no Perú; de 10, no Brazil, si o auctor deixar herdeiros (cod. penal, art. 345); de cinco prolongaveis a 10, no Chili; e extingue-se com a vida na Turquia.

Quaesquer que sejam as razões adduzidas em favor da limitação temporal imposta ao direito de auctor, estou capacitado de que vingará definitivamente, num futuro proximo, a idéa da perpetuidade, e, só então, o direito auctoral terá alcançado sua maturidade.

A taximonia do direito auctral é ainda puncto de diver-

(6) Foi este anno apresentado á camara dos deputados federaes, pelo Dr. Pedro Americo, um projecto no sentido de prehenher esse falla. Disso é que temos necessidade, e não de convenções, como a que nos propoz a França e acaba de ser rejeitada, alãas por motivo pouco acceptavelis.

gencia entre os escriptores. Entendem uns que seu logar proprio está entre os direitos pessoaes, tomada a expressão como indicando o direito das pessoas, pensam outros que sua collocação entre os direitos reaes, direito das cousas, é mais adequada.

E' visível que elle não exprime somente uma relação de propriedade, que, além da feição puramente economica, abrange vinculos mais immediatos com a pessoa, os quaes se enfeixam nos diversos modos pelos quaes pôde, na qualidade de auctor, o individuo agir, afirmar-se.

Tem, portanto, este direito um duplo aspecto: é *personal*, porque realmente, como disse Bluntschli, a obra é « uma expressão directa do espirito pessoal do auctor » (*eine Offenbarung und ein Ausdruck seines persönlichen Geistes*), é real, porque essa mesma obra tem um valor pecuniario, entra para o acervo de nossos bens, para a composição de nosso patrimonio e racahe sobre uma coisa tangivel:—o livro, o painel, o fuste de columna, a estatua, qualquer obra d'arte.

Em vista dessa face dupla do direito auctoral, alguns pensadores não só lhe recusam o nome de propriedade, como o afastam, na classificação, do grupo dos direitos reaes, porque acham que a relação pessoal é preponderante, nesse direito, que é a primitiva e a mais intima. Tobias Barretto foi o advogado dessa opinião entre nós, apoiando-se na auctoridade de Bluntschli, Lange, Dahn. Para ella tambem me inclino, e é por isso que, a exemplo do grande jurista suizo, delle me occupo neste logar, ao expor a theoria das pessoas.

Esta opinião, porém, não é preponderante. Os codigos do Chili, da Venezuela, do Mexico, da Hespanha tractaram deste assumpto sob a rubrica da propriedade. A lei franceza de 14 de Julho de 1866 e a belga de 22 de Março de 1886 fugiram á difficuldade, deixando de pronunciar-se a respeito. Ha quem destaque os dois aspectos do instituto, o auctoral e o de propriedade, como o fez, por exemplo, o projecto do deputado Pedro Americo. Gerber (7) não vê nessa questão mais que um assumpto a ser providenciado por uma disposição do capitulo das obrigações que nascem de delictos, pois que a publicação não permittida das obras tor-

(7) *System* cit. § 219, —Anmerkung.

na-se um delicto, porque um preceito legal, em garantia dos interesses do auctor, a veda.

E' visivelmente uma petição de principio o fundamento dessa theoria. E um critico teve razão em dizer que ella podia ser expressa por esta formula: « a publicação é prohibida porque não é permittida. » Apezar, porém, desse *proton pseudon*, praticamente essa doutrina offerce garantias aos direitos do auctor, embora indirectamente, e produzindo assim resultados, como si partisse de um principio exacto. Realmente, reconhecido por lei o direito auctoral, não é um delicto gerador de obrigações civis a reproducção de uma obra qualquer não consentida pelo auctor?

Não obstante, é facil de ver que somente um lado da questão é encarado por essa theoria. A natureza intima do instituto, seu valor especial e a razão fundamental que o faz proteger pelo direito, são factos que só podem ser assignalados por uma theoria que lhe determine a forma e a substancia, e não se contente com assegurar-lhe os resultados praticos economicamente mais valiosos.

X I I

Pessoas jurídicas. Noção, divisão, condições de sua existência, duração e capacidade. Como tem as legislações tractado este assumpto?

Quando o agente do direito não é um individuo, quando o interesse em que se infundiu o direito não aproveita a um ser humano individualmente considerado, mas a uma collectividade de pessoas ou a uma universalidade de bens. observados pelo prisma especial de sua directa finalidade, apparecem, então, essas formações jurídicas de uma categoria distincta, ás quaes se têm dado as denominações mais variadas, porém que prefiro chamar, com Savigny, pessoas jurídicas, ou, com Teixeira de Freitas, pessoas de existencia ideal (1).

E', no entanto, inaceitavel o conceito, que nos offerece o preclaro Savigny, a respeito deste *secundum genus* das pessoas, julgo eu: « E' o sujeito do direito dos bens creado artificialmente. » Cumpre banir da sciencia este preconceito da ficção, onde ella absolutamente não existe, como victoriosamente o mostrou o inelyto Teixeira de Frei-

(1) O direito romano não teve uma expressão geral para designar as pessoas jurídicas, os seres que *personae iuris fungebantur*.

tas, um dos escriptores, entre nacionaes e estrangeiros, que mais lucidamente conceberam as abstracções deste assumpto. A definição que nos deu, porém, esse jurista patrio, comquanto perfeitamente acomodada a um codigo, não contém os predicados de uma definição doutrinaria: « Todos os entes susceptiveis de aquisição de direitos, que não são pessoas de existencia visivel, são pessoas de existencia ideal. » Em face desta connotação por exclusão que, neste caso, não caracteriza sufficientemente o conceito, faz-se necessaria, para seu complemento, uma determinação directa, synthetizando as noções que a indução nos tiver dado da materia.

Pessoas de existencia ideal, definirei, são aggremações de homens ou conjuntos de bens, unificados por uma finalidade particular, e, debaixo deste aspecto, considerados, umas e outros, como agentes de direitos e sujeitos de obrigações.

As pessoas jurídicas se distribuem por duas categorias principaes: 1.^a aggremações de homens; 2.^a conjuntos de bens.

A primeira ordem subdivide-se em duas classes: 1.^a aggremações de character publico, assim como a União, os Estados, os municipios; 2.^a aggremações de character privado, como as corporações e sociedades, civis ou commerciaes, que reünam os requisitos necessarios á pessoalidade civil.

A segunda ordem, que é sempre de character privado, comprehende os estabelecimentos pios ou de utilidade publica que têm patrimonio proprio e certos bens destinados a fins especiaes e distinctos. Modernamente se tem dado o nome communum de fundações a esses bens e estabelecimentos, que se elevam á categoria de pessoas pela finalidade a que são dirigidos, a qual os transforma, e mesino se pôde affirmar, com Schneider, que lhes dá uma alma, um espirito. (2)

(2) O codigo civil do cantão dos Grisões, art. 87, distingue tres especies de pessoas jurídicas e dellas offerece noções notavelmente claras: a) *corporações*, que são reuniões de homens tendo somente direitos quando tomados em seu conjunto, e exercendo esses direitos com unidade de vontade (*mit einem einheitlichen Willen*, com voluntá unita); b) *associações*, que são reuniões de homens tendo individualmente direitos de usufructo e uma quota parte do haver social; c) *fundações*, que são universalidades de bens tendo uma destinação especial e uma administração propria.

Examinemos agora os modos pelos quaes se constituem e manifestam sua existencia estas classes de pessoas.

As aggremações humanas de caracter publico resultam dos varios graus de organização da vida social, da vida collectiva, tam real e verdadeira quanto a individual. Nos povos cultos modernos, essas diversas aggremações repou-sam numa lei organica, na qual estão traçados seu caracter, sua força, sua destinação e o circulo de sua actividade. Essas leis, porém, começaram por ser uma consolidação de costumes, os quaes, por seu turno, eram a exte-nação do modo de existir das sociedades, tal como ia resultando da evolução natural dessas organizações da vida collectiva. Consequentemente as constituições que dão forma aos Estados e as leis organicas das provincias e municipios não são as energias creadoras de suas personalidades.

As pessoas juridicas desta classe têm, como as physicas, uma dupla modalidade existencial; uma de feição social regulada pelo direito publico, por cujos principios se modelam sua constituição, vida e extinção, e outra de feição privada que obedece às normas estatuidas pelo direito privado. Mas como esta face de sua vida é apenas reflexa, accessoria não me deterei mais longamente sobre ellas.

As aggremações de caracter privado e as fundações emergem espontaneamente do enrodilhamento da vida social, como poderosos meios de resistencia e de assalto na eterna conquista da natureza, em que se esgota e se engrandece a humanidade. Mas para que tenham vida legal, juridicamente producente, se têm ellas de modelar segundo os preceitos do direito privado. Só depois que ellas se constituem de accordo com as normas legais é que são consideradas como tendo uma existencia juridicamente valida e perfeita (3).

Sua existencia termina por varios modos: por exaustão de forças ou de meios para a consecução dos fins por ellas collimados, por ter desaparecido o objecto da exploração que fôra a finalidade que as chamára a existencia, por haverem percorrido, em todos os seus graus, o circulo de sua

(3) Alguns codigos, como o argentino, art. 45, exigem auctorisação do governo para que comecem a existir quaesquer pessoas juridicas. Tal doutrina, porém, não tem merecido acceitação geral, entendendo-se que aquella auctorisação só se faz necessaria em poucos e determinados casos, quando a segurança publica evidentemente a exige.

existencia, por exgottamento do prazo que lhes fôra determinado, por lei ou acto com valor de lei, sendo caso disso, por dissolução deliberada pelos que têm faculdade para fazel-o, ou em virtude da lei, quando a utilidade publica exige a extincção ou quando a instituição se collocou fôra do direito.

Esses diversos modos de acabamento da personalidade desses seres de existencia ideal, pertencentes ao dominio do direito privado, se encontram na generalidade dos codigos civis, que dellas se occupam, ora parcialmente ora em sua totalidade, accomodado-os, porém, à natureza varia das varias figuras de taes pessoas. O codigo hespanhol, art. 39, synthetisou-os, por um modo feliz, em uma só disposição: « Expirando o prazo dentro do qual as pessoas juridicas func-cionam legalmente, realisado o fim para o qual foram constituídas ou quando lhes é impossivel empregar sua actividade e seus recursos, si as corporações cessam de func-cionar, dar-se-á a seus bens o destino que as leis, os estatutos, as clausulas fundamentaes hajam indicado nessa previsão. Si nenhuma disposição foi tomada, empregar-se-ão os bens à realisação de um fim analogo, no interesse da região, provincia ou cidade a que devia particularmente aproveitar a empreza extincta. »

As pessoas juridicas são, por alguns escriptores, consideradas incapazes, por isso que não podem exercer directamente por si os actos da vida civil. Effectivamente, embora realidades vivas, por sua propria organização, só lhes é possivel agir por meio de seus legitimos representantes. Mas, como estes são uma parte componente dellas, a parte que se externa e age no dominio do direito, não se deve, por similhante, motivo considerar as pessoas juridicas incapazes. Entretanto a « esphera de sua capacidade acha-se limitada, em geral, pelo seu destino », repetirei com o conselheiro Ribas (4).

Considerando somente as pessoas juridicas de caracter privado, notar-se-á que lhes fallece todo o grupo dos direitos de familia, a facção testamentaria activa e ainda outros direitos que não se conciliam com a natureza e caracter dessas pessoas. Contra ellas tambem não se podem exercer acções criminaes, porque ellas não podem commetter crimes;

(4) *Curso de direito civil*, tomo II, p. 142. As leis de amortisação relativas às corporações de mão morta estão abolidas (Constituição Federal, art. 72 §§ 3 e 24; Av. de 11 de Dez. de 1891).

mas as explorações criminosas dos associados ou directores poderão, em dados casos, determinar a dissolução da pessoa jurídica.

As pessoas jurídicas também são nacionaes ou estrangeiras; mas essa qualidade não decorre para ellas dos mesmos principios constitucionaes que determinam a nacionalidade para as pessoas de existencia visivel, e sim da situação de sua sede principal, ou de sua propria natureza.

Os municipios são nacionaes ou estrangeiros segundo pertencem ou não a Estados estrangeiros. Uma sociedade commercial é estrangeira, si tem sua sede principal fóra das fronteiras do Estado onde se tem de averiguar sua nacionalidade.

A interessante theoria das pessoas jurídicas vae moderadamente obtendo mais franco espaço nos codigos civis do que lhe fóra aberto outr'ora. Si bem que o da Prussia (parte 2.^a, tit 6) lhe houvesse consagrado algumas disposições, o francez silenciou absolutamente a respeito. O d'Austria (arts. 26 e 27) e o italiano (art. 2) apenas de passagem, rapidamente, assignalam a personalidade das provincias, comunas e outras entidades jurídicas. Os codigos civis da confederação helvetica, completados e, de alguma forma, unificados pelo *Sweizerischer Obligationrecht* tractam abundantemente das pessoas jurídicas, embora preocupando-se, exclusivamente ou quasi, com aquellas que têm character meramente privado. O do Chili, no titulo dedicado a esta materia, exclue de suas disposições o fisco, as municipalidades, as egrejas e as sociedades anonymas, por se regerem por legislações especiaes ou por serem pessoas de direito publico. Mas, como ponderaram Teixeira de Freitas e Sarsfield, tal doutrina é scientificamente insustentavel. Se deve reconhecer a soberania do direito civil no que concerne aos bens, sua posse e dominio. Já entre os romanos o fisco podia ser demandado perante os tribunaes judicarios e os municipios eram pessoas capazes de adquirir bens e contrahir obrigações, podiam accionar e ser accionados; exerciam, numa palavra, todos os direitos civis consentaneos com sua natureza.

O codigo civil portuguez, sob a invocação de pessoas moraes, e o hespanhol se referem a este assumpto em titulo especial, porém de modo muito ligeiro, insufficientemente. Um principio, entretanto, deixa firmado o codigo portuguez, que é preciso destacar, porque modifica o direito anterior.

E' a declaração de que as pessoas moraes de qualquer natureza não gozam da restituição por inteiro.

O codigo civil argentino é copioso e quasi sempre correcto no que legisla. E os tres capitulos consagrados ás pessoas jurídicas (arts. 30 a 50) não desmentem o conceito que acabo de emitir. E' porém parcimonioso em conferir a personalidade jurídica. Só associações que tem por principal objecto o bem commum, possuem um patrimonio proprio e existem por auctorisação do governo, da lei e dos prelados, na parte religiosas. é que se confere a qualidade de pessoas jurídicas. A tendencia das legislações modernas é, porém, em sentido de facilitar a aquisição desse predicamento. Em nenhuma outra lei, essa tendencia se revelou tam desassobradamente quanto na belga de 18 de Março de 1873 (5).

Quanto á herança jacente, considerada pessoa pelo direito romano, não pôde mais ter esse character pelo direito patrio, pois que a posse dos bens da herança passa para os herdeiros immediatamente, sem solução de continuidade. Não nos é licito hoje repetir com o jurisconsulto Florentinus.—*Hereditas personæ vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas* (D. 46, 1, fr. 22). E os codigos mais recentes, que todos dedicam um capitulo, ao menos, ás pessoas jurídicas, não se referem a esta especie. Si encontra-mola-a ainda no direito commum allemão, é somente por uma persistencia do direito romano que ali se conserva em vigorosa vitalidade.

(5) Quando estudarmos as sociedades commerciaes, teremos occasião de voltar a este assumpto, e veremos, então, que umas legislações seguiram um systema de restricção, hoje condemnado, ao attribuir-lhes a personalidade jurídica, enquanto que outras, mais consoantes com os progressos do direito civil, se mostraram mais liberaes.

XIII

Noção de esponsaes. Origem e evolução. Direito romano. Direito patrio. Decandencia do instituto. Os codigos francez, hespanhol, italiano, hollandez, argentino e o direito inglez. Persistencia no direito allemão e suizo. Os Brautkinder.

A familia é uma formação social que surge directamente do instincto genesiaco, e, como tal, é certamente a primeira que aggreuiou os homens, pois que esboços della encontram-se, e bem notaveis, nos animaes inferiores. Funda-se a familia nesse instincto fundamental e consolida-se pela fragilidade da prole que exige cuidados sollicitos por parte dos progenitores; porquanto esse contacto de emoções synergicas cimentam sympathias e dependencias que são outros tantos vinculos formadores e sustentadores da sociedade familiar.

O direito disciplina esses appetites e orienta essas emoções por meio de varios institutos, que, todos, tem por embazamento as justas nupcias. Mas o casamento, no regimen do familismo, exigia uma formalidade anterior a que foi mais tarde dado o nome de *esponsaes*.

O direito romano definiu os esponsaes, pelo organ de Florentinus (D. 23, 1, fr. 1),—*mensio et repromissio tu-*

turaram nuptiarum. Essa definição conquistou suffragios universas. Realmente, perante, o direito romano, canónico e moderno, onde persistem os esponsaes, elles são simplesmente o contracto pelo qual duas pessoas de sexo differente se promettem uma á outra em casamento. Mas, si estudarmos a historia desse instituto, veremos que elle nem sempre foi essa promessa reciproca, tendo apresentado diversas phases em sua evolução, que, depois de completar-se, vae hoje tornando-se em accelerada involução senil.

Os esponsaes são a transformação da compra das mulheres, realisada entre o noivo e o chefe da familia da noiva, compra real a principio e depois meramente symbolica. Tornou-se depois um contracto entre os futuros consortes, com effeitos juridicos apreciaveis, e tende hoje a desaparecer, reduzindo-se a um simples ajuste de casamento que não transpõe as raias das relações extra-judiciaes.

Costume antiquissimo dos aryas e semitas, esse preliminar do casamento é encontrado não só na historia dos povos provenientes dessas duas origens como por ali allures. Mesmo entre aztecas e toltecas, parece que tal instituição não foi desconhecida, como se deprehe de muitas passagens de chronistas e historiadores dessa extraordinaria civilização precolombiana (1).

Egualmente entre os hindús e no direito talmudico, sua existencia pôde ser aponctada. Na Grecia, o contracto esponsalicio gozava de extrema consideração. Firmava-se, nos tempos historicos, por um presente (*arrhas*) que o mancebo offerencia á sua desposada, depois de cuja accettazione lhe assistia o direito de visital-a sem constrangimento. O mesmo costume imperava nos paizes celticos e germanicos, segundo o testemunho de Michelet e Grimm. Na Germania, os promettidos em casamento já se consideravam quasi esposos, sendo, as vezes, os esponsaes acceitos como substitutivo do matrimonio legal. Os esponsaes, segundo as antigas fontes juridicas germanicas estudadas por Sohm (2), eram um contracto pelo qual o *Gewalter* se obrigava a transmitir, ao marido de sua filha, o poder que sobre ella tinha, mediante uma somma de dinheiro, que era, ao mesmo tempo o *iceryeld* e o *witham*. Mas tarde apenas se pagava uma

(1) Hermann Post,—*Grundlagen*, p. 235 e segs. Prescott,—*Conquista de Mexico*, vol. II, p. 339.

(2) *Das Recht der Eheschliessung* § 156 a 160.

moeda symbolica e o *withum* perdeu o caracter de preço de compra para tomar o de duario.

Os anglosaxões levaram para a Inglaterra o costume dos esponsaes que, ainda ali, se nos apresentam como um succedaneo da compra da mulher aos parentes que tinham sobre ella auctoridade, pois ainda se manteve o *pretium uxoris*, por longo tempo. Uma lei attribuida a Edmundo regulou, de modo solícito, a materia dos esponsaes, nessas epochas afastadas em que as ilhas britannicas ainda se conservavam nos primeiros estadios de sua civilização. Então, a idéa de preço desaparecera, mas, em logar delle, ficaram certos presentes como o dote, o duario e o morgengabe (3).

Em Roma, este uso appareceu em tempo remotissimo, como se deduz das palavras de Plautus:—*nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*. Certas formalidades subsistentes, os presentes esponsalícios, a palavra *manus* indicando a autoridade marital, revelam que tambem ali a evolução passou da captura á compra, á principio real, depois symbolica, e, finalmente, ao accordo das partes.

Os esponsaes podiam, ali, ser contractados, por quem tinha mais de sete annos, mas ha exemplo de o serem mesmo durante a primeira infancia, como foi o caso de Agripina desposada por Tiberio, tendo apenas um anno de idade, *vix annicula*. A confirmação do pacto esponsalício se fazia por meio de arrhas (*pignus*), que, muitas vezes, consistiam simplesmente na dádiva de um anel. Do interior das familias, como um facto que somente a ellas interessava, sahiram os esponsaes, em certa epocha, a ostentarem-se na publicidade solemne do *forum*, onde Catão parece que foi dos primeiros a vir fazer sua promessa de futuro consorcio. Uma acção especial, *actio de sponsu*, appareceu para abroquelar esta convenção, mas, embora fosse tal acção destinada a differenciar o instituto esponsalício, veio a perder sua razão de ser, quando o direito romano consagrou o principio de que—*inhonestum visum est vinculo penae matrimonia abstringi, sive futura sive jam contracta*. Tambem certas formalidade foram decahindo e o instituto se desnudando, até poder constituir-se por simples consenzo:—*Sufficit*

(3) Glasson, *Hist. du droit et des institutins de l'Angleterre*, vol. I, pags. 115 e segs. Ali vem transcripta, *in extenso*, a lei a que se refere o texto.

nudus consensus ad constituenda sponsalia. Desde então, seus effeitos reduziram-se extremamente. O pacto podia ser rescindido, mesmo sem causa justa, por uma das partes que, apenas, ficava obrigada ás indemnisações estipuladas.

O direito canonico acceitou este instituto como existia no ultimo periodo do direito romano, sobre o qual, aliás, havia influido, no sentido de modificá-lo, a doutrina da igreja em relação á materia. Porém, accentuando mais a tendencia refermada dos costumes que ia difundindo o christianismo, o direito canonico afeiçãoou os esponsaes a seus principios, e concorreu para preponderar o preceito de que não pôde resultar delles acção efficaç para a realisação do casamento promettido, embora produzam um quasi parentesco com força para impedir o laço congugal entre um dos desposados e os proximos parentes do outro.

Usado em Portugal, mas vivendo antes nos costumes do que na lei escripta, só em 1784, com a lei de 6 de Outubro, objectivou-se o contracto esponsalício em regulamentações legaes.

E' ainda hoje, no Brazil, esta a lei reguladora do assumpto.

A theoria dos esponsaes, tal como a concretizou a citada lei de 6 de Outubro de 1784, é, em resumo, a seguinte: 1.º. Elles devem ser contrahidos por escriptura publica, admittindo-se, porém, uma escriptura particular, onde não houver tabelião até distancia de duas leguas; mas, neste ultimo caso, valendo somente por um mez, emquanto é cumprido ou reduzido a escriptura publica; 2.º, nessa escriptura, se devem conter o nome, a idade, a naturalidade e a morada dos desposados, a constatação de seu livre consentimento, si forem maiores, o de seus paes ou tutores sendo menores, ou o supprimento dado pelo juiz, quando essas pessoas que têm auctoridade sobre os desposados denegarem seu assentimento sem justa causa; 3.º, todas as pessoas que intervêm nos esponsaes devem assignar a escriptura delle, inclusive o tabelião e mais duas testemunhas; 4.º, só podem contrahir esponsaes os desempeidos para casar, permittindo-se, porém, que o contraiam até os impuberes maiores de sete annos, os quaes, chegando á puberdade, poderão rescindir-os, e tambem os impedidos por outras causas, sob a condição de obterem dispensa legal da prohibição; 5.º, dos esponsaes resulta uma acção para exigir a celebração do casamento dentro do prazo estipulado ou a pena convencionada

ou perdas e danos; 6.º, este contracto dissolve-se por mutuo dissenso, ou por constatação de um vicio, fraude, violencia ou outro, capaz de annullar uma convenção, pelo não implemento da condição, si elle é condicional e pela superveniencia de algum impedimento matrimonial; 7.º, qualquer dos desposados poderá retractar-se, por mudança consideravel na fortuna do outro, por apparecimento de molestia contagiosa ou vicio repugnante em seu promettido, por ausencia demorada, por celebração de novos esponsaes com pessoa diversa; 8.º, o desposado que retracta-se sem justa causa ou dá lugar, por culpa sua, a retractação justa do outro, incide sob a pena convencionada ou a perdas e danos, perdendo as prendas com que houver colmado o outro e devendo restituir as que recebeu d'elle; 9.º, não havendo culpa, os donativos se restituem reciprocamente.

Esta é a doutrina legal. Mas o certo é que se tornou absoleta, entre nós, esta instituição, como já indicara Teixeira de Freitas (4). O Dec. de 21 de Janeiro de 1890 não fez menção do contracto esponsalicio. Não quiz dar-lhe alento novo; deixou-o no olvido em que se vão soterrando os institutos que não traduzem mais necessidades actuaes.

E não é um facto extranho e isolado esse que acaba de ser assignalado no direito patrio, onde os esponsaes mal vivem artificialmente em disposições mumificadas de uma lei caduca. Resquicio de velhas usanças, a muito desaparecidas, não contendo em si o germen de uma vegetação adaptada ao meio actual, vão os esponsaes sendo abolidos successivamente pelas legislações de quasi todos os povos occidentaes.

Os codigos da França e de Portugal fizeram silencio sobre o assumpto dos esponsaes, entendendo os respectivos legisladores que promessas de futuros casamentos não constituem materia para ser regulada em artigo de lei, nem devem produzir consequencias juridicas que possam parecer uma coacção contraria à natureza do casamento. Si as promessas enganadoras acarretarem danos reaes na virtude, na honra da desposada, dar-se-á o crime previsto pelo nosso Codigo penal, art. 267. Sendo os prejuizos apenas pecuniarios, por despezas feitas é justo que a lei garanta a indemnisação, como o fazem o codigo italiano, art. 54 e o hollandez, art. 413.

(4) *Consolidação das leis civis*, art. 76, nota 1.

O cómputo dos lucros de que a recusa do casamento possa haver privado o promettido esposo, não tem cabimento perante a legislação desses paizes. O codigo hespanhol, porém, adoptando a theoria da inefficacia das promessas de casamento para produzirem obrigação legal de contrahil-o, e da insubsistencia das penas esponsalicias, alarga, entretanto, o direito de pedir indemnisações até abranger quaesquer danos resultantes da não realisação do consorcio (arts 43 e 44), o que não poderá deixar de ser uma fonte perenne de duvidas e demandas.

O codigo civil argentino, fugindo ao systema do silencio adoptado pelo codigo francez e pelo portuguez, declara, em termos positivos, que não reconhece os esponsaes nem quer que os tribunaes admittam demandas sobre tal materia, seja para indemnisação de prejuizos causados por pactos esponsalicios não cumpridos, seja com outro intuito. E a lei de 2 de Novembro de 1888, que modificou o codigo civil, no titulo relativo ao matrimonio, reproduz o art. 166 d'elle, com as proprias palavras que são quasi as mesmas com que enunciei-lhe o pensamento nesta occasião.

O direito inglez, si não é silencioso sobre este poncto, não faz excepção à tendencia geral para a eliminacão dos esponsaes que estão hoje fóra dos costumes do povo. Nos Estados-Unidos da America do Norte mais accentuada se pronuncia a alludida tendencia.

Na Allemanha e na Suissa germanica é que esse contracto produz effeitos mais latos, conservando certa vitalidade incomparavelmente mais vigorosa do que nos paizes a que me tenho referido. As relações entre os desposados são de notavel valor juridico, creando uma categoria de filhos desconhecida no direito latino vigente, os *Brautkinder*, que são os filhos nascidos de paes vinculados entre si por esponsaes validos, e que, a muitos respeitoes, são equiparados aos filhos legitimos.

Entretanto, ahi mesmo, se tem introduzido modificações no sentido de cercear a importancia do instituto esponsalicio. Assim é que a lei de 24 de Abril de 1854, § 22, revogou, para a Prussia, as disposições do *Landrecht* que garantiam, aos *Brautkinder*, direitos de filhos legitimos. Assim é que o codigo civil de Zurich, ainda que mantendo, sob certas condições, os direitos dos *Brautkinder* e estatuindo (art. 576) que os esponsaes criam, entre os desposados, relações especiaes de familia (*Familienverhältnisse der*

Brautleute), comtudo garante-lhes inteira liberdade para, a sua vontade, retirarem sua promessa, não permite clausulas penaes, e apenas consente uma indemnisação por perdas e damnos, fixada pelo juiz, quando a retractação não é convenientemente motivada.

Em outros cantões da Suissa, os esponsaes conservam mais vigor, sendo que, em Berne, o desposado que repudiar o outro, caprichosa ou escandalosamente, incorrerá na pena de 4 a 20 dias de prisão.

Apezar, porém, desta excepção mantida pelos povos de origem tedesca, é indubitavel que os esponsaes vão, pouco a pouco, se obumbrando nas legislações dos povos occidentaes. E nem ha mister injectar-lhes vida nova, pois que não correspondem a solicitações de necessidades actuaes. E' um orgam atrophiado nas legislações de alguns povos, e que se vae atrophiano na de outros.

XIV

Noção de casamento. Bosquejo historico: povos da antiguidade, direito romano e canonico. Direito germanico e portuguez anterior ás codificações affonsina e manuelina. Phases diversas do direito patrio. Legislação vigente. Celebração do casamento e impedimentos, segundo a lei de 24 de Janeiro de 1890. Direito portuguez, hospanhol, francez, italiano, allemão, austriaco, suiso, inglez, argentino e americano do Norte a respeito.

O casamento é a regulamentação social do instincto de reproducção, como já ficou dicto.

A sociedade encontrou no homem dois instinctos fundamentaes que constituem a base profunda e ultima da conducta de todos os seres vivos: a conservação do individuo e a conservação da especie, a fome e o amor, segundo a valente expressão de Schiller nos conhecidos versos:

Einstweilen bis den Bau der Welt
Philosophie zusammenhält
Erhält Sie das Getrieb
Durch Hunger und durch Liebe.

Entregues aos impulsos proprios da natureza, estas duas forças poderosas contribuíram para a aproximação dos seres humanos. Mas, uma vez constituida a sociedade, e desde muito cedo, inconscientemente agindo no sentido de

sua conservação e aperfeiçoamento, começou ella a operar a adaptação dessas energias naturaes a seus fins, disciplinando-as, revestindo-as com a clamid^e sagrada do direito, socializando-as enfim. De uma vez as justas nupcias com os institutos que dellas procedem, da outra vez a propriedade, em sua accepção mais lata, e da combinação de ambas fez brotar essa rede de normas e institutos que constituem a vida social.

E' somente depois dessa adaptação e desse encendimento que se pôde definir o casamento com aquellas fortes e nobres palavras dos juristas romanos: *Conjunctio maris et femine, consortium omnis vitae: divini et humani juris communicatio* (D 32, 2, fr. 1, de Modestinus); *ciri et mulieris conjunctio, individuum vitae consuetudinem continens* (Inst. 1, 9, § 1). Entretanto, como da concisão dessas definições talvez não resaltem, aos olhos de todos, os caracteres do vínculo matrimonial que a consciencia moderna exige claramente destacados, diga-se que o casamento é *um contracto bilateral e solemne, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolucelmente, legalizando por elle suas relações sexuaes, estabelecendo a mais estreita communhão de vida e de interesses, e se comprometendo a crear e educar a prole que de ambos nascer.*

Não julgo necessario recordar aqui as diversas formas, essenciaes ou secundarias que apresenta o casamento em sua evolução. Bastará dizer que anthropologistas e elhnologos têm estabelecido, como phases successivas da evolução das formas matrimoniaes, o hetairismo ou communhão primitiva, a polygamia, em suas duas feições de polygynia e polyandria, e a monogamia. Este esquema não é aceitavel como significando que taes formas se succederam sempre, em todos os logares, não coexistindo jamais. E' facil, apontar, entre selvagens contemporaneos, seja em tribus brazileiras actuaes e dos tempos da descoberta, a preferencia pela monogamia. E' tambem geralmente affirmado que a polyandria é uma excepção.

Entretanto é perfeitamente aceitavel aquelle encadeamento de formas matrimoniaes acima indicado, si o tomarmos como synchronizando o desenvolvimento da cultura humana, considerado em conjuncto.

Afinal prepondera a monogamia, porque é mais consentanea com a dignidade da mulher, com a moralidade social, porque é, como diz d'Aguano, « a mais adaptada ao desen-

volvimento da sympathia humana. » E, além disso, não seria extranho dizer que os paizes onde já se resolveu o problema da população, onde já se vae mesmo sentindo o excesso della, não comportam, não permitem os enlaces promissores de proliferação muito accelerada.

Como quer, porém, que seja, não resta a menor duvida de que o casamento sendo originariamente uma simples relação de facto, bem cedo passou a constituir uma relação jurídica.

Já entre os aztecas, o matrimonio era um acto solemnisimo, uma instituição cercada de tantas considerações e regalias que até possuia tribunaes especiaes. A legislação egypcia receitava, com preceitos severos, a honorabilidade dos casamentos. Nessa vestuta civilização que estanciou pelas margens lodosas e uberrimas do Nilo, conheceram-se tres especies de connubios: uma servil, uma equalitária que acarretava certa communhão de haveres entre conjuges, e uma terceira correspondente, aproximadamente, à *coemptio* dos romanos (1). Os aryas fizeram, desde muito cedo, intervir a religião para consagrar a união sexual, e, em muitos direitos primitivos, como no atheniense, o homem era ameaçado de punição, si mostrava-se negligente em contrahir casamento, privando assim a patria de filhos. Quam longe ainda estavam os homens das meticulosas providencias das ligas malthusianas!

Mas deixemos essas rudes eras e estuguemos o passo em direcção a tempos mais chegados a nós, e a legislações que mais de perto nos interessam pela acção que exerceram sobre o direito occidental.

No velho direito romano, o casamento era, como entre todos os povos em igual periodo de civilização, um acto, ao mesmo tempo, civil e religioso, mas, em breve, esse povo energico e viril, que teve a bossa do direito, si é licito expressar-me assim, deu ao casamento um character puramente civil.

O *matrimonium juris gentium*, casamento dos peregrinos, e o *contubernium*, casamento dos escravos, são modalidades exerescentes. O genuino casamento romano é o contractado entre pessoas que têm o *jus connubii*.

Sob tres formas se realisava elle, segundo o testemunho de documentos legislativos das primeiras epochas: a *confar-*

(1) D'Aguano, —*op. cit.*, p. 285.

reatio, somente propria dos patricios, ou, antes, forma religiosa dos casamentos, a *coemptio* e o *usus* (2).

A *confarreatio* era o casamento contrahido deante do *pontifex maximus* e do *flamen dialis*, com assistencia de dez testemunhas, vindo-lhe o nome de um bolo de trigo (*farreus*) que os nubentes deviam comer conjunctamente, na occasião da celebração. Como é facil de notar, o elemento religiosoahi predomina.

A *coemptio* consistia em uma venda solemne e symbolica da mulher, realisada entre o *pater-familias* e o futuro marido, na presença de cinco testemunhas e de um *libripens*. Esta compra symbolica, *imaginaria venditio*, como diz Gaius, é um succedaneo da compra real, como esta o foi da captura, compra que não só ainda subsiste entre barbaros contemporaneos, como foi usada entre antigos de varias raças. Em Babylonia, narra Herodoto que as mulheres nubéis eram vendidas em leilão; entre os hebreus, o preço da mulher tinha o nome de *mohar*; na India, na Grecia, nas tribus germanicas, por toda a parte, a compra e venda foi uma forma real do casamento.

O *usus* dava a propriedade da mulher ao homem que com ella cobabitasse por mais de um anno, pela applicação dos principios da *usucapio*. Esta, porém, tal como na posse das cousas, podia ser interrompida, si a mulher pernoitasse fóra do tecto commum, por tres vezes seguidas, durante o anno. E' este o casamento de facto, a forma primitiva da união sexual, em sua socialisação inchoativa.

Estas formas se foram antiquando e cedendo o logar aos casamentos contrahidos por mero consenso mutuo, acompanhado da *mens matrimonii*, da *maritalis affectio*, objectivado na *traditio* e na *deductio usoris in domum mariti*, casamentos que, nos primeiros tempos, appareceram sob um aspecto injuridico, e só com o abrandamento dos costumes e melhor comprehensão da sociedade conjugal, receberam a consagração do direito. Com a transformação ganhou, por certo a causa da civilisação, pois elevou-se a condição da esposa, e o casamento não perdeu sua alta importancia social, continuando a ser o *consortium omnis vite*, e tendo, por fim principal, o nobre sentimento que os romanos souberam

(2) M. Voigt (XII *Tafeln*) e Glasson (*Le mariage civil*) consideram a *confarreatio* como casamento dos patricios; Pafellotti e Cogliolo, como casamento religioso, sendo a *coemptio* o casamento civil.

tam bellamente traduzir em expressiva linguagem, a *cupido sobolis procreandi* (3).

A egreja, mesmo com os imperadores mais interessados em suas victorias, não transformou esse character civil e livre do casamento romano, sinão depois do desmantelamento do imperio. Teve de contemporisar com os romanos, como em relação aos barbaros, não impondo sua intervenção rigorosa e intransigentemente. Concedeu, por exemplo, que o matrimonio se considerasse completo com a troca do consentimento por parte dos nubentes, independentemente da bençã sacerdotál e da previa publicação dos proclamas, condições, aliás, prescriptas por concilios locais. Sem essas solemnidades, os casamentos eram inquinados de clandestinidade, incorrendo, algumas vezes, em censuras ecclesiasticas, mas subsistiam validos.

Essa attitude da egreja era indispensavel á propaganda em que andava empenhada, e por essas concessões conseguiu tornar desnecessario o concubinato, até então não só tolerado, mas juridicamente regulado, no direito germanico. Em logar d'elle, surgiu o chainado casamento *morganatico*, da mão esquerda, no qual um nobre, se alliando a mulher de condição inferior, não constituia uma familia com os direitos communs á herança, á communicação dos bens, e á posição social de seu chefe (4).

Como era natural, os povos de origem tedesca introduziram o casamento *morganatico* na península iberica, e, consequentemente, em Portugal. Ahi, nos primeiros seculos da monarchia, subsistiam, além desta, tres formas differentes de matrimonio, ás quaes alludem os *Foraes* e outros documentos coevos: 1.º, o casamento acompanhado de bençã sacerdotál, contracto-sacramento celebrado de accordo com as solemnidades do ritual; 2.º, o casamento mero contracto entre consortes, sob os auspicios e approvação da familia; 3.º, o casamento sem a sancção legal nem o accordo

(3) Sobre as solemnidades costumeiras, que não juridicas, do casamento romano, serão consultados, com vantagem: Foustel de Coulange,—*La cité antique*, pag. 45 e segs; Glasson,—*Le mariage civil*, pag. 168 e segs; Michelet, *Les origines du droit français*, pag. 19 e segs.

(4) Schulte,—*Institutions de l'Allemagne*, § 174.

da parentela, e constituído naturalmente, pelo animo que nutriam os consortes de viverem como casados. (5).

O concilio de Trento (1563) julgou que a oportunidade era chegada para ser tomada uma attitude mais firme, e decretou a rigorosa observancia de certas solemnidades externas tendentes a dar ao casamento toda a necessaria publicidade e garantia. Assim prescreveu; 1.º, que o casamento fosse precedido de tres enunciações feitas pelo parochio do domicilio de cada um dos contrahentes; 2.º, que fosse constatada, de modo inequivoco, deante do parochio celebrante, a manifestação livre do mutuo consentimento; 3.º, que a celebração fosse realisada pelo parochio de um dos contrahentes ou por um sacerdote devidamente auctorisado, na presença, de duas testemunhas pelo menos; 4.º finalmente, que o acto se concluísse pela solemnidade da benção nupcial. Esta ultima solemnidade, porém, não é substancial, e os banhos podem ser dispensados. O livre consentimento dos contrahentes e a presença do parochio e das testemunhas é que são essenciaes, para que haja casamento catholico.

Foi esta, por longo tempo, a forma de casamento exclusivamente recebida pelo direito patrio. Emquanto a quasi totalidade dos brasileiros era catholica, ao menos por tradição, nenhum grave inconveniente havia em mostrar-se o Estado desconhecedor ou descurado de seus direitos nesta materia. A immigração, porém, e o derramamento de novas crenças vieram impor a necessidade de ser decretada uma forma de casamento mais ampla e mais compativel com os reclamos da civilização.

Houve um choque de opiniões divergentes, e desse combate, que é o periodo inicial de toda evolução juridica, surgiu a lei de 11 de Setembro de 1861, estabelecendo o chamado casamento *acatholico*, entre pessoas pertencentes a seitas não catholicas e celebrado segundo o rito respectivo. Foi uma concessão, por certo, mas ainda muito limitada, pois a competencia da religião ainda permanecia integral, em materia de casamento, e todos aquelles que não pertencessem ao gremio da christandade continuavam na impossibilidade de contrahir, no paiz, casamentos com effeitos civis perante o direito nacional. Fazia-se, dia a dia, mais urgente uma reforma legislativa. Porém só com a proclamação da Republica é que tivemos o decreto de 24 de Janeiro de

(5) Viterbo,—*Elucidario*, verbo: *Marido* conhecido.

1890, creando o casamento civil, como uma consequencia necessaria da separação dos poderes temporal e espirital, realisada pelo decreto de 7 de Janeiro de 1890.

Sendo o casamento um acto de maxima gravidade para o individuo, e de consideravel importancia para a sociedade, sua celebração deve revestir-se de certas condições de publicidade e solemnidade, proprias a inculcar, no animo dos nubentes, a magnitude do acto, e a provocar a attenção de todos, a fim de que fiquem conhecendo a nova condição dos esposos, e afim de que não sejam, por seu casamento, offendidos direitos de outros nem os altos interesses da conservação social.

Os proclamas iniciam a publicidade do casamento que se vae realisar. O decreto de 24 de Janeiro de 1890 manteve esta formalidade preliminar, egualmente prescrista, com variantes pouco divergentes, pela generalidade das legislações modernas.

A celebração do casamento, entre nós, foi confiada, pelo decreto de 24 de Janeiro (art. 110), a um juiz privativo, onde o houvesse, e, não havendo, ao juiz de paz. Sendo, entretanto, este assumpto materia processual e, portanto, da competencia dos Estados, estes não têm seguido a mesma norma, aceitando uns o estatuido no decreto citado, attribuindo outros a funcção de celebrar o casamento a juizes de categorias diversas.

E' facultado aos conjuges sancionarem religiosamente a sua união, antes ou depois do acto civil. Esta foi a doutrina primitivamente estabelecida (dec., art. 108 § unico). O deleixo de alguns chefes de familia e a exploração danmossa de certos ministros da igreja catholica determinaram a prohibição das ceremonias religiosas antes de celebrado o casamento civilmente (dec. de 26 de Junho de 1890 e cod. penal, art. 284). Mais tarde, promulgada a Constituição da Republica, entendeu o governo (av. circular de 15 de Abril de 1890) que fóra restabelecida, pelo art. 72 §§ 4 e 7, da mesma constituição, a doutrina da liberdade, primitivamente estabelecida. Embora não estribada em fundamentos juridicos, é essa a doutrina observada, e pela qual se manifestou, de certo modo, o poder legislativo.

A doutrina da precedencia do acto civil ao religioso foi considerada necessaria na França, cujo codigo penal, arts. 199 e 200, pune o sacerdote que transgredir essa ordem. Na Italia, vencera, a principio, a doutrina da ampla liberdade

de, porém os inconvenientes desse systema se ostentaram dolorosamente na pratica, e houve necessidade de ser decretada a obrigação de contrahir-se o casamento civil antes do religioso.

Pelo direito patrio vigente, foi prohibido o casamento (art. 7): 1.º, entre ascendentes e descendentes por parentesco legitimo, civil, natural ou affim, e entre collateraes até o segundo grau civil; 2.º, entre pessoas ligadas por um casamento anterior ainda não dissolvido; 3.º, entre o conjuje adultero e seu co-reo, condemnado como tal; 4.º, entre o conjuje condemnado como auctor ou complice de homicidio contra seu consorte, e seu complice ou co-auctor nesse crime; 5.º, tambem não se podem casar os coactos, os incapazes de dar seu consentimento e os que não podem dal-o de um modo inequivoco; 6.º, nem o raptor com a raptada, emquanto esta não se achar em logar seguro; 7.º, nem os menores, emquanto não obtiverem o consentimento de seus paes ou tutores ou o suprimto desse consentimento pelo juiz; 8.º, nem a viuva ou mulher separada do marido, até dez mezes depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, salvo si, antes de terminado esse lapso de tempo, houver tido algum filho; 9.º, ainda são vedados de contrahir casamento os menores de 14 annos, sendo mulheres, e de 16, sendo homens; 10.º, o viuvo ou viuva que tem filho do conjuje fallecido, emquanto não fizer inventario dos bens do casal; 11.º, o tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, emquanto durar a tutoria ou curadoria e emquanto não forem saldadas as respectivas contas, salvo consentimento deixado pelo pae ou mãe do menor; 12.º, o juiz ou escrivão e seus ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com orpham ou viuva da circumscripção territorial, onde um ou outro tiver exercicio, salvo licença especial do tribunal superior do Estado a cuja organização judicial pertencerem.

Estes impedimentos são, em parte, os do direito canonico, excluidos os de character religioso e poucos mais, em parte, os do codigo civil francez, art. 161 e seguintes, e, em parte, os do nosso direito civil preexistente, o que não importa dizer que não enccntram similiares em outras legislações. Quero simplesmente indicar as fontes principaes e mais proximas de nossa lei, pois que algumas dessas interdições matrimoniaes remontam muito longe na historia do

genero humano. A prohibição de contrahirem casamento os ascendentes com os descendentes appareceu com a passagem da endogamia para a exogamia, pelo menos, pode-se affirmar, embora a desconhecesse o direito persa, como nos informa Dareste. Na linha collateral, porém, já não é tam remota a origem da vedação, pois que no direito hebreu, no hindu, e no germanico, era desconhecida, vigorando ali em contrario, esse costume um tanto chocante à nossas idéas modernas, ao qual se deu o nome de *levirato*. A interdicção imposta, emquanto subsiste o primeiro casamento, para ser contrahido outro, é uma consequencia da monogamia. E' principio geral adoptado pela familia humana em certo momento, e não peculiaridade desta ou d'aquella raça (6).

Uma peculiaridade da lei brazileira, digna de encomios, é a vedação de casar attinente ao viuvo ou viuva, emquanto não fizer inventario dos bens do casal. O codigo civil francez reciza, em caso identico, a administração e o usufructo que compete ao pae ou mãe sobre os bens do filho. Nossa lei é mais rigorosa, e resguarda melhor os interesses dos filhos do primeiro leito.

Vejamos agora, em synthese ligeira, o estado actual de algumas legislações sobre o assumpto desta lieção.

Portugal, nossa antiga metropole, merece, em attenção aos laços de sangue que a elle nos prendem, que lhe seja concedido o primeiro logar nesta revista, embora seu direito vigente haja perdido, para nós, o valor que ainda encerram suas leis antigas. Depois da emancipação politica, temos procurado outros guias nas letras, nas sciencias, e, ultimamente, no direito. Entretanto não é menos certo que a base tradicional de nosso direito é essencialmente portugueza. Abramos, pois, o codigo civil de 1867.

No artigo 1057, reconhece elle duas especies de casamento, o religioso para os acatholicos e o civil para os catholicos, sendo este ultimo celebrado perante o tribunal do registro civil. O casamento catholico, para produzir efeitos civis, deve ser celebrado em conformidade com as leis canonicas recebidas no reino. O civil, além das regras comuns ao catholico, está sujeito a outras especiaes, que derogam as exigencias do direito canonico ou a confirmam de um modo particular (arts. 1058 1073).

(6) Sobre a evolução dos impedimentos matrimoniaes, consulte-se Post, *Grundlagen*, pag. 245 e segs.

Este systema, nascido de uma transacção entre o espirito religioso que dominava a legislação portugueza anterior e as idéas liberaes que ruindo do Norte se derramaram pelo territorio portuguez, me parece inconsequente e manco. Inconsequente, porque permite aos catholicos o que recusa aos sectarios de outras religiões (7). Manco, porque, considerando o casamento um contracto (art. 1056), não mantém, ao Estado, em todos os casos, o direito de regulal-o.

O legislador portuguez, dominado por influências religiosas, não soube separar o temporal do espiritual, e manteve, mesmo para o casamento civil, o impedimento de ordem e de voto solemne. Quanto aos outros impedimentos consagrados no direito portuguez, merece notar-se apenas que a interdicção extende-se, na linha collateral, até o terceiro grau; que a capacidade para casar é concedida aos homens de 14 annos e ás mulheres de 12, como prescreve o direito canonico; e que alguns impedimentos da nossa lei não existem no codigo do reino. Taes são os de que tractam os §§ 9, 10 e 12 do art. 7 do dec. de 24 de Janeiro.

O codigo civil hespanhol tambem adoptou o systema da dualidade de formas matrimoniaes: a canonica e a civil art. 42 e segs); mas ao casamento religioso deve assistir um magistrado a fim de inscrevel-o no registro civil (art. 77), salvo se tractar-se de um casamento *canonico secreto*, cujas inscripção será feita em registro especial reservado. E' o *casamento de consciencia* que o codigo civil hespanhol mantém, aliás contra os principios actualmente victoriosos da publicidade a mais completa nos enlacs matrimoniaes que são a base da familia.

Entre os impedimentos nada de particular apresenta este codigo, a não ser, o de ordens como no portuguez, e a obrigação, para os maiores, de solicitarem o *consentimento* de seus paes para que possam contrahir suas nupcias. Denegado este consentimento, só se poderão celebrar as nupcias tres mezes depois.

Em França, o movimento para a secularisação do casamento accentua-se com a Constituição de 1791, art. 7, onde se diz: « A lei só considera o casamento como acto civil » Alguns actos legislativos regulamentaram este edicto consti-

(7) O *Projecto* do senador Felício dos Santos, art. 365 e segs., tambem consagra essa duplicidade de formas (religiosa e civil) para o casamento; porém, mais liberal que o codigo portuguez, não se refere somente á religião catholica.

tucional e, finalmente, o codigo civil consolidou e firmou os principios fundamentaes do direito civil em materia de casamento, garantindo-lhe completa leicidade e estabelecendo as qualidades e condições necessarias para sua celebração e validade, as quaes, com pequenas modicações, são as de nossa lei.

A idade matrimonial é a de quinze annos, para a mulher e dezoito para o homem (cod. civ. art. 144). E' tendencia das legislações elevarem essa idade sobre a estabelecida pelo direito canonico. O codigo civil italiano acceitou a que adoptára o francez, e a lei allemã de 6 de Fevereiro de 1865 foi um pouco adeante, exigindo dezeseis annos para a mulher e vinte para o homem.

O consentimento, para que os menores se casem, deve ser dado conjunctamente pelo pae e pela mãe, e só no caso de desaccordo bastará a auctorisação do pae, (cod. civ. art. 148) a qual, como é sabido, é a que pede a nossa lei, emquanto subsistem os dois conjuges. E' accorde com a do codigo francez a doutrina do italiano, art. 63.

Quando o homem attinge a idade de vinte e um annos e a mulher a de vinte e cinco, não necessitam mais da auctorização de seus ascendentes para casarem-se validamente. Mas a lei os obriga a pedir-lhes venia e conselho, por um acto de respeito, segundo a technologia do direito francez. Esses actos de respeito devem ser repetidos tres vezes, pelos filhos maiores de vinte e cinco annos e menores de trinta e pelas filhas maiores de vinte e um e menores de vinte e cinco. Depois desta idade, bastará somente um *acte respectueux* (arts. 152 e 153). O codigo italiano alijou esta inutil exigencia.

O direito francez prohibe o matrimonio entre tios e sobrinhos, e entre cunhados (arts. 162 e 163), no que foi acompanhado pelo codigo italiano, art. 59. Essa interdicção não se acha na lei brasileira.

Finalmente, os impedimentos provenientes de tutela, curadoria, jurisdicção e adulterio, que contempla a nossa lei, não se encontram no direito francez.

Na Allemanha, regula-se actualmente a materia de casamento pela lei de 6 de Fevereiro de 1875, que generalisou, para todo o imperio, a obrigação de contrahil-o perante a auctoridade civil. Mesmo escriptores francezes opinam que as formalidades preliminares da lei allemã são mais completas e melhor organisadas do que as do direito francez.

Um ponto de similhaça entre ella e a lei nacional, e que se torna mais notavel pela ausencia de disposiçaõ equi-valente no direito francez, está na dispensa de proclama (*Aufgebot*), em caso de molestia mortal ou urgencia imperiosa consagrada no art. 50 da lei allemã, cujo correspondente é o 36 da brazileira. Mais previdente, porém, do que o legislador tedesco, o nosso proveniu a hypothese possivel de não conseguir-se a presença da auctoridade celebrante nesses casos inadiaveis, facultando o consorcio em presença de seis testemunhas maiores de dezoito annos (arts. 37 a 43). A lei argentina de 1888, que aliás preceitua, a respeito desta hypothese, de um modo muito similhante, exige sempre uma auctoridade judicial (art. 52,) e, pois, não previne o caso, muito possivel em nossos sertões, de não poder ser encontrado um funcionario desses, com a presteza exigida pelas circumstancias.

A lei allemã não faculta os casamentos por procuração, especie admittida por nossa lei, arts. 45 e 46. A adopção só é impedimento entre o adoptante e adoptado (art. 39). Os impedimentos de tutoria e curadoria estão consagrados na lei allemã, art. 37, mas não se extendem alem do tutor e seu filho ou filha com o tutelado ou curatelado.

Na Austria, subsistem, mesmo depois das ultimas reformas, e da lei de 25 de Maio de 1868, as duas formas de casamento, a civil e a religiosa, intimamente colligadas e constituindo um typo composto. Mas si o pastor evangelico se recusa a celebrar o casamento por causa de um impedimento não reconhecido pela lei civil, a união conjugal se poderá realisar perante a auctoridade secular. E' a isso que se chama *Nothcivilehe*. Para aquelles que não professarem nenhum dos cultos reconhecidos pelo Estado, estabeleceu-se o casamento civil (lei de 9 de Abril de 1870).

Na Suissa 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 interferencia religiosa. Como na França, na Italia, na Allemanha e na Hollanda (codigo civil art. 113) a cerimonia religiosa, com que os individuos queiram solemnizar suas nupcias, devem ser posteriores ao acto civil. Depois de vinte annos, os nubentes não necessitam mais do consentimento de seus paes, e, em geral, as interdicções matrimoniaes são mais limitadas.

Na Inglaterra, encontra-se, como em Portugal e na Hespanha, o casamento secular ao lado do religioso, sendo que

este ultimo varia de modalidades, conforme é contrahido entre catholicos, anglicanos, quakers, accrescendo que conservaram-se as formas anteriores ao concilio tridentino, e que existe grande facilidade na formação dos casamentos, maxime na Escossia, onde se tornaram celebres os denominados de *Greetna - Green*, aliás hoje em desuso por desnecessarios (8).

O casamento religioso, mesmo o contrahido segundo os ritos da seita anglicana, submete-se a certas condições de direito civil. Assim é que os proclamas feitos na igreja não bastam; torna-se necessario uma formalidade similhante por parte do poder civil. Os registros são duplos, um da auctoridade religiosa e outro da secular.

Si, porem, os individuos preferirem a vinculaçaõ matrimonial puramente secular, poderão effectual-a perante o *registrar*.

Me deterei apenas um instante sobre as legislações americanas e concluirei.

Na republica argentina, o codigo civil só reconhecia o casamento religioso. Veio depois a lei de 2 de Novembro de 1888, que estabeleceu o casamento civil celebrado em presença do official do registro civil (art. 44), ao qual somente reconhece existencia legal (art. 14), podendo, porem, os conjuges, em seguida, *bendizer sua união por um ministro de seu culto*.

Não se encontram, na lei argentina, os impedimentos constantes dos §§ 3, 6, 9, 10 e 12 do art. 7 da lei brazileira, nem o que provem da adopção, instituiçaõ desconhecida no systema do codigo argentino. A idade matrimonial é a do direito canonico.

No Mexico, o casamento foi secularisado pelo art. 22 da lei organica de 14 de Dezembro de 1874; e, no Chile, em 1883, admittindo-se, porem, as ceremonias religiosas antes do acto civil.

A legislaçaõ norte-americana considera tambem o casamento como um contracto civil, embora de nutureza especial. As formas solemnes, a assistencia de um sacerdote ou de um magistrado, são usadas e servem para prova do acto, mas não exige-as o direito, que se satisfaz com o simples accordo das partes. (9)

(8) Glasson, — *Le mariage civil* pag. 315 e segs, e *Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre* vol. VI, p. 162 e segs.

(9) Smith, — *Elements*, pag. 138.

Sobre impedimentos (*disabilities*), nada de notavel offerecem as leis americanas, a não ser sua extrema simplificação. A idade matrimonial varia nos diversos Estados, desde doze e quatorze annos até dezoito e vinte e um. Pela *common law*, o rapaz que se casa antes de quatorze annos e a rapariga antes de 12, quando chegam a maioridade, podem dissolver seu matrimonio independentemente de divorcio (10).

(10) Smith,—*op. cit.* pag. 139.

XV

Do casamento dos brasileiros no estrangeiro e dos estrangeiros no Brazil. Provas do casamento, nullidade e annullação, segundo a lei brasileira. Comparação com a de outros povos.

Os brasileiros que se acharem no estrangeiro poderão ali contrahir justas nupcias perante as auctoridades do paiz onde se acharem, segundo a forma usada nelle (art. 47 § 1). Esta disposição derroga um principio adoptado em direito internacional privado de que as condições intrinsecas, a capacidade, se regulam sempre pelo estatuto pessoal, principio a que obdeceram o codigo portuguez, arts. 1065 e 1066, francez, art. 179 e italiano, art. 100.

Si ambos os contrahentes forem brasileiros, poderão realizar seu casamento perante o agente consular ou diplomatico de sua nação, que resida no logar. Neste caso, a lei dominante é exclusivamente a lei brasileira, taes casamentos devem ser registrados no Brazil, e as opposições a elle decididas pela auctoridade judicial da Republica (art. 47 §§ 2 a 4.)

O codigo civil francez, que, aliás, parece ter sido a fonte de nossa lei, neste puncto, exige (art. 170) que as enunciações para casamentos de francez no estrangeiro sejam tambem feitas em França.

Do mesmo modo dispõe o codigo civil italiano, art. 100, 2.º alinea. Essas publicações se fazem, quer o casamento se celebre perante as auctoridades estrangeiras quer perante os agentes consulares ou diplomaticos. E' um elemento de pu-

blicidade preciosissimo, para evitar casamentos contrahidos em opposição ao direito e á moral.

Nossa lei diz mais, art. 48, que suas injunções obrigam aos estrangeiros que se casarem no Brazil. Dos termos absolutos em que é redigida essa proposição, que é reproduzida pelo art. 1896 do projecto Coelho Rodrigues, devemos concluir que o legislador quiz realmente derrogar o principio geralmente acceto em direito internaconal privado, de que as condições de capacidade para os actos da vida civil se devem regular pelo estatuto pessoal do individuo. E esta conclusão se corrobora pela consideração de que, tambem para o brasileiro que casa no estrangeiro, o art. 47 § 1 não impõe a lei nacional para determinar sua capacidade.

Em geral os codigos civis nada dispõe sobre este caso do casamento do estrangeiro, deixando que se regule pelos principios dominantes no direito internacional privado.

E qual é o regimen de bens nos casamentos dos brasileiros, celebrados no estrangeiro, quando sobre esse poncto nada foi estipulado em pacto ante-nupcial? A intenção de submeterem-se à lei nacional é clara, quando recorrem os contrahentes ao representante consular ou diplomatico de sua nação, para que presida à celebração de seu casamento. Mas si esta é feita perante as auctoridades do paiz onde se acharem os nubentes brasileiros, é consequência do systema de nossa lei, que o regimen dos bens se determine pelo direito local.

E' esta uma questão debatida entre os escriptores. A opinião mais geralmente seguida é a que se pronuncia em favor da lei do domicilio adoptado pelo marido no momento da realisação do casamento. E' a opinião de Asser e Rivier (1), confirmada pela jurisprudencia allemã, pelo codigo prussiano, §§ 350 e 351, pelo saxonio § 14, e pelos tribunaes francezes (2). E' tambem a doutrina preponderante na Inglaterra e na America, mas só em relação aos moveis.

A eschola internacionalista italiana tambem considera, como a franceza e allemã, o patrimonio conjugal uma unidade submittida a regras uniformes, mas prefere a lei nacional do marido à de domicilio.

O dec. de 24 de Janeiro admite seis categorias diversas de provas para ser legalmente determinada a existencia do

(1) *Éléments*, § 49.

(2) *Journal du droit international privé*, 1893, pags. 415 e segs.

casamento: 1.^a, certidão extrahida do registro civil, para os que forem celebrados perante as auctoridades brasileiras, no paiz ou no estrangeiro, depois de estabelecida entre nós essa instituição (arts. 49 e 52); 2.^a, para os contrahidos anteriormente ao estabelecimento do registro civil, a certidão extrahida dos livros parochiaes (art. 50); 3.^a, para os celebrados perante as auctoridades estrangeiras, as provas legaes admittidas no respectivo systema juridico; 4.^a, si assentos não tiverem sido feitos por deleixo ou fraude do official publico ou do parochio, ou quando se extraviar o livro do registro civil ou parochial, qualquer genero de prova convincente; 5.^a, a posse do estado de casado tambem será uma prova subsidiaria, mas sufficiente, em caso de contestação não convincente, e para os que morrerem durante elle, salvo provando-se que um dos pretensos conjuges estava ainda vinculado por casamento anterior (art. 51); 6.^a, a sentença que julgou real a existencia do casamento em uma contestação judiciaria.

Comparando este systema da lei brasileira com o acceto por legislações extranhas, notár-se-á que elle contrasta, pela variedade dos meios de prova, com o da lei allemã de 6 de Fevereiro de 1875, que só reconhece um meio de provar o casamento: — a inscripção no registro civil (art. 1). Mas, sendo o registro civil uma instituição nova entre nós, era indispensavel uma disposição de caracter transitorio, como é a do art. 50 de nossa lei, que encontra similares no codigo portuguez, art. 2443, e no hespanhol, art. 53.

Por outro lado, um extremo rigor, nesta materia, poderia trazer graves embaraços e mesmo perturbações a familias. E, por essas razões poderosas, inclinou-se o auctor da lei patria pelo systema dos codigos da França e da Italia, modificando-o, porém, ligeiramente. A primeira modificação está em que aquelles codigos só admittem a prova resultante da posse do estado de casado, quando é solicitada pelos filhos que se acham, por seu turno, na posse do estado de filhos legitimos. A lei brasileira é mais benigna. A' similhaça do codigo civil portuguez, art. 1084, considera reaes os casamentos dos que falleceram, não admittindo prova em contrario, com prejuizo dos filhos de taes pessoas, *salvo provando-se por certidão extrahida do registro civil ou dos livros parochiaes que alguma dellas era casada com outra pessoa*. O codigo hespanhol, art. 54, reproduz a doutrina do francez.

A segunda modificação ou, antes, ampliação, é a da prova resultante de um processo. O código francez (art. 198), e o italiano (art. 122), de accordo com o systema que adoptaram, só cogitam de um processo criminal, intentado contra o official do registro, por culpa ou dolo. O 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 desapareça sem culpa do official publico delle encarregado, é também possível, entre nós, o desaparecimento dos assentos parochiaes por casos fortuitos. Como providenciar? E' necessario o recurso a outros generos de prova, como faculta a lei brazileira (art. 49) e, havendo contestação, si as provas exhibidas pro e contra a existencia do casamento se contrabalançarem, *a duvida será resolvida em favor do casamento si os conjuges tiverem vivido ou viverem na posse desse estado* (art. 53).

E' mais amplo, mais liberal o systema da lei patria, e mais consentaneo com as nossas proprias condições.

No capitulo referente á nullidade e annullação do casamento o dec. brazileiro de 24 de Janeiro afastou-se do systema francez. Ahi se conhecem uma nullidade absoluta e outra relativa, que poderiam corresponder ao casamento nullo e annullavel da lei patria, si tres razões a isso não se oppozessem: 1.^a, as causas de nullidade absoluta são, no direito francez, a falta de idade, a bigamia, o incesto e a clandestinidade, ás quaes o código italiano (art. 104) acrescenta o crime de homicidio ou tentativa delle, commettido contra pessoa casada, que inhabilita o delinquente para contrahir casamento com o conjuge sobrevivente, seu code-linquent. Ora as causas de nullidade, pelo direito patrio vigente, são um tanto diferentes, pois que a lei não fala da insufficiencia de idade nem da clandestinidade (1) e acrescenta o adulterio, além do homicidio que já fora incluído pelo código italiano.

2.^a. Ha nullidades absolutas que podem ser cobertas, no direito francez. Tal é a que nasce da impuberdade dos contrahentes. Pelo systema da lei patria, as nullidades não se podem cobrir, o casamento nullo não produz efeito algum

(1) Si as condições de publicidade forem essenciaes e insupríveis, o casamento não existirá sem ellas (dec. de 24 de Janeiro art. 108, 1.^a parte).

em relação aos contrahentes nem aos filhos (art. 61), salvo o caso do casamento putativo (art. 75). As nullidades relativas do direito francez, nascendo apenas do vicio do consentimento dos contrahentes ou da falta de auctorisação por parte dos ascendentes ou da familia, não correspondem também exactamente aos casos de annullação da lei patria. Temos de acrescentar a insufficiencia de idade que, entre nós, torna o casamento apenas annullavel. Nossa lei, além disso, definiu os casos de erro sobre a pessoa, os quaes ella considerou capazes de viciar o consentimento (art. 72). Entre elles está a impotencia, sobre a qual silenciou o código francez.

3.^a O casamento nullo do nosso direito não produzindo efeitos, os filhos delle provenientes são illegitimos, pela razão de que perante a lei não houve casamento. No direito francez, as nullidades, embora absolutas, não são de pleno direito, e portanto, si não são pronunciadas, o casamento produzirá os efeitos de legitimo. Isto sómente tem applicação, entre nós, quando o casamento é simplesmente annullavel, sendo que os filhos tidos ou concebidos antes da annullação se reputam legitimos (dec. art. 70).

A lei argentina, arts. 89 a 92, faz como a nossa, distincção entre nullidade e annullação, mas ha diferenças notaveis entre ambas. Os impedimentos não são os mesmos em uma e outra, do que resulta, uma diferença nos casos de annullação, apesar da identidade nos de nullidade. O dolo, que não foi admittido pelo direito patrio, francez, italiano e pela generalidade das legislação, é um motivo para annullação do casamento, segundo a lei argentina.

O projecto de código civil allemão distinguuiu: 1.^o a *nullidade radical*, por vicio nas formalidades legais da celebração do casamento, e cujos efeitos a boa fé dos contrahentes não attenua; 2.^o a *nullidade* por incapacidade absoluta, bigamia e incesto; 3.^o, e a simples *annullabilidade*, por violencia, dolo, erro, insufficiencia de idade e falta de auctorisação do representante legal (art. 1250 e segs). Essa *nullidade radical*, que se deduz também das disposições de nossa lei, seria melhor que fosse especialmente declarada, para se evitarem duvidas possiveis, em alguns casos. O exemplo do projecto allemão é digno de ser imitado (2).

(2) No direito inglez, a nullidade, que se não distingue da annullação, póde, em principio, ser pedida por qualquer pessoa interessada (*Glasson, — Inst. de l'Angleterre*).

O art. 75 do dec. de 24 de Janeiro admite que o casamento nullo ou annullado produza effeitos civis quer em relação aos conjuges, quer aos filhos, si for contrahido de boa fé, a qual só aproveitará áquelle dos conjuges que a possuir. E' a theoria do casamento putativo, que a equidade encravou na generalidade das legislações, mas attribuindo-lhe estas ora consequencias mais latas, ora mais restrictas. Na classe das legislações de character restrictivo, neste assumpto, está a ingleza. O casamento putativo só produz effeitos entre os conjuges, mas não em relação a terceiros; os filhos delle nascidos são illegitimos; e a mulher de um bigamo não poderá reclamar os direitos que a lei confere ás viúvas (3).

(3) *Glasson, — op. cit. pag. 176.*

XVI

Effeitos do casamento. Evolução das relações jurídicas entre conjuges. Direitos communs a ambos os conjuges, direitos especiaes a cada um, e incapacidade da mulher casada, segundo o direito patrio, em comparação com o portuguez, o hespanhol, o francez, o italiano, o allemão, o suizo, o inglez, o americano do Norte e o argentino.

O casamento, creando uma cellula nova no organismo social, a familia, constitue-se foco de irradiação para numerosas e importantes relações que se disseminam por varios segmentos do direito privado. aos quaes imprimem os tons de suas feições. A legitimidade da familia, abrangendo até os filhos anteriormente nascidos; o parentesco com suas consequencias jurídicas, entre as quaes avultam os direitos a alimentos e a successão, o direito e dever de exercer tutelas da lei e os impedimentos para enlazes matrimoniaes; as relações pessoaes entre os conjuges e as que dizem respeito aos bens; as relações entre paes e filhos legitimos, são effeitos que decorrem natural e precipuamente de uma causa mesma, que é o casamento.

Deixando, porém, de lado, neste momento, as outras relações, vai a presente lição occupar-se especialmente com as que se tecem entre marido e mulher, creando direitos e deveres communs a ambos e especiaes a cada um.

O direito dos povos antigos em suas remotas manifestações, consagra todo a incapacidade jurídica, a inferioridade doméstica e civil da mulher, embora se possam descobrir vestígios de um tempo em que a família repousou essencialmente sobre o vínculo do parentesco feminino e em que certa classe de mulheres gozava de alta consideração. Mas esses factos, creio firmemente, não nos auctorisam a dar como real um estado jurídico de supremacia feminina, o matriarchado, antecedendo, na historia do genero humano, o governo varonil.

Aquella mesma consideração especial da mulher, ao tempo em que o vínculo do parentesco se prendia pela linha feminina, diminuiu e desapareceu, quando os homens iniciaram o casamento exógamo, pelo rapto e pelo aproveitamento das captivas, e quando os povos estabeleceram a família sobre as bases da religião. No primeiro caso, a mulher era uma estrangeira e, portanto, sem direitos; no segundo, o marido era o pontífice do lar e a mulher lhe era hieraticamente inferior, porque não podia exercer os officios da liturgia domestica.

No código de Manú, se lê que a mulher, durante sua infancia, depende do pae, durante a mocidade, de seu marido, morrendo este, de seus filhos, não havendo filhos, do parente mais proximo de seu marido, porque a mulher nunca deve governar-se por seu alvedrio. No direito grego essa doutrina se reproduz, como nos instrue Demosthenes, e no direito germanico, vemol-a exarada na lei dos saxonios, na lei salica e na dos lombardos.

Em Roma, a forma conjugal juridica dos primeiros tempos attribue ao marido uma auctoridade extraordinaria (*manus*) sobre a mulher, que era tida como filha do marido, podendo ser por elle castigada e punida, (1) tendo por garantia unica, nos casos graves, o conselho dos parentes, e nada podia possuir nem adquirir como proprio. Com a introdução dos casamentos livres, *sine manus conventione*, si bem que se mantivesse ainda o direito de morte, decretada pelo *judicium domesticum* para as culpas mais graves, como o adulterio, a magia, o homicidio, falsificação das chaves, a embriaguez, e mesmo o direito de morte *sine judicio*

(1) As Ords. philippinas, liv. 5, tit. 36, ainda concediam ao marido o direito de castigar a mulher, mas esse uso, « tam repugnante com a dignidade humana », segundo se expressa Lafayette, foi abolido pelo cod. criminal brasileiro de 1830.

no caso de adulterio *in flagranti*, comtudo a condição economica da mulher se transformou de modo completo, pois que seus bens não passaram mais para o patrimonio do marido, erigindo-se, então, o regimen dotal, e dessa condição economica resultaram consequencias notaveis tendentes a erguer a individualidade da mulher na familia. O progresso da cultura humana assignalou definitivamente a posição da mulher no lar domestico, cercanda-a de direitos e impondo-lhe obrigações tendentes a consolidar e ennobrecer a sociedade familiar.

Para maior clareza e mais facil comprehensão do que sobre este objecto dispõe o direito patrio, distinguirei, com os civilistas, tres categorias de relações :

1.^a, *Deveres communs a ambos os conjuges*, que são : a) de fidelidade reciproca (cod. penal, art. 279); b) de convivencia perpetua, salvo si pela auctoridade competente foi concedida a separação ou o divorcio (dec. de 24 de Janeiro, art. 88); c) de mutua assistencia (D. 24, 3 fr. 22 § 7) (2).

2.^a, *Direitos especiaes do marido*, que constituem, tomados em seu conjuncto, o que se continua a chamar *poder marital*, e, por algumas legislações, *tutela marital*. Por nossa legislação, os direitos que competem particularmente ao marido são : a) fixar o domicilio da familia (dec. cit. art. 56 § 3); b) representar e defender a mulher nos actos judiciaes, direito este que é, ao mesmo tempo, um dever (dec. cit. art. 56 §§ 2 e 5); c) administrar os bens communs e aquelles que, por contracto antenuptial ou em virtude da lei, devam ser administrados por elle (dec. cit. art. 56 § 2) (3); d) auctorisar a profissão da mulher e dirigir a educação do filho menor (dec. cit. art. 56, § 3 e cod. comm. art. 1 §§ III e IV).

Correspondem egualmente a esses os direitos que o código civil francez confere ao marido, os quaes foram synthetizados no art. 213 de modo a dar a feição peculiar desse corpo de leis, sobre o assumpto em questão.

(2) Estes direitos e deveres communs a ambos os conjuges não discrepam nas legislações occidentaes. Vejam-se o cod. civil francez, arts. 212—214, o portuguez, art. 1184, o de Zurich, art. 583, o italiano, art. 130, o hespanhol, art. 53, lei argentina, arts. 55, 56 e 58.

(3) As limitações, que a lei oppõe á amplitude da administração do marido, são detalhes do direito civil que ficaram fóra do quadro destas simples noções, por exigencias da brevidade.

O direito dos povos antigos em suas remotas manifestações, consagra todo a incapacidade jurídica, a inferioridade doméstica e civil da mulher, embora se possam descobrir vestígios de um tempo em que a família repousou essencialmente sobre o vínculo do parentesco feminino e em que certa classe de mulheres gozava de alta consideração. Mas esses factos, creio firmemente, não nos auctorisam a dar como real um estado jurídico de supremacia feminina, o matriarchado, antecedendo, na historia do genero humano, o governo varonil.

Aquella mesma consideração especial da mulher, ao tempo em que o vínculo do parentesco se se prendia pela linha feminina, diminuiu e desapareceu, quando os homens iniciaram o casamento exógamo, pelo rapto e pelo aproveitamento das captivas, e quando os povos estabeleceram a familia sobre as bases da religião. No primeiro caso, a mulher era uma estrangeira e, portanto, sem direitos; no segundo, o marido era o pontífice do lar e a mulher lhe era hieraticamente inferior, porque não podia exercer os officios da liturgia domestica.

No codigo de Manu, se lê que a mulher, durante sua infancia, depende do pae, durante a mocidade, de seu marido, morrendo este, de seus filhos, não havendo filhos, do parente mais proximo de seu marido, porque a mulher nunca deve governar-se por seu alvedrio. No direito grego essa doutrina se reproduz, como nos instrue Demosthenes, e no direito germanico, vemol-a exarada na lei dos saxonios, na lei salica e na dos lombardos.

Em Roma, a forma conjugal jurídica dos primeiros tempos attribue ao marido uma auctoridade extraordinaria (*manus*) sobre a mulher, que era tida como filha do marido, podendo ser por elle castigada e punida, (1) tendo por garantia unica, nos casos graves, o conselho dos parentes, e nada podia possuir nem adquirir como proprio. Com a introdução dos casamentos livres, *sine manus conventione*, si bem que se mantivesse ainda o direito de morte, decretada pelo *judicium domesticum* para as culpas mais graves, como o adulterio, a magia, o homicidio, falsificação das chaves, a embriaguez, e mesmo o direito de morte *sine judicio*

(1) As Ords. philippinas, liv. 5, tit. 36, ainda concediam ao marido o direito de castigar a mulher, mas esse uso, « tam repugnante com a dignidade humana », segundo se expressa Lafayette, foi abolido pelo cod. criminal brasileiro de 1830.

no caso de adulterio *in flagranti*, comtudo a condição economica da mulher se transformou de modo completo, pois que seus bens não passaram mais para o patrimonio do marido, erigindo-se, então, o regimen dotal, e dessa condição economica resultaram consequencias notaveis tendentes a erguer a individualidade da mulher na familia. O progresso da cultura humana assignalou definitivamente a posição da mulher no lar domestico, cercanda-a de direitos e impondo-lhe obrigações tendentes a consolidar e ennobrecer a sociedade familiar.

Para maior clareza e mais facil comprehensão do que sobre este objecto dispõe o direito patrio, distinguirei, com os civilistas, tres categorias de relações :

1.^a, *Deveres communs a ambos os conjuges*, que são : a) de fidelidade reciproca (cod. penal, art. 279); b) de convivencia perpetua, salvo si pela auctoridade competente foi concedida a separação ou o divorcio (dec. de 24 de Janeiro, art. 88); c) de mutua assistencia (D. 24, 3 fr. 22 § 7) (2).

2.^a, *Direitos especiaes do marido*, que constituem, tomados em seu conjuncto, o que se continua a chamar *poder marital*, e, por algumas legislações, *tutela marital*. Por nossa legislação, os direitos que competem particularmente ao marido são : a) fixar o domicilio da familia (dec. cit. art. 56 § 3); b) representar e defender a mulher nos actos judiciaes, direito este que é, ao mesmo tempo, um dever (dec. cit. art. 56 §§ 2 e 5); c) administrar os bens communs e aquelles que, por contracto antenupcial ou em virtude da lei, devam ser administrados por elle (dec. cit. art. 56 § 2) (3); d) auctorisar a profissão da mulher e dirigir a educação do filho menor (dec. cit. art. 56, § 3 e cod. comm. art. 1 §§ III e IV).

Correspondem egualmente a esses os direitos que o codigo civil francez confere ao marido, os quaes foram synthetizados no art. 213 de modo a dar a feição peculiar desse corpo de leis, sobre o assumpto em questão.

(2) Estes direitos e deveres communs a ambos os conjuges não discrepam nas legislações occidentaes. Vejam-se o cod. civil francez, arts. 212—214, o portuguez, art. 1184, o de Zurich, art. 583, o italiano, art. 130, o hespanhol, art. 53, lei argentina, arts. 55, 56 e 58.

(3) As limitações, que a lei oppõe á amplitude da administração do marido, são detalhes do direito civil que ficaram fóra do quadro destas simples noções, por exigencias da brevidade.

Ao passo que, em nosso direito, e poder marital vaee tendendo a desaparecer nos costumes e na lei, o código civil francez o mantem, sem nomeal-o, quando diz, no art. citado: « o marido deve proteccão á mulher e esta obediencia a seu marido ». Si o código italiano deixou em silencio esta segunda parte do trecho transcripto, não a esqueceram os de Portugal, art. 1185 e de Hespanha art. 57.

« A mulher é obrigada a habitar com o marido e a seguir-o para onde elle julgar conveniente residir, » diz ainda o código francez, art. 214, e sua doutrina, que, aliás, nada tem de anormal, é reproduzida pelos códigos italiano, art. 131, hespanhol, art. 38, portuguez, art. 1196 e argentino, art. 58. Mas a não ser o italiano, todos esses códigos offerecem abrandamentos ao rigor da regra geral necessaria. Quando ha perigo de vida na execução desse dever, necessario será excusar d'elle a mulher, como preceituam o código de Zurich, art. 585, e o argentino, art. 58, *in fine*. A retirada do marido para o estrangeiro é tambem, na Hespanha e em Portugal, uma excusa legitima. (cod. port. art. 1186, hesp. art. 58).

A jurisprudencia franceza, porém, com o apoio de que não se deparam excepções áquelle preceito do código napoleónico, tem facultado aos maridos requererem a força publica para constrangerem a mulher a manter-se no tecto conjugal (4). Mas visivelmente desconhece a natureza da sociedade matrimonial uma tal doutrina. Desde que a mulher abandona o tecto conjugal, cessa para o marido o dever de alimental-a e protegel-a, e cabe-lhe o de recorrer ao divorcio, segundo a maioria das legislações. O que é incompativel com a natureza das relações conjugaes é o constrangimento pela força. O código de Zurich, art. 588, expressamente o regeita e nisso é apoiado pelo voto dos civilitas.

3.^a, *Direitos especiaes da mulher*. Si aos direitos do marido, correspondem deveres da mulher, esta, por seu lado, é tambem um foco de onde se irradiam direitos tendentes a assegurar seu bem estar e sua dignidade na vida conjugal. Como direitos proprios da mulher, reconhece nosso direito os seguintes: a) usar do nome de familia do marido e gozar das honras e direitos que se lhe possam communicar (dec. cit. art. 56 § 4); b) exigir do marido sustento e defeza para sua pessoa e para seus bens (art. cit.

(4) Laurent,—*Cours élémentaire*, I, n. 502.

§ 5). Não ha discrepancia, nas legislações dos povos occidentaes, a respeito destes dois casos. Na variedade possível da linguagem, se mantem a unidade substancial dos principios. Póde-se fazer apenas uma excepção para o direito allemão. E' certo que, desde o tempo de Tacito, os esposos são considerados, pelo direito germanico, associados com direitos eguaes, dada ao marido a preponderancia natural que lhe cabe como chefe da sociedade e representanté da familia. E, por isso mesmo, a mulher, si tem dever de acompanhhal-o, participa de seu nome e estado. Mas, si o casamento é feito segundo a lei salica ou morganatica, não dá direito á mulher a gozar do nome nem da posição do marido, sendo-lhe apenas consignada uma pequena quota nos bens d'elle (5).

Além dos direitos já indicados, ainda cabe á mulher, pela legislação patrum, os que passo a enumerar: c) reivindicar os bens de raiz alienados sem sua auctorisação. Este direito nasce da exigencia que faz nossa lei de outorga da mulher para alienação de bens immoveis, no que está de accordo com o código civil portuguez art. 1191 e com alguns direitos territoriaes da Allemanha. Essa necessidade de consentimento da mulher para as alienações dos immoveis, em todos os casos, é desconhecida em varios systemas juridicos, como sejam; os da França, da Italia, e da Argentina. Mas, em Portugal mesmo, as alienações dos immoveis proprios do marido só podem ser annulladas, achando-se elle constituido em responsabilidade para com a mulher e não tendo outros bens pelos quaes responda (cod. art. 1191, § 2).

d) Rehaver, independentemente de indemnisação, as cousas moveis ou immoveis doadas ou alienadas pelo marido á concubina ou á mulher com quem haja tido afeição carnal (Ord. liv. 4, tit. 66). Em direito francez e italiano as disposições a titulo gratuito dos bens communs são, em geral, vedadas ao marido. Não se encontra ahí, porém, um principio equivalente ao do direito patrum.

e) Vender bens 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 reservados com essa clausula.

(5) Gerber,—*System*, cit. § 224. Roth, entretanto, faz notar, fundado no art. 72 da lei de 6 de Fevereiro de 1875, que esses casamentos só são hoje permittidos ás familias soberanas e á familia Hohenzollern (*System*, II, § 91, nota 4).

f) Propor acção de nullidade de casamento ou de divórcio e pedir alimentos provisionaes e os que o direito lhe assegura.

Do que acaba de ser exposto resulta que, embora depositaria de direitos importantes, a mulher casada é civilmente incapaz, porquanto a liberdade de disposição de sua pessoa e bens é limitada, conferindo-se ao marido uma certa auctoridade ou tutela sobre sua consorte, segundo a expressão admittida nas legislações de origem tedesca.

Segundo o nosso direito, a mulher casada não poderá adquirir bens, contrahir obrigações, exercer qualquer profissão, sem que o marido lhe dê a necessaria auctorisação ou, em falta delle, o juiz. E igualmente assim dispõem os codigos francez, italiano, hespanhol, portuguez, e argentino. Nota-se, entretanto, que alguns desses regimens juridicos são mais rigoristas, como o francez que exige sempre uma auctorisação especial, salvo o caso da mulher commerciante, e restringe muito as occasiões de suspender a incapacidade adjectivada à mulher casada. Outros, porém, mais benignos e mais racionaes, como o italiano, o argentino e o nosso, embora não absolutamente identicos, ampliam-se mais, abrem um campo maior à capacidade da mulher e amparam-na mais prudentemente contra as possiveis delapidações.

Em alguns *Landrechte* allemães e codigos suissos, a mulher casada estando sob a tutela marital (*eheliche Vormundschaft*), não tem capacidade para agir validamente, segundo o direito, sinão excepcional e restrictissimamente, em casos especificados na lei. Ao contrario, pelo direito allemão commun e por alguns estatutos particulares, a capacidade da mulher não se restringe com o casamento, não podendo ella dispor de seus bens proprios e de sua parte nos communs, sinão emquanto seus actos de disposição « oppozerem-se aos direitos conferidos ao marido pelo regimen de bens adoptado » (6).

A *common law* ingleza eliminou completamente a personalidade juridica da mulher casada, que ficava absorvida na de seu marido, o qual respondia até pelos crimes della. De 1870 a esta parte, se tem operado, no direito inglez, um certo movimento para retirar a mulher casada dessa morte civil.

Si o marido prescinde de sua outorga para qualquer es-

(6) Roth,—*System*, II § 91.

pecie de alienação, por se considerarem de seu patrimonio os bens do casal, por seu lado ella já hoje pôde ter alguns bens proprios (lei de 1882). Si não pôde estar só em juizo, si não pôde agir validamente, a não ser como mandatária do marido, a jurisprudencia lhe permite que, sendo abandonada por elle, ainda que não judicialmente separada, possa ter um domicilio proprio (7).

Nos Estados-Unidos da America do Norte, a *common law* ingleza, com seus principios de absoluta incapacidade da mulher casada, se mantem inalterada em alguns estados, porém, na maior parte delles, tem sido alterada por actos legislativos posteriores, no sentido de attribuir facultades juridicas à mulher, quanto à posse e administração de bens e quanto mesmo à direcção de sua pessoa. A variedade dessas legislações, porém, não permite dar-se-lhes a summa em poucas palavras.

(7) *Journal du droit intern. privé*. III, pag. 191.

XVII

Do regimen dos bens no casamento. Liberdade de nosso direito em relação ás convenções antenuciaes. Concordancia com outras legislações. Systema restrictivo adoptado por alguns codigos. Si os pactos antenuciaes se podem alterar. Algumas legislações a respeito. Origem e evolução da communhão de bens entre conjuges. Communhão legal pelo direito patrio, portuguez, allemão e hollandez. Que bens se communicam. Como termina a communhão. Communhão legal pelo direito francez, italiano e hespanhol. Que bens comprehende e como termina. Systema do codigo argentino. Limites que lhe oppõe o direito italiano. Outras modalidades da communhão. A quem compete a administração dos bens comuns.

O casamento não origina somente relações pessoaes entre os conjuges. Promanam delle igualmente relações economicas que se submettem á normas especiaes.

O conjuncto dos principios juridicos que regulam as relações economicas dos conjuges constitue o que se denomina *regimen de bens no casamento*, o qual procede da lei ou de um contracto.

A Ord. liv. 4, tit. 46 permite que se façam quaesquer convenções antenuciaes para regular o modo de administrar e dispor dos bens de ambos os conjuges na constancia do matrimonio. A essa ampla liberdade do velho codigo

philippino, apenas se oppõem as restricções que nascem da offensa ás leis, aos bons costumes e aos fins naturaes do casamento. O dec. de 24 de Janeiro manteve esse preceito, mas não sem restringil-o, impondo o regimen dotal em alguns casos (arts. 58 e 59), e o da separação si tractar-se de esposos divorciados que se reconciliarem.

Esta liberdade para a regulamentação contractual do direito dos bens no casamento, que é garantida por nosso direito, e que não nos veio da legislação romana, teve ingresso na maior parte dos systemas juridicos dos povos eccidentaes, na Alemanha, em França (cod. civ. arts. 1387—1389), na Hespanha (cod. civ. arts. 1315 e segs) em Portugal (cod. civ., art. 1096) Outras legislações, ao contrario, não deixam á livre disposição das partes a determinação do modo pelo qual se devam regular os bens que levam para a vida conjugal ou durante ella adquirem.

O legislador julgou prover melhor ás necessidades e interesses de todos, estabelecendo um regimen ao qual se tem de submitter os que se conjugam pelo matrimonio. Na Suissa, a liberdade para os pactos antenuciaes não existe em muitos cantões, ou porque não se faculta aos esposos derogar o regimen legal por um contracto, e esta é a regra geral, ou porque se exige a homologação do juiz, como em Zurich e Appenzell. Na Inglaterra e naquelles Estados da União norte-americana onde ainda vigora a *common law*, a lei torna a si regular as relações economicas dos esposos. O codigo argentino tambem deve ser incluído neste grupo, porquanto só permite que os conjuges façam convenções antenuciaes, para designarem os bens que cada um possui ao tempo da celebração do casamento; para reservarem, a favor da mulher, a administração de algum bem de raiz seu; para firmarem as doações que o marido fizer á mulher; ou as que ambos se fizerem dos bens que deixarem por morte. Fora desse circulo, não é admissivel convenção alguma outra sobre os bens dos consortes (art. 1217 e §§).

Os contractos antenuciaes devem ser lavrados por escriptura publica anterior ao matrimonio e não poderão ser alterados nem revogados na constancia deste. E' a doutrina de nosso direito com o qual concordam, em grande maioria, os codigos vigentes. Citarei o francez, arts. 1394 e 1395, o portuguez, arts. 1097 e 1105, o argentino, art. 1227, o chileno, art. 1716, o italiano arts. 1383 a 1385, e hespanhol, arts. 1320 a 1324.

Estes principios, no entanto, não vigoram para a Allemanha, onde, pelo direito commum, pelo saxonio e pelo prussiano, (1) os pactos nupciaes se podem celebrar antes da entrada para a vida conjugal ou já depois de ella iniciada. E' tambem admissivel que se alterem e modifiquem os regimens de bens firmados contractualmente, respeitandose todavia, os direitos adquiridos de terceiros.

A mesma doutrina, quanto ao tempo da formação dos contractos matrimoniaes e á possibilidade de sua alteração e solução na constancia do casamento, com ressalva dos direitos de extranhos, se deprehe de do silencio do codigo civil geral d'Austria, a respeito (2).

Os regimens de bens no casamento, embora affectem modalidades diversissimas, se reduzem todos a dois typos, o da communhão e o da separação, da combinação dos quaes resultou essa produção polymorphica de tantos regimens diferentes consignados nos codigos e engendrados pelas convenções dos individuos.

Considerarei, em primeiro lugar, 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 o casamento e que faz do marido e da mulher uma só pessoa, *caro una*. Realmente a communhão de bens unifica os patrimonios dos conjuges, ou totalmente, formando delles uma só massa sob a propriedade e posse indivisas de ambos, quando é universal, ou limitadamente, quando é parcial, abrangendo somente certa classe de bens.

Este regimen, inteiramente desconhecido no direito romano, é uma criação inestimavel devida á fecunda organização juridica dos germanos, que o derramaram por quasi toda a Europa. A communhão de bens, que é uma transformação do *Morgengabe*, foi introduzida na peninsula ibérica pelos barbaros que ali vieram disputar o solo aos dominadores romanos, radicou-se nos costumes, appareceu, sob uma forma ainda circumscripta, no *codigo visigothico*, e, mais tarde, já consolidada, e desenvolvida, tomou espaço nas Ordenações affonsinas, manuelinas e philippinas, passando para o Brazil com a colonisação portugueza, mas encontran-

(1) Roth, — *System*, II, § 93; cod. saxonio, § 1691; cod. prussiano, §§ 215, 251, 252, 354 a 358.

(2) Roth, — *System*, II, § 93, nota 11.

do, deste lado do Atlantico, terreno preparado para receber-a (3).

O regimen da communhão é *legal* ou *convencional*. E' legal, quando é a lei que o estabelece na ausencia ou na invalidade de qualquer contracto, preferindo-o a qualquer outro. E' convencional, quando directamente escolhido pelos contrahentes.

Por direito patrio, a communhão é o regimen *legal* por excellencia, porque, salvo casos especializados na lei (dec. arts. 58 e 90), elle prevalecerá, reputando-se adoptado, sempre que não existir um pacto derogatorio d'elle (Ord. liv. 4, tit. 46, e dec. de 24 de Janeiro art. 57).

A communhão *legal*, por direito patrio, é universal, porque abrange a totalidade dos bens que os esposos trazem para a sociedade conjugal e os que na constancia della adquirirem.

Para que se dê esta communhão, se faz necessario: 1.º que se tenha realisado um casamento valido ou tido por tal; 2.º que não tenham os conjuges estipulado alguma coisa em contrario, ou que seja nullo o pacto concluido; 3.º que haja passado o primeiro dia apoz a celebração do casamento, si não provar-se que o matrimonio foi consummado (Ord. cit. § 1, dec. art. cit.) Esta ultima condição é uma persistencia de falsas idéas introduzidas pelo direito canonico, e creio que tambem vestigio, sobrevivencia attestando a origem da communhão de bens entre os conjuges, que foi o *Morgengabe*, o presente do dia seguinte. Hoje nada, porém, significa, e apenas será occasião de contendas vergonhosas, como ponderou Coelho da Rocha.

A communhão universal de bens é tambem o regimen da lei, em Portugal (cod. civil, arts. 1098 e 1108), na Hollanda (cod. civil, art. 175), em varios paizes da Allemanha, como sejam: no reino da Prussia, (cod. arts. 363 e segs. no da Baviera, no Grão-ducado de Hessen-Darmstadt, no de Mecklenburg—Schwerin, no de Mecklenburg-Strelitz, no de Sachsen-Meiningen, no ducado de Sachsen Coburg, no principado de Rudolstadt, no de Lippe-Deimold, na cidade de Bremen, onde este regimen remonta a um estatuto de

(3) Não insisto sobre o curioso assumpto da evolução deste regimen. Remetto o leitor para os meus *Apontamentos sobre a evolução de alguns regimens de bens*, na *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*, Vol. II, pags. 137 e segs.

1433, e na de Hamburgo (4). Em nenhum desses systemas juridicos, em que a communhão geral é o regimen da lei, se faz exigencia do requisito da consummação do matrimonio ou da demora de um dia para effectuar-se a communicação dos bens.

A communhão universal importa a communicação de todos os bens presentes e futuros; mas a lei estabelece excepções a esta regra fundamental. Assim não se communicam as dividas passivas anteriores ao casamento, salvo si nascerem de despezas com os seus preparativos ou si o outro conjuge participar das vantagens dellas. Também não se communicam: 1.º, as pensões, tenças e rendas simillhantes, concedidas especialmente a algum dos conjuges ou a elle transmittidas hereditariamente; 2.º, os bens emphyteuticos, quando o aforamento tiver sido concedido antes do casamento; 3.º, os bens doados ou deixados com a clausula da não communicabilidade; 4.º, os bens herdados pelo binubo por morte de filho de outro matrimonio, existindo irmãos germanos do filho fallecido; 5.º, 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 nupcias, sem que hajam decorridos dez mezes, depois de dissolvido ou annullado o casamento anterior; 6.º, os bens gravados de fideicommisso e o direito do herdeiro fideicommissario, antes de realisada a condição suspensiva; 7.º, os vestidos e roupas de uso pessoal dos esposos e os presentes de esponsaes (5).

Estas excepções são as mesmas do codigo civil portuguez. art. 1109 e 1110, menos as que se referem a pensões e fideicommissos. No direito allemão, os bens subtrahidos á communhão são em numero mais limitado. Os feudos, os fideicommissos familiares, as roupas de uso, os bens reservados a cada esposo (*Einhands-oder--Sondergueter*) são, em geral, os objectos incommunicaveis.

Cessa a communhão de bens entre conjuges, segundo o direito patrio: 1.º, pela morte de um delles; 2.º, pela sentença que annulla o casamento, declarando-o putativo; 3.º, pelo divorcio (separação de corpos). Neste ultimo caso,

(4) Roth.—*System*, II, § 403.

(5) Teixeira de Freitas.—*Consolidação*, arts. 113—116; Lafayette.—*Direitos de familia*, § 60; Coelho da Rocha.—*Instituições* §§ 244—246, dec. de 24 de Janeiro, art. 100.

ainda que os esposos se reconciliem, os respectivos bens se conservarão separados (dec., arts. 88 e 89).

O direito allemão, além dos casos de dissolução por morte, nullidade e divorcio, conhece mais os seguintes: 1.º, para garantia, contra uma administração ruinosa, permitem alguns estatutos que a mulher peça a cessação do regimen; 2.º, ainda outros estatutos facultam-na aos conjuges, quando morrerem todos os filhos communs (6). A ausencia definitiva é também designada especialmente como um modo de terminar a communhão, pelo direito allemão, como pelo francez e italiano, mas equivalendo ella á morte, está logicamente incluída nas hypotheses da legislação patria.

O direito francez também conhece e regula a communhão universal, porém somente determinada por um contracto (cod. civil, art. 1526). A communhão *legal*, que começa com a celebração do casamento (cod. art. 1399), não abrange os immoveis possuidos antes dessa epocha nem os posteriormente adquiridos a titulo gratuito. O codigo hespanhol deu um passo adiante no caminho do systema restrictivo e preferiu, para regimen da lei, a communhão dos acquistos (cod. civil, art. 1315), mas não prohibiu que as convenções particulares estendessem-na á totalidade dos bens, como fez o legislador italiano que, adversario da communhão universal, procreveu-a em termos expressos (cod. civil, art. 1433). Na Italia não ha regimen *legal* no sentido de suppor-se acceito no silencio das partes. Estas podem estipular o modo de ser da sociedade conjugal quanto aos bens. Porém o codigo regula o systema dotal e o da communhão de aqueridos que comprehende os mesmos bens indicados no codigo hespanhol, art. 1401, e são: as aquisições a titulo oneroso, pelo patrimonio commum, pela industria de qualquer dos conjuges e os rendimentos dos bens communs e dos proprios de cada esposo (conf. cod. italiano, art. 1435).

As causas determinantes da dissolução da communhão, nestes tres systemas juridicos são, além da morte, nullidade e divorcio (7), communs com as de nosso direito: 1.º a separação de bens, pedida pela mulher quando a fortuna commum ameaça sossobrar, (cod. francez, art. 1443 e italia-

(6) Roth.—*System*, § 109.

(7) Comprehendo nesta expressão o divorcio propriamente dicto, que deschece nossa lei, e a separação de corpos.

no, art. 1442), sendo de notar que as providencias do código hespanhol são mais extensas, embora não completas (arts. 1432 e segs.) (8); 2.º, pelo código italiano, art. 1444, a perda dos direitos civis ou a interdição civil, segundo a expressão do código hespanhel (art. 1433).

O código argentino só conhece um regimen de bens que é uma communhão de adquiridos, semelhante a dos códigos a que me tenho já referido, porém desenvolvida mais systematicamente, regulada acurada e minuciosamente.

Além da communhão universal e das parciaes de que já tenho feito menção, isto é, a que exclue os immoveis possuidos antes do casamento e alguns dos adquiridos depois, e a dos acquestos, muitas outras modalidades são possiveis e algumas particularmente reguladas no direito allemão e no francez. Indicarei como principaes: a communhão dos immoveis e dos moveis (*ameublisement*), a dos moveis somente (*mobilargemeinschaft*), e a communhão administrativa (*Verwaltungsgemeinschaft*) do código Saxonio, arts. 1630—1770, pela qual cabe ao marido o direito de administrar e usufruir os bens da mulher, conjunctamente com os seus, excluidos os reservados (*Soulergut, Vorbehalt*).

A administração dos bens communs em todas essas hypotheses pertence ao marido como chefe da sociedade conjugal, apenas excepcional ou transitoriamente será attribuido esse direito à mulher.

(8) Coelho da Rocha,—*Instituições* § 240, fala tambem da separação de bens, apoiado em Guerreiro e Pegas, mas não está na lei patria esta especie.

XVIII

Regimen dotal, sua origem e sua actualidade, segundo o direito patrio comparado com o dos povos cultos. Si o dote do código argentino corresponde à noção romana. Em que caso o dote é regimen legal por nosso direito; em que casos, pelo direito allemão. Esta instituição perante o direito inglez e norte-americano. Classes de bens no regimen dotal. Evicção. Arrhas. Separação de bens, segundo o direito patrio, o portuguez, o francez e o norte-americano. Regimens do direito inglez e suizo.

A primeira manifestação historica assignavel do dote, na accepção romana da palavra, são os presentes nupciaes feitos ao marido, no intuito, sem duvida, de facilitar os casamentos, costume este que appareceu em substituição à compra real das mulheres, mas que com elle coexistiu por certo, durante algum tempo, como pode-nos testemunhar a celebrada usança dos babilonios consistente em formar, para as raparigas desprovidas de belleza, um dote com o preço que aos pretendentes custava a posse das bellas (1). E', porém, em Roma que o dote toma a sua feição caracteristica, erigindo-se em regimen exclusivo regulador do direito dos bens entre conjuges.

Com o apparecimento dos casamentos livres, *sine manus conventione*, o dote generalisou-se e tornou-se obrigato-

(1) Sobre a historia do instituto dotal e das arrhas matrimoniaes, vide meus *Apostamentos* citados, na *Revista Academica*, vol. II p. 147 e segs.

rio, como si fosse uma compensação do direito que perdia o marido sobre os bens trazidos pela esposa. Mas, então, o dote não passava de uma doação commum, feita por occasião do casamento, e, só por convenção, podiam os bens que o constituíam ser restituídos depois de dissolvida a sociedade conjugal. Esta convenção da restituição, entretanto, generalizou-se, pouco a pouco, tornando-se afinal uma concomitância obrigada do pacto dotal.

Com esta primeira característica, a morphologia do instituto dotal adquiriu feição propria e distincta de qualquer outra doação.

Depois, as leis *Julia et Papia Papæa* firmaram-lhe outra característica, assignando-lhe a destinação especial de servir *ad sustinenda onera matrimonii*, com a consequente inalienabilidade e, afinal, Justiniano marmorisou-o, sob sua forma definitiva, nas paginas immorredouras de sua grande compilação.

O regimen dotal, segundo o concebeu e organiso o povo romano, é aquelle em que os patrimonios de ambos os conjuges se acham distinctos, sob a propriedade e administração exclusiva de cada um, recahindo o onus da sustenção da familia sobre os bens do marido e sobre os rendimentos do dote cuja administração é direito especial do marido.

Dote é a porção de bens que a mulher, ou alguém por ella, transfere ao marido, para, dos rendimentos delles provenientes, tirar um subsidio á sustenção dos encargos matrimoniaes, e sob a clausula da restituição dos mesmos bens, dissolvido o casamento.

O regimen dotal, si penetrou na peninsula iberica sob o dominio romano, extinguiu-se, desapareceu totalmente com o imperio dos godos, e só com a renascença do direito romano na idade media é que vemos-o adquirir existencia juridica.

Mas a legislação portugueza antiga, assim como a brasileira posterior á independencia, é deficiente sobre a materia do dote, de modo que, ainda hoje, temos de regular-nos pelos principios do direito romano, compendiados nos titulos do Digesto e do Codice, sob a rubrica — *de jure dotium*, com as modificações trazidas pelas leis patrias, em geral, pela jurisprudencia, e pelo uso das nações cultas contemporaneas.

Segundo a legislação patria vigente, o dote se constitue: 1.º, por acto antenupcial; 2.º, em virtude da lei: a) si a mulher fór menor de 14 ou maior de 50 annos,

quando celebrar seu casamento; b) si o marido fór menor de 16 ou maior de 60; c) si os conjuges forem parentes dentro do terceiro grau civil ou do quarto duplicado; d) si o casamento fór contrahido entre a pessoa tutelada ou curatelada e o tutor, ou curador, ou parentes delle em grau em que a lei prohiba; e) si o casamento fór contrahido entre o juiz ou o escrivão ou os parentes de um ou de outro, nas condições predictas, e orpham ou viuva da circumscripção territorial onde qualquer desses funcionarios tiver exercicio (dec. de 24 de Janeiro, arts. 58 e 59).

Quasi todos os povos modernos receberam a instituição do dote em suas respectivas legislações, como se verá, por exemplo, no codigo civil portuguez, arts. 1134 a 1165, no hespanhol, arts. 1336 a 1391, no francez, arts. 1540 a 1580 no austriaco, §§ 1217 a 1266, e no italiano arts. 1388 a 1432. Na Allemanha, naquellas regiões onde impera o direito commum, o regim dotal é não só acceito, como o preferido e o que a lei presume acceito na exclusão de qualquer outro. E' o regimen legal (2).

Outras nações não acceitaram ou repelliram o regimen dotal. Na Suissa, a legislação o desconhece; o codigo civil do Chili e o do Mexico não lhe consagram disposições.

O projecto do codigo civil allemão tambem passou em silencio sobre este ponto.

O dote de que se occupa o codigo civil argentino só tem de commum com a celebre instituição romana o nome, que, na linguagem desse corpo de leis, designa os bens propios da mulher, a parte com que ella entra para a sociedade conjugal, a qual não passa de uma communhão de aquestos.

O regimen dotal é tambem extranho ao direito inglez. « As filhas, diz Glasson (3), quasi nunca recebem dote de seus paes, e seus direitos são muito limitados na successão ». Em logar do dote romano, desenvolveu-se na Inglaterra um costume que é uma forma moderna do dote germanico. Refiro-me ao *settlement* que, geralmente, o marido tem de constituir á sua mulher.

Tambem na União norte-americana o dote romano não enxertou-se na legislação nem nos costumes.

Estabelecido o regimen dotal, os bens dos esposos se distribuem por categorias diversas regidas por principios

(2) Roth—*System*, § 95.

(3) *Hist. du droit et des inst. de l'Angleterre*, VI, p. 158.

diferentes: 1.^a, *bens dotaes*, que são os constitutivos do dote. Devem ser insinuados, nos casos em que a lei exige, e estimados, embora a estimação não seja da essência do instituto (dec. de 19 de Janeiro de 1890, art. 2 § 9). Si a estimação é feita para simples constatação (*taxationis causa*), os immoveis dotaes submettem-se á administração do marido, mas são inalienáveis, salvo absoluta necessidade, como para alimentos da família, conservação do proprio dote, expropriação forçada. Os moveis inconsumíveis são também inalienáveis no dote estimado *taxationis causa*. Si a estimação é realisada importando venda (*venditionis causa*), então o marido adquire a propriedade dos bens que perfazem o dote, sejam elles de que natureza forem, tendo apenas a obrigação de dar o preço, quando solver-se a sociedade conjugal, e necessitando da auctorisação da mulher para alienar os immoveis.

2.^a, *Bens paraphernaes*, que são os particulares da mulher, não incluídos no computo do dote, e sobre os quaes ella tem a propriedade e a administração.

3.^a, *Bens proprios do marido*.

4.^a, *Os adquiridos na constancia do matrimonio*.

Apezar da boa doutrina sustentada por Mello Freire e Barbosa, entre os antigos juristas, e por Teixeira de Freitas entre os modernos (4), alguns civilistas, como Coelho Rocha e Lafayette, esposaram a doutrina do Valaseo e Gama, segundo a qual, os aquestos se communicam no regimen dotal (5). E não os abriga o argumento de que a incommunicabilidade é uma 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 rationem juris receptum est, non producendum ad consequentias*, pois que o recebido contra o direito seria a communicação dos bens em um regimen de separação delles, segundo nol-o transmittiu o direito romano, legislação fundamental para o assumpto, na deficiencia de leis patrias. E ascescente-se: os codigos e legislações modernas que acceitaram e regularam o regimen dotal o consagraram como regimen de separação, como é o caso para a França e para a Allemanha. E' também essa a doutrina do codigo

(4) *Consolidação*, nota 16 ao art. 88.

(5) Coelho da Rocha, — *Instituições*, § 281; Lafayette, — *Direitos de família*, § 82 e nota IX.

portuguez (art. 1153) e do hespanhol (arts. 1381 e 1385), os quaes ambos apenas prescrevem a communicabilidade dos fructos dos paraphernaes.

Nada impede que os conjugues estipulem um regimen combinado de communhão e dote, mas preciso será que manifestem, por qualquer modo, sua vontade neste sentido. E' a hypothese prevista pelo codigo civil francez, art. 1581, que pareceu uma disposição ociosa a alguns juristas, mas que teve o merito de evitar as supposições que a phantasia dos patrios interpretes ha engendrado.

Um outro puncto de litigio entre escriptores que escreveram sobre a materia desta licção, é o de saber si o dotador é ou não responsavel pela evicção do dote. Muitos civilistas, como Teixeira de Freitas, Lafayette e Borges Carneiro, opinam que, segundo o preceituado na lei primeira do codigo justiniano, no titulo — *de jure dotium*, o dotador não é obrigado pela evicção, a não ser que tenha procedido dolosamente ou que haja convencionado tomar sobre si essa obrigação. Outros, como Lobão e Coelho da Rocha, acrescentaram, a essas duas clausulas, a hypothese de ser o dotador pae ou mãe da dotada (*dote adventicio*).

Porém um estudo mais aprofundado do direito romano e a comprehensão do instituto dotal tirada do estudo de sua evolução, tal como a expoz Cogliolo, por exemplo (6), fazem crer que a verdadeira doutrina, que aliás, resalta de uma boa intelligencia da citada lei 1.^a, cod. *de jure dotium* (5, 12), é que, em regra, o dotador é obrigado pela evicção, e isto se confirma, de modo pleno, com a constituição unica do cod. — *de rei uxorie actione* (5, 13). Por equidade, porém, se entende que o dotador de boa fé não deve responder pela evicção. Nem responderá também aquelle que declarou, no pacto dotal, não se comprometter a indemnisar o dote si o objecto que o constituia fosse evicto.

E' certo que o codigo portuguez afastou-se dessa doutrina, que é a romana, abraçando a de Lobão e Coelho da Rocha (arts. 1142 e 1143), mas é certo igualmente que outros codigos mantiveram o principio romano, como sejam, entre outros, o francez, art. 1547, e o italiano, art. 1396, onde se diz: *coloro che costituiscono una dote sono tenute a garantire i beni assegnati in dote*.

Arrhas, na accepção de accessorio de um regimen de

(6) *Saggi*, pags. 33 e segs.

bens, no casamento, é o nome dado á pensão ou cousa certa que o marido, no contracto dotal, assigna á mulher, para o caso de esta lhe sobreviver. Não devem exceder á terça parte do dote (Ord. liv. 4, tit. 47). Não está em uso, entre nós, esta forma de pacto antenupcial, nem noutras legislações, quer sob seu nome de arrhas quer sob o de *withum* ou *duario* de que elle é uma transformação (7).

Já ficou affirmado que o regimen dotal é um regimen de separação, mas especialisada pela dotalisação de certos bens, clausula que lhes confere certos privilegios e peculiaridades. Existe, porém, a separação pura e simples sem clausula dotal. E' o regimen em que os patrimonios dos conjuges affectam uma forma existencial distincta, conservando-se segregados, independentes, sob a posse, propriedade e administração de cada um. A elle se referem o código civil francez, art. 1536 a 1539, o hespanhol, art. 50 e as Ords. liv. 4, tit. 95 § 3. O dec. de 24 de Janeiro de 1890 impõe-no aos divorciados que se reconciliam (art. 89.)

Póde ainda a separação ser parcial, affectando somente alguns bens, o patrimonio com que entra cada conjugue para a vida conjugal, por exemplo, mas ficando communicaveis os acquistos. E' a esta especie que Lafayette (*Dir. de fam.* § 68) e Felicio dos Santos (*Proj. de cod. civ.* art. 1979) impropriamente chamam simples separação, sendo visivelmente um regimen mixto como fez notar Teixeira de Freitas (*Consolid.* n. 16 ao art. 83), e que teve ingresso em varios codigos sob os nomes de sociedade conjugal e communhão dos adquiridos.

Actualmente a separação de bens vae tendo preferencias nos Estados-Unidos, sob a iniciativa do estado de New-York, e imprimindo transformações notaveis, sinão completas, no regimen da *common law*.

Na Inglaterra, o direito commum ou costumeiro tem sido tambem consideravelmente modificado. Pelo simples facto do casamento, o marido tornava-se proprietario dos bens pessoases da mulher, si delles tomava posse, e usufructuario dos reaes. Estes principios embora subsistam, permittiu-se á mulher a propriedade e livre administração de certos bens, dando-se assim uma separação parcial que implica um levantamento da incapacidade da mulher casada, tam rigorosamente mantida pelo direito inglez anterior a 1870.

(7) Vide *Revista Academica cit.*

Na Suissa, é mais geralmente adoptado o regimen que confere, ao marido, a administração e o gozo exclusivo dos bens proprios da mulher. Entretanto outros muito regimens ahi vigoram. Encontra-se o da communhão de adquiridos, em Turgovia e Schafhausen. Em Basilea, a fortuna dos conjuges se confunde, mas, dissolvido, o casamento, dois terços della cabe ao marido e um terço á mulher. Sendo este assumpto da competencia legislativa dos cantões, não ha, pelo menos até o presente, uniformidade juridica.

Observando tamanha disparidade, tam variada vegetação juridica, em campo tam limitado, em assumpto que se prende a bases fundamentalmente analogas, sinão identicas, é o cultor do direito necessariamente levado a descrever da possibilidade de um direito unico para a familia humana, these ousada com que se preoccupam espiritos potentes, mas um tanto sonhadores ao que parece.

XIX

Divorcio entre os povos selvagens e primitivos. O código de Manú, o direito helleno, o mosaico, o romano e o germanico. Reacção do christianismo. Direito canonico. Primeira phase do direito patrio. O divorcio segundo o decreto de 24 de Janeiro de 1890. Seus effeitos. Direito portuguez, hespanhol, argentino, italiano, francez, inglez, allemão, suizo e norte-americano. A declaração do divorcio e seus e effeitos perante o direito internacional privado

Os selvagens e os homens primitivos não faziam do casamento uma união permanente. e, portanto, o divorcio era, entre elles, um facto de todos os dias. Com as primeiras civilisações, o repudio da mulher ainda é facil, quando ella não prehenche o fim reputado principal, sinão unico, do matrimonio,—a procreação dos filhos. Vê-se o código de Manú declarar repudiavel a mulher que se mostra esteril, durante oito annos de casada. Também o são aquellas cujos filhos morrem ao nascer, feita a experincia em dez annos successivos, e as que, durante onze annos, somente geram filhas. A que fala com azedume é repudiavel desde logo.

Na Grecia antiga, também a esterilidade foi justa causa de repudio. Herodoto nos fala de dois reis espartanos que, por essa razão, foram coagidos a abandonar suas esposas.

O direito mosaico não discrepa desse modo de ver, facilitando extraordinariamente o divorcio, que dependia, nos primeiros tempos, simplesmente da vontade do marido. Em casos de adulterio, o repudio deixava de ser um direito do marido, para tornar-se um dever juridico e religioso, ao cum-

primento do qual a lei o constringeria, si a embotada dignidade não o impulsionasse.

Segundo o direito originario dos hebreus, a infecundidade observada por espaço de dez annos era causa de repudio necessario; mais tarde, porém, constituiu esse facto simplesmente um motivo accetavel para o divorcio facultativo. As outras causas, que o auctorisavam, eram o desvirginamento ignorado pelo marido, a suspeita de adulterio, a violação da lei mosaica, a inobservancia do dever conjugal, a ausencia prolongada e uma enfermidade contagiosa.

A mulher podia igualmente recorrer a alguns desses motivos e mais á allegação de ter soffrido sevizias, para solicitar o divorcio. Quando os hebreus retiravam-se da patria, como não podiam constringer suas mulheres a segui-os, tinham, muitas vezes, de romper o vinculo matrimonial.

Muitos desses preceitos da lei mosaica se transmittiram ás legislações occidentaes, como é facil de verificar.

Em Roma também, o divorcio foi sempre uma instituição concomitante com o casamento. Somente o casamento do flamino de Jupiter era indissolavel, e, nos primeiros tempos, o contrahido pela cerimonia da *confarreatio*. Porém, para este ultimo caso, inventou-se uma dissolução solemne e religiosa,—a *diffarreatio*.

Pouco usado em principio, o divorcio posteriormente tornou-se uma epidemia, em Roma, afrouxando os laços da familia romana, pevertendo os costumes, dissolvendo a sociedade.

Primeiramente, só o marido tinha a faculdade de repudiar a mulher; mas, depois, admittia-se que o divorcio tivesse logar pelo mutuo consenso ou pela vontade de um só dos conjuges.

O christianismo iniciou a campanha contra o divorcio que se infiltrára nos habitos dos romanos e que o direito germanico igualmente facultava em casos de adulterio e homicidio, assim como por accordo reciproco. Embera a egreja tenha tido necessidade de contemporisar, sua influencia resalta claramente das providencias tendentes a difficultar o divorcio, que adoptáram alguns imperadores romanos. A novella 140 não accetou mais o divorcio por consenso mutuo e estabeleceu os casos unicos em que elle é permittido. O marido pode repudiar a mulher por adulterio, por tentativa de assassinato contra elle, por abandono do domicilio conjugal, por ter ella assistido a jogos e espectaculos publicos

e, finalmente, por ter tomado parte em conspiração contra os poderes publicos. A mulher teve o direito de divorciar-se, quando o marido fosse conspirador, quando attentasse contra a vida della, quando procurasse corrompê-la ou mantivesse concubina. A impotencia e o voto de castidade appareceram tambem como causas para dissolver-se o vinculo matrimonial.

Afinal, porém, a igreja sentiu-se forte e proclamou francamente a suppressão do divorcio, no concilio de Trento, impondo sua doutrina aos povos catholicos. Pelas determinações desse concilio, o casamento ainda não consummado poderá ser rompido para facultar, a um dos conjuges, a entrada para a vida religiosa. Consummado o casamento, seu vinculo torna-se absolutamente indissolvel, admittindo-se apenas a separação *quoad thorum et habitationem, perpetua* ou *temporaria*, por causa de adulterio, sevicias, heresia ou apostasia, e para professarem ambos os conjuges em religião approvada, ou um só, aceitando o outro fazer voto de castidade (1).

Nosso direito anterior á proclamação da Republica, adoptando, em materia de casamento, a doutrina do canonico, não conheceu o divorcio no sentido amplo da palavra, mas simplesmente a separação de corpos a que acabo de referirme, abolidas, porém, entre as causas capazes de auctorisal-o, 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 temporaria, o marido continuava na administração dos bens communs, com a obrigação de alimentar a mulher; si era perpetua, procedia-se á partilha dos bens, podendo cada um administrar os seus livremente como si não subsistisse o vinculo matrimonial.

O decreto de 24 de Janeiro de 1890, secularizando o direito em suas attinencias com o casamento, não admittiu o divorcio *a vinculo*, mas reconheceu outras causas para a separação perpetua dos conjuges, sem dissolução do matrimonio.

A respeitabilidade com que é cercada a familia brasileira, a honestidade vulgar de nossas patricias, os costumes de nosso povo, emfim, justificam o procedimento do redactor deste decreto.

(1) Monte—*Elementos de direito ecclesiastico*, §§ 904—905 e 103.

E' uma questão certamente melindrosa esta. Com a simples separação, cria-se uma situação legal que, além de impor um injusto constrangimento ao conjuge innocente, impellirá os separados a contrahirem relações illicitas e a procrearem filhos extra-matrimoniaes, o que importa numa perturbação da moralidade e da vida social. Por outro lado, acenar com o divorcio, na accepção lata da palavra, é provocar talvez desuniões frequentes que ainda mais profundamente dissolverão a cohesão das familias e da sociedade, em geral. A solução melhor parece que seria permittir o divorcio com a maxima parcimonia, em casos graves e taxativamente limitados pela lei, interdizendo-se ao conjuge culpado contrahir novas nupcias.

Entretanto, attendendo ás condições especiaes do nosso meio que, felizmente, quasi desconhece esses lastimaveis escandalos conjugaes tam frequentes em outras populações, julgo que procedeu com acerto o legislador patrio. Estabelecer o divorcio seria crear artificialmente uma perigosa instituição que não era pedida pelas necessidades sociaes.

São motivos para pedido de divorcio, pelo direito patrio vigente, tomada a palavra no sentido limitado do direito canonico:—o adulterio, sevicias ou injuria grave, abandono voluntario do domicilio conjugal por mais de dois annos e o mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados a mais de dois annos (dec. art. 82). O adulterio, porém, deixará de ser motivo para divorcio, si a mulher tiver sido violentada, si o conjuge queixoso houver concorrido para elle, ou tivel-o perdoado, ainda que tacitamente (dec. arts. 83 e 84).

O divorcio importa a separação dos corpos, podendo, entretanto, os conjuges reconciliar-se em qualquer tempo. Outro effeito que delle decorre é a cessação do regimen dos bens e sua consequente partilha como si o casamento fosse dissolvido por morte. Ainda que se reconciliem os conjuges, o regimen dos bens não se restabelecerá, conservando-se a fortuna de cada um em separado. Entretanto, o dote não se annullará pelo divorcio, havendo filhos communs, mas passará para a administração da mulher si ella fór o conjuge innocente. No divorcio amigavel se observará, quanto ao dote, o que concordarem entre si os esposos, segundo os preceitos dos arts. 85 e 95 do dec. de 24 de Janeiro.

Em França, o divorcio, a moda romana, foi estabelecido, com extraordinaria facilidade, pela lei de 20 de Setembro de 1792. Diz um escriptor que, nos vinte e sete mezes seguin-

tes á promulgação dessa lei, os tribunaes pronunciaram 5994 divorcios, e, nos tres primeiros mezes de 1793, houve tantos divorcios quantos casamentos (2).

O codigo civil foi mais cauteloso, admittindo o divorcio somente pelos motivos especificados nos arts. 229 e segs: o adulterio da mulher, a concubinagem do marido, sevicias ou injuria grave, condemnação a pena infamante e o consentimento mutuo. Além do divorcio, o codigo civil francez manteve a separação de corpos que poderá terminar em 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 principios do codigo de 1803, salvo quanto ao mutuo consenso que não foi considerado pela nova lei, e quanto a reconciliação para os divoreiados que foi admittida, em contrario á doutrina do codigo.

Os codigos civis da Italia, Portugal, Hespanha, e a lei argentina de 22 de Novembro de 1888 não aceitaram o divorcio, mas a simples separação de corpos. Como entre nós, perante essas legislações, somente a morte dissolve o casamento.

Na Inglaterra existem as duas instituições. São causas de separação o adulterio voluntario e não tolerado, sevicias, molestias incuraveis e abandono por mais de dois annos. O divorcio propriamente dicto não goza de favores nesse paiz e o acto de 1857, que o regulamentou, cercou-o de restricções tendentes, a difficultal-o. Digno de nota, na legislação ingleza, é o facto de ser permittido ao conjuge divoreiado por adulterio casar-se com seu complice. « Julga-se até que faltou aos principios da honra, diz Glasson, o homem que, depois de haver seduzido uma senhora casada, não repara sua falta desposando-a (3).

O adulterio simples da mulher, nas condições em que auctorisa a separação, poderá ser um motivo justo para o divorcio; porém o do homem necessita de ser revestido de certas circumstancias que o tornem, por assim dizer, escandaloso, como a bigamia, o incesto, o rapto e o estupro violento.

(2) Glasson,—*Le mariage civil*, p. 261.

(3) *Le droit et les inst. de l'Angleterre*, VI, p. 181.

Na Allemanha, apezar da lei geral de 1875, não encontramos unidade legislativa em relação ao divorcio. O codigo saxonio, ao contrario do prussiano, não admittie o divorcio por consentimento reciproco. As causas, que esse codigo considera capazes de auctorizar o divorcio, são: o adulterio voluntario e não tolerado, sem a distincção injusta do direito inglez e do francez entre adulterio do marido e da mulher; os crimes contra a natureza; as relações sexuaes com creanças menores de doze annos; a bigamia; o abandono prolongado por mais de dois annos; a recusa do dever conjugal; a embriaguez habitual; a tentativa de assassinato contra o outro conjuge; a condemnação a prisão por mais de tres mezes em virtude de crime doloso; a alienação mental incuravel; e a mudança de religião. A mulher tem um motivo para pedir o divorcio que lhe é peculiar: a constatação medica de uma enfermidade tal que periclite sua existencia com o casamento.

Além do divorcio, o codigo saxonio admittie a separação temporaria, nos mesmos casos em que faculta o divorcio, e mais naquelles em que a vida em commum dos conjuges mette em risco a vida de um delles ou a de um filho, e quando um dos esposos vive licenciosamente.

O principal defeito desta lei é a diffusão, a ausencia de um systema sobrio e claro. O mesmo defeito, com accentuação maior, se nota no *Landrecht* prussiano, onde se encontra, como causa legal de divorcio, a defficiencia de meios para sustentar a familia, em que cabir o marido por culpa sua.

Na Belgica e na Hollanda, as causas do divorcio são as mesmas do codigo Napoleão; entretanto, convem observar que o codigo civil hollandez (art. 264) colloca em pé de egualdade os adulterios do marido e da mulher, e acrescenta um motivo para dissolver o casamento: o abandono do domicilio conjugal por mais de cinco annos.

Na Suissa, o divorcio é regulado pela lei federal de 24 de Janeiro de 1874, que não accieita como causa legal para elle o consentimento reciproco. A par do divorcio existe a separação de corpos (*Trennung zu Tisch und Bett*). Nos Estados-Unidos da America do Norte existem o divorcio *a vinculo* e a simples separação, temporaria ou perpetua, mas o assumpto é regulado por cada Estado particularmente. Em geral, as causas do divorcio são o adulterio, sevicias e injuria grave, abandono voluntario e prolongado do tecto

tes á promulgação dessa lei, os tribunaes pronunciaram 5994 divorcios, e, nos tres primeiros mezes de 1793, houve tantos divorcios quantos casamentos (2).

O codigo civil foi mais cauteloso, admittindo o divorcio somente pelos motivos especificados nos arts. 229 e segs: o adulterio da mulher, a concubinagem do marido, sevicias ou injuria grave, condemnação a pena infamante e o consentimento mutuo. Além do divorcio, o codigo civil francez manteve a separação de corpos que poderá terminar em 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 principios do codigo de 1803, salvo quanto ao mutuo consenso que não foi considerado pela nova lei, e quanto a reconciliação para os divorciados que foi admittida, em contrario á doutrina do codigo.

Os codigos civis da Italia, Portugal, Hespanha, e a lei argentina de 22 de Novembro de 1888 não acceitaram o divorcio, mas a simples separação de corpos. Como entre nós, perante essas legislações, somente a morte dissolve o casamento.

Na Inglaterra existem as duas instituções. São causas de separação o adulterio voluntario e não tolerado, sevicias, molestias incuraveis e abandono por mais de dois annos. O divorcio propriamente dito não goza de favores nesse paiz e o acto de 1857, que o regulamentou, cercou-o de restricções tendentes, a difficultal-o. Digno de nota, na legislação ingleza, é o facto de ser permittido ao conjugue divorciado por adulterio casar-se com seu complice. « Julga-se até que faltou aos principios da honra, diz Glasson, o homem que, depois de haver seduzido uma senhora casada, não repara sua falta desposando-a (3).

O adulterio simples da mulher, nas condições em que auctorisa a separação, poderá ser um motivo justo para o divorcio; porém o do homem necessita de ser revestido de certas circumstancias que o tornem, por assim dizer, escandaloso, como a bigamia, o incesto, o rapto e o estupro violento.

(2) Glasson,—*Le mariage civil*, p. 261.

(3) *Le droit et les inst. de l'Angleterre*, VI, p. 181.

Na Allemanha, apesar da lei geral de 1875, não encontramos unidade legislativa em relação ao divorcio. O codigo saxonio, ao contrario do prussiano, não admittie o divorcio por consentimento reciproco. As causas, que esse codigo considera capazes de auctorizar od ivorcio, são: o adulterio voluntario e não tolerado, sem a distincção injusta do direito inglez e do francez entre adulterio do marido e da mulher; os crimes contra a natureza; as relações sexuaes com creanças menores de doze annos; a bigamia; o abandono prolongado por mais de dois annos; a recusa do dever conjugal; a embriaguez habitual; a tentativa de assassinato contra o outro conjugue; a condemnação a prisão por mais de tres mezes em virtude de crime doloso; a alienação mental incuravel; e a mudança de religião. A mulher tem um motivo para pedir o divorcio que lhe é peculiar: a constatação medica de uma enfermidade tal que periclite sua existencia com o casamento.

Além do divorcio, o codigo saxonio admittie a separação temporaria, nos mesmos casos em que faculta o divorcio, e mais naquelles em que a vida em commum dos conjugues mette em risco a vida de um delles ou a de um filho, e quando um dos esposos vive licenciosamente.

O principal defeito desta lei é a diffusão, a ausencia de um systema sobrio e claro. O mesmo defeito, com accentuação maior, se nota no *Landrecht* prussiano, onde se encontra, como causa legal de divorcio, a defficiencia de meios para sustentar a familia, em que cahir o marido por culpa sua.

Na Belgica e na Hollanda, as causas do divorcio são as mesmas do codigo Napoleão; entretanto, convem observar que o codigo civil hollandez (art. 264) colloca em pé de egualdade os adulterios do marido e da mulher, e accrescenta um motivo para dissolver o casamento: o abandono do domicilio conjugal por mais de cinco annos.

Na Suissa, o divorcio é regulado pela lei federal de 24 de Janeiro de 1874, que não acceita como causa legal para elle o consentimento reciproco. A par do divorcio existe a separação de corpos (*Trennung zu Tisch und Bett*). Nos Estados-Unidos da America do Norte existem o divorcio a vinculo e a simples separação, temporaria ou perpetua, mas o assumpto é regulado por cada Estado particularmente. Em geral, as causas do divorcio são o adulterio, sevicias e injuria grave, abandono voluntario e prolongado do tecto

conjugal, embriaguez habitual e, algumas vezes, os contractos fraudulentos, a negligencia excessiva dos deveres de mãe ou pae de familia.

A theoria do divorcio offerece algum interesse em direito internacional privado. Para sabermos si o casamento é divorciavel, opinam Asser, Story e Laurent, contra Fiore, que se deve consultar a lei do paiz onde o processo se julga (*lex fori*). E esta é a opinião dominante na jurisprudencia da França, da Allemanha, da Inglaterra e da America do Norte. Mas a lei suissa de 24 de Dezembro de 1874 não auctorisa o juiz helvético a pronunciar o divorcio entre estrangeiros, sinão quando estes provam que a sentença será reconhecida como valida em seu paiz.

Os esposos legalmente divorciados serão considerados taes, mesmo nos paizes onde o divorcio é desconhecido. Entretanto, si o casamento tiver sido celebrado em paiz cuja legislação não adoptar o divorcio, a decretação d'elle no estrangeiro não poderá habilitar os conjuges a novo casamento nesse mesmo paiz. E' a doutrina da lei argentina, art. 7, e que tem por si a logica e os preceitos do direito.

XX

Patrio poder. Noções historicas. Direito patrio. A quem compete. Sobre quem recae. Direitos sobre a pessoa do filho. Direitos sobre os bens. Extinção do patrio poder. Cotejo de nosso direito com o de outros povos.

Patrio poder denomina-se « o conjuncto de direitos que as leis concedem aos paes, desde a concepção dos filhos legitimos, sobre as pessoas e bens delles emquanto menores ou não emancipados », E' a definição do codigo civil argentino, art. 264, que julgo em condições de offerecer uma prenoção de assumpto capaz de esclarecer sobre elle o espirito do estudante de servir de base ás considerações que se vão seguir.

Esta instituição é antiquissima entre os povos indo-europeus. Na India, como na Grecia e entre os antigos povos latinos, o *patrio poder* foi uma instituição de character religioso e civil, segundo a qual se conferia, ao chefe da familia, uma auctoridade soberana sobre a pessoa e os bens dos filhos (1). Ainda hoje na provincia de Madras o pae é o *radjah* o soberano absoluto da familia (2).

Entretanto, quando talvez o culto domestico já não era tam rigoroso e tam forte como nos primeiros tempos, excepções appareceram temperando a inflexibilidade dessa lei, e a chefia do grupo familiar poude ser conferida a um filho, valoroso guerreiro e habil gestor dos negocios communs. Na

(1) F. de Coulange—*La cité antique*, pags 92 e segs.

(2) Sumner Maine—*Etudes sur l'ancien droit et la coutume primitive*, pags. 165—167.

India, parece que a religião tomou interesse nessa modificação. Na Grecia, foram certamente as necessidades sociaes, as luctas com os povos visinhos que a suscitaram. Sumner Maine lembra a posição de Ulysses em frente a Laertes, na Odysseá, como um caso de transferencia da auctoridade suprema da familia, de um pae decrepito para um filho robusto e sagaz. Essa primeira modificação foi seguida de outras no direito helleno, em cuja maturidade as relações de familia, alcançaram uma feição semelhante à que apresentam os codigos modernos, pelos limites impostos à auctoridade do pae, a qual devia perdurar somente emquanto era de presumir a inferioridade physica e mental do filho (3).

Em Roma, esta instituição, si não tomou uma feição especial, conservou mais longamente sua rude feição primitiva. Só ao cidadão romano competia o patrio poder; nunca ao não cidadão nem à mulher. Era de uma amplitude que se nos afigura hoje odiosa a auctoridade conferida aos paes, annullando inteiramente a personalidade civil do filho, que podia ser vendido como um animal domestico ou morto como uma fera.

Muitas e profundas alterações se foram operando nesse primitivo rigor, com o passar dos tempos, porém, ainda ao tempo de Justiniano, o pae, em miseria extrema, podia vender o filho.

Um caracteristico do patrio poder em Roma é que elle parecia instituido em bem do *pater-familias*, ao qual a lei conferia uma somma enorme de auctoridade sobre as pessoas que formavam a sociedade familiar em torno d'elle agrupada.

Os povos germanicos, porém, vieram trazer um principio novo que deu uma outra orientação a esse instituto, sob o imperio da qual é que elle se transmittiu a muitas legislações occidentaes, cujo reflexo vae actualmente influindo beneficemente sobre as leis daquelles mesmos povos que mais pura conservaram a herança romana. Esse principio, tal como se corporificou no direito costumeiro anterior ás condificações do começo deste seculo, não eliminou o poder parental, como pretendia Loysel, mas fel-o consistir numa dupla relação que, segundo Póllhier, pôde ser indicada nestas palavras: 1.º, direito commum ao pae e à mãe de di-

(3) Sumner Maine—*L'ancien droit*, trad. de Courcelle Seneuil, pag. 129.

rigir a pessoa e a administrar os bens do filho até a emancipação ou a maioridade; 2.º, direito de respeito tambem commum a ambos.

Estas idéas são extranhas à instituição do patrio poder, como nos veio de Portugal, onde, como é sabido, somente ao pae era conferida a faculdade de dirigir a pessoa e os bens do filho, perdurando sua auctoridade, qualquer que fosse a idade do filho, até disso!ver-se por qualquer dos modos estabelecidos por lei.

Com a resolução de 31 de Outubro de 1831, que fixou a idade de 21 annos para a entrada na plenitude da capacidade civil, entendeu-se que o patrio poder terminava com a menoridade. Esta primeira reforma só muito depois foi seguida de outra no sentido de afeioar a instituição de que agora me occupo segundo as novas tendencias do direito occidental. Refiro-me a concessão feita pelo dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 94, à mulher viuva, enquanto não passar a segundas nupcias, de succeder nos direitos do marido sobre a pessoa e bens dos filhos communs.

Hoje, constituem o patrio poder, entre nós, os direitos em seguida indicados, os quaes competem ao pae e, depois de sua morte, à mãe: 1.º, dirigir a educação dos filhos (dec. de 24 de Janeiro, art. 56 § 2); 2.º, tel-os em sua companhia, posse e guarda (dec. e art. cit., Ord. livro. 1, tit. 88 § 6) (4); 3.º, conceder ou negar consentimento para o casamento (dec. cit. art. 1 § 3 e art. 7 § 7); 4.º, nomear-lhes tutor em testamento (Ord. liv. 4, tit. 102 § 1); 5.º, fazer testamento por elles e nomear-lhes herdeiros para o caso de fallecerem na idade pupillar (Ord. liv. 4 tit. 87 § 7); 6.º, represental-os nos actos da vida civil e nas queixas contra crimes que sobre elles recaíam (dec. cit. art. 56 § 5, cod. penal, art. 407 § 1.º); 7.º, reivindical-os do poder de quem injustamente os detenha.

Todos estes direitos referem-se à pessoa dos filhos. Para

(4) No caso de divorcio amigavel, os paes convencionarão sobre a posse dos filhos menores (dec. cit. art. 85); sendo litigioso, tal posse é direito do conjuege innocente (art. 90), mas poderá elle ceder de seu direito em beneficio dos filhos (art. 98). Em caso de nullidade ou annullação, sem culpa dos contrahentes, a mãe terá a posse dos filhos até 6 annos e das filhas até emancipação, e o pae a posse dos filhos maiores de 6 annos (art. 95). Havendo culpa, de um dos contrahentes, só ao outro caberá a posse dos filhos, salvo si o culpado for a mãe que, então, poderá conserval-os até tres annos (art. 96).

determinarem os direitos dos paes sobre patrimonio dos filhos, recorrem os civilistas á distincção das quatro categorias de peculios. Os paes administram e usufruem o *peculio adventicio* do filho menor; apenas conservam sob sua guarda e administração os peculios *castrense* e *quasi castrense*. O *profecticio* é um bem pertencente ao pae e de que o filho é simples administrador constituido de accordo com a vontade do proprietario e enquanto ella persiste.

Termina o patrio poder: 1.º, pela morte do pae e da mãe; 2.º, pela passagem desta a segundas nupcias; 3.º, pela maioridade ou casamento do filho; 4.º, pela emancipação, voluntaria ou forçada.

O codigo civil francez confere o patrio poder conjunctamente ao pae e á mãe, até maioridade ou emancipação do filho, declarando, entretanto, que é o pae que o exerce com constancia do patrimonio (arts. 372-373), salvo em caso de ausencia prolongada, alienação ou interdicção (art. 141). Morrendo um dos conjugues, o patrio poder passará ao sobrevivente, mas, então, concurrentemente com a tutela, que poderá ser conferida a outrem. Com a passagem da viuva a segundas nupcias, o patrio poder não se extingue, mas restringe-se.

Entre os direitos que constituem o patrio poder da legislação franceza, está o de obter o pae (e, menos latamente, a mãe), que a auctoridade publica faça deter correccionalmente o filho indocil. Não conhece tal principio nosso direito, apesar do que se lê em Coelho da Rocha, § 304, e receio muito que contenha elle mais elementos perversores do que garantidores. Entretanto os codigos modernos não o repeliram de seus dispositivos, como se poderá ver, no portuguez, art. 143, argentino, 278, italiano, 222, hespanhol, 156.

Seja, porém, assim, é certo, entretanto, que o patrio poder no direito francez, como naquelles a que acabo de referir-me, não é mais do que o dever de educação attribuido aos paes. E a lei franceza de 24 de Julho de 1889, que decretou a dissolução do patrio poder contra o pae, ou a mãe, julgado indigno de exercel-o de accordo com os interesses superiores da educação e da conservação do filho, veio accentuar mais essa feição do poder paternal no direito moderno.

E' tambem em consequencia dessa mesma orientação que o direito francez, no que foi acompanhado pelo portuguez (cod.art. 166), confere o patrio poder ao pae e á mãe naturaes

sobre os filhos que reconhecerem, embora sem o direito de usufructo e sem algumas das outras facultades attribuidas aos paes legitimos. Na Hespanha (cod. art. 154) e na Argentina (cod. art. 264), a doutrina adoptada é a de nosso direito, isto é: os filhos illegitimos não estão submettidos ao patrio poder.

No direito allemão, o poder parental consiste, como diz Roth, em relações de protecção equiparaveis á auctoridade do tutor sobre o papillo, ás quaes se accrescenta o direito de usufructo. Em uns Estados, como nas cidades de Lubeck e Hamburgo, a lei o equipara completamente á tutela, ficando o pae sob a vigilancia da auctoridade tutelar; em outras, como na Prussia e na Saxonia, ha maior largueza nos poderes paternaes, não havendo necessidade de auctorisação nem fiscalisação judiciaria para o exercicio delles; e onde, vigora o *Landrecht* bavaro, predominam os principios do direito romano, porém modificados.

A maioridade só em alguns direitos rigionaes é modo de terminar o patrio poder. A adopção, que na Allemanha tem effeitos muito latos, faz tambem extinguir o patrio poder do pae natural. O cod. civil hespanhol, art. 167, consagra doutrina equivalente, no que divergiu da maioria dos codigos latinos, alguns dos quaes, como o argentino e portuguez, nem contemplaram a adopção em suas disposições.

Na Suissa germanica, o patrio poder é muito semelhante ao que existe na Allemanha. O nome de *vaterliche Vormundschaft* é bastante expressivo; o legislador quiz accentuar mais os deveres que os direitos do pae, que, aliás, tem o direito de obter do poder publico a detenção do filho recalcitrante, e cujo usufructo sobre os bens dos filhos se prolonga, em geral, além da maioridade. até que elles constituam definitivamente uma economia separada. Mas, por outro lado, a administração do pae não é tam livre como entre nós, pois que lhe é necessaria a homologação das auctoridades tutelares nos mesmos casos em que della necessitam os tutores. Por interdicção do pae, ou quando elle se mostra desastradamente negligente, abre-se a tutela dativa para os filhos, a *obrigkeitliche Vormundschaft* (cod. de Zurich, arts. 679-a 683).

Na Suissa, como na Allemanha, em geral, a mulher não tem o patrio poder. Ao pae natural, porém, não o recusam.

Na Inglaterra, o patrio poder tambem consiste no dever

de crear, educar e proteger os filhos menores. Para cumpri-lo, tem o pae o direito de obrigar o filho a residir onde lhe aprouver, corrigil-o enquanto menor, e encarceral-o em sua propria casa. Em caso de abuso do pae, a lei auctorisa a transferencia de sua auctoridade para um tutor. De mais a Inglaterra possui, como a França e outros paizes, uma lei cujo principal intuito é assegurar a protecção social á infancia infeliz que os paes desnaturados, os tutores indignos ou os parentes perversos maltractam e exploram (5).

Sobre os bens do filho, o pae não tem mais direitos que um tutor *communis*. Administra-os, colhe seus fructos, e os restitue chegando o filho á maioridade (21 annos). Tem, tretanto direito ao trabalho do filho enquanto viver em sua companhia e de indemnizar-se das despezas extraordinarias que com elle fizer.

A mãe substituirá ao pae nesses direitos e deveres, si este não nomear um tutor que o deva substituir, podendo, aliás, eleger simplesmente um cotutor para auxiliar-a.

(5) *An Act for the Prevention of Cruelty to, and better Protection of children*, de 26 de Agosto de 1889. Vide sua traducção no *Annuaire de législation étrangère* do mesmo anno.

XXI

Tutela e curatela. Noções historicas. Direito romano. Direito patrio. Fundamento juridico de ambos esses institutos. Quem incide sob a tutela. Quantas especies ha de tutela por nosso direito. Quem póde ser tutor. Excusas. Termo. Character familiar deste instituto no direito francez, italiano, portuguez e hespanhol. Character social no direito allemão. Noção de tutela por essas legislações. Especies de curatela. Tendencia das legislações a eliminar a curatela dos prodigos.

Para arrimo das pessoas e salvaguarda da fortuna d'aquelles que pela fraqueza do espirito, real ou supposta, se não podiam vantajosamente abrir um caminho seguro atravez das escabrosidades da vida, creou a sociedade os institutos da tutela e curatela, como um succedaneo do patrio poder, ahi onde este já não mais tinha applicação. Sob duas formas apparece esse arrimo, sob a de tutela e sob a de curatela.

Tutela é o encargo civil conferido a alguem, pela lei ou em virtude de suas disposições, para que administre os bens, proteja e dirija as pessoas dos *menores* que não se acham sob a auctoridade de seus paes ou mães, quando a estas competem os direitos que a lei attribue aos paes sobre a pessoa e bens dos filhos.

Curatela é o encargo confiado pela auctoridade publica a alguem, para dirigir a pessoa e administrar os bens, ou somente administrar os bens dos *maiores* que, por si, não podem fazel-o.

E' este o conceito actual destes dois institutos congeneres, nascidos ao tempo em que preponderava o cunho do familismo na organização social. A necessidade que tinham os grupos familiaes de conservar a fortuna concentrada em seu seio e mantida por cada familia, deve-se principalmente a invenção da tutela, mas, (1) por outro lado, a concepção social dos primeiros homens não lhes permittiu consentirem que uma pessoa deixasse de estar sob uma auctoridade domestica, no circulo de uma familia (2). E esta segunda consideração reforçada pela posição inferior da mulher perante a politica, a religião e os costumes dos povos primitivos, fez nascer a tutela das mulheres, a qual existiu no direito indico, no romano antigo e no germanico.

No direito romano, se faz a differença entre tutela e curatela, differença que não estabelece o germanico. Em tutela incidem somente os impuberes, segundo o direito romano classico. A tutela das mulheres desaparecera desde cedo.

Encontra-se na legislação desses mestres do direito tres especies de tutoria: a testamentaria, a dos agnados e a do pretor ou atiliana, segundo é determinada por testamento, pelas relações de parentesco ou por indicação do magistrado.

A segunda tinha lugar na ausencia da primeira, e a ultima quando não era possível a segunda. A acceitação de qualquer dellas era imposta, salvo excusa legal, porque era sempre um *munus publicum*.

Nosso direito actual, no que se refere à theoria da tutela, é constituído por uma base de direito romano sobre a qual se infiltraram modificações trazidas principalmente por influencia do direito germanico.

Apezar de manterem as *Ordenações* (liv. 4 tit. 102 e 104 § 6) a distincção romana entre puberes e impuberes para sabermos si tracta-se de tutoria ou curadoria, tal distincção não subsiste mais na pratica diaria nem a referem os modernos civilistas patrios.

Incidem sob tutela os menores de vinte e um annos orphams de pae e mãe ou cuja mãe passa a segundas nupcias; os illegitimos, orphams de mãe; os engeitados; e aquelles

(1) H. Post,—*Grundlagen*, p. 125.

(2) Gerber,—*System*, § 244: Nach älteren deutschen Rechte muss jeder Unmündige ein Vormund haben.

cujos paes e mães se acham impossibilitados de exercer o patrio poder por incapacidade, indignidade ou ausencia.

A tutela, entre nós, é: 1.º, *testamentaria*, baseada em testamento, ou codicillo, feito pelo pae, mãe, ou avô si já forem fallecidos os dois primeiros. Independem de confirmação do juiz os tutores por esta forma nomeados, salvo tractando-se de filho natural. 2.º, *Legitima*, deferida aos parentes na ordem da proximidade em graus, sendo em primeiro lugar, preferida a avó, si não tiver passado a segundas nupcias e viver honestamente. O parente, que, sem justa causa, excusar-se da tutela, perderá, o direito de succeder ao menor: *Ubi emolumentum successionis ibi onus tutela*. 3.º, *Dativa*, conferida pelo juiz, na falta de disposição testamentaria a respeito e não havendo parentes do menor com a necessaria idoneidade, a um extranho que esteja em condições de bem gerir a fortuna e dirigir a pessoa do pupillo.

As incapacidades para o exercicio da tutela são, entre nós, as do direito romano com algumas restricções. Não podem ser tutores os menores, os loucos os desassisados, os prodigos interdietos, os doentes de enfermidade grave incuravel, os cegos, os surdos-mudos, os militares em serviço, o inimigo do orpham ou do pae, os que o pae, ou a mãe, do menor afastou da tutela, o indigente, o devedor do orpham, aquelle que sustenta com elle uma demanda e a mãe que passou a segundas nupcias.

Aquelles a quem a lei não interdiz o exercicio da tutela, se poderão della excusar, si em seu favor militarem as razões que ella considera acceitaveis para esse effeito. As excusas de nosso direito são ainda as do direito romano, com pequenas modificações, as quaes egualmente se reproduzem no systema juridico francez, no italiano, no portuguez, no hespanhol e na generalidade dos codigos occidentaes, com algumas nuanças, aliás de valor insignificante.

Estão dispensados do encargo da tutela, por nosso direito: 1.º, os que tiverem a seu cargo cinco filhos ou cinco netos, contando-se neste numero os que morreram na guerra ou indo para ella; 2.º, os magistrados; 3.º, os escrivães, procuradores, contadores, carcereiros, porteiros e mais officiaes de justiça; 4.º, os empregados, das repartições de fazenda; 5.º, os vereadores das camaras; 6.º, os maiores de 70 annos; 7.º, os enfermos temporarios de molestia grave, emquanto durarem os effeitos da molestia.

Termina a tutela, para o menor: 1.º, por sua maioridade ou suplemento de idade; 2.º, por seu casamento; 3.º, por morte. Para o tutor, termina: 1.º, findo o prazo dentro do qual é obrigado a servir (dois annos para o dativo e tempo indeterminado para o legitimo e o testamentario); 2.º, pela superveniencia de excusa allegada; 3.º, por suspeição; 4.º, sendo a avó do menor, por passar a segundas nupcias; 5.º, por morte (3).

A theoria da tutela no direito francez, si tem muitos pontos de semelhança com a que acaba de ser exposta, não é menos abundante em variantes. Indicarei algumas, que se me afiguram mais dignas de nota.

Apezar de o conjugue sobrevivente dispor do patrio poder, ainda que seja a mulher, o codigo Napoleão não dispensa um tutor para o menor que perdeu um de seus progenitores. Este tutor, aliás, é communmente o mesmo conjugue superstite, mas póderá deixar de ser, em certos casos. Si é a mãe que sobrevive, tem a faculdade de eximir-se da tutela; mas para evitarem que ella o faça, costumam os paes nomear um concelho especial que lhe sirva de auxiliar na gestão da tutela, e sem o qual ella não tem direito de agir.

Si a mãe tutora quer contrahir segundo casamento, cumpre-lhe convocar o concelho de familia, para que este resolva si lhe deve ser conservada a direcção da tutoria.

As especies de tutela do direito francez são as mesmas do nosso, mas obedecendo a principios um tanto dissimiles. O conjugue sobrevivo, estando no exercicio da tutela de seus filhos, poderá designar-lhes tutor para depois de sua morte, em testamento ou em declaração recebida pelo juiz de paz ou pelo notario (cod. arts. 397 a 398). Na tutela legitima, os ascendentes do sexo masculino são os chamados a desempenhal-a, porém em ordem tal que sempre o parente paterno seja preferido ao materno do mesmo grau. A tutela dativa é provida pelo concelho de familia, ao qual igualmente cabe decidir sobre os casos de incapacidades, mas com recurso para os tribunaes.

Em toda tutela haverá um *subrogé tuteur*, nomeado pelo concelho de familia e incumbido de fiscalisar os actos do tutor e servir nos casos em que os interesses delle estejam

(3) Na Inglaterra, a tutela cessa com a maioridade, mas, si, depois della, o tutor continua a gerir os bens do pupillo, entendese que ella permanece.

em antinomia com os do menor (cod. art. 420). E' a entidade que os codigos civis de Portugal (art. 253-262) e da Italia (arts. 264-267) denominam *protutor*.

O codigo civil italiano modelou suas disposições sobre a tutela de accordo com os preceitos do francez. No emtanto alguns retoques foram feitos. Assim é que ahi não encontra-se o redobramento da tutoria com o patrio poder, e que não permite a lei italiana (art. 246) que se nomeie mais de um tutor para irmãos, qualquer que seja o seu numero. No direito francez tambem a unidade é de principio, porém, si os bens do menor estão situados fóra de França, nas colonias, admite-se o *potuteur* ou tutor adjuncto com funcções especializadas para a administração desses bens.

O codigo civil portuguez (art. 185 e segs) adoptou igualmente o systema francez, porem como calçou-o sobre um fundo romano preexistente, as differenças são maiores do que as que encontram-se no codigo italiano. Além disso, constituem notavei progresso sobre o modelo escolhido as tutelas especiaes dos filhos perfilhados, dos filhos espurios, dos menores abandonados e dos filhos de pessoas miseraveis, (cod. civil port. arts. 275 a 296).

O mesmo se pode affirmar em relação ao codigo civil hespanhol, onde, aliás, estes melhoramentos a que acabo de me referir não foram todos incluidos (arts. 197 a 292).

O codigo argentino offerece, neste assumpto, notavel semelhança com o direito patrio vigente, não tendo admittido o concelho de familia nem o protutor, que figuram obrigatoriamente nos systemas juridicos a que tenho me referido até agora. (arts. 377 a 467).

No direito allemão actual, a tutela offerece um accentuado caracter de instituto eminentemente social, differentemente do que transparece do direito francez e d'aquelles que o tomaram por norma, como o italiano, o portuguez e o hespanhol. Segundo a doutrina do nosso e do direito argentino, a tutoria é tambem um instituto de feição mais social do que familiar, de accordo com os preceitos herdados da legislação romana. Porem constitue um terceiro typo o apresentado pelos codigos tedescos.

São orgams da administração tutelar, na Allemanha: o juiz; o conselho de familia, cuja organização e competencia são diversas das consignadas no cod. civil francez; o concelho de orphans; o tutor e o protutor (*Geyenvormund*)

(4). Entre as incapacidades para o exercício das tutela, destaca-se a do padrasto em relação ao enteado.

O código civil de Zurich firma, de um modo positivo, o principio de que a tutela é uma função social, declarando que todos os tutores e curadores officios são nomeados, em nome do Estado, pelas auctoridades tutelares (art. 733). Logo que a municipalidade tem conhecimento de que ha lugar para a constituição de uma tutoria, nomeia um tutor ou curador provisorio, tendo em conta a vontade do pae ou a dos parentes mais proximos do menor, e provoca, da parte do conselho de districto, a nomeação de um tutor definitivo. Além dos menores e d'aquelles que em direito se equiparam a elles, estão sob tutela os condemnados a reclusão e os que voluntariamente a ella se submettem. Sempre que a tutela parental, a marital e a ordinaria se mostrarem insufficientes, terá logar a nomeação de um tutor extraordinario.

As mulheres são excluidas do encargo tutelar, de um modo absoluto.

Nosso direito conhece tres especies de curatela: a dos dementes, (5) a dos prodigos interdictos, e a dos ausentes. Os codigos modernos incluem estas especies, assim como outras que lhes são peculiares, sob a denominação de tutela. O argentino, porem, faz, de accordo com o que vigora tambem entre nós, a distincção consagrada nas definições que, nesta licção, apresentei para os dois institutos. Aos maiores, a curatela, aos menores, a tutela.

Das especies de curatela consignadas em nosso direito, uma existe, vinda do direito romano, a dos prodigos, que vae sendo afastada pelos codigos modernos, e em boa hora o fazem, pois que ella não é mais do que um resquicio de organização social a muito soterrada na poeira dos tempos. Nasceu a curatela dos prodigos ao tempo em que dominava o familismo, e a propriedade ainda não estava perfectamente individualisada. E' mais que tempo de estender até ella os effeitos da transformação social, desde tantos seculos operada pelos povos cultos.

Algumas legislações conhecem outras categorias de tu-

(4) Roth,—*System*, § § 179 a 181.

(5) O direito inglez confere duas tutorias áquelles individuos que forem declaradas dementes por um exame judicial; uma para as pessoas (*committee to lunatic*) que deve ser confiada a um proximo parente, e outra para os bens (*committee to state*). Ambas estão sob a inspecção dos *masters in lunacy*.

telas ou curatelas alem das de nosso direito. Notarei: 1.º, a *dos surdos mudos* (cod. civil argentino arts. 468 e segs. cod. hespanhol, arts. 218 e segs.); 2.º, a d'aquelles cuja enfermidade os inibe da administração de seus bens (cod. civil de Zurich, art. 730 § 4); 3.º a dos condemnados a reclusão (cod. e art. cit. § 3.º, e egualmente no direito inglez); 4.º a dos que, voluntariamente, se submettem a tutela, (*idem, idem*, § 5.º); 6.º, as tutelas especiaes dos perfilhados, dos esurios, dos miseraveis (cod. port. arts. 275 e segs.). A esses casos pôde ser accrescentado o de protecção que as nações cultas têm procurado ultimamente dispensar, com desvelo, aos infelizes de qualquer idade, que, por fraqueza ou miseria, são cruamente explorados por impudentes especuladores.

ERRATA

Des innumerous erros typographicos de que está referto este livro, destaco apenas aquelles que, por mais graves, damnificam o pensamento.

PAGS.	LINHAS	ERROS	EMENDAS
36,	20	permeittia	per mittiam
36,	29,	parallelo	paracleto
38,	35,	Ban das in- ternationa- les,	Bar, das internatio- nale
40,	6,	que a gente	que o agente
55,	28,	separam-se	separaram-se
89,	10,	accommo- dado-os	acommodando-os
91,	7,	só associa- ções	só ás associações
117,	27,	legislação	legislações
127,	22,	derrogar	derrogarem



France
Charlat (Dorogme)

OBRAS DO MESMO AUCTOR

PUBLICADAS :

- A PHILOSOPHIA POSITIVA NO BRAZIL.— Recife, 1884.
ESTUDOS DE DIREITO E ECONOMIA POLITICA. — Recife, 1886.
TRAÇOS BIÓGRAPHICOS DO DESEMBARGADOR JOSÉ MANOEL DE FREITAS.—Recife, 1888.
EPOCHAS E INDIVIDUALIDADES.—Recife, ed. Quintas, 1889.

TRADUÇÕES

- JESUS E OS EVANGELHOS de J. Soury (em collaboração com João Freitas e Martins Junior).—Recife, 1886.
HOSPITALIDADE NO PASSADO, de Rudolf von Jhering.— Recife, 1891.

INEDITAS

- CONTRIBUIÇÕES PARA A HISTORIA DO DIREITO.
CRIMINOLOGIA E DIREITO.
FRAGMENTOS E DISSERTAÇÕES PHILOSOPHICAS.
-