

Parecer sobre o « Direito de Família », pelo dr. Gonçalves Chaves, membro da Comissão Especial do Senado Federal, encarregada de estudar o Projecto do « Código Civil », votado pela Camara dos Deputados.

A sabedoria dos meus nobres Collegas de Comissão submetto o parecer juncto sobre o « Direito de Família » formulado no Projecto do Código Civil.

A alta competencia e generosidade dos honrados collegas relevirão as numerosas lacunas deste singello trabalho, a que procedi no cumprimento de deveres arduos e imperiosos.

PROJECTO DO CODIGO CIVIL

DIREITO DE FAMILIA

A primeira questão que naturalmente suscita o estudo de um projecto de código civil é a que diz respeito á classificação das materias respectivas. Parte preli-
minar

Embora a alguns juristas se afigure de algunos importancia apurar-se a classificação e a ordem de disposição das instituições do direito, é certo que em uma organização scientifica, qual a codificação do direito civil, não se póde considerar indifferente o instrumento que dirige o espirito na exacta apreciação dos phenomenos juridicos, na sua natureza e nas suas relações.

Esse instrumento é o systema, é o methodo.

Ora, si nenhuma das classificações até agora preconizadas constitue um systema de rigor scientifico, estabelecendo uma como hierarchia, em que se distribuam exactamente as instituições juridicas, cumpre, todavia, reconhecer que, evitando as generalizações que deixam no vago e sem qualificação precisa importantes institutos de direito, ha prevalecido a denominada classificação allemã.

O projecto obedece a este systema, mas desfigurando-o com a prioridade que concede ao Direito de Familia, na Parte Especial.

A classificação allemã, entretanto, tem a vantagem de moldurar o direito em quadros que representam a sua realização objectiva, o que certamente é um fundamento scientifico, aggrupando as instituições pelas suas afinidades.

Combatendo uma alteração semelhante feita no Projecto do Codigo Civil Brasileiro do eminente juriconsulto dr. Coelho Rodrigues, como relator, a quem coube a elaboração do parecer sobre aquelle importantissimo trabalho, escrevi :

« A inversão notada contravém a ordem natural e logica, em que o espirito concebe a formação das relações de direito, encaradas objectivamente.

« ... a posse e o dominio são a primeira manifestação do direito realizado.

« Na primeira infancia, em que a vontade não se manifesta, a capacidade juridica é supprida por outra capacidade juridica activa, não por força de uma convenção, mas em virtude de um vinculo natural, moral, superior e anterior á lei escripta.»

Mas o conceito classificador do direito civil, segundo o systema que adopto, não se estriba sómente nesse fundamento.

Ha a considerar ainda a natureza das instituições de direito, partindo das mais elementares até attingir as de maior complexidade.

Ora, a actividade juridica mais elementar é a que se realiza pela posse e pela propriedade, exprime a vontade humana, agindo directamente sobre o mundo fatal.

Seguem na ordem natural as relações que assentam nas prestações de pessoa á pessoa ; o titular do direito já não age directamente sobre o mundo fatal;

o objecto do direito é uma prestação, que só mediamente se resolve em bens ou cousas.

O Direito de Família é por esta classificação collocado em 3.º lugar : elle suppõe na sua parte puramente juridica o direito dos bens, isto é, cousas e obrigações.

O systema que defendo acaba de ser prestigiado pelo eximio professor e abalizado advogado Conde Duque de Azevedo.

No luminoso parecer que elaborou sobre o projecto do Codigo Civil, elle critica o desvio da classificação allemã «que pela tradição legislativa e scientifica tem a vantagem de facilitar o estudo da legislação comparada». «Ora (diz elle), si não convém, sob pena de scindirem-se as instituições, tratar-se separadamente do Direito de Família puro e do Direito de Família applicado, e si este é o conjuncto das relações de direito patrimonial da familia, parece evidente que só depois de expostas as regras de direito sobre o patrimonio, isto é, depois do Direito das Cousas e das Obrigações, dever-se-iam expôr as regras do Direito de Família.»

Quanto á successão ; ella é, como observa Mancini, uma dependencia do direito dos bens e da familia, ou, como diz Savigny, «a successão completa e acaba o organismo do direito, estendendo-o além da vida dos individuos».

Parece, portanto, que se deve alterar a disposição do projecto na Parte Especial, que ficará assim composta—Direito das Cousas, Direito das Obrigações, Direito de Família, Direito de Successão ; e ligada a estas a Theoria das Acções.

Excepção feita desta ultima parte, que é a consequencia da dualidade do direito, instituida na Constituição, o codigo allemão consagra essa classificação.

Verdade é que elle colloca na Parte Especial em 1.º lugar o Direito das Obrigações, mas por motivo todo exterior e local e não de ordem scientifica.

A aspiração da unidade do Direito na Alemanha unificada encontrava serios embaraços nas instituições particularistas dos diversos Estados.

O Direito das Obrigações, pondera Raoul de La Grasserie, constitue a parte mais philosophica do direito privado e que, portanto, mais independe dos usos e costumes locais.

Foi esse direito a primeira conquista do imperio allemão para a unificação da sua legislação civil e serviu-lhe de ponto de apoio para chegar á unidade de todo o direito privado.

Esta circumstancia explica a inversão havida na classificação das materias do codigo civil allemão; nenhuma actualidade tem entre nós.

Parte especial

CAPITULO I

LIVRO I

DAS PROMESSAS DE CASAMENTO

TITULO I

DO CASAMENTO

Accrescente-se ao projecto para constituir objecto deste capitulo o seguinte artigo:

« O ajuste de casamento, qualquer que seja a fórma por que fôr convencionado, não crea obrigação civil.

Si, porém, uma das partes promittentes se arrepender sem culpa da outra, será obrigada a restituir-lhe as dadas ou prendas que houver recebido e a indemnizar as despesas feitas por intuito do casamento ajustado.

Só serão attendidas as despesas razoaveis, segundo as condições de fortuna da parte illudida.

Paragragho unico. A acção de indemnisação prescreverá em um anno, contado do rompimento do ajuste de casamento. »

O projecto da Camara dos Deputados eliminou o art. 218 do projecto revisto, pela commissão extra-parlamentar, por consideral-o escusado, attentas as disposições dos arts. 1.520 e 1540 e seguintes, em que se estabelece o principio regulador das obrigações, resultantes dos actos illicitos e as suas applicações a actos determinados, entre os quaes póde o juiz incluir o rompimento culposo do ajuste de casamento, quando produza os effeitos previstos na emenda, ora apresentada.

Mas, além de que as regras estatuidas nestes artigos não comprehendem toda a materia da emenda additiva e do art. 218 do projecto revisto, ha a ponderar que é conveniente fixar, na esphera do direito de familia, a applicação do principio a um facto que frequentemente ocorre e tem feição propria.

Assim resolve o codigo allemão, que, não obstante o principio de ordem geral e as applicações deste principio, relativas ás obrigações, oriundas do delicto civil (arts. 823 e 853), contém disposições especiaes, reguladoras dos effeitos provenientes da culpa em que incorra um dos desposados, pelo rompimento do ajuste de casamento, ajuste em que este codigo não reconhece uma obrigação civil.

Substitua-se pelo seguinte:	Art. 185 § 2.º do projecto:
« Si os nubentes residirem em diferentes circumscripções do registro civil, em uma e outra se publicarão os editaes »	« Si os contrahentes residirem em localidades diferentes, em ambas far-se-á a publicação dos editaes. »

Acho preferivel a locução empregada no art. 4.º do decreto n. 181, de 1890. O vocabulo — localidade — de que se servé o § 2.º deste artigo não tem significação precisa, nem juridica, nem administrativa e nem politica; de um sentido vago, quer dizer uma

zona, que tanto pôde comprehender uma cidade, como simplesmente uma povoação ou apenas uma moradia. Não traduz o pensamento do legislador que o decreto enuncia precisamente.

No n. 1 supprimam-se as palavras « ou civil ».

Substituam-se neste mesmo numero e no II as palavras « natural ou natural » por « illegitimo ».

« Supprimam-se os ns. IV e V.

Art. 187. « São prohibidos de casar »:

I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legitimo, natural ou civil;

II. « Os affins em linha recta, seja o vinculo legitimo ou natural »;

III. « O adoptante com o conjuge do adoptado, e o adoptado com o conjuge do adoptante »:

V. « O adoptado com o filho que tenha sobrevivido ao pae ou a mãe adoptiva ».

No capitulo 5.º, do titulo V, deste livro I exporei os motivos que tive para excluir do projecto o instituto da adopção.

A substituição do vocabulo « natural » por « illegitimo » tem por fim incluir entre os impedimentos derimentes o parentesco espurio nos casos em que é reconhecida a sua existencia (emenda ao art. 364). Parentesco illegitimo comprehende não só o parentesco natural, sinão tambem o espurio.

A constatação, porém, deste ultimo está limitada as condições da referida emenda.

O projecto nesta materia de impedimentos vacilla e se contradiz. Assim que :

Neste n. I reproduz o dispositivo do cod. civil francez (art. 161) positivando o parentesco legitimo e natural, sendo que este ultimo, segundo a intelligencia acceita e defendida por Th. Huc, Laurent, e Aubry et Rau e outros, deve firmar-se em reconhecimento

voluntario ou forçado de filiação, uma vez que filiação natural não reconhecida é filiação não existente; no n. IV emprega o adjectivo illegitimo que abrange todo parentesco fóra do casamento; e no paragrapho unico do art. 188 volta á restricção do parentesco natural pela afinidade natural.

Si casos ha em que o direito reconhece a existencia do parentesco espurio para dar-lhe effeitos juridicos, porque lh'os recusar em materia de impedimentos? Nestes casos não desaparece a razão de ordem publica e de moralidade que veda a investigação da paternidade espuria e o reconhecimento da filiação espuria, e não se obedece a injunção da natureza e da moral prohibindo o casamento?

Elimine-se o final « salvo permissão » até o fim.

Accrescente-se ao final do artigo:

Paragrapho unico A espuriedade do parentesco só será reconhecida para o effeito de impedimento, quando resultar de algum dos factos enumerados no artigo 364. »

Art. 187, n. 15:

« O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatelada, emquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em escripto authenticico ou testamento.

A prohibição decretada neste numero é destinada a impedir que a fortuna das pessoas tuteladas ou curateladas seja alvo de ambição dos tutores ou curadores, ou dos seus parentes, protegidos por elles, não como partes da fortuna, ao menos como meio de obter a approvação da sua gerencia lesiva aos orphãos e interdictos.

Medida tutelar, esta disposição deve ser absoluta.

A restricção que o projecto estabelece põe a descoberto os interesses que a lei protege em nome da

ordem social e como função do Estado. A permissão paterna e materna a que se refere o artigo e que só se torna effectiva d'pois da morte dos paes, expõe os filhos ao assalto da avareza ou á prevaricação dos tutores.

Quanto á curatela ha, ainda, a attender que ella é de ordinario deferida em protecção aos maiores e sobre estes não recáe o patrio poder.

Supprima-se o artigo: o paragrapho unico constituirá artigo, no qual se substituirá « por qualquer dos modos » pelo seguinte: — « pelos modos prescriptos no titulo IV, capitulo V deste livro.

Art. 188:

« A afinidade illicita só se pôde provar por confissão espontanea dos ascendentes da pessoa impedida que, si outro effeito lhe não quizerem dar, poderão fazel-o em segredo de justiça.

Paragrapho unico. A afinidade natural porém, prova-se não só por confissão espontanea, senão tambem por qualquer dos modos prescriptos no art. 363.

Não se apprehende precisamente o pensamento deste artigo. Não é um impedimento que elle accrescenta aos declarados no artigo anterior, mas sim um meio de prova que nenhuma applicação pôde ter a qualquer daquelles impedimentos.

Entretanto, a « afinidade illicita » de que fala o projecto não parece ser sinão o impedimento canonico que provém de copula fornicaria (Monte Dir. Ecc. § 971, Conc. Trido. Sesz. 24 de refor. matr. Cap. IV) ou ajuntamento illicito, impedimento extranho ao regimen do casamento civil, pois só interessa a consciencia religiosa da pessoa, ao passo que o projecto reconhece sómente a afinidade resultante da copula conjugal, sejam legitimos ou naturaes os consanguineos que se tornam affins. O pae legitimo tem afinidade licita com sua nora; e illicita, segundo

o direito canonico com a mulher que teve ajuntamento carnal com seu filho, legitimo ou natural.

Por outro lado, dir-se-á que o projecto, estabelecendo como prova unica de afinidade illicita a confissão do ascendente e concedendo outros meios de prova de afinidade natural, teve por fim, contra-pondo uma á outra, consagrar, só para o effeito do impedimento, uma prova de parentesco espurio do qual derivasse a afinidade illicita ?

Si este, porém, é o pensamento do projecto, cumpre reconhecer que elle subverte as proprias doutrinas, admittindo o reconhecimento voluntario da filiação espuria, o que em textos expressos e absolutos veda, seja voluntario ou forçado o reconhecimento (arts. 361 e 370).

Seja qual fôr a intelligencia do artigo, cumpre eliminá-lo.

Qanto ao paragrapho unico :

Não é sómente pelos meios voluntarios a que se refere o artigo que os filhos naturaes podem ser reconhecidos pelos paes : ha ainda o reconhecimento de conformidade com os arts. 371, 372 e 375. Nota-se, portanto, deficiencia na redacção deste paragrapho.

Elimine-se

Art. 200. « O instrumento do consentimento do casamento deverá ser integralmente transcrito na escriptura ante-nupcial ».

A observação do dr. Clovis é procedente ; a materia deste artigo está prevenida no art. 199, n. V, combinado com o 184, n. III.

Este artigo deve ser collocado depois do art. 219.

Art. 215.

« Por defeito de idade não se annullará o casamento, de que resultou gravidez. »

Esta translação já foi reclamada pelos drs. Vieira Ferreira e Clovis. Realmente a ordem logica do pensamento ahi consiguado exige tal transposição.

Substitua-se pelo seguinte :
« Considera-se erro essencial na pessoa -- o que diz respeito á sua identidade, caracterizada pelo estado de familia. »

Art. 223. « Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro conjugue :

I. O que affecta as qualidades pessoaes do outro conjugue, a sua honorabilidade, e cujo conhecimento posterior torna insupportavel a vida commum ao esposo enganado.

II. A ignorancia de crime infiançavel anterior ao casamento e definitivamente julgado por sentença condemnatoria.

III. A ignorancia de defeito physico, irremediavel e anterior ao casamento, como a impotencia, ou de molestia grave e transmissivel, por contagio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro conjugue ou de sua descendencia, como a epilepsia ou a alienação mental de qualquer fórma.

IV. O desvirginamento da mulher, desconhecido do marido ».

A materia regulada no n. I deste artigo corresponde a um dos mais debatidos e delicados problemas do direito de familia.

A solução que offerece o projecto é a menos accetavel de todas quantas os jurisconsultos dictam na interpretação dos textos, em que diversos codigos

civis consignam, como motivo de nullidade de casamento, o erro de um dos conjuges em relação á pessoa do outro.

Segundo o n. I deste art. o erro essencial não versa sobre a entidade physica do conjuge, mas sobre as suas qualidades pessoaes. A apreciação destas qualidades, como moveis da vontade, subordina-se inteiramente ao criterio individual do conjuge que se diz enganado.

Effectivamente, só elle póde qualificar a gravidade dos effeitos do erro, relativos á sua vida conjugal, affirmar que o conhecimento de certa qualidade do outro conjuge, até então ignorada, torna insupportavel a vida commum.

Não é o arbitrio imparcial do juiz, arbitrio aliás inconciliavel com os principios que formam a essencia do casamento, mas simplesmente a vontade de um dos conjuges que decide da validade do matrimonio, cuja estabilidade fica á mercê do seu carecter, sentimentos, preconceitos e temperamento.

Emquanto ligados por mutua affeição, os conjuges dissimulam as suas más qualidades, si as não toleram com carinho. Mas si a affeição se extingue entre elles só então é que as más qualidades se fazem conhecidas, tornando a vida commum insupportavel.

Deste modo o projecto, sob a apparencia de nullidade do casamento, por motivos discricionarios e illimitados, institue o divorcio com dissolução do vinculo conjugal; e o consegue com liberalidade que nenhum codigo concede a este instituto. O projecto não acceita o divorcio, mas dá-lhe equivalente.

A emenda que apresento, regeitando a doutrina do projecto, affasta-se egualmente da que prevaleceu, segundo Laurent, na discussão do codigo civil francez e é consagrada no seu art. 181.

De conformidade com esta doutrina, o erro na pessoa quer dizer — erro sobre a identidade physica da pessoa.

Tão lata e perigosa é a doutrina do projecto, como de restricta e quasi irrealizável applicação seria a que só admitte a nullidade do casamento pelo engano na identidade da pessoa physica.

Nesse caso não haveria erro e sim falta de consentimento, o acto seria inexistente e não simplesmente annullavel. O erro de consentimento suppõe, certamente, consentimento embora viciado.

Si um dos conjuges casa com pessoa que não é a mesma pessoa physica com quem queria casar, ha ausencia de consentimento.

Logo, não é sobre a identidade da pessoa physica, mas sobre a da pessoa juridica que pôde versar o erro do consentimento.

Tome-se o exemplo de Pothier: — A. quer casar com Maria, filha de Paulo, amigo de seu pae. No acto do casamento Maria é substituida por Joanna, como no casamento de Jacob e Lia; não houve consentimento. Mas si A., suppondo tratar com Maria, é illudido por Joanna, que por meio de fraude e de falsos documentos, relativos ao seu estado civil, convence a A. de que ella é Maria, filha de Paulo, não ha aqui erro sobre a identidade physica da mulher com quem casou A., mas sim sobre a sua identidade civil que é diversa da de Maria; isto é, ha erro de consentimento.

Dir-se-á que o estado de familia é uma qualidade e que si o erro sobre essa qualidade é motivo determinante da nullidade do casamento, não ha razão para negar o mesmo effeito a outras qualidades, quaes a nacionalidade e a religião?

Certo, estes attributos são inseparaveis da pessoa, o homem nasce em uma familia, em uma patria, em uma religião, mas nem a patria e menos a religião o caracterizam do mesmo modo que o estado de familia. E' a familia a representação fundamental da personalidade civil do homem, a que corresponde um appellido commum que o distingue no meio social. A patria e a religião são considerações de somenos valor na união conjugal.

A doutrina da emenda, evitando os perigos do systema que faz decorrer a nullidade de casamento do erro sobre as qualidades pessoas de um dos conjuges segundo a apreciação do outro, a confusão de principios e deficiencia da solução que offerece a theoria dos que só admittem o erro de consentimento, quando este versa sobre a pessoa phisica, tem o merecimento de firmar a solução sobre os principios de direito, referentes á nullidade dos actos juridicos : actos nullos e actos inexistentes (Mourlon. vol. 3, ns. 679 e seguintes).

No n. II o projecto não trata de erro na pessoa, mas de um facto que prejudica a boa fama de um dos conjuges.

Com respeito á identidade da pessoa phisica e civil de um dos conjuges não ha erro; o casamento realizou-se com o consentimento de ambos elles e o facto de ter sido anteriormente condemnado um dos conjuges por crime inaffiançavel não contraria nem um dos fins sociaes e moraes do casamento; não pôde, portanto, ser causa de nullidade; tanto mais quanto o erro arguido denuncia desidia ou negligencia da parte do conjuge enganado, nas investigações a que devia proceder a respeito da pessoa com a qualia identificar-se perpetuamente. A lei, cautelosa e providente, estabelece providencias salutaes no intuito de annunciar ao publico o casamento, de tornar conhecidas as pessoas dos conjuges, afim de evitar impedimentos, enganos e surpresas entre elles.

Ao demais, o projecto é incoherente: ha crimes affiançaveis que prejudicam mais á boa reputação do individuo do que crimes inaffiançaveis, por exemplo, o lenocinio, o furto.

N. III. O defeito phisico anterior ao casamento, como a impotencia ou molestia grave e transmissivel por contagio, não constitue qualidade ou attributo da pessoa. São de ordinario phenomenos accidentaes. Devem determinar a nullidade do casamento?

A impotencia entre os defeitos phisicos, a epilepsia e alienação mental entre as molestias graves são exemplificadas neste numero do projecto.

Quanto á impotencia ha divergencia de doutrina e entre os codigos com relação aos effeitos deste phenomeno. O projecto e o codigo italiano não o consideram como impedimento e sim causa de nullidade do casamento, quando ignorado por um dos conjuges.

Varia a natureza deste phenomeno, mas, em nenhum caso, parece, a ignorancia de sua existencia pôde determinar a annullação do casamento.

Si funcional, a sua manifestação é inteiramente passiva, não pôde ser provada nem mesmo mediante exame medico.

Demais, a impotencia que parece permanente, pôde não ser senão relativa. Si, porém, provém do atrophiamiento dos orgãos genitales ou de sua imperfeita formação, principalmente na mulher, ainda assim a prova não se poderá fazer, ou se fará mediante violencia e escandalo que o direito recusa a bem do decoro das familias.

As enfermidades contagiosas, a alienação mental de um conjuge, podem comprometter a vida do outro conjuge e a da prole, vivendo em commum. E' uma situação que o direito deve regular. De que modo ?

Ha a attender a saude do outro conjuge e a da prole que a lei incumbe proteger em nome de um direito e do interesse social, mas não se poderá obliterar a obrigação da assistencia mutua entre os conjuges, reconhecida no art. 236 do projecto e deixar de levar em muitos casos, á conta do conjuge reclamante, a sua desidia nas investigações a que lhe competia proceder, quanto ao outro conjuge.

A solução deve consistir na separação dos corpos.

N. IV. Não ha razão para alterar-se o direito vigente.

O que parece effeito do defloramento pode ser simplesmente o resultado de um accidente.

Si se trata de um facto que nem todos ignoravam, o conjuge enganado não investigou devidamente da boa reputação da sua futura esposa; si era um facto envolvido em sigillo, como proval-o? Pela confissão da mulher? Mas si essa confessa calcando o pudor e os sentimentos da dignidade propria e da familia não pode dar-se o caso de um conluio para obter-se por tal meio um divorcio por mutuo consentimento?

A acção que o projecto concede ao marido para a annullação do casamento, na hypothese figurada, prescreve em dez dias contados da data do casamento, o que importa affirmar que nem sempre este prazo será sufficiente para poder o marido esclarecer-se com segurança sobre si o caso é o resultado de defloramento ou de mero accidente.

A approvação da emenda a este artigo torna necessaria a eliminação do § 1.º do art. 182 e do n. 1 do § 7.º do mesmo artigo.

No capitulo relativo ao desquite se contemplará a emenda admittindo o caso de simples separação dos corpos entre os conjuges.

Supprima-se em vista da emenda ao artigo anterior.

Art. 224. « A annullação do casamento, nos casos dos ns. I, II e III do artigo antecedente só pode ser requerido pelo outro conjuge; e, no caso do n. IV, só o marido tem direito de pedir-a ».

CAPITULO VII

DISPOSIÇÕES PENAES

Em vez dos ns. XIII e XIV diga-se XIII a XVI.

Art. 231. No casamento com infracção dos ns. XIII e XIV do art. 187 é obrigatorio o regimen da separação dos bens, não podendo o conjuge que tiver praticado as referidas infracções fazer doação ao outro.

O dispositivo deste artigo comprehende todos os ns. a que se refere o art. 265 n. 1. Não ha razão para se excluir da sancção daquelle artigo os infractores das disposições dos ns. XV e XVI do art. 187. E' a doutrina do art. 1063 do codigo civil portuguez.

Substitua-se : « Considera-se culpado o tutor que infringir ou consentir na infracção do n. XV do art. 167 ».	Parapho unico do art. 211. « Considera-se culpado o tutor que não puder apresentar em seu favor a excusa da clausula final do art. 157 n. XV ».
---	---

A emenda está de accordo com a offerecida ao n. XV do art. 187.

A clausula final a que se refere o projecto neste parapho unico fica eliminada pela emenda ao dito n. XV.

TITULO II

CAPITULO II

DOS DIREITOS E DEVERES DA MULHER

Accrescente-se « depois de seis mezes » « com permissão do marido ».	Parapho unico do art. 29. « Sempre que a mulher ou tome posse do cargo publico ou funcione em qualquer profissão que se exerça fóra do domicilio por mais de seis mezes, entende-se para isso plenamente auctorizada pelo marido ».
--	---

Sem a clausula consignada na emenda, a separação de facto podia dar logar a que a mulher, que houvesse abandonado o marido, podesse tornal-o responsavel pelas obrigações que ella contrahisse sem sua auctorização.

Accrescente-se depois de « immoveis communs » : « e na deficiencia ou falta destes ». O mais como no artigo.

Art. 258. « A mulher compete a direcção e administração do casal, quando o marido :

I. Estiver em logar remoto ou não sabido.

II. Estiver em carcere por mais de dous annos :

III. For judicialmente declarado interdicto.

Paragrappo unico. « Nestes casos cabe a mulher :

IV. Alienar os immoveis communs e os do marido mediante auctorização especial do juiz ».

A disposição do n. IV, paragrapho unico do artigo, está subordinada, no tocante a alienação dos immoveis proprios do marido, ás restricções que resultam dos regimens de communhão universal, parcial e do dotal, com relação a alienação desses bens para manutenção dos encargos do casamento. Nas hypotheses mencionadas no artigo a mulher só pôde alienar os immoveis do marido, mediante auctorização do juiz, na deficiencia ou falta de bens communs, pois são estes os destinados prover ás necessidades da vida conjugal. Tal é o direito vigente (Lafayette cit., § 44 n. 9 e § 46; Felicio dos Santos cit. art. 1988. Almeida e Souza., Not. a Mello L. 20, t. 8 § 18, n. 50 e 60) Nesta conformidade deve-se entender o dispositivo do n. V do art. 239 do projecto.

Torna-se, portanto, indispensavel a clausula constante da emenda ao artigo.

No regimen de separação, em que não ha bens communs, excluidos de communhão os adquiridos e os rendimentos; como os encargos do casamento pesam sobre um e outro conjuges, não havendo estipulação em contrario no contracto ante-nupcial, é facultado a mulher, nos casos figurados no artigo, alienar com auctorização do juiz immoveis do marido para pagamento da respectiva contribuição,

TITULO III

DAPITULO I

DISPOSIÇÕES GERAES

Supprima-se « rigorosamente
obrigatoria ».

Art. 264. Ter-se-á por não escripta qualquer convenção ou clausula :

II. Que contrarie qualquer disposição deste código *rigorosamente obrigatoria*.

Está corrigido no parecer do sr. senador Ruy Barbosa, a que me reporto.

Accrescente-se : — Paragrapho unico. Na falta de inscripção das convenções ante-nupciaes entender-se-á que o regimen do casamento em relação a terceiros é o de communhão universal.

Art. 268. « As convenções antenupciaes não terão effeito para com terceiros senão depois de inscriptos, em livro especial, pelo official do registro predial do domicilio dos conjuges ».

Os contractos ante-nupciaes, estipulando o regimen de communhão universal ou outro, precisam, para produzirem effeito contra terceiros, de ser inscriptos no registro predial do domicilio dos conjuges. Mas não diz o artigo, em garantia de direitos que terceiros possam allegar contra os conjuges, quaes os effeitos da falta de inscripção de taes convenções, no tocante áquelles direitos.

E' o que a emenda estatue attendendo a que, não prevalecendo as convenções ante-nupciaes contra terceiros, na falta de inscripção, o regimen do casamento em relação a estes não pôde ser sinão o da communhão universal.

CAPITULO II

DO REGIMEN DA COMMUNHÃO
UNIVERSAL

Substitua-se pelo seguinte :	Art. 270. São excluidos da communhão :
Os bens provenientes de herança, legado ou doação, adquiridos com a clausula de incommunicabilidade e os subrogados em seu logar.	«II. Os bens doados ou legados com a clausula da incommunicabilidade e os subrogados em logar delles. »

O projecto não inclue a herança que se differencia do legado e da doação *causa mortis*.

A instituição de herdeiros pode conter clausulas de incommunicabilidade de bens ; em casos taes como excluir a herança ?

O dec. n. 169 - A e a anterior lei hypothecaria de 1864, art. 14, especificam, para o effeito da hypotheca legal, os bens provenientes de herança, legado ou doação, deixados com a clausula de incommunicabilidade.

Supprima-se -- «esponsalicios».	N. IX (do mesmo art.).
---------------------------------	--------------------------

«As roupas do uso pessoal, as joias esponsalicias dadas antes do casamento pelo esposo.»

Si o instituto de esponsaes foi supprimido, como falar-se em joias esponsalicias que suppõem esse instituto ?

Supprima-se.

« Art. 275. Extincta a communhão é effectuada a divisão do activo e passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos conjuges para com os credores do outro por dividas que houver este contrahido. »

A disposição deste artigo é contraria aos principios reguladores da communhão universal. Faz cessar a responsabilidade de um dos conjuges por dividas do casal a que estão sujeitos os bens communs, de conformidade com o art. 269, ainda mesmo depois de dissolvida a communhão, subsistindo as dividas. E', além disso, uma porta franqueada á fraude dos conjuges.

DO CAPITULO III

DO REGIMEN DA COMMUNHÃO PARCIAL

Em vez de « doação ou successão », diga-se : « por successão ou por qualquer outro titulo gratuito ».

« Art. 276. Quando os contraentes declararem que adoptam o regimen da communhão limitada ou parcial, ou usarem de expressões equivalentes, entender-se-á que excluem da communhão:

II. Os sobrevividos (bens) durante o casamento por doação ou successão. »

Doação e successão têm significações technicas, especiaes, que não comprehendem o legado, a remissão.

CAPITULO IV

DO REGIMEN DA SEPARAÇÃO

Accrescente-se a este capitulo o artigo seguinte :

Artigo. As dividas antes ou depois do casamento serão pagas pelos bens do conjuge devedor, salvo nos seguintes casos :

I. Serão pagas pelos bens de ambos os conjuges as dividas por elles contrahidas conjuntamente, na constancia do casamento.

II. Si um dos conjuges se houver obrigado expressamente pela divida, respondem pela obrigação contrahida os bens que lhe são proprios.

III. Si a divida contrahida por um dos conjuges reverte em proveito do outro, este é responsável até a quantia equivalente da vantagem que auferiu.

No regimen de separação o projecto nada estabelece relativamente ás dividas dos conjuges.

A regra é a incommunicabilidade de dividas, proveniente de incommunicabilidade de bens, ou sejam as dividas contrahidas anteriormente ou na constancia do casamento. E' um conseqüentario do regimen estabelecido.

Entretanto, no tocante ás dividas contrahidas na constancia do casamento, ha excepções que não contrariam a natureza do regimen e se justificam, ou em face da responsabilidade assumida pelo conjuge não devedor, ou em razão do proveito por este auferido ou por ambos os conjuges.

CAPITULO V

DO REGIMEN DOTAL

SECÇÃO I

Da constituição do dote

Redija-se :
Na constancia do casamento o dote não pôde constituir-se nem ser alterado, salvo por accessões naturaes.

« Art. 287. O dote não pôde ser augmentado pelos conjuges depois do casamento. »

O artigo prohibe aos conjuges o augmento do dote, nada dispondo quanto á diminuição.

No entanto, esta não só altera o contracto antenupcial, senão tambem redunda em prejuizo da mulher, reduzindo a garantia que em seu favor estabelece o dote.

Si o augmento do dote altera o regimen dos bens adquiridos na constancia do casamento, convertendo-os em dotaes, com infracção do contracto antenupcial, a diminuição não é menos infringente do pacto dotalicio.

Supprima-se.

« Art. 283. Quando constituido por terceiros, na vigencia do matrimonio, não tem effeito sobre e regimen pre-estabelecido para os outros bens. »

Permitte este artigo que extranhos constituam dote na constancia do matrimonio.

Esta doutrina afasta-se do nosso direito e, em geral, dos codigos civis estrangeiros, abrindo uma excepção ao principio capital do regimen dotal — a inalterabilidade do dote durante o casamento, a não ser por accessões naturaes.

Si os conjuges no pacto dotalicio estipulam que os bens futuros sejam dotaes, é claro que não importa semelhante clausula auctorização para augmento do dote.

Neste caso as liberalidades feitas por estranhos se comprehendem no dote, mas nem os conjuges, nem terceiros podem intringir a inalterabilidade do dote. Isto daria logar a que bens adquiridos na constancia do casamento (art. 278) ou extra-dotaes, a respeito dos quaes nenhuma declaração contivesse o contracto, fossem retirados da communhão (art. 294), desnaturando o regimen em prejuizo do credito dos conjuges ou em prejuizo de terceiros, credores da mulher dotada, (art. 306).

E si não ha regimen dotal, em virtude do contracto ante-nupcial (art. 263), o dote constituido por terceiro durante a vigencia do casamento não tem outro effeito sinão o de doação.

Supprimam-se as palavras finais : — e vice-versa — do § II.	« Art. 289. E' licito estipular na escriptura ante-nupcial : II. A transferencia do dote ao marido morrendo a mulher sem herdeiros necessarios e vice-versa.
---	---

O *vice-versa* do final do n. II estabelece uma doutrina inaceitavel por absurda em direito. Della se deduz que o marido, morrendo com herdeiros necessarios, o dote passa para estes. Ha manifestamente uma inadvertencia. O dote é constituido em beneficio da mulher, e, dissolvida a sociedade conjugal, lhe é restituído ou aos seus herdeiros. A reversão do dote ao dotador, tenha ou não filhos a dotada, e a sua transferencia ao marido, morrendo a mulher sem herdeiros necessarios, podem ser objecto de estipulação no contracto dotalicio, não assim a transferencia do dote á mulher, morrendo o marido, pois que o dote a ella pertence.

Accrescente-se :

III. « Que os bens immoveis comprados com dinheiro do dote ou producto dos bens dotaes ou recebidos em pagamento ficarão subrogados ao dinheiro e bens alienados ».

Art. 291. « E' permittido estipular no contracto dotal:

I. « Que a mulher receba directamente, para suas despesas particulares, uma determinada parte dos rendimentos dos bens dotaes ».

II. « Que com os bens dotaes haja outros submettidos a regimen differentes ».

E' uma clausula de efeitos praticos, admittida em nosso direito (Almeida e Sousa cit. l. 2 t. 9 § 11 n. 3).

Substitue-se pelo seguinte:

Art. « Si o dote consistir em bens moveis presumir-se-á transferido o dominio para o marido; e não transferido se forem immoveis os bens, salvo, em um e outro caso, clausula expressa em contrario.

Paragrapho unico. « Os immoveis dotaes só se transferem para o dominio do marido, em virtude de clausula expressa ».

SECÇÃO II

Direitos e obrigações do marido em relação aos bens dotaes

Art. 297. « Consistindo o dote ou parte delle em bens moveis presume-se translação do dominio para o marido, salvo clausula expressa em contrario.

Paragrapho unico. « Consistindo em bens immoveis, porém, não importará translação do dominio sem clausula expressa.

A má redacção deste artigo presta-se a uma confusão de noções, aliás precisas e acceitas no regimen dotal. Parece que o artigo subordina aos preceitos reguladores dos moveis dotaes os immoveis, quando o dote consistir em bem de uma e outra natureza.

Supprima-se.

Art. 298. « Sem a mesma clausula, não se considera dotal o immovel comprado com dinheiro do dote ou recebido em pagamento, quando aquelle consistir em moeda. »

A vista da emenda offerecida ao art. 294 constituindo n. III, é uma redundancia o artigo 298. A sua materia, que é menos comprehensivel que a da referida emenda, está alli melhor collocada, pois que antes diz respeito a constituição do dote do que aos direitos do marido em relação aos bens dotaes.

Accrescente-se depois das palavras. — « pôde dispor dos bens dotaes » as seguintes: « salvo quanto aos immoveis a restrição do art. 241 n. 1. » O mais como no artigo.

Art. 299. « Quando o dote importar alienação, o marido é considerado proprietario; pôde dispor dos bens dotaes e por sua conta correrão os riscos e as vantagens que lhes sobrevierem ».

Quando a estimação do dote importa alienação, o marido torna-se proprietario; a mulher fica sendo tão somente uma credora privilegiada; mas, attento o principio absoluto do artigo 241, para a alienação dos immoveis, qualquer que seja o regimen do casamento é indispensavel o consentimento da mulher e *vice-versa*.

Accrescente-se depois de « immoveis dotaes » o seguinte: « estimados com o intuito de alienação » o mais como no artigo.

Art. 300. « Os immoveis dotaes não podem, sob pena de nullidade, ser onerados, nem alienados, salvo em hasta publica e por auctorização do juiz competente, nos casos seguintes: »

O projecto distingue entre a estimação do dote que importa alienação e a que tem somente por fim a determinação do valor dos bens dotaes para precisar-se o *quantum* da indemnização, a cargo do marido, quando a esta for obrigado.

No 1.º caso o projecto reconhece que o dominio do dote se transfere para o marido; no 2.º elle é apenas administrador e usufructuario (Planiol arts. 1.503 e 1.504). E' esta a doutrina do direito vigente (T. de Freitas, Consol. nots. 15 e 17 aos arts. 121 e

123) que o projecto mantém, em virtude da qual é indispensavel que se restrinja a disposição generica do artigo, nos termos da emenda.

Substitua-se «ou outra caução» por ou «penhor.»

Art. 304. Se o marido não tiver immoveis que possam ser hypothecados para garantia do dote poder-se-á no contracto antenupcial estipular fiança ou outra caução.

O projecto admite, na falta de immoveis que garantam o dote, a caução fidejussoria ou «outra». A que especie mais de caução se refere o artigo?

Não deve ser senão a pignoratícia consistente em moveis, desde que não tem o marido bens immoveis para a hypotheca. Admittir a caução juratoria que a ord. l. 4 t 102 § 5, auctoriza em determinadas condições, ou a promissoria para substituir a pignoratícia e a fidejussoria, importa privar o dote de toda garantia real e effectiva deixando-o amparado sómente pela honestidade do devedor.

Accrescente-se ao § 1.º:

Salvo se prevalecer a communião dos bens extra-dotaes e adquiridos (art. 298 paragrapho unico); nestes as dividas contrahidas depois do casamento serão pagas pelos bens communs.»

Ao § 2.º Substitua-se a segunda parte pela seguinte:

«As contrahidas depois do casamento, si legalmente auctorizadas, se pagarão pelos bens communs; e pelos proprios si contrahidas fóra dos casos previstos no art. 281, ou si a communião não se tiver verificado.»

§ 3.º Supprima-se em consequencia da addição dos dous paragraphos antecedentes.

Art. 306. «Quanto ás dividas passivas observar-se-á o seguinte:

I. «As do marido contrahidas antes ou depois do casamento não serão pagas sinão por seus bens proprios».

§ 2.º «As da mulher, anteriores ao casamento, serão pagas por seus bens extra-dotaes; e, na falta destes, pelos fructos dos bens dotaes e, em ultimo caso, pelos immoveis dotaes. As contrahidas depois do casamento só poderão ser pagas pelos bens extra-dotaes»

§ 3.º As contrahidas pelo marido e pela mulher conjunctamente poderão ser pagas, ou pelos bens communs, ou pelos proprios do marido, ou pelos extra-dotaes.»

Supprimido o art. 295 e em virtude dos arts. 286 e 294 paragrapho unico, nas condições ahí previstas, prevalece a communhão de bens extrado-taes e dos adquiridos na constancia do casamento. Da communhão de bens provém a communhão das dividas contrahidas durante o casamento, observado quanto á mulher o dispositivo do art. 281.

Supprima-se.

SECÇÃO III

Da restituição do dote

Art. 310. «A mulher póde em todo caso reter os objectos de seu uso, em conformidade com a disposição do art. 270 n. IX, deduzindo-se o seu valor do que o marido houver de restituir.»

Os objectos do uso da mulher aos quaes allude o artigo são doações feitas pelo marido antes do casamento, excluidos da communhão universal (art. 270) e irrevogaveis conforme o direito vigente.

A compensação que o artigo auctoriza importa revogação, mas nenhum motivo justifica semelhante medida.

Si em virtude de declaração expressa esses bens forem incommunicaveis (art. 294 paragrapho unico) por isso mesmo será inapplicavel o artigo.

TITULO IV

CAPITULO I

DA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE
CONJUGAL

Emendas

Ao n. II depois de «nullidade»
acrescente-se «ou annullação».

Art. 322. «A sociedade conju-
gal termina. »

II « pela nullidade do casa-
mento :»

III « pelo desquite, amigavel
ou judicial. »

No n. II o projecto omitta o caso de dissolução da sociedade conjugal por effeito da annullação do casamento. Entretanto — casamento nullo e casamento annullavel são figuras juridicas distinctas, embora tenham uma e outra por fim a dissolução da sociedade conjugal.

No art. 187 o projecto distingue entre os casos de nullidade e annullação do casamento. Esta distincção, portanto, não pôde escapar ás disposições do art. 322.

No n. III o projecto substitue o vocabulo «divorcio» por desquite, que significa a separação dos conjuges sem dissolução do vinculo matrimonial. Mas na linguagem do direito patrio esse é o sentido da palavra divorcio.

O decreto n. 181 de 1890, conservou a terminologia do nosso direito.

Substitua-se o paragrapho unico do artigo pelo seguinte :

« Si, porém, o conjuge fôr incapaz de consentir, qualquer ascendente ou irmão poderá demandar ao outro conjuge pela separação do incapaz, mas sem a dissolução da sociedade conjugal. »

« A separação subsistirá emquanto durar a incapacidade; e durante esta o juiz taxará ao conjuge incapaz alimentos a cargo do outro conjuge, si este tiver meios de prestal-os e delles carecer o conjuge offendido. »

Art. 323. « A acção de desquite será ordinaria e sómente competirá aos conjuges.

Paragrapho unico. « Se, porém, o conjuge fôr incapaz de exercel-a, poderá ser representado por qualquer ascendente ou irmão. »

Dispõe o artigo que é pessoalissima a acção de desquite, mas previne a hypothese de ser o conjuge, que tem o direito de propor a acção, incapaz de exercel-a; neste caso poderá ser representado por qualquer ascendente ou irmão.

De que capacidade cogita o projecto?

Não é certamente da que resulta do estado civil da mulher casada, porque segundo o projecto cessa a sua incapacidade para o exercicio da acção de desquite. O dispositivo do artigo não comprehende si não a situação na qual fallece ao conjuge offendido capacidade para o exercicio deste direito. Mas dada esta hypothese, a representação do conjuge poderá ser falsa, isto é, não traduzir-lhe a vontade, que longe de ter sido supprida, foi, ao contrario, substituida.

Na integridade de sua intelligencia elle não promoveria a acção e, adquirida depois do desquite essa integridade, si o outro conjuge se recusar a consentir no restabelecimento da união conjugal, (art. 329) ficaria aquelle desquitado contra a sua vontade.

Estas consequencias mostram quão diversamente do que dispõe o projecto deve ser regulado o direito do conjuge incapaz.

Uma separação provisoria, de pessoas com taxa alimenticia á cargo do conjuge demandado, se poder prestal-o e della carecer o outro conjuge, é, na especie, a solução conveniente.

A dissolução da sociedade conjugal só pode ser pedida pelo conjuge offendido, restituído á integridade mental.

Outras providencias legaes garantirão a segurança dos bens communs.

Ao n. IV do artigo a seguinte emenda :

« Abandono voluntario e malicioso de um conjuge pelo outro.
« Proponho a eliminação do n. V. »

Art. 324. « A acção de desquite só pode fundar-se em algum dos seguintes motivos » :

IV « Abandono voluntario do lar conjugal durante dous annos continuos. »

V Mutuo consentimento dos conjuges, si forem casados ha mais de dous annos.

O afastamento voluntario, mas sem intenção de repudiar a vida commum, que pôde ser determinado por circumstancias extremas, não deve motivar o desquite.

O codigo allemão, art. 1.567, exige para a separação de corpos o abandono malicioso ; o projecto do codigo belga, arts. 228 e 254, onde trata de divorcio, no sentido de dissolução de casamento ou de separação de pessoas, reclama abandono voluntario e malicioso do lar ; a lei suissa de 1874 falla em abandono doloso e malicioso do lar ; o codigo austriaco — em deserção maliciosa e inculpavel do domicilio ; assim o codigo neerlandez e o argentino.

O projecto empregou phraseologia identica ás do codigo italiano, que, entretanto, não prescreve prazo para a acção. Effectivamente desde que o abandono

é malicioso, isto é, com designio de faltar á obrigação do casamento, não há necessidade de estabelecer-se prazo para o conjuge abandonado ter direito ao desquite.

O facto do abandono malicioso, qualquer que seja o tempo em que se verifique, arma o conjuge abandonado da acção de desquite.

V. Mutuo consentimento.

Este motivo de desquite é inconciliavel com a seriedade e a estabilidade da união conjugal.

Divorcistas do valor de *Laurent* e de *Cimbali* reconhecem na perpetuidade do casamento uma lei moral e social, base da organização da familia e da sociedade.

O mutuo consentimento, a vontade dos esposos, sem nenhuma causa determinada deixa a mercê do capricho ou das paixões dos conjuges a existencia da união conjugal. A incompatibilidade de humor, a saciedade e o tédio nas relações maritae, a extincção do affecto serão motivos bastantes para o desquite, que, além da separação das pessoas, traz a dos bens.

Expor estes effeitos é condemnar pela razão e pelo bom senso semelhante fundamento de dissolução da sociedade conjugal. A atração dos sexos, na especie humana, perderia o que tem de moral e de pureza affectiva pelo casamento.

E considerado pelo lado juridico constituiria uma derogação á principios basicos do casamento, no tocante ao patrimonio conjugal. Ficaria á vontade dos conjuges mudar o regimen dos bens sob o falsa pretexto do desquite para subtrahir bens futuros á obrigações preexistentes.

Dissolvida a sociedade conjugal, os conjuges poderiam voltar á união, mas mantendo a separação dos bens.

Na discussão do código civil francez o 1.º consul fez acceitar o mutuo consentimento pela vantagem de occultar causas determinadas de divorcio, que produziriam escandalo, si divulgadas; abrigava o pudor da familia.

E' por estas considerações que ainda hoje se defende esse motivo de dissolução do vinculo ou tão sómente da sociedade conjugal, e que alguns codigos o consagram.

Este argumento não tem valor pratico, porquanto, segundo judiciousa critica de notavel jurisconsulto, si existem as causas determinadas na lei, são ellas de tal ordem que inevitavelmente geram animosidade e paixões violentas entre os conjuges, que não recuam deante do escandalo. O mutuo consentimento vêla ausencia de motivos serios e presta-se a fazer do casamento um jogo de interesses condemnaveis ou um pasto de paixões. O mutuo consentimento dispensaria as demais causas do desquite.

A lei franceza de 1884, os codigos, allemão, hespanhol e portuguez, a lei argentina de 22 de setembro de 1888, não admittem a separação por consentimento mutuo.

Accrescente-se a seguinte disposição que ficará sob n. I :

I. « Si fôr o resultado de violencia ou erro escusavel. »

II. Si o auctor houver concorrido para que o reu o commetta. »

III. « Si o conjuge innocente perdoar o adulterio ».

Art. 325. « O adulterio delixará de ser motivo para o desquite : »

I. « Si o auctor houver concorrido para que o réo o commetta. »

II « Quando tiver sobrevindo perdão da parte do conjuge innocente. »

I. E' disposição de direito canonico consagrada na anterior legislação civil. Si não ha culpa, não ha falta, não ha injuria, nem deshonra.

A emenda do n. II do artigo é toda de redacção.

Supprima-se a palavra « litigioso ».

Depois da palavra — « alimenticia » acrescente-se : « congruente aos seus recursos ».

O mais como no final do artigo.

Art. 323. « No desquite litigioso, sendo a mulher innocente e pobre o marido é obrigado a prestar-lhe a pensão alimenticia fixada pelo juiz. »

O projecto diz « litigioso » em contraposição a « amigavel do art. 331. Desde que se elimina o « mutuo consentimento » como fundamento do desquite, fica este inteiramente independente do accôrdo ou consentimento das partes : a dissolução da sociedade conjugal só se fundará em causas determinadas na lei, allegadas em acção competente, e apreciadas segundo a força das provas. E' um acto que interessa o estado de familia, a ordem social

As palavras acrescentadas ao artigo justificam-se pela razão manifestada de não ser possivel ao marido prestar alimentos á mulher si lhe fallecem meios pecuniarios.

Addicionem-se ao final deste capitulo os artigos seguintes :

Art. « E' permittido aos conjuges, quando algum delles, soffrer de molestia grave, transmissivel por contagio, separarem-se corporalmente por accordo amigavel ou decisão judicial, enquanto durar a enfermidade. Esta separação não importa dissolução da sociedade conjugal, que persistirá com seus effeitos. »

Paragrapho unico. « Durante a separação o outro conjuge é obrigado a prestar ao doente alimentos, arbitrados judicialmente, tendo em attenção os bens do casal, e na falta destes os proprios do conjuge enfermo, e ainda os proprios do outro conjuge. »

Art. A acção competente é a do art. 533 e, em todo o tempo, pode ser proposta por algum dos conjuges. »

No direito anterior ao decreto n. 181 de 1890 era permittido o divorcio temporario, que consistia na separação dos corpos sem dissolução da sociedade conjugal, taxando-se judicialmente em favor da mulher uma quota alimenticia prestada pelo marido.

Nada impede que esta separação temporaria de pessoas se mantenha no codigo civil, que não admittie a dissolução do vinculo conjugal e obriga os conjuges, como effeito do casamento, á assistencia mutua.

A perpetuidade do vinculo matrimonial e essa obrigação se conciliam com o direito que se não pôde recusar ao marido e a mulher de defenderem a sua saude e vida e a de suaprole, evitando o contacto corporal, quando um dos conjuges soffrer de enfermidade grave, transmissivel por contagio.

CAPITULO II

Supprima-se.

Art. 331. « No caso de dissolução da sociedade conjugal por desquite amigavel, observar-se-a o que os conjuges accordarem sobre a posse dos filhos.»

Deixa de ter cabimento este artigo, uma vez supprimido o desquite amigavel.

Pelo mesmo fundamento da nota anterior substitua-se as palavras « sendo o desquite litigioso » pelas seguintes — « julgado o desquite. » O mais como no artigo.

Art. 332. « Sendo o desquite litigioso, a posse dos filhos menores caberá ao conjuje innocente.

CAPITULO I

TITULO V

Art. 341 A afinidade na linha recta não se extingue com dissolução do casamento que a originou.»

Esta disposição visa tão sómente o impedimento resultante da afinidade; não se estende, portanto, aos arts. 401 e 405.

Supprimir-se

Art. 342. « A adopção estabelece simples parentesco civil entre o adoptante e adoptado.»

Por obsoleto e inutil condemno o instituto da adopção, de que tratarei no capitolo V.

CAPITULO II

DA FILIAÇÃO LEGITIMA

Art. 343. « São legitimos os filhos concebidos na constancia do casamento. *Consideram-se legitimos os procedentes de casamento annullado e de casamento nullo, contrahido de boa fé.*»

Em face deste artigo consideram-se legitimos os casamentos putativos, quaesquer que sejam as nullidades que os viciem. Por uma ficção, que valetanto como a realidade, a união é tida como legitima até que seja declarada nulla e os filhos se equiparam aos legitimos para todos os effeitos civis.

Esta legitimação é mais ampla do que a resultante do subsequente matrimonio, pois que comprehende os filhos espurios.

Estes são equiparados aos legitimos: protegidos pela boa fê dos paes, que é a virtude legitimadora da união entre elles, é justo que por ella seja amparada a sua innocencia, qualquer que seja a natureza da illegitimidade.

Deste modo pensa tambem o notavel commentador do Codigo Civil portuguez, dr. Dias Ferreira, aos arts. 1.091 e 1.092.

O argumento de que o casamento putativo não pôde ser mais favorecido do que o verdadeiro, pelo qual não se legitimam os filhos adulterinos e incestuosos, é inteiramente falho, porque confunde a legitimação por subsequente matrimonio, em que não pôde haver boa fé da parte dos conjuges em relação a espuridade dos filhos, havidos anteriormente ao casamento, e a ficção resultante do casamento putativo, baseado na ignorancia e boa fé dos conjuges.

Em vez de — « tinha sciencia da gravidez da mulher diga-se » teve conhecimento da gravidez da mulher.»

Art. 345. «A legitimidade do filho nascido antes de decorridos os cento e oitenta dias de que trata o n. 1 do artigo antecedente não pôde, entretanto, ser contestada.»

1 « Se o marido antes de casar tinha sciencia da gravidez da mulher.

O n. I deste artigo é copiado do codigo portuguez, (n. I do art. 102) alterada a redacção.

Parece-me preferivel a redacção de Alexandre Herculano.

O substantivo sciencia vem ahi como synonymo de conhecimento, mas não é essa a sua significação propria, que quer dizer — «instrucção, somma de conhecimentos coordenados — sobre phenomenos de certa ordem».

Offereço a seguinte emenda substitutiva « A impotencia do marido, anterior ao casamento, não póde ser allegada para impugnar a illegilimidade do filho, mas póde sel-o a posterior, comtanto que resulte de um defeito permanente e possa ser constatada mediante exame medico.»

Art. 343. « A impotencia só póde ser admittida para impugnação de legitimidade do filho, quando for absoluta.»

Acho preferivel a disposição do art. 105 do codigo portuguez que não admite, como fundamento de denegação da paternidade legitima, a impotencia do marido, sendo anterior ao casamento: e isto por um motivo de ordem moral. O homem incapaz de procreação, que illudiu a mulher com quem casou, não deve ser admittido a allegar e aproveitar-se da propria fraude. Si, porém, a impotencia é posterior ao casamento e procede de algum accidente manifesto, a impossibilidade da procreação resulta de um phenomeno—que póde ser provado, desde que o marido tiver nisso interesse.

Esta circumstancia exclue a allegação da impotencia, quando funccional.

Neste caso é um phenomeno passivo que não póde ser provado, nem mesmo por exame medico, e não se caracteriza como absoluto; é ordinariamente relativo, e esta consideração já a fazia Bigot Prea-meneu, na discussão do codigo civil francez.

Teixeira de Freitas, Esboço.—art. 1.972, repelle a allegação da impotencia anterior ao casamento para impugnar a legitimidade da paternidade. O codigo civil francez no art. 313 e Laurent no *Avant project*, art. 282 excluem a allegação de impotencia para o effeito da illegitimidade.

O projecto copiou o art. 164 do Codice Civil italiano, que não distingue entre impotencia anterior e posterior ao casamento e exige sòmente que seja absoluta e manifesta.

Offereço as seguintes emendas substitutivas :

Ao art. 350 « Em vida do marido só elle pôde denegar a paternidade do filho nascido de sua mulher. Pela morte do marido este direito passa para os seus herdeiros nos seguintes casos: »

I. Para proseguir na acção que o pae iniciou e della não desistiu. »

II. Si o pae falleceu ou ficou incapaz antes de terminados os prazos marcados para a propositura da acção.

III. « Si o filho nasceu depois da morte do pae.

Ao art. 351. « A legitimidade dos filhos nascidos durante o casamento pode ser contestada pelo pae ou por todo aquelle que tiver interesse na declaração da illegitimidade. »

Art. 350. « Cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. »

Art. 351. « A acção de que trata o artigo antecedente, uma vez iniciada, passa aos herdeiros do marido. »

O projecto nestes dous artigos comprehende a denegação da paternidade e a contestação da legitimidade do filho nascido na constancia do casamento. São situações diversas que trazem resultados praticos differentes e que por isso devem ser discriminados.

A denegação da paternidade envolve sem duvida a contestação da legitimidade, por parte do marido ; mas aquella tem, antes de tudo, um intuito de ordem moral. E' essa a razão porque na vida do marido a acção de denegação é pessoalissima, ella assenta sobre o adulterio da mulher. Depois da morte do marido, o interesse patrimonial que se prende á questão, é transmissivel aos seus herdeiros e dahi a admissão destes a continuarem ou a iniciarem a acção.

A contestação da legitimidade, porém, não se funda no adulterio da mulher, mas em factos que excluem a legitimidade do filho, e taes são — nullidade do casamento não putativo, não ter sido o filho

concebido na constancia do casamento, de não ter havido casamento entre os progenitores. E' este o direito vigente entre nós, consagrado em codigos estrangeiros. (Lafayette, cit. § 103; T. de Freitas, Esboço — art. 1.474, 1.480 e 1.481, Huc. vol. 3.º n. 23).

No caso de denegação da paternidade, observa Mourlon, a acção diz respeito aos filhos para desfazer a presumpção que resulta do principio: *Pateris est quem nuplice demonstrant.*

Na contestação da legitimidade os filhos não têm a seu favor a presumpção do referido principio. (Ns. 869 e 893 — Rep. Ecr.).

Por isso que a denegação da paternidade assenta sobre o adulterio da mulher só ao marido compete a acção respectiva, mas com a morte deste os interesses pecuniarios, ligados á exclusão da paternidade, fazem parte da herança paterna e se transmitem aos filhos; portanto, a acção proposta pelo pae, estando pendente, passa para seus herdeiros. Pela mesma razão ella se transmittirá a estes, si o pae houver fallecido ou for declarado interdicto, antes de prescripta a acção e a esta não houver renunciado, ou quando o filho, cuja paternidade é negada, nasce depois da morte do marido.

Em todos estes casos, os herdeiros que representam a pessoa do pae têm direito para continuar ou iniciar a acção. (Lafayette cit. § 106; T. de Freitas, cit. art. 1.481; Cod. port. art. 108; hespanhol, art. 178; projecto do Cod Suisso, art. 281).

Substitua-se pelo seguinte :	Art. 355. « Na falta ou defeito
II. «Pela posse do estado do filho fundada na prova por escripto do casamento dos paes.»	do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação legitima, por qualquer forma admissivel em direito. »
« A posse de estado nesse caso consiste em ter alguem constantemente usado do nome de familia dos paes, ser por este tratado e reputado por filho e como tal considerado pelo publico. »	II. « Quando existirem vehementes presumpções, resultantes de factos já certos ».

E' muito indeterminado o dispositivo deste n. II que foi redigido para substituir a posse de estado, consignada no projecto primitivo.

Considerou-se a posse de estado susceptivel de ser falseada pela má fê ou corrupção de testemunhas. Deixando de parte o valor da prova testemunhal, observarei, todavia, que por ella se decide sobre os mais sagrados direitos da liberdade individual; e notarei que os factos constitutivos da posse de estado são tão caracteristicos, tão susceptiveis de contestação, expostos ao dominio do publico, que desaparece o perigo da fraude de testemunhas, submettidas á critica e á impugnação dos interessados.

No entanto substituiu-se a posse de estado que se define em um facto determinado, cuja existencia pode e deve ser provada, pelo vago do n. II que abre incertezas na sua apreciação, deixando ao juiz o mais largo arbitrio. *Portalís* o denominou o mais completa das provas; è uma série de confissões, diz *Mourlon*,

No direito vigente a posse de estado pôde ser contestada por qualquer genero de provas admittidas. (*Lafayette* cit. § 103; *Felicio dos Santos*,— Projecto do Cod. Civil Br. art. 744). O Codigo Portuguez — arts. 114 e 115 admite a prova de posse de estado por escripto ou por testemunhas.

Mas como é possível que se pretenda attribuir a posse de estado a filhos nascidos de casamento clandestino, convém para evitar a fraude exigir-se certidão de casamento dos paes.

Emenda substitutiva.

Artigo. « O casamento subsequente dos paes legitima os filhos nascidos ou concebidos antes delle. »

Parapho unico. « No termo do casamento se fará expressa menção dos filhos anteriormente nascidos de um e outro conjuge. »

Art. 359. « A legitimação resulta do casamento depois de concebido o filho ».

Independente desta declaração se legitimará o filho que estiver concebido na data do casamento, qualquer que seja o tempo do seu nascimento, posteriormente áquelle.

O projecto neste artigo exclue da legitimação os filhos nascidos antes do casamento. E' uma restricção que considero inaceitavel e darei a razão. Antes porém, cumpre averiguar quaes os filhos que se legitimam por subseqüente matrimonio.

E' esta uma das mais debatidas questões do nosso direito.

No regimen do casamento catholico divergiam as interpretações dadas á ord. l. II tit. 35 § 12, assento da materia, que uns interpretes entendiam referir-se ao direito romano e outros ao canonico. Este moderava apenas o rigor daquelle, mas os filhos espurios eram por um e outro excluidos da legitimação.

A doutrina de *Boeh mero* em apoio a de *Strickio* e fundada na regra canonica—*tanta est vis-matrimonii*, reconhecia no casamento a virtualidade de legitimar os filhos, havidos anteriormente ao mesmo.

Esta doutrina, embora combatida por notaveis J. c. nossos, tinha a seu favor a opinião de outros da ordem de M. Freire, Coelho da Rocha e Borges Carneiro e era igualmente consagrada em sentenças dos tribunaes.

O decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, excluiu de legitimação os filhos adulterinos, cujos paes posteriormente se casassem, excluindo igualmente os filhos incestuosos, que ficaram sendo unicamente os nascidos de ascendentes e de irmãos. Era uma restricção ao direito anterior.

O projecto pela redacção do artigo amplia o conceito do decreto n. 181, torna legitimaveis os filhos adulterinos desde que, cessado o impedimento, os paes

se casem legitimamente. E que o projecto admite o casamento de pessoas que incorreram em adulterio, não ha duvidar, em face do art. 187 n. VII, que em relação ao adulterio só prohibe o casamento do conjuge com o seu co-réu, condemnado por tal. Uma vez que o adulterio não se caracteriza por esta fôrma, não crêa impedimento derimente: os adulteros podem casar-se e, portanto, os seus filhos adulterinos são favorecidos com a legitimação.

Não ha motivo de ordem legal, nem de ordem moral e social que se opponha a este effeito.

O casamento religioso purifica, na crença dos fleis, a união sexual do homem e da mulher para o fim da procreação; o casamento civil legitima a união. Ora si o casamento entre adulteros pode realizar-se validamente, porque a legitimidade de união dos paes não ha de aproveitar aos filhos innocentes?

A legitimidade da união crêa e nobilita a familia, a eleva em consideração, dá a mulher uma posição de honra. Recusar aos filhos adulterinos esses beneficios importa perpetuar a deshonor dos paes, matar o incentivo do casamento para melhorar a sorte dos filhos innocentes, victimas dos erros dos seus progenitores, cuja união, entretanto, se legitima. Filhos dos mesmos paes viveriam no mesmo lar, uns honrados pelo nascimento, outros humilhados.

Esta injusta deseguldade lançaria a discordia no seio das familias, contrariando a ordem social que tem fundamental interesse em que as familias se constituam com legitimidade, na egualdade e estima reciproca de seus membros.

E' por estes mesmos fundamentos que não considero accetavel a exclusão que faz o artigo dos filhos nascidos antes do casamento.

Pelo regimen do projecto a legitimação se opera de direito, resulta do casamento *ipso-facto*; não depende, pois, do acto de reconhecimento pelos paes.

Em conformidade com o projecto estão o Cod. italiano, art. 194, 197, o Cod. allemão, art. 1719 e o projecto do Cod. suiso, art. 284.

O Cod. portuguez, art. 119, o francez, art. 145, Felicio dos Santos, cit., art. 145, exigem o reconhecimento. E como entre os filhos havidos anteriormente ao matrimonio, pôde existir algum que não seja obra do marido, uma declaração deste no termo do casamento individualará os filhos que reconhece como seus, evitando assim que se legitimem filhos de outro homem e o escandalo da contestação de legitimidade que pôde ser feita por todo aquelle que tiver interesse na declaração da illegitimidade. Era ideia consagrada no projecto primitivo que o actual rejeitou.

Art. 363. « O reconhecimento voluntario do filho illegitimo pôde ser feito no termo de nascimento ou por instrumento publico ou testamento. »

Paragrapho unico. Supprimam-se no final as palavras -- « si deixar descendentes. »

Paragrapho unico. O reconhecimento pode ser anterior ao nascimento do filho já concebido, ou posterior ao seu fallecimento, si deixar descendentes.

No direito vigente é permittido o reconhecimento do filho natural depois da sua morte, (Lafayette, cit., paragraphos 122 e 123) tenha ou não deixado descendentes.

O reconhecimento é a constatação de parentesco para o que não ha prazo, assenta em um interesse de ordem moral, podendo até não existir interesse de ordem material ou que diga respeito a patrimonio.

O reconhecimento pôde mesmo verificar-se ignorando os paes o fallecimento do filho.

E si o projecto admittê a legitimação por subseqüente matrimonio do filho pre-morto, por que negar o reconhecimento ao filho fallecido sem descendente ?

Objecta-se que semelhante reconhecimento presta-se a especulações torpes, se converterá em instrumento de exploração de herança.

E' decisiva a resposta que a esta arguição dá *Laurent*. « Si o reconhecimento é sincero, o pae tem direito a herança, não pratica um acto illicito. Si não é a expressão da verdade poderá ser contestada pelos interessados »

Após o dispositivo deste artigo o projecto primitivo consignava no art. 420 uma disposição que se encontra no código portuguez, art. 122, no hespanhol, art. 132 e no chileno, art. 272. Ahi se estatue que, quando o pae ou mãe fizer o reconhecimento do filho, isoladamente, não poderá revelar o nome da pessoa, da qual teve o filho, nem indicar circumstancias por onde essa pessoa possa ser conhecida.

E' uma medida salutar, protectora do decoro das familias, que ficam sujeitas a ser infamadas por odio ou especulação de quem faz o reconhecimento, evitando-se por aquella forma o escandalo e desordem no seio das familias.

A commissão da Camara dos Deputados, pelo que se induz da discussão havida sobre o projecto do código civil, eliminou esse art. 420 sob o fundamento de que no registro civil não se podia occultar o nome da mãe; cumpre observar que o Dec. n. 5.604, de 25 de abril de 1874, no art. 52 dispõe: « Podem ser omitidos (no assentamento de nascimentos) si dahi resultar escandalo os nomes do pae ou da mãe, ou de ambos.

Seja como fôr, estas objecções não escaparam aos auctores dos códigos acima citados, e, não obstante estes consagram essa medida, que convém se consigne no código civil.

Evita-se que no titulo de reconhecimento, documento de que o filho terá por ventura de servir-se e de dar a publicidade, se faça semelhante declaração.

Quanto ao reconhecimento do nascituro é claro que os paes não o podem fazer senão conjunctamente, visto como não é possível determinar-se identidade daquelle sem se referir a mãe, mas não impede isto que a medida aproveite nos demais casos de reconhecimento isolado.

Accessente-se o seguinte :

Art. « Quando o pae ou mãe fizerem o reconhecimento isoladamente, não poderão revelar no respectivo instrumento o nome da pessoa com quem tiveram o filho reconhecido, nem indicar circumstancias por onde ella possa ser conhecida. » (1)

Emenda additiva para ser collocada após o art. 370.

Art. « O filho espurio terá acção contra seus paes para haver alimentos nos casos seguintes:

I « Quando por sentença passada em julgado, em causa controvertida entre seus paes e outras partes, se achar provado o facto da paternidade ou maternidade, espurias. »

II « Quando fôr havido de casamento contrahido, de má fé, e cuja nullidade seja declarada por sentença irrevogavel. »

III « Quando uma sentença não susceptivel de ser reformada tiver por erro de facto ou de direito admittido investigação de fesa de paternidade ou maternidade, cujo resultado verifique ser espurio o filho. »

IV « Quando fôr havido de conjuge adultero e de seu co-reu condemnado por tal. »

Art. 364. « Os filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos. »

(1) Este artigo deve ser collocado immediatamente após o art. 363, paragrapho unico.

O dispositivo deste artigo é mais rigoroso para com os filhos espúrios que a nossa anterior legislação.

Pela ord. do L. 2, tit. 35 § 12 e L. 4, tit. 36, § 4, os filhos espúrios podiam ser perfilhados por carta emanada do rei, que dispensava na lei, habilitando-os a succederem aos paes, sendo a licença por estes solicitada.

Por uma lei de 1828 a attribuição de conceder carta de perfilhação passou para o poder judiciario; e desde então os effeitos da perfilhação dos espúrios limitou-se precisamente ao direito de pedirem alimentos aos paes. (Assento de 9 de abril de 1772, § 3).

Em virtude, porém, do Dec. de 11 de agosto de 1831 lhes foi declarado o direito de successão testamentaria, uma vez que seus paes não tivessem herdeiros necessarios.

Ora, si a investigação da paternidade e maternidade é denegada aos filhos espúrios, *ex-vi* dos arts. 370 e 371 do projecto, é tambem certo que o direito vigente garante-lhes alimentos, por parte dos paes, confere-lhes, por conseguinte, a acção respectiva, a qual não podendo basear-se na investigação da paternidade e maternidade, só será exercida nos casos em que estes factos se acharem firmados por sentença proferida em causa em que elles não forem partes.

Tal o direito portuguez, (Cod., art. 135 e 136) tal o nosso direito (T. de Freitas, Consol., art. 222 e not. 18) e neste como naquelle a materia é tratada na parte relativa á filiação illegitima, razão por que eu a contemplo neste capitulo.

O codigo portuguez, art. 136 ainda admite outro caso para o pedido de alimentos, que é o estupro violento e rapto, coincidindo a epocha do nascimento do filho com a do facto criminoso.

Este caso, porém, não constitue prova de filiação, serve tão somente de fundamento á acção de investigação de paternidade e maternidade defesa

aos filhos espurios (art. 370 do projecto). Convém lembrar o decreto de 11 de agosto de 1831 para ser consignada onde convier, a sua materia.

Accrescente-se:
IV. « Quando o filho tiver a posse de estado, nos termos do art. 355, n. II».

Art. 370. « Os filhos illegitimos de pessoas que não estão comprehendidas no art. 187, ns. 1 a VI têm acção contra seus paes ou contra os herdeiros destes para reconhecimento da filiação nos casos seguintes » :

1. « Quando ao tempo de concepção a mãe se achava concubina com o pretendido pae ».

II. « Quando a concepção do filho reclamante coincidir com a data do estupro ou rapto praticado contra sua mãe pelo supposto pae ».

III. « Quando existir um escripto emanado do proprio pae reconhecendo expressamente a sua paternidade ».

Este artigo nega aos filhos espurios a investigação da paternidade.

Effectivamente conceder a investigação da paternidade a filhos incestuosos e adulterinos seria obra de escandalo e de desordem, levando a infamia ao seio das familias. A opinião é mais severa para o escandalo do que para a falta.

Neste caso não se conciliam as reivindicações do sangue com a ordem social e moral, cuja inviolabilidade muitas vezes impõe sacrificios a direitos naturaes. Nem mesmo para pedido de alimentos é permmissivel aos filhos a investigação da filiação.

O direito a alimentos deriva de factos que tornam conhecida a filiação. E só nestas condições a acção póde ser intentada.

O artigo concêde, porém, a investigação da paternidade aos filhos naturaes. A situação é mui diversa entre as duas ordens de filhos.

O reconhecimento da filiação paterna é um facto de ordem moral, nascido da consciencia e do sentimento e não a expressão de uma convicção baseada na certeza.

A paternidade é um mysterio da natureza; para determiná-la o espirito só se firma em presumpções que arrastam a consciencia e o coração do homem.

Ora, entre os diversos factos que podem revelar o conhecimento do pae sobre a sua paternidade, nenhum mais expressivo e seguro do que a posse de estado, que equivale a uma confissão.

Penso que esse facto deve ser incluído entre os fundamentos que o projecto consigna para a acção de reconhecimento de filiação.

Substitua-se a 2.ª parte do artigo « excepto etc. por « excepto nos casos em que o reconhecimento é defeso».

Accrescente-se o seguinte artigo:

Art. « O reconhecimento de filhos naturaes póde ser contestado pelo pae e pelas pessoas que tiverem justo interesse em invalidal-o, si incorrer em nulidade ou for contrario á verdade».

Art. 371. « A investigação de paternidade é permittida, excepto quando tiver por objecto attribuir filho illegitimo a mulher casada ou incestuoso a solteira».

O projecto deixa de regular uma relação de direito, derivada do reconhecimento de filiação paterna e que, abandonada á doutrina, tem soluções varias e antagonicas. Eis a questão.

O reconhecimento feito pelo pae é irretractavel? Não póde ser contestado pelo pae e por quem tiver interesse em invalidal-o?

O reconhecimento de filiação é confissão de um facto que interessa a ordem publica e o estado da pessoa; não é pura liberalidade sujeita a condições

de revogabilidade. O pae ou mãe naturaes que reconhecem o filho firmam um direito irrevocabel. Mas pode acontecer que o facto do qual resalta esse direito não seja verdadeiro, tenha sido captado por dolo ou fraude ou incorra em nullidade radical. Nestes casos prevalecem os principios geraes de direito, que regulam os actos juridicos. O facto que serve de causa desaparece, não existe reconhecimento de paternidade.

E', portanto, admissivel a contestação da paternidade, nas condições do artigo proposto e pelas pessoas ahi mencionadas.

CAPITULO V

DA ADOPÇÃO

Opino pela eliminação de todo este capitulo.

Art. 375. « A adopção é permittida ás pessoas maiores de cinquenta annos que não tiverem descendentes legitimos ou legitimados ».

Os nossos juriconsultos, aquelles mesmos que consignam a adopção nas suas obras, reconhecem que é um instituto obsoleto que jamais entrou nos nossos costumes. Assim M. Freire, Borges Carneiro e Coelho da Rocha que ponderam ter a perfilhação tornado desnecessaria a adopção, Teixeira de Freitas e Lafayette que a eliminou do seu tratado *Direito de Familia*.

E' um organismo inteiramente inutil, producto de um estado social diverso do nosso. Estabelecido no direito romano, no pensamento de perpetuar as familias patricias, prestou-se ainda a politica sagaz e previdente da aristocracia romana para approximar os patricios e os plebeus; eis a sua origem e significação na historia do direito.

Esta feição íntima da adopção a torna inadequada ao nosso paiz e explica o seu repudio, embora esteja consagrada na legislação.

Diz-se que a sua missão na actualidade é simplesmente offerecer a imagem da paternidade e levar a consolação áquelles a quem a natureza negou a ventura da reproducção do proprio ser.

Em verdade, porém, não passa de uma instituição de herdeiro, segundo a definiu Napoleão I, que, aliás, a queria constituída de modo que preferisse á filiação natural, o que seria substituir a natureza por uma criação toda artificial.

O facto é que está em desuso, não é necessaria e pode ser empregada para fraudar a lei, recahindo sobre filhos espurios.

Quando as instituições não correspondem ás necessidades do tempo, por acanhadas e defficientes, o legislador deve limitar-se a remodelal-as, ellas têm a seu favor a tradição que mantém a continuidade da historia; mas quando a nenhum interesse social correspondem, cahidas em desuso, abandonadas pelo povo, a obra legislativa deve ser de eliminação. Os codigos não são monumentos de archeologia.

CAPITULO VI

DO PATRIO PODER

Eliminem-se as palavras — « e os adoptivos ».

Art. 386. Os filhos legitimos, os legitimados, os legalmente reconhecidos e os adoptivos estão sujeitos ao patrio poder, emquanto menores.

Vide observações retro ao art. 375.

SECÇÃO IV

*Da extinção e suspensão
do patrio poder*

Supprime-se o n. IV.

Art. 339. Extingue-se o patrio poder.
IV pela adopção ;

Accrescente-se :
Paragraphe unico. A suspensão será decretada em acção summarissima, podendo em caso urgente e justificado ser anterior á audiencia do pae.

Art. 401. «Si o pae ou a mãe abusar do patrio poder por violação ou negligencia dos seus deveres, ou ruínosa administração dos bens do filho, poderá o juiz, a requerimento de algum parente ou do ministerio publico, tomar qualquer medida que lhe pareça necessaria para a segurança da pessoa ou dos bens do mesmo filho, inclusivé a suspensão do patrio poder.»

A suspensão do patrio poder não póde ser decretada administrativamente e a arbitrio do juiz. O patrio poder é um direito fundamental na constituição da familia, resulta da propria natureza, é anterior á lei escripta que o consagra e regulariza. Para suspensão deste direito fazem-se mistér informações e normas que limitem o arbitrio do juiz. A acção summarissima attende a esta exigencia e ao mesmo tempo á possivel celeridade da medida.

Accrescente-se :
«Em todos estes casos a destituição do patrio poder dependerá de sentença proferida em acção summarissima.»

Art. 402. «Será destituido do patrio poder o progenitor :
I. Que castigar immoderadamente o filho ;
II. Que o deixar em abandono ;
III. Que praticar actos contrarios á moral e aos bons costumes,

Por maioria de razão a destituição do patrio poder deve ser decretada mediante formulas consagradas que garantam, ao mesmo tempo, os direitos do pae e os legitimos interesses do filho. A acção estabelecida no direito vigente é a summarissima. (Lafayette cit., § 119).

CAPITULO VII

DOS ALIMENTOS

Em face do art. 405 o projecto não concede aos filhos espurios direito a alimentos por prestação dos paes e outros parentes.

Sobre a materia deste capitulo offereci emenda que está consignada no art. 364.

Art. 403. «Os parentes podem exigir uns dos outros alimentos necessarios á sua subsistencia de accordo com as determinações deste capitulo.»

Art. 405. «Na falta de ascendente, cabe a obrigação aos descendentes, *guardada a ordem de successão*, e, na falta destes, aos irmãos, quer germanos, quer uni-lateraes.»

«Guardada a ordem da successão». E como não é admissivel successão reciproca entre filhos espurios e seus ascendentes e collacteraes paternos, ficam elles privados da reciprocidade do direito alimentario. O filho espurio é considerado extranho á familia dos paes, não se lhe reconhece parentesco com elles. Não se lhes applicam, portanto, os arts. 403 e seguintes do projecto. Entretanto, na vigencia dessa mesma doutrina, a legislação actual obriga os paes a prestarem alimentos aos filhos espurios (ord. L. 4, t. 99, § 1.º. Assento de 9 de abril de 1772) armando-os da acção competente contra os paes, nos casos consignados na emenda ao art. 364.

Como já ponderei nas observações a esse artigo, o decreto de 11 de agosto de 1831 reconhece aos filhos espurios o direito de successão testamentaria, não tendo os paes herdeiros necessarios.

CAPITULO I

DA TUTELA

SECÇÃO I

Tutores

Accrescente-se no final desta secção :

Artigo. «O pae ou a mãe do filho espurio menor, a quem preste alimentos póde nomear-lhe tutor por acto entre vivos ou em testamento.»

Artigo. «Na falta de um ou de outro progenitor, o juiz nomeará tutor ao menor.»

Substitua-se este n. V pelo seguinte :

V. «As pessoas de mau procedimento ou sem probidade, as que não tiverem modo de vida conhecido e os que tiverem sido removidos de tutelas anteriores por culpa, no exercicio destas.»

TITULO VI

DA TUTELA, DA
CURATELA E
DA AUSENCIA

SECÇÃO II

Dos incapazes de exercer a tutela

Art. 419. «Não podem ser tutores :

V. «As pessoas de mau procedimento ou falhas de probidade, e os culpados de abusos em tutorias anteriores.»

Este n. V é uma cópia deficiente dos codigos portuguez e hespanhol. Um e outro dão expressão positiva e inequivoca ás ideias que o projecto enuncia de modo vago. «Pessoas falhas de probidade» diz o projecto. Para que empregar palavras de significação indeterminada?

A probidade, uma qualidade moral, é integra ou não existe. Para o caso não importa que o defeito da improbidade seja susceptivel de mais ou de menos.

«Culpadas de abusos» é outra enunciação do projecto. Mas para considerar-se culpada a pessoa, basta o conhecimento pessoal ou informações fidedignas que possa ter o juiz de haver essa pessoa faltado ao cumprimento das suas obrigações em tutoria anterior, ou é necessario que a prova da culpa resulte de

uma informação judiciaria, a destituição do tutor? E' um facto que injuria a pessoa e cuja existencia deve firmar-se em decisão judicial. Os codigos portuguez art. 234, n. 7, e o hespanhol art. 237, n. 4, fundam a prohibição na remoção de tutoria anterior.

SECÇÃO III

EXCUSA DE TUTORES

Substituam-se os ns. VII e VIII pelo seguinte:

VII. « O chefe da nação, dos Estados, seus secretarios, os magistrados, os curadores de orphãos, os escrivães e todos os officiaes de justiça, os representantes do ministerio publico, os empregados da fazenda federal ou estadual, os militares em serviço activo.»

Art. 420. « Podem excusar-se da tutela:

VII. « Os militares em serviço:»

VIII. « Os que exercerem função publica, incompativel com a boa administração da tutela.»

O n. VIII do artigo é indefinido, dá arbitrio ao juiz e deixa em incerteza o excusante.

Fôra melhor que o projecto precisasse os casos, como na emenda acima, de conformidade com a actual legislação, (Ord. L. 4, t. 101) que não creou embaraços, nem denunciou lacunas na sua applicação.

SECÇÃO IV

DA GARANTIA DA TUTELA

Após o art. 425 inclua-se, como artigo, o paragrapho unico do art. 195 do Dec. n. 240, de 2 de maio de 1890.

Artigo. « São dispensados do registro hypothecario os termos de tutela, quando não houver bens a administrar, ou quando forem os bens de tão diminuta importancia e exiguo rendimento que se averigüe a inutilidade dessa garantia.»

Só deste modo podem ter tutores os orphãos que não possuírem bens; a garantia a exigir-se está na probidade da pessoa nomeada.

Esta disposição tem a seu favor a pratica, não produziu reclamações, e não collide com o art. 418 do projecto.

Após as palavras « garantia de sua administração » accrescente-se: « ou por não ter nomeado pessoa de notoria idoneidade. »

Art. 426. « O juiz responde subsidiariamente pelos prejuizos causados ao menor, em consequencia da insolvabilidade do tutor, ou por não lhe ter exigido garantia de sua administração, ou por não tel-o removido desde que se tornou suspeito. »

A culpa levissima na má escolha do tutor pelo juiz determina a responsabilidade civil deste. E' o juiz o representante do Estado no amparo que lhe cumpre prestar á orphandade, exerce uma função politica para effeitos no dominio do direito privado.

SECÇÃO V

Do exercicio da tutela

Ao artigo allinea 1.^a accrescente-se: « sob pena de nullidade. »

No n. 1 supprimam-se as palavras « sob pena de nullidade. »

Art. 434. « E' prohibido ao tutor, ainda mesmo com auctorização do juiz :

I. Adquirir por si ou por interposta pessoa, por contracto particular ou em hasta publica, bens moveis ou de raiz pertencentes ao menor, sob pena de nullidade. »

Procede a critica do dr. Vieira Ferreira. Não ha razão para isentar da comminação da nullidade imposta no n. 1 os casos dos numeros seguintes. Em garantia aos menores deve esta comminação ampliar-se a todos esses casos, sendo a respectiva disposição inserta no principio do artigo.

CAPITULO III

DA AUSENCIA

SECÇÃO II

Redija-se o final do artigo do modo seguinte: « e ao inventario dos bens, como si o ausente fosse fallecido. »

Art. 477. « A sentença que determinar a abertura da successão provisoria só produzirá effeito seis mezes depois da sua publicação pela imprensa ; mas, logo que passe em julgado, se procederá á abertura do testamento, si existir e ao inventario e partilha dos bens, como si o ausente fosse fallecido. »

Este artigo está redigido confusamente, não descreminou os actos que podem ser praticados na successão provisoria, logo que tenha passado em julgado a sentença que a declarará, e os que só podem sel-o depois de decorrido o prazo de seis mezes a contar da publicação da sentença pela imprensa.

Firmada a sentença declaratoria da successão provisoria, é mister a abertura do testamento, si houver, para verificar-se a existencia de herdeiros instituidos, que terão a successão provisoria, e, bem assim, si se deve proceder ao inventario dos bens em garantia dos interessados. A partilha, porém, que importa a immissão na posse dos quinhões hereditarios, não se verificará sinão depois do prazo de seis mezes.

Os paragraphos deste artigo regulam o caso em que não ha ou não compareceram herdeiros ou outros interessados.

A immissão na posse provisoria dos quinhões hereditarios só se realizará, vencido o prazo de seis mezes acima declarado.

CAPITULO III

DA AUSENCIA

SECÇÃO III

Successão definitiva

Substitua-se « ou o preço que os herdeiros etc. » por — « ou o preço que os herdeiros e demais interessados ainda não houverem recebido pelos alienados depois daquelle tempo.

Art. 489. « Regressando o ausente dentro dos dez annos que seguiram á abertura da successão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquelle ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os subrogados em seu lugar ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois daquelle tempo.

A boa fé dos herdeiros e dos demais interessados protege-os contra a restituição ordenada no artigo.
Capital Federal, 31 de agosto de 1902.

Gonçalves Chaves.

