

O CASAMENTO CIVIL

PRIMEIRA PARTE

DA CONTRACÇÃO DO CASAMENTO CIVIL

CAPITULO I

Da natureza e objecto do casamento

SUMMARIO.—1. Definição do casamento.—2. Seu fim.—3. Sua condição fundamental. —4. Sua indissolubilidade. —5. Sua fôrma. —6. Sua classificação no direito.

1. Casamento é a união íntima e perpetua do homem e da mulher, contrahida livre e solememente, sob a promessa reciproca de fidelidade no amor (1).

(1) O casamento civil no Brazil é regido pelo decreto n° 181 de 24 de Janeiro de 1890, que entrou em vigor a 24 de Maio do mesmo anno. Anteriormente tres eram as fôrmas de casamento admittidas pelo direito civil brasileiro: 1.^a casamento catholico celebrado de conformidade com o Concilio Tridentino e constituição do arcebispado da Bahia; 2.^a casamento mixto, contrahido entre catholico e acatholico, e celebrado segundo as formalidades do direito canonico; 3.^a casamento acatholico, contrahido entre dissidentes, e celebrado segundo as prescripções das religiões respectivas, e na conformidade da lei n° 1144 de 11 de Setembro de 1861, e decreto n° 3069 de 17 de Abril de 1863.

O casamento catholico e mixto celebravam-se no completo dominio do direito canonico, sem intervenção alguma da lei temporal, á qual competia tão sómente marcar-lhes os effeitos civis. Esta exclusão do elemento civil era uma consequencia da união da Igreja com o Estado, que ficou extincta *ex-vi* do decreto n° 119 A de 7 de Janeiro de 1890, e do § 7° do art. 72 da Constituição de 24 de Fevereiro de 1891.

Separada a Igreja do Estado, foi instituido o casamento secular, que entrou na esphera do direito civil brasileiro, ao qual cabe hoje prescrever-lhe as condições de validade, determinar as solemnidades de sua celebração e marcar-lhes os effeitos civis.

A' vista, pois, do art. 108 do citado decreto 181 e do § 4° do art. 72 da Constituição Federal, não tem mais validade civil nem o casamento catholico, nem o mixto, nem o acatholico, celebrados depois de 24 de Maio de 1890.

Esta definição não é dada pela lei que rege o casamento civil entre nós, mas deduz-se de suas disposições, como passamos a demonstrar (2).

O casamento constitue familia legitima, estabelece a communicacão de bens, determina mutua fidelidade no amor, gera deveres reciprocos (3); logo, é elle uma *união intima*, que confunde na mais estreita communhão de vida physica e espirital duas personalidades de sexos oppostos.

Contrahido válidamente, só se dissolve pela morte de um dos conjuges (4); por conseguinte, é tambem uma *união perpetua*.

Na constituição da familia, a lei attribue ao marido

(2) Modestino definiu o casamento: « *Nuptiæ sunt conjunctio maris et femine et consortium omnis vite divini et humani juris communicatio* ». Fr. I. D. de ritu nup. e Ulpiano: « *Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum vite consuetudinem continens* ».

Portalis e, segundo elle, muitos jurisconsultos definem o casamento: « a sociedade do homem e da mulher para perpetuarem a especie, auxiliarem-se mutuamente, alliviamem o peso da vida e participarem de um destino commum ».

Mourlou diz que esta definição pecca em dous pontos: « 1º não distingue sufficientemente o concubinato do casamento; 2º apresenta a vida como um peso, como um fardo, de maneira que parece ter sido o homem creado sómente para a desgraça.

(3) Dec. 181, arts. 56, 57 e 82 § 1.º

(4) Dec. cit. art. 93. Nem sempre foi o casamento uma união perpetua. Nos primeiros tempos do imperio, segundo Beleine, o divorcio tornou-se tão frequente, que o casamento não passava de um vai-vem continuo, de uma especie de adulterio successivo, sem estabilidade nem gravidade. Foi o christianismo que procurou regenerar-o tornando-o indissolúvel e imprimindo-lhe o caracter de sacramento. A lucta, porém, durou seculos, até que o principio de indissolubilidade foi de vez firmado pelo Concilio de Trento, que durou de 1545 a 1563. Antes pessoas havia que casavam por tempo indeterminado. Diderot e D'Alembert referem na Encyclopédia que o historiador Varrillas encontrou na bibliotheca do rei, entre os manuscriptos, um contracto de casamento feito na Allemanha, em 1297, por sete annos, entre pessoas nobres, que se reservavam a liberdade de o prolongarem ao cabo de sete annos, se lhes conviesse. L. Donnat. Pol. Pos. Cap. 43, nota.

e á mulher direitos e deveres differentes (5), que decorrem da diversidade de sexos ; d'onde se conclue não poder o casamento ser contrahido senão por *peessoas de sexos contrarios*.

Não podem casar-se pessoas que por qualquer motivo se achem coactas, ou não sejam capazes de manifestar seu consentimento (6), o que demonstra dever o casamento ser contrahido *livremente*.

Na celebração do casamento requer-se, além de outras formalidades, a presença da autoridade competente e duas testemunhas pelo menos (7) ; d'onde se infere ser este contrahido *solememente*.

É impedimento absoluto para contracção de novas nupcias o casamento existente (8), e motivo para pedir

(5) Dec. cit. art. 56. Se bem que nos pareça ocioso assignalar a differença dos sexos nos contrahentes, não quizemos nos apartar do caminho seguido.

Modestino e Ulpiano estabeleceram os textos : *conjunctio maris et feminae ; viri et mulieris conjunctio*.

Mourlon diz : « o casamento é o contracto solemne pelo qual duas pessoas de sexo differente, etc. »

Aubry et Rau enunciam-se da mesma maneira : « As partes contrahentes devem ser de sexo differente. A união que fosse celebrada por fraude entre duas pessoas do mesmo sexo, não constituiria um casamento. »

Lafayette, nos Dirs. de Fam. define o casamento : « o acto solemne pelo qual duas pessoas de sexo differente, etc.

Este ponto, porém, como diz Laurent, é de pura theoria, e é inutil insistir nelle.

(6) Dec. cit. art. 7º § 5.º O casamento nem sempre foi considerado uma associação voluntaria de dous seres iguaes em direito, mas como uma compra, pela qual o homem adquiria uma ou mais mulheres como meio de perpetuar a familia. Linguet, Theoria das Leis Civis, citado por Belime.

(7) Dec. cit. art. 26 e seguintes. A celebração do casamento foi sempre rodeada das mais interessantes ceremonias nupciaes, as quaes são descriptas por Larousse.

(8) Dec. cit. art. 7º § 2º, art. 82 § 1.º Código Penal, art. 283.

O casamento entre duas pessoas chama-se *monogamia*, e entre muitas, *polygamia*. Esta divide-se em *polygynecia*, quando um homem tem muitas mulheres, e *polyandria*, quando uma mulher tem muitos maridos. A monogamia que é a fórmula mais perfeita do casamento, é usada na Europa á excepção da Turquia, e em toda a America. A polygynecia é admittida na Turquia da Europa e na Asia, e a polyandria, segundo Bouillet, está em uso entre as classes inferiores do Thibet.

divorcio o adulterio commettido por um dos conjuges ; logo, faz o casamento presumir a *promessa reciproca de fidelidade no amor*.

2. O homem e a mulher, diz Ahrens, constituem as duas metades de uma unidade superior, apresentam em sua organização differente a mais profunda affinidade, e experimentam naturalmente o desejo de uma união intima, para formar, completando-se reciprocamente, uma personalidade humana perfeita, a que se liga a condição da propagação da especie.

O fim essencial do casamento não é, pois, como ensinam muitos escriptores (9), a procreação e educação de filhos, mas a união intima e viva em que dous seres de natureza diversa, attrahidos um pelo outro, se completam para a realização de todos os seus destinos. O desejo de felicidade é o movel natural dessa união intima, a qual se realisa pela identidade de pensamentos, de affectos, de aspirações, de esforços, de soffrimentos. A procreação de filhos, a constituição da familia, a formação de um patrimonio commum, a cohabitação e assistencia mutua dos conjuges são effectos naturaes e não fins do casamento. Se a prolificação fosse fim da sociedade conjugal, não permittiria a lei o enlace de pessoas de idade avancada, em quem se deve presumir extincta a capacidade generativa.

(9) Kant definiu o casamento : « a união de duas pessoas de sexo differente para a posse mutua de suas qualidades sexuaes durante toda a vida ». Este fim material e unico attribuido ao casamento pelo grande philosopho, vai de encontro ao fim moral do mesmo, e equipara o homem ao irracional. Se bem que as relações sexuaes devam ser consideradas como um dos effectos do casamento, nem por isso apresentam tal importancia que se devam considerar como seu fim unico. Se o fossem, dever-se-ia ter por nullo o casamento contrahido entre pessoas privadas da esperanza de terem uma posteridade, taes como os octogenarios. Demais, não se deveria permittir o casamento em artigo de morte de uma das partes, chamado vulgarmente *in extremis*, como o permite a Igreja, e o direito moderno.

3. Para que, porém, a sociedade matrimonial atinja seu fim, é preciso que se funde no amor, esse sentimento delicioso que, identificando dous seres de sexos oppostos, dignifica sua união, produz a felicidade de ambos, e faz do lar domestico o sanctuario da familia, onde o homem encontra a tranquillidade do coração e a mulher aprimora os mais delicados affectos de esposa e de mãe. O amor é, pois, a condição fundamental do casamento; sem elle a união conjugal poderá ser toleravel, mas nunca feliz. Quanto mais intenso é, mais estreita e avigora o vinculo matrimonial, e mais leves torna os encargos da familia e mais doces os prazeres da vida.

4. Do fim e condição fundamental do casamento dimana como consequencia necessaria sua indissolubilidade. A união intima dos esposos perderia muito de seu vigor, desde que se admittisse a possibilidade de rompimento do vinculo matrimonial. O receio de que viessem um dia a tornar-se estranhos, fal-os-hia dissimulados um para com outro, e impossivel seria essa completa identificação de existencias, de pensamentos, de affectos, de interesses, que é a feição mais bella da união conjugal. O retrahimento de parte a parte, a desconfiança reciproca, a reserva de pensamentos, viriam oppôr forte obstaculo á unidade moral que deve caracterisar o casamento. É este um factó observado nos concubinatos, ainda que perduraveis pela procreação e educação de filhos.

O amor, que deve ser o fundamento da sociedade conjugal, repelle tambem a idéa de temporalidade. Não se póde, com effeito, conceber que dous entes affeioados verdadeiramente um ao outro, contraiam alliança geradora de tantos encargos com a intenção de mais tarde se desligarem. O verdadeiro amor, essa attracção irresistivel entre os dous sexos, esse instincto admiravel que, unindo o homem e a mulher, os torna felizes com

a posse um do outro, não se compadece com a previsão de sua duração, e impõe-se como um sentimento perpetuo, como um liame indestructivel. É verdade que este instinto tendo ás vezes mais de material do que de racional, se enfraquece ou se extingue com o tempo, vindo portanto fallecer á união conjugal a sua condição fundamental. É isto, porém, um defeito da natureza humana, prevenido pela lei, e não um facto normal que se possa invocar como justificativa da dissolução.

5. Do fim e condição fundamental do casamento resulta ainda ser a monogamia sua fôrma racional. A intimidade dos esposos, a troca reciproca de affectos, excluem a polygamia como contraria ao fim moral da união matrimonial. A divisão do amor, quer por parte do marido, quer por parte da mulher, diminue-lhe a intensidade, gera a desconfiança, e não raro dá lugar a graves perturbações no seio da familia.

6. Por seu fim, por sua condição fundamental, por sua indissolubilidade, por seus effectos moraes e juridicos, é o casamento instituição importantissima, a que todas as legislações consagram capitulo especial.

Considerado em sua *essencia*, sob seu aspecto moral, como origem de relações que abrangem a personalidade intima do ser humano, é uma instituição puramente *ethica*, cuja natureza superior repelle toda a idéa de interesse material e temporario (10).

(10) A respeito da natureza do casamento ha duas opiniões exclusivas, das quaes uma não vê no casamento senão uma instituição puramente *religiosa*, e outra, uma instituição puramente juridica ou *civil*. Uma funda o casamento inteiramente sobre o contracto; outra considera o contracto como um facto irreligioso, que rebaixa e degrada o casamento. Ha erro dos dous lados. O casamento quanto á sua *essencia* é uma instituição *ethica*, que comprehende todas as relações do homem e por conseguinte tambem a religião. A mais alta dignidade do casamento reside na sua natureza moral e religiosa, que importa conservar na vida social; porém a fôrma do contracto não é contraria a esta natureza, visto que tem por fim consagrar no principio moral e

Considerado quanto aos direitos a que dá nascimento na família, é uma instituição jurídica, que deve ser classificada entre os direitos de família (11).

Considerado em relação ás condições de sua validade, é um contracto, visto que para sua celebração se requer o livre consentimento dos contrahentes, e certas formalidades externas, que têm por fim dar ao acto publicidade e authenticidade (12).

Não se deve, porém, considerar o casamento exclusivamente como contracto, fazendo abstracção de sua

juridico de toda a associação, o principio da liberdade, que compete ao Estado proteger. O contracto não é no fundo senão a salvaguarda jurídica da liberdade moral, porque o direito não póde permittir que uma pessoa seja constringida por uma auctoridade qualquer a associar-se a uma outra para um ou outro fim da vida. Este inconveniente seria eminentemente immoral em uma associação que comprehende toda a vida e a personalidade humana.

A segunda opinião não vê no casamento senão um contracto civil, e considera a consagração religiosa como cousa secundaria e extranha ao acto, e, levando o principio a suas ultimas consequencias, admite não só que o casamento póde ser dissolvido pelo simples consentimento dos contrahentes, mas ainda que se poderia, por consentimento mutuo das partes, contractar casamento a tempo, como outras sociedades temporarias. Esta opinião desconhece completamente a natureza moral do casamento, e equipara-o ás sociedades que não têm senão um fim passageiro, determinado pela vontade das partes. Se o casamento está subordinado a um principio objectivo do direito, por mais forte razão o casamento, instituição moral e jurídica, não póde ser objecto de convenções arbitrarías. Não é a vontade dos conjuges que determina a natureza e o fim da união matrimonial; é, ao contrario, de harmonia com a natureza moral d'esta união que deve ser regulado o contracto, Ahrens, Phil. do Dir. Do casamento.

(11) Os direitos de família occupam-se das relações de família, e, comprehendem o casamento, o poder marital, o patrio poder, a filiação, os alimentos, a tutella e a curatella. Mackeldey, Dir. Rom. § 538. Lafayette, Dir. de Fam. Introducção.

(12) Convém distinguir o casamento do contracto de casamento. O contracto de casamento é a convenção que regula a associação conjugal quanto aos bens. Differe essencialmente do casamento celebrado diante do official do estado civil, o qual é tambem um contracto. A lei não dá o nome de contracto ao casamento, sem duvida para distinguil-o dos contractos ordinarios. Laurent, Dir. Civ. Tit 6º Cap. 1º § 1º n. 376.

O decreto 181 não dá ao casamento civil o nome de contracto; mas nos arts. 56 e 57 faz menção de contracto nupcial, additado ao casamento.

natureza moral e juridica. O contracto visa interesses materiaes, temporarios, e dá nascimento a direitos e obrigações apreciaveis em moeda.

O casamento, ao contrario, tem por objecto a união intima e completa dos esposos, da qual deriva effeitos juridicos e deveres moraes, que escapam á apreciação monetaria, e só se extinguem com a morte. O contracto póde ser feito, modificado e desfeito á vontade das partes; no casamento não podem ellas deixar de conformar-se com o determinado pela natureza e consagrado pela lei.

CAPITULO II

Dos requisitos para a contracção do casamento

SUMMARIO. — 1. Idade dos contrahentes. — 2. Excepção á regra geral. — 3. Consentimento das pessoas sob cujo poder se acham os contrahentes. — 4. Supprimento desse consentimento. — 5. Consentimento dos contrahentes. — 6. Causas que o viciam.

1. De todos os actos da vida é sem duvida o casamento o mais importante, já pela influencia que exerce sobre o futuro dos conjuges, já por ser a origem da familia, que é a base da sociedade civil. Attenta essa importancia têm todas as legislações civis estabelecido como requisito para sua celebração certa idade em que é licito presumir nos contrahentes capacidade não só para ajuizarem da importancia e conveniencia do enlace que vão contrahir, mas tambem para a procreação dos filhos, a qual é um dos effeitos naturaes do casamento (13).

(13) Dec. n° 181 cit. art. 56, § 1°.

O desenvolvimento physico do homem varia conforme os climas, e por isso a idade exigida para o casamento é differentemente fixada pelas leis.

Os velhos, se bem que em certa idade percam a faculdade generativa, não são privados da liberdade de casar, visto que o casamento d'elles não apresenta os mesmos inconvenientes que o dos impuberes.

Este requisito, diz Mourlon, é fundado em tres motivos :

«1º A sociedade é interessada na perfectibilidade physica do homem ; ora, esta perfectibilidade seria compromettida se a seres que mal se libertaram da esterilidade da infancia fosse permittido perpetuar sua fraqueza em gerações imperfeitas.

«2º O casamento extendendo-se a todo o futuro, é o mais importante da vida. É, pois, necessario que os futuros esposos sejam capazes de conhecer e apreciar a extensão do compromisso que vão contrahir ; ora, antes da idade fixada pela lei é o homem incapaz de fazer justa idéa do casamento.

«3º Os esposos têm a seu cargo a administração de um patrimonio, e o governo de uma familia ; importa portanto que sejam capazes por si mesmos de administrar a casa e dirigir a familia.»

A idade requerida para a celebração do casamento é a de dezeseis annos para o homem e quatorze para a mulher (14). É indispensavel que essa idade seja com-

Não sendo a procreação fim essencial do casamento, e lhes sobejando capacidade para avaliarem a importancia e conveniencia do mesmo, falleceria fundamento para uma tal prohibição.

O decreto supracitado não prohibiu o casamento dos velhos ; mas, para evitar qualquer especulação, prescreve que não haverá communhão de bens, se a mulher tiver mais de cincoenta annos e o homem mais de sessenta. Art. 58, §§ 1º e 2º.

(14) Dec. nº 181 cit. art. 7º § 8º.

A igreja catholica acostando-se ao direito romano, fixou para o casamento a idade em que se deve presumir a puberdade dos contraentes, isto é, de quatorze annos para o homem e de doze para a mulher. Entretanto, precedendo licença e estando o impubere proximo á puberdade, póde ter logar o casamento, *si malitia supplet ætatem*. B. Carneiro, Dir. Civ. L. 1º T. 11, § 104, n.ºs 10 e 11.

Na constituição do direito tem dominado sempre a tendencia para espaçar o casamento além da puberdade, o que é muito justo, attenta a gravidade e importancia do acto. Belime, Phil. do Dir., L. 1º C. 9º § 3º B. Carneiro, Dir. Civ. L. 1º T. 11, § 104, nº 10, nota a. Laurent. Dir. Civ. L. 1º T. 5º C. 1º § 11.

Pelo código civil francez (art. 144) o homem antes de dezoito annos e a mulher antes de quinze não podem contrahir casamento.

pleta, de maneira que o casamento se realize depois de começado o primeiro dia do decimo setimo e do decimo quinto anno.

2. Antes da idade fixada por lei póde entretanto ter logar o casamento nos casos seguintes :

1º quando menor de dezeseis annos (15) haja deflorado menor de quatorze (16); 2º quando o menor de dezeseis tenha deflorado menor de vinte e um (17); 3º quando o maior de dezeseis tenha deflorado menor de quatorze (18); 4º quando o menor de dezeseis haja estuproado mulher virgem ou não, mas honesta, ainda que maior de vinte e um (19); 5º quando o menor de dezeseis tiver raptado mulher honesta de maior ou menor idade (20);

(15) São passíveis de pena os maiores de quatorze annos, e bem assim os maiores de nove quando obram com discernimento. Cod. Pen. art. 27, § 2.º Os menores de nove annos completos não são considerados criminosos, e portanto em caso algum poderão ser constrangidos a casar. Cod. Pen art. 27, § 1.º

(16) Dec. n.º 181 cit. art. 17 e Cod. Pen. art. 267 e 276, § unico. Este caso comprehende dous menores, sendo delinquente o homem.

(17) Dec. cit. art. 17 e Cod. Pen. arts. cits. N'esta hypothese dá-se o casamento de um menor incurso em penalidade.

(18) Dec. cit. art. 17 e Cod. Pen. arts. cits. N'este caso o delinquente é maior de dezeseis annos, mas o offendido é menor de quatorze.

(19) Dec. cit. art. 17 e Cod. Pen. arts. 268 e 276, § unico. O estupro de mulher virgem ou não, mas honesta, posto que de maior idade, sujeita o menor de dezeseis annos ás penas do Codigo, as quaes poderá evitar casando-se com a offendida.

E se o menor de dezeseis annos houver incorrido nas penas do Codigo por ter estuproado mulher publica ou prostituta? N'este caso, ainda que quizesse evitar a pena, não poderia ter logar o casamento, á vista do texto do art. 276 do Codigo Penal, que, como condição para seguir-se o mesmo, exige por um principio de moral seja a estuproada mulher *honest*a.

O art. 17 do Dec. 181, se bem que envolva em sua disposição generica a hypothese figurada e possível, não póde todavia ir de encontro ao principio de moralidade em que se baseou o Codigo Penal. Repugnaria permittir o casamento de um menor com mulher publica ou prostituta.

(20) Dec. cit. art. 17 e Cod. Pen. art. 270. A amplitude da disposição do art. 17 comporta esta e a hypothese do caso 6.º

6º quando o maior de dezeseis houver raptado menor de quatorze (21).

Havendo em todos estes casos um delicto que deve ser punido, abre a lei uma excepção em favor do casamento para evitar a *imposição* ou *cumprimento* da pena correspondente, deixando ao juiz de orphãos a faculdade de ordenar a separação dos corpos, até que o menor complete a idade exigida (22).

Para ter lugar o casamento em qualquer dos casos enumerados, é preciso que um dos nubentes *confesse* o crime em segredo de justiça, por termo lavrado pelo official do registro, perante duas testemunhas e em presença do juiz, ouvida a outra parte, ou seus legitimos representantes (23).

3. Embora o homem aos dezeseis annos e a mulher aos quatorze possam contrahir matrimonio, não se lhes attribue todavia, antes de vinte e um annos, sufficiente capacidade para deliberarem por si sós sobre acto de tamanha transcendencia. Para evitar, pois, que levados por paixão céga venham a contrahir enlace desvantajoso

(21) Vide a nota precedente.

(22) Dec. cit. art. 17. A apreciação das circumstancias que podem aconselhar a separação temporaria dos nubentes, compete exclusivamente ao juiz de orphãos. Tal seja a precocidade do desenvolvimento physico e moral do menor, que nenhum inconveniente se poderá temer da effectividade immediata do casamento.

(23) Dec. cit. art. 17 § unico e art. 8.º O processo estabelecido no art. 8º tem por fim salvaguardar a reputação da offendida, que seria prejudicada com a divulgação do crime.

A confissão do crime, porém, é o unico meio admissivel de proval-o, como parece denotar o paragrapho unico do art. 17? O referido artigo diz *para evitar a imposição ou cumprimento da pena criminal*. O cumprimento de pena criminal presuppõe condemnação, e esta por sua vez presuppõe prova do crime feita pelos meios regulares. O delinquente condemnado, pode evitar o *cumprimento* da pena, casando-se com a offendida. Mas, já estando em tal caso provado o crime, é desnecessaria a confissão.

e sem garantias de felicidade, obriga-os a lei a obter o consentimento das pessoas sob cujo poder se acham (24).

Se os menores de vinte e um annos são filhos legítimos, legitimados ou naturaes legalmente reconhecidos (25), devem obter o consentimento de ambos os pais, e, no caso de divergencia entre elles, ao menos o do pai (26), cuja opinião n'esta hypothese deverá prevalecer, já porque se acha investido do patrio poder e do poder marital, já porque o reconhecimento do filho natural denota por si só o vivo interesse pela sorte do mesmo.

Bastará, porém, unicamente o consentimento da mãe nos seguintes casos :

1º Quando forem filhos naturaes não legalmente reconhecidos pelo pai (27).

(24) Dec. cit. art. 7º § 7º e art. 63. O consentimento pode ser expresso ou tacito. Dec. cit. art. 1º § 3º e art. 67.

(25) São filhos legítimos pelo Dec. 181 :

- 1.º Os procedentes de pais legitimamente casados. Art. 56, § 1.º
- 2.º Os concebidos na constancia do casamento nullo ou annullavel, contrahido de boa fé, ainda que por parte de um dos contrahentes somente. Art. 70 e 75.

São filhos legitimados :

- 1.º Os procedentes de pais solteiros ao tempo da concepção ou do nascimento, e que se casaram posteriormente um com outro. Art. 56, § 1.º

- 2.º Os havidos anteriormente ao casamento nullo ou annullavel, contrahido de boa fé, ainda que por parte de um dos contrahentes somente. Art. 75, confrontado com o art. 56, § 1.º

São legalmente reconhecidos os filhos naturaes cuja filiação paterna foi declarada :

- 1.º Ou por confissão expontanea do pae.
- 2.º Ou em escriptura de notas.
- 3.º Ou no acto do nascimento.
- 4.º Ou em qualquer documento authenticico. Art. 7º § 1.º

(26) Dec. cit. art. 18. Pelo direito anterior ao decreto citado não era exigido o consentimento da mãe. Lafayette, Dir. de Fam. nota do § 27 ; Trigo de Loureiro, Dir. Civ. Bras. § 71.

(27) Dec. 181, art. 18. Se não estão legalmente reconhecidos, não têm filiação, e portanto se acham na impossibilidade de pedir o consentimento do pae.

2º Quando o pai for fallecido ou tiver cahido em demencia (28).

3º Quando estiver ausente por longo tempo, em lugar não sabido (29).

4º Quando lhe fôr imposta pena de perda do patrio poder (30).

5º Quando o casamento nullo ou annullavel foi contrahido de má fé pelo pai (31).

Os maiores, posto continuem sob o patrio poder, não estão obrigados a pedir o consentimento dos pais senão por um dever moral e como méro conselho (32).

(28) Dec. cit. art. 94, e Aviso de 11 Setembro de 1890. O art. 94 confere o patrio poder á mãe, enquanto se conservar no estado de viuvez.

O estado de demencia do pai suspende o exercicio do patrio poder (Lafayette, Dir. de Fam. § 119), que por força do art. 94 do dec. cit. deve passar a ser exercido pela mãe.

(29) B. Carneiro, Dir. Civ. L. 1º T. 21, § 184, n. 8. Laurent, Dir. Civ. L. 1º T. 3º § 2º n. 3. A ausencia do pai por longo tempo e em lugar incerto, suspende o exercicio do patrio poder.

(30) Trigo de Loureiro, Dir. Civ. Bras. L. 1º T. 5º § 90, n. 7 Cod. Pen. Bras. arts. 273 e 277 §§ unicos.

O cumprimento das penas de prisão celllular, banimento, etc., parece deverem suspender tambem o exercicio do patrio poder, visto que o pae, privado de liberdade, não poderia dirigir e educar o filho, nem administrar-lhe os bens.

(31) Dec. 181, art. 75 *in fine*. O casamento nullo ou annullavel quando contrahido de boa fé por um só dos conjuges, produz em favor delle os seus effeitos civis, entre os quaes figura o patrio poder. Em favor do conjuge que procedeu de má fé não produz effeito algum. Logo, se foi a mãe que procedeu de má fé, compete-lhe o patrio poder, e o consentimento do pae é desnecessario, embora os filhos sejam legitimos ou legitimados.

(32) Dec. cit. art. 1º § 3º. Pelo direito anterior os filhos-familias, qualquer que fosse sua idade, não podiam casar sem o consentimento do pae. Lafayette, Dir. de Fam. § 27. Esta mesma regra parece estar comprehendida na generalidade do § 7º do art. 7º do dec. 181. O § 3º do art. 1º, porém, desfez completamente a duvida, dispondo de modo terminante que a autorisação só é necessaria se forem *menores*.

Os menores de vinte e um annos, embora demittidos pelo pai do patrio poder, não podem casar sem o consentimento d'elle (33).

Os interdictos, a quem fallece capacidade moral, não podem igualmente contrahir casamento sem o consentimento do respectivo curador, a cujo poder se acham sujeitos (34).

O consentimento para o casamento deve referir-se a pessoa determinada, cujo nome, appellido, domicilio, etc., convém sejam declarados (35).

Correndo aos pais, tutores e curadores o dever de approvarem ou não o casamento pretendido, conforme o julgarem conveniente ou não, têm elles o direito de exigir do noivo ou noiva do menor ou curatellado, antes de consentirem, certidão de vaccina, exame medico e do noivo, folha corrida e certidão de isenção de serviço publico que o sujeito a domicilio necessario incerto (36).

Dado o consentimento, podem revogal-o antes da celebração do casamento, se descobrirem motivos que o tornem inconveniente e desvantajoso (37).

(33) Dec. cit. art. 1º § 3.º O menor demittido pelo pae do patrio poder, continua sob a tutella do mesmo. Lafayete, Dir. de Fam. § 27 n. 2.

(34) Dec. 181, art. 1º § 3º art. 7º § 7.º Os interdictos podem casar? E' ponto que examinaremos mais adiante.

(35) Dec. cit. arts. 20 e 21. Se o consentimento pudesse ser prestado de modo vago, isto é, sem referir-se a pessoa determinada, nenhuma razão de ser teriam as exigencias que os citados artigos permitem aos paes, tutores e curadores fazer.

(36) Dec. e arts. supracitados.

(37) Dec. cit. art. 14. Se mesmo no acto do casamento podem retirar seu consentimento, manifesto é que podem revogal-o antes.

E, se depois de dado o consentimento, acontece o pae, tutor ou curador morrer ou ficar demente antes do casamento? A' pessoa que substituir o fallecido ou demente cabe ratificar ou revogar o consentimento dado. Posto o Decreto não estabeleça isto de modo expresso, deduz-se todavia da exposição do art. 14.

O consentimento deveria constar de documento authenticico; porém poderá ser tacito ou verbal no caso de casamento urgente por estar em imminente risco de vida algum dos contrahentes (38).

4. Para denegar seu consentimento não devem os pais, tutores ou curadores deixar-se levar por motivos futeis senão ponderosos. Assim, para evitar que degenerem em tyrannia o poder protector de que se acham investidos, dá a lei aos menores e interdictos a faculdade de recorrerem para o juiz de orphãos do lugar, afim de obterem supprimento do consentimento recusado (39). Ouvidas as partes interessadas, e informado dos motivos da recusa, compete ao juiz de orphãos julgar *de plano* pela verdade sabida, concedendo ou denegando a licença pedida. Da decisão do juiz cabe sempre o recurso de agravo de petição (40).

São motivos justos para denegação do consentimento a existencia de impedimento legal, lesão organica que ponha em perigo proximo a vida do noivo ou noiva do menor ou interdicto, molestia incuravel, transmissivel por contagio ou herança, criminalidade, domicilio necessario incerto e por tempo indeterminado (41), máus costumes, impossibilidade de sustentar os encargos do matrimonio (42).

(38) Decr. cit. art. 1º § 3º arts. 37, 40 e 67. Se das diligencias a que proceder, verificar o juiz que o pae, tutor ou curador deu seu consentimento verbal, ou tendo estado presente ao acto não se oppoz ao mesmo, é dispensavel documento authenticico na forma do § 3º do art. 1º.

(39) Dec. 181, art. 7º § 7º arts. 14 e 21, § 2º.

(40) Lafayette, Dir. de Fam. § 27.

(41) Dec. 181, arts. 20 e 21. Todos estes motivos inferem-se da disposição dos arts. citados.

(42) Aviso de 11 de Setembro de 1890. Lafayette, Dir. de Fam. § 27, nota 2. O caso de desigualdade de condição e fortuna definido pela Ord. L. 1º T. 88 § 19, não tem mais cabimento á vista do Aviso supracitado.

E' motivo justo para a concessão a necessidade de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal (43).

5. Sendo o casamento uma união perpetua, que abrange a personalidade humana inteira, justo é que em sua realização intervenha como condição essencial a vontade livre dos contrahentes. A exclusão da vontade em acto de tanta relevancia importa um attentado contra a liberdade, uma offensa da dignidade humana e a annullação do fim do casamento. Para salvaguardar, pois, o principio da liberdade, estabelece o direito que se effectue elle sob a forma de contracto, manifestando cada um dos contrahentes seu consentimento livremente e de modo inequivoco (44). Se algum d'elles é incapaz de consentir, ou se acha impossibilitado de o fazer livremente,

(43) Dec. cit. art. 17.

(44) Dec. 181 art. 7º § 5º art. 26. A manifestação do consentimento deve ser verbal, como prescreve o art. 26; mas, na impossibilidade de fallar pode ser dado por escripto, como permite o art. 30, devendo esta circumstancia e a razão della ser mencionada no termo que se lavrar do acto.

Privado da falla por qualquer causa, e não podendo ou não sabendo escrever nem ler, poderá o contrahente manifestar seu consentimento por signaes? O § 5º do art. 7º do Decreto citado parece só admittir a manifestação do casamento *por palavras ou por escripto de modo inequivoco*. Esta limitação, porém, é contraria ao direito. A manifestação de consentimento não está em geral submettida á formalidade alguma extrinseca. Pode ser feita de qualquer maneira, por escripto, por palavras ou por signaes. (Aubry e Rau, Dir. Civ. Parte 2.ª L. 1º T. 2º C. 1º § 343, n. 3º). E' assim que o mudo pode por signaes já fazer, já acceitar uma offerta, e se tem capacidade juridica para celebrar qualquer contracto, deve ter igualmente para contrahir casamento, ainda que não possa ou não saiba escrever.

As enfermidades physicas não têm, em geral, influencia alguma sobre a capacidade juridica, a qual só em casos muito especiaes podem restringir. E' por isso que no casamento catholico se exige que o consentimento seja *livre, serio* e manifestado *de uma maneira inequivoca*. (Lafayette, Dir. de Fam. § 14).

não deve o casamento ser realizado, sob pena de nulidade (45).

São incapazes de consentir os impuberes e os interdictos, e se consideram impedidos de o fazer livremente os coactos, em cujo numero se acha a raptada enquanto no poder do raptor (46).

Os interdictos, posto privados de capacidade juridica, podem em *lucido intervallo* contrahir casamento, obtido prévio consentimento do respectivo curador (47).

(45) Dec. cit. art. 7º § 5º e art. 63. O § 5º do art. 7º parece admitir tres casos em que se deve presumir a ausencia do consentimento: 1º quando são os contrahentes incapazes de consentir taes como os impuberes e interdictos; 2º quando sendo capazes, se acham sob o imperio de qualquer coacção; 3º quando embora se achem no livre e pleno gozo de suas faculdades mentaes, não podem manifestar seu consentimento por palavras ou por escripto de modo inequivoco, taes como os mudos analphabetos.

O terceiro caso, interpretado de modo restricto, pode dar logar a iniquidades, privando do direito de constituir familia uma pessoa perfeitamente apta para tal fim. Um individuo intelligente, activo, laborioso, pode, por uma causa physica, ficar privado do uso da falla sem contudo soffrer perturbação alguma em suas faculdades intellectuaes. Posto seja analphabeto, razão nenhuma ha que o impeça de continuar na livre administração de sua pessoa e de seus bens. Em taes condições seria incontestavelmente iniquo impedir-o de casar pelo unico facto de lhe não ser possível manifestar seu consentimento, nem por palavras, nem por escripto de modo inequivoco, no rigor da disposição citada. Por meio de signaes poderá de modo claro e inequivoco manifestar seu consentimento e isto é o essencial para ter logar o casamento. Assim pensa Mourlon quando diz: «A incapacidade dos surdos-mudos cessa, quando a educação que receberam, lhes dá a capacidade de comprehenderem a importancia do casamento, e manifestarem seu consentimento já por escripto, já *por signaes de qualquer natureza.*» Répétitions Écrites, L. 1º T. 5º C. 1º § 4º n. 532.

(46) Dec. cit. art. 7º §§ 5º e 6º Para que haja consentimento requer-se liberdade, e esta não se presume na raptada enquanto se acha no poder do raptor.

(47) Dec. 181, art. 1º § 3º Parece haver antinomia entre o § 3º do art. 1º e 35 do art. 7º A primeira destas disposições attribue aos interditos capacidade de casar, obtido o consentimento do respectivo curador, a segunda, abrangendo-as na generalidade das pessoas incapazes de consentir, prohibe-lhes o casamento, sob pena de nullidade. Em these não ha duvidar serem os interdictos incapazes de casar, em especie, porém, póde essa incapacidade des-

6. Embora manifestado pelos contraentes, pode o

apparecer sem contrariar o espirito da legislação patria. E', pois, nestes dous sentidos que devem ser entendidas as duas citadas disposições.

Interdictos são aquelles a quem é prohibida a administração dos bens: *cui bones interdictum est*. Lafayette, Dir. de Fam. § 161 nota. E' n'este mesmo sentido que a lei de 24 de Setembro de 1864, art. 3º § 2º emprega a palavra *interdicto*.

O direito patrio para denotar os que soffrem de perturbação mental e que por isso devem ficar privados de administrar os bens, emprega a palavra *mentecapto*, *demente*, *furioso*, *sandeu*, *desassisado*, *desmemoriado*, *prodigo*. Ord. L. 4º TT. 81 e 103.

Não permittindo ao mudo e surdo de nascença fazer testamento equiparou-o a Ord. ao idiota. Esta prohibição, porém, não se estende ao que sabendo escrever veio por qualquer incidente a ficar mudo e surdo. L. 4º T. 81 § 5º.

Se o mudo e surdo de nascença sabe escrever por ter sido educado, como o são modernamente muitos, é justo e logico que em seu favor milite a mesma excepção.

A ordenação considera validos os actos que o interdicto pratica em *lucido intervallo*, e permite-lhe a administração dos bens emquanto de novo não se desvaria. L. 4º T. 81 § 5º T. 103 § 5º. Se assim é, nenhuma razão ha para se lhe prohibir o casamento em lucido intervallo, e é nesse sentido que deve ser entendido o § 3º do art. 1º do Dec. 181.

Embora possa nos lucidos intervallos reassumir a administração dos bens, continúa, todavia, a ser assistido pelo curador. (Ord., L. 4º T. 103, § 3º) de cuja autorisação é justo dependa o casamento.

Sobre o casamento dos interdictos diz Laurent: Si hors de la célébration du mariage l'interdit était en état d'alienation, le mariage serait inexistant; s'il se trouvait dans un intervalle lucide, le mariage serait valable.» Dir. Civ. L. 1º T. 5º § 2º n. 2.

Será valido o casamento de pessoa demente mas não *interdicta*?

Responde Mourlon: «Lors qu'une personne privée de raison, mais non interdite s'est mariée, on peut établir que le mariage a été célébré pendant un moment lucide, auquel cas le mariage est valable. C'est une question de fait, laissé á l'appréciation souveraine du tribunal.» Rep. Ecr. L. 1º T. 5º n. 533.

Entre os interdictos figura o prodigo, que é o que desordenadamente gasta os seus bens, aos quaes deve por isso o juiz dar curador. Ord. L. 4º T. 103 § 6.

A incapacidade do prodigo é tão somente para os actos que entendem com o direito de propriedade, porque tem ella por causa legal unica o vicio da disposição, d'onde resulta que podendo elle dispôr livremente da sua pessoa, póde igualmente contrahir matrimonio. Lafayette, Dir. de Fam. § 169.

Sendo incapaz sómente no que respeita ao seu patrimonio, não precisa, para casar, da autorisação do curador dado aos seus bens, visto que dispõe livremente de sua pessoa. Não póde, entretanto, sem consentimento do curador e do juiz de orphãos celebrar contracto ante-nupcial, e não havendo contracto algum ante-nupcial, resulta de seu casamento a communhão de bens.

O codigo civil francez e outros já aboliram a curadoria do prodigo, por julgarem-n'a offensiva á liberdade individual.

consentimento ser viciado (48), e tornar por isso annullavel o casamento.

Duas são as causas principaes que podem viciar o consentimento dos contrahentes : a violencia e o erro (49).

A violencia não supprime inteiramente a vontade do contrahente coacto (*coacta voluntas est tamen voluntas*); mas restringe-lhe a acção constringendo-o ou a consentir no casamento, ou a soffrer um mal imminente (50). Esta alternativa impedindo a reflexão e limitando a liberdade, torna imperfeito o consentimento.

O erro essencial (51) de um dos conjuges a respeito do outro, leva-o a deliberar sobre a conveniencia do casamento sem considerar certas circumstancias ignoradas (52).

(48) Consideram-se vicios do consentimento certas circumstancias que não destróem inteiramente a vontade, mas a tornam imperfeita. Mourlon.

(49) Dec. 181, arts. 63 e 71. Entre as causas que viciam o consentimento em geral, enumera-se o dóllo, do qual póde um dos contrahentes usar para obter o consentimento do outro. Neste caso porém, o dóllo influe como causa determinativa do erro.

(50) *Violencia*, segundo Coelho da Rocha, é a ameaça de um que obriga outro a praticar um acto, ou a pratical-o de uma maneira, que sem isso não praticaria.

Ha differença entre violencia physica e violencia moral. A primeira exclue o consentimento, e torna por isso nullo o contracto; a segunda é um simples vicio que torna annullavel o contracto. O que soffre uma violencia physica não consente; o que consente sob o imperio do medo, consente no sentido de que de dous males escolhe o menor. *Laurent*.

Em materia de casamento não é possivel a violencia material, visto o ser mesmo celebrado em presença de official publico e de testemunhas. O Dec. 181 não trata, pois, senão da violencia moral.

(51) O erro consiste em crêr verdadeiro o que é falso, ou em crêr falso o que é verdadeiro. *Laurent*.

(52) Acto de summa importancia, cumpre seja o casamento muito ponderado e reflectido, para que não venha a ser causa de amargas decepções. Assim, é de presumir que cada um dos contrahentes, ao deliberar sobre sua conveniencia, tenha em consideração certas qualidades pessoas do outro. Se por erro essencial presta seu consentimento, considera-se este viciado e isto torna annullavel o casamento.

Considera-se erro essencial (53) sobre a pessoa do outro conjuge: 1.º a ignorancia de seu estado (54); 2.º a ignorancia de crime inafiançavel e não prescripto (55); 3.º a ignorancia de defeito physico irremediavel (56); 4.º ignorancia de molestia incuravel ou transmissivel por contagio ou por herança (57).

(53) Dec. 181, art. 72. Erro essencial é a ignorancia de certas circumstancias que, se fossem sabidas, determinariam a recusa do casamento.

O erro essencial *a respeito da pessoa do outro conjuge* (palavras textuaes do art. 71) póde-se dar, embora difficilmente, quanto á identidade de pessoa, caso este não comprehendido no art. 72, que parece ser explicativo do art. 71.

(54) Na terminologia juridica a palavra *estado* tem significação muito ampla. Aqui, porém, deve ser tomada em excepção restricta como estado de solteiro, de viuvo sem filhos ou com elles, etc. Neste mesmo sentido está empregada no § 2.º art. 1.º

A virgindade na mulher deve ser considerada tambem como estado da mesma. O homem que se acha com uma mulher por julgal-a virgem, e não a encontra neste estado, tem justa razão para pedir a annullação do casamento. Convém, entretanto, notar que a mulher póde perder a virgindade ou por um incidente qualquer, ou em consequencia de congresso sexual. No primeiro caso parece não haver razão para a annullação do casamento, no segundo ha, visto que a causa da perda da virgindade importa uma mácula na dignidade da mulher, salvo a hypothese de violencia.

(55) O crime é inafiançavel quando sujeita o delinquente ao maximo da pena de prisão cellular, ou á reclusão por quatro annos. Cod. Pen., art. 406. Não estando prescripta, sujeita o delinquente á acção criminal, o que, além da nódoa moral, o trará em constante sobresalto, e o obrigará a viver humilhado. Ora, o casamento com um individuo em taes condições não deixará de ser desvantajoso para o conjuge innocente.

(56) *Defeito physico irremediavel* póde ser a surdez, a cegueira, a mudez, a esterilidade, a impotencia, etc., ou a falta de uma perna, de um braço, de um olho, etc. Dizendo, porém, o Dec. 181 *Defeito physico irremediavel como a impotencia*, parece alludir a defeitos physicos incompativeis de algum modo com o casamento, como a impotencia incuravel, a esterilidade, ou qualquer cousa que impeça a união sexual.

(57) *Molestia*, como definiu Cicero, é a doença permanente. *Molestia est aegritudo permanens* (Tusc. 4. 8). Sendo incuravel, póde accarretar incomodos ao outro conjuge e inconvenientes á sociedade conjugal, transmissivel pelo contagio, põe em perigo a saude do outro conjuge; transmissivel por herança, compromette a saude da prole.

CAPITULO III

Dos impedimentos

SUMMARIO: — 1. Definição do impedimento. — 2. Divisão dos impedimentos. — 3. Dirimentes. — 4. Parentesco. — 5. Casamento não dissolvido. — 6. Adulterio e homicídio. — 7. Impedientes ou prohibitivos. — 8. Preventivos. — 9. Viuvez. — 10. Tutella e curatella. — 11. Cargo de Juiz e escrivão.

1. Origem da familia, que é a base da sociedade, não deve o casamento ser permittido em casos contrarios á ordem natural, moral e social. Assim, não só estabelece a lei os requisitos para sua contracção, mas ainda o prohibe, dadas certas circumstancias conhecidas em direito sob a denominação de *impedimentos*.

São, pois, impedimentos *certas circumstancias determinadas por lei que vedam o casamento por contrario á ordem natural, moral e social*. (58)

2. — Quando celebrado com infracção de impedimento legal, é o casamento nullo, annullavel ou seguido de uma pena conforme a circumstancia occorrente. (59) D'aqui nasce a divisão dos impedimentos em *dirimentes*, *impedientes* ou *prohibitivos* e *preventivos*. (60)

Dirimentes são os que infringidos tornam nullo o casamento. (61)

(58) Não se compadece, por exemplo, com a ordem natural o casamento de ascendente com descendente, com a ordem moral o da adúltera com seu cúmplice, com a ordem social o do tutor com sua pupilla.

(59) Dec. 181, arts. 61, 63, 99, 100, 101 e 102.

(60) A exemplo dos civilistas francezes, nos servimos aqui das denominações de *dirimentes*, *impedientes* ou *prohibitivos*, as quaes são do direito canonico e não do decreto 181. Como, porém, os impedimentos estabelecidos pelo citado decreto produzem tres sortes differentes de effectos, fizemos dellas uma divisão triplice, denominando *preventivos* os que formam o terceiro membro da classificação.

(61) Dec. 181, art. 61.

Impedientes ou *prohibitivos* são os que não sendo sanados, tornam annullavel o casamento. (62)

Preventivos são aquelles cuja infracção dá apenas logar á imposição de uma pena. (63)

3. Os impedimentos dirimentes, como se fundam em motivos graves, não pódem em caso algum ser solvidos, de maneira que infringidos tornam nullo ou inexistente o casamento. *Vetant facienda; facta retractant.* São impedimentos dirimentes: 1º o parentesco; (64) 2º o casamento não dissolvido; (65) 3º o adulterio commettido reciprocamente pelos contrahentes; (66) 4º o crime de homicidio ou tentativa de homicidio perpetrado por ambos contra o consorte de um d'elles. (67)

4. Chama-se *parentesco* a relação existente entre duas ou mais pessoas, derivada da natureza, da lei ou de uma e outra ao mesmo tempo. Se porém unicamente da natureza, o parentesco é *natural*; (68) se sómente da lei, é *civil*; (69) se simultaneamente da natureza e da lei, é *legitimo*. (70)

O parentesco legitimo póde ser por *consanguinidade* ou *affinidade*.

O primeiro é o que une pessoas provindas umas das outras ou de um auctor commum; o segundo é o que liga cada um dos conjuges aos parentes consanguineos do outro.

(62) Dec. cit. art. 63.

(63) Dec. cit. arts. 99, 100, 101 e 102.

(64) Dec. cit. art. 7º, § 1º

(65) Dec. cit. art. 7º, § 2º

(66) Dec. cit. art. 7º, § 3º

(67) Dec. cit. art. 7º, § 4º

(68) E' natural o parentesco proveniente de ajuntamento carnal illicito.

(69) E' civil o parentesco existente entre o adoptante e o adoptado.

(70) E' legitimo o parentesco derivado de justas nupcias.

Devemos, porém, notar que por um princípio de moralidade admite a lei para alguns efeitos a afinidade ilícita, isto é, resultante de ajuntamento carnal ilícito.

O parentesco pôde ainda ser em linha *recta* ou *collateral* (71).

Diz-se em linha *recta* o que liga pessoas geradas directamente umas das outras, e em *collateral* o que une pessoas procedentes de tronco commum, mas não directamente umas das outras.

A linha *recta* chama-se *ascendente* quando de pessoa dada subimos para seus procreadores, e *descendente*, quando descemos para os gerados.

Tanto na linha *recta* como na *collateral* conta-se o parentesco por graus. Na linha *recta* tantos são os graus quantas as gerações (72); na *collateral* contam-se os graus subindo por uma linha até ao tronco, e descendo pela outra (73).

(71) Chama-se *linha* a serie de pessoas procedentes do mesmo progenitor, ao qual se dá o nome de *tronco*. Emprega-se tambem a palavra *linha* para designar o conjuncto de parentes pelo lado do pai ou da mãe, distinguindo-se assim a linha paterna da materna. O parentesco é duplo quando duas pessoas são parentes pelo paterno e materno ao mesmo tempo.

(72) Por exemplo: na linha *ascendente*, Ticio é parente de seu pai, em 1º gráo; de seu avô, em 2º; de seu bisavô, em 3º; de seu tresavô, em 4º; e na linha *descendente*, é parente de seu filho, em 1º de seu neto, em 2º; de seu bisneto, em 3º; de seu trineto, em 4º. Mackeldey, Dir. Rom., § 135.

(73) Por exemplo: na linha *collateral*, os irmãos são parentes em 2º gráo, porque se conta um gráo em cada linha; tio e 1º sobrinho o são em 3º, porque se contam dous gráos em uma linha, e um em outra. Mackeldey, Dir. Rom., § cit.

Na linha *recta*, tanto *ascendente* como *descendente*, o direito romano e o canonico seguem a mesma regra quanto ao modo de contar os gráos: *Tot sunt gradus quot sunt generationes*. Na linha *collateral*, porém, diversificam, contando o direito canonico os gráos por uma linha sómente, e o romano pelas duas, subindo por uma até ao tronco, e descendo por outra. Assim, os irmãos são por direito canonico parentes *collateraes* em 1º gráo, e por direito romano, em 2º,

O decreto 181 segue neste ponto o direito romano. Art. 9º, § 1º.

O casamento é prohibido: 1º entre ascendentes e descendentes, seja legitimo ou natural o parentesco (74); 2º entre affins na linha recta, seja legitima ou illicita a affinidade (75);

(74) Dec. 181 art. § 1.º Entre alguns povos da antiguidade, a lei permittia o casamento entre consanguineos, mesmo no gráo mais proximo. Os medas, os persas e os indios, os ethiopes admittiam o casamento entre ascendentes e descendentes em qualquer gráo. (Larousse).

No Egypto os reis casavam com suas irmãs ou mães. O casamento entre pai e filha, entre irmão e irmã, chamado *Kethuda* nos livros de Zoroastro, era o unico que gosava plenamente da benção do céo. (Belime).

(75) Dec. art. e § cits. Na linha collateral a affinidade não constitue impedimento, de sorte que duas irmãs entre si podem casar com dous irmãos entre si; um pai e um filho podem casar com uma mãe e uma filha; o filho do marido de um matrimonio com a filha da mulher do outro matrimonio.

Na linha recta, *in infinitum*, a affinidade constitue impedimento dirimente, segundo o art. 7º § 1º do decreto 181, que dispõe: « São prohibidos de casar-se os ascendentes com os descendentes por parentesco legitimo, civil ou natural ou por affinidade; e os parentes collateraes paternos ou maternos, dentro do 2º gráo civil. » D'aqui se vê que o decreto em relação á linha recta, engloba o parentesco legitimo, civil, natural e por affinidade, sem limite de gráo.

Por direito canonico, a affinidade em linha recta constitue impedimento sómente no 1º gráo, e quando é licita. Neste ponto, o decreto foi além do direito canonico. O *Diario Official* de 7 de Fevereiro de 1890 publicou o seguinte:

« Sem fundamento algum se ha ensinado que a recente lei do casamento civil creou impedimentos por parentesco, mais rigorosos do que os estabelecidos pelo direito canonico. Para evitar que sejam illudidas pessoas pouco versadas nas regras elementares desta materia, convém fazer as seguintes declarações:

« A nova lei só prohibe por parentesco o casamento entre ascendentes e descendentes, e entre irmãos. E' esta a disposição do art. 7º § 1º, e, portanto, só comprehende os parentes a que a igreja catholica absolutamente não concede, em caso algum, dispensa para se casarem. »

Esta declaração do governo provisório feita pelo *Diario Official*, sobre ter força interpretativa, não dirime a duvida quanto ao parentesco por affinidade, isto é, se constitue impedimento sómente no 1º gráo.

O aviso do ministro dos negocios da justiça de 13 de Outubro de 1890 dizendo que o decreto 181 prohibe casamento de ascendentes com descendentes por affinidade civil ou natural, entre os quaes se comprehende no 1º gráo o padrasto e a enteada, não esclarece tambem a questão.

Quanto á affinidade illicita, só diz o decreto que se póde provar por confissão expontanea, donde se conclue constituir ella impedimento. Por exemplo, Pedro quer casar com Maria, filha de Francisco. Esta oppondo-se ao casamento, confessa, nos termos do art. 8º ter tido copula com Pedro pouco antes do nascimento de Maria: esta confissão impede o casamento. Outra hypothese: Antonio, filho de Pedro, quer casar com Maria, filha de Francisco. Pedro oppondo-se ao casamento, confessa expontaneamente que teve copula com Francisca pouco antes do nascimento de Maria: esta confissão impede tambem o casamento, porque faz suppôr a possibilidade de ser Maria filha de Pedro.

3º entre o adoptante e o adoptado ou entre aquelle e os descendentes deste (76); 4º entre irmãos legitimos ou naturaes, sejam germanos, consanguineos ou uterinos (77).

A moral e a physiologia, diz Arhens, estão de accordo em prohibir o casamento entre ascendentes e descendentes, e entre irmãos e irmãs. As relações que existem entre elles produzem affeições muito differentes do amor. Os pais e os filhos são ligados por uma relação de subordinação moral d'onde resulta a dedicação e o respeito, emquanto que o amor quer essencialmente uma relação de igualdade. O irmão e a irmã são ligados pela amizade, fundada, não no casamento como a amizade ordinaria, mas na communitade da descendencia, de habitos, de educação e de cuidados. A physiologia condemna taes uniões, porque, de um lado o casamento de ascendentes com descendentes faria a vida marchar de recuo, por assim dizer, ou faria o effeito reentrar na causa; de outro lado, o casamento entre irmãos e irmãs é contrario a uma lei que se manifesta em todos os reinos da natureza, segundo o qual o fructo é tanto mais vigoroso, quanto mais diversa é a origem dos seres da mesma especie, nos quaes tem sua causa (78).

(76) Dec. n. 181, art. 7º § 1.º O parentesco civil é o que resulta da adopção, que é o acto pelo qual uma pessoa que não tenho filhos, adopta em consolação um estranho como filho, segundo as leis normaes. A adopção neste sentido, a que as leis patrias chamam *perfilhação* (Ord. L. 1º T. 3º § 1º) não está em uso entre nós. Monte, Theologia Moral.

(77) Dec. art. e § cits. Os parentes collateraes que descendem do mesmo pai e mãe chamam-se *germanos*; se descendem, porém, de uma pessoa que contrahio duas uniões differentes, chamam-se *consanguineos*, ou *uterinos*, aquelles que provêm só de pai, e estes, os que provêm só de mãe. Coelho da Rocha. Inst. de Dir. Civ. § 64.

O decreto 181 não prohibe o casamento de tio com sobrinha e vice-versa; mas não admite entre elles a communhão de bens. Identica prohibição de communhão de bens é extensiva aos parentes collateraes em 4º gráo civil duplicado (Art. 58 § 3º).

(78) Em uma nota publicada em 1856, dizia Rilliet de Genebra, que a diminuição da força vital, consequencia da união entre parentes proximos, se manifesta por frequentes resultados, variaveis em sua

A familia, diz Portalis, é o sanctuario dos costumes, é alli que se deve evitar tudo quanto possa corrompel-os.

O casamento não é sem duvida uma corrupção, mas a esperança de casamento entre seres que vivem sob o mesmo tecto, e que são induzidos por tantos motivos a se unirem, poderia accender desejos criminosos, e occasionar desordens que maculariam o lar, e delle baniriam a innocencia. Estes motivos fazem estender a prohibição ao parentesco natural e por afinidade.

Quanto ao parentesco civil creado pela lei, militam os mesmos motivos de moralidade; pois, como diz Laurent, seria receiar que a vida commum fizesse nascer relações culposas se os que vivem junctamente pudessem acobertal-as com o casamento.

5. A existencia de um primeiro casamento valido ou mesmo nullo, porém ainda não dissolvido por sentença, oppõe-se á contracção de um segundo (79).

fórma e gráo. Em relação aos pais enumera: 1º, a ausencia de concepção; 2º, retardamento da concepção; 3º, concepção imperfeita. Quanto á prole enumera: 1º, filhos imperfeitos (*monstruosidades*); 2º, filhos cuja constituição physica e moral é imperfeita; 3º, filhos mais especialmente expostos ás molestias do systema nervoso, e, por ordem de frequencia, a epilepsia, a imbecilidade, o idiotismo, a surdez e mudez, a paralyisia, as molestias cerebraes diversas; 4º, filhos lymphaticos e escrophulosos; 5º, filhos que morrem na primeira idade e em maior proporção do que os nascidos em outras condições; 6º, filhos que, se transpuzeram á primeira infancia, serão menos capazes do que outros de resistir a enfermidades.

Menere, antigo medico do asylo dos surdos-mudos de Paris, em um trabalho lido á Academia de medicina, a 29 de Abril de 1856, sustenta que a causa mais frequente da surdez e mudez reside nos casamentos entre sanguineos.

Th. Perrin, medico da casa de surdos-mudos de Lyão, demonstrou que neste estabelecimento, quarta parte pelo menos destes infelizes é o resultado de casamentos entre consanguineos.

Chazaains e Landes, por investigações feitas na Instituição de surdos-mudos de Bordéos, formularam conclusões analogas (Larousse).

(79) Dec. n. 181, art. 7º § 2.º Nos primeiros tempos do christianismo, uma seita de zeladores chamados os *puros*, condemnavam as segundas nupcias, e recusavam communicar-se com os que as contrahiam.

Foram, porém, declarados hereticos pelo concilio de Nicéa. A igreja grega não admite quartas nupcias, e por isso o codigo russo prohibe que se case mais de tres vezes (Belime).

O principio deste impedimento está na prohibição da polygamia, que como diz Portalis, é contraria á essencia de um contracto pelo qual os dous esposos se dão inteiramente um ao outro.

Sobre degradar a mulher, vicia a moralidade, e é causa da irremediavel inferioridade dos povos que a adoptam.

Além da utilidade do casamento contrahido com infracção deste impedimento, pune o codigo penal brasileiro os que se casam mais de uma vez, sem estar o vinculo matrimonial anterior dissolvido por sentença de nullidade ou por morte do outro conjuge (80).

6. A fidelidade reciproca no amor e na affeição mutua dos esposos, são condições essenciaes da união conjugal. São portanto contrarios á moral todos os factos que vão de encontro a essas duas condições. Como principaes, porém, por apresentarem maior gravidade sobre-sáem o adulterio e o homicidio ou tentativa de homicidio que haja um dos conjuges praticado contra o outro. O adulterio, alem de ser uma violação da fé promettida, é uma injuria contra o outro conjuge, e por isso prohibe a lei com muita razão o casamento do conjuge adultero com seu co-réo condemnado como tal (81). O attentado praticado por um consorte contra a vida do outro, sobre ser um delicto monstruoso, póde ter tido por movel o desejo de novas nupcias, o que lhe augmentará a gravidade. É por isso, pois, que a lei prohibe tambem o casamento entre os que hajam sido condemnados por

(80) Dec. n. 181, art. 61. Codigo Penal, art. 283. Se a pessoa tiver prévio conhecimento de que é casado aquelle com quem contrahir casamento incorrerá nas penas de complicitade.

(81) Dec. e art. cit. § 3º e art. 61. O adulterio commettido, quer pela mulher, quer pelo marido, é punido pelo Codigo Penal. A mesma punição é inflingida ao co-réo (Art. 279).

haverem de accordo, directa ou indirectamente, attentado contra a vida do consorte de um delles.

7. Os impedimentos impeditentes ou prohibitivos, como têm por causa a falta de algum dos requisitos necessarios para o casamento, (82) pódem ser oppostos á sua celebração. Infringidos, porém, podem ser solvidos, ficando valido o casamento. *Impediunt fieri; facta possunt tenere.* (83) São, pois, impedimentos impeditentes ou prohibitivos: 1º a coacção de um dos conjuges; (84) 2º a incapacidade de consentir; (85) 3º a existencia da raptada em poder do raptor; (86) 4º a falta de consentimento da pessoa sob cujo poder ou administração se acha algum dos contrahentes; (87) 5º a falta de idade legal. (88)

8. Os impedimentos preventivos têm por fim evitar que o casamento acarrete prejuizo a terceiro, ou sirva de meio a qualquer especulação. Infringidos, porém, não o ferem de nullidade, não dão logar a uma pena, cujo effeito é não só punir, como remediar o mal possivel. *Impediunt fieri; facta tenent.* Assim, pois, não podem casar-se: 1º o viuvo ou viuva que tem filho do conjuge fallecido enquanto não fizer inventario dos bens do casal; (89) 2º a mulher viuva ou separada do marido por nul-

(82) Os requisitos necessarios para o casamento são tratados no capitulo precedente.

(83) O texto latino supracitado não foi extrahido do direito canonico. Introduzimos-o aqui para caracterisar bem os impedimentos impeditentes. O verbo *possunt* exprime perfeitamente a idea de possibilidade de ser annullado ou revalidado o casamento feito com infracção de impedimento impeditente.

(84) Dec. n. 181 art. 7º § 5.º

(85) Dec. art. e § cits.

(86) Dec. e art. cits. § 6.º

(87) Dec. e art. cits. § 7.º

(88) Dec. e art. cits. § 8.º

(89) Dec. e art. cits. § 9º art. 99. O art. 7º § 8º do decreto 181 diz: « Não pode casar-se o viuvo ou viuva que tem filho do conjuge fallecido, enquanto não fizer inventario dos bens do casal, e o art. 99 dispõe: « o pai ou mãe que se casar com infracção do § 9º do art. 7º

lidade ou annullação do casamento até dez mezes depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, salvo se depois desta ou d'aquella e antes do referido prazo tiver tido algum filho (90); 3º o tutor ou curador e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados, ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatellada, enquanto não cessar a tutela ou curatella e não estiverem saldadas as

perderá em proveito dos filhos duas terças partes dos bens que lhe deveriam caber no inventario do casal, se o tivesse feito antes do seguinte casamento, e o direito á administração e ao usufructo dos bens dos mesmos filhos.

Estes dous preceitos legaes suscitam as seguintes observações:

1ª O conjuge sobrevivente é obrigado a fazer inventario sómente quando fica em *posse e cabeça de casal*. (Teixeira de Freitas, Cons. das Ls. Civ. art. 1141). Logo, não se achando neste caso, poderá livremente passar a novas nupcias. Assim, se os conjuges estavam perpetua e judicialmente divorciados, o sobrevivente não é obrigado a fazer inventario, visto que o divorcio perpetuo traz como effeito immediato a divisão e partilha dos bens, segundo o regimen que tiver sido adoptado, como se o casamento se dissolvesse por morte de um dos conjuges. Lafayette, Dir. de Fam. § 35.

2ª Se por pacto antenupcial estipularam a *separação de bens*, com incommunicabilidade dos fructos e rendimentos delles provenientes, e dos *adquiridos* na constancia do matrimonio, não é tambem o sobrevivente obrigado a fazer inventario, visto que a posse do autor da herança com todos os seus effeitos passa immediatamente aos seus herdeiros. (Idem, ibidem. § 72, T. de Freitas, Cons. art. 152).

3ª Se, adoptado o regimen de separação de bens, foi convencionado que o conjuge sobrevivente ficaria em posse e cabeça de casal até a partilha da herança, é elle obrigado a fazer inventario; mas a falta de cumprimento dessa obrigação não pode impedil-o de contrahir novas nupcias, 1º porque em tal caso não pode o casamento dar logar á lesão dos direitos dos herdeiros; 2º porque o § 9º do art. 7º do decreto 181 se refere ao inventario dos *bens do casal*, que devem ser partilhados, em cujo numero não se podem incluir os do conjuge sobrevivente; 3º porque não tendo o conjuge sobrevivente parte nos bens deixados, não pode ter cabimento a applicação da pena comminada no art. 99 do decreto citado.

4ª Se o conjuge sobrevivente não tem filhos do conjuge fallecido, e fica em posse o cabeça de casal, é obrigado a fazer inventario e dar partilha aos herdeiros; mas, estes não podem, allegando falta de inventario, impedil-o de casar-se, visto que o decreto só falla de filhos e não de outros herdeiros.

5ª Se ao tempo do fallecimento do marido, não vivia a mulher com elle em casa teúda e manteúda, não fica em posse e cabeça de casal, e portanto não é tambem obrigado a fazer inventario (T. de Freitas, Cons. art. 149).

(90) Dec. cit. art. 7º § 10.

respectivas contas, salvo permissão deixada em testamento ou outro instrumento publico pelo fallecido pai ou mãe do menor tutelado ou curatellado; (91) 4º o juiz ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com orphão ou viuva da circumscripção territorial, onde um ou outro tiver exercicio, salvo licença especial do presidente da Relação do respectivo districto. (92)

9. O conjuge sobrevivente que tem filhos do que falleceu, deve sob as penas da lei e dentro do prazo de dous mezes fazer inventario dos bens do casal, (93) e dar partilha de todos os que são communs. (94) E emquanto não cumpre essa disposição da lei orphanologica, não póde contrahir novas nupcias, e, se as contrahe, não só perde em favor dos filhos duas terças partes dos bens que lhe deveriam caber, mas ainda fica privado do direito de administrar e usufruir os bens dos mesmos filhos. (95) Esta exigencia da lei e sua sancção tem por fim acautelar os direitos dos filhos do primeiro matrimonio que podem ser lesados continuando indivisa a herança, mórmente sobrevivendo filhos do segundo.

Além do impedimento por falta de inventario, não póde ainda a mulher contrahir nova união senão dez mezes depois de dissolvido o matrimonio anterior. Este impedimento temporario tem por fim evitar a incerteza

(91) Dec. e art. cits. § 11.

(92) Dec. e art. cits. § 12.

(93) T. de Freitas. Cons. art. 1153.

(94) Idem, ibidem, art. 1141.

(95) Dec. 181, art. 99. Se o conjuge sobrevivente é a mulher, esta, se não fôr binuba, succede ao marido nos direitos sobre a pessoa e bens dos filhos menores, emquanto se conservar viuva. (Art. 94). Logo, se casa, fica *ipso facto* privada da administração dos bens dos filhos, tenha ou não feito inventario. Em tal hypothese é inutil parte da pena comminada no art. 99, isto é, privação do direito de administrar e usufruir os bens dos filhos menores.

de paternidade (*confusio partus*), e por isso cessa desde que venha ella a dar á luz antes d'aquelle prazo. (96) Se se casa com infracção do referido impedimento, não poderá fazer testamento, nem communicar com o marido mais de uma terça parte de seus bens presentes e futuros. (97)

10. O tutor e o curador além de exercerem certo predomínio sobre o pupillo ou interdicto, estão obrigados a prestar contas pela administração dos bens dos mesmos. O casamento, pois, de um ou de outro, ou de seus ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos com a pessoa tutelada ou curatellada, além da suspeição de violencia ou de intuitos velados, poderia servir de meio para se esquivarem á prestação de contas. E' por isso que a lei o prohibe sob a pena de dar o tutor ou o curador ao conjuge do pupillo ou interdicto quanto baste para igualar os bens d'aquelle ao d'este. (98) Além d'isto, fal-os incorrer nas penas do codigo penal. (99) Cessa, porém, semelhante prohibição, quando o fallecido pai ou mãe do orphão ou interdicto deixar em testamento ou outro instrumento publico autorizado o casamento, o qual em tal hypothese não faz suspeitar violencia nem interesse occulto. (100).

11. Da mesma sorte, podendo o juiz ou escrivão prevalecer-se do cargo para promover casamento vantajoso para si ou parentes seus, veda a lei que elle ou seus

(96) Dec. 181, art. 7.º § 10. E se a viuva ficou gravida por morte do marido? Verificado de modo legal seu estado de gravidez desaparece o perigo de confusão de paternidade, e portanto fica solvido o impedimento. No caso de impossibilidade absoluta de concepção, provada de modo inconcusso, fica igualmente solvido o impedimento.

(97) Dec. cit. art. 100.

(98) Dec. cit. art. 7º § 11, 101.

(99) Dec. cit. art. 103. Cod. Pen. art. 232 § unico.

(100) Dec. cit. art. 7º § 11.

ascendentes, descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos se casem com orphã ou viuva da circumscripção territorial onde tiverem exercicio, salvo licença especial do presidente da Relação do respectivo districto. (101) Não precedendo a necessaria licença, não só incorrem nas penas do codigo, (102) como ficam sujeitos a ser destituídos do cargo com inhabilitação por dez annos para exercer outro, e obrigados a dar ao conjuge do orphão ou da viuva quanto baste para igualar os bens d'aquelle aos d'este ou d'esta. (103)

(Continúa).

THOMAZ BRANDÃO.

(101) Dec. cit. art. 7º § 12.

(102) Dec. cit. art. 102, 103 e 107.

(103) Dec. cit. arts. 102, 103 e 107.
