

O casamento civil. A falta de alguma ou de algumas das formalidades indicadas nos artigos 1 a 6 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 acarreta a nullidade do casamento contrahido em paiz estrangeiro, quer ambos os conjuges sejam brasileiros, quer o seja somente um dos contrahentes? (1)

O casamento o que é? que condições devem ser exigidas dos que desejam casar-se, de-baixo do ponto de vista physiologico e psychologico dos contrahentes? é uma necessidade organica das sociedades? qual o seu fundamento, qual o seu fim? qual a forma mais compativel com a dignidade do homem e da mulher? deve o Estado regular o casamento? é preferivel o casamento civil ao religioso ou este áquelle? Eis questões de summa importancia para o ponto a desenvolver.

Justiniano, em suas Inst. Liv. 1.º Tit.º 9.º § 1.º, assim definiu o casamento: *Nuptiae autem, sive matrimonium, est viris et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens.*

---

(1) Prova escripta produzida pelo autor, de improviso e sem auxilio de livros, no concurso de Direito Civil, em Maio de 1907. Este trabalho não foi revisto pelo autor.

E no Dig.—23. 2. fr. 1.º encontramos essa outra definição do jurisconsulto Modestino: *Nuptiæ sunt conjunctio maris et femine, consortium omnis vitæ: divini et humani juris communicatio.*

“As nupcias são a união do marido e da mulher, um consorcio de toda a vida: uma communhão de direito divino e humano.”

A definição é bellissima; nem sei que outra haja que mais me captive o entendimento. Nem outra conheço que mais alto eleve marido e mulher no conceito um do outro —“*uma communhão de direito divino e humano*”, quer dizer, a sonhada egualdade perfeita entre os contrahentes na sociedade conjugal. Mas satisfaz esta definição? Dá idéa perfeita do casamento no seio da sociedade moderna?

Eu creio que não.

Os codigos modernos não definem o que seja o casamento e, penso, fazem bem, pois entendendo que não cabe em um corpo systematico de legislação o elemento doutrinario. E' talvez um pouco de arrojo de minha parte assim falar, quando codigo nenhum até hoje deixou, em absoluto, de um lado este elemento doutrinario, e quando a cabeça maxima do pensamento juridico brasileiro, o eximio Teixeira de Freitas, teve em mente e apresentou ao governo o seu novo plano de codificação que queria substituir ao adoptado e mandado executar pelo seu contracto de 1859 no codigo civil de cuja elaboração se encarregára, plano no qual entrava a confecção em primeiro logar de um codigo geral “*em que se desse todas as definições e a significação de todos os termos*

*empregados no Codigo ou Codigos que viessem posteriormente fazer parte do conjunto soberbo que elle se proprunha a executar."*

Embóra a autoridade extraordinaria do grande mestre, assim penso, no que me ponho de accordo com os mais modernos mestres da actualidade, sobretudo da escola tudesca.

De modo algum é possivel faser um estudo completo sobre o assumpto que nos fez formular as perguntas por que começamos a prova, nos estreitos limites a que nos reduzem as horas regulamentares; não posso, portanto, fazer mais do que uma ligeira, muito ligeira apreciação sobre taes e outras questões.

Para completo do estudo da primeira pergunta que formulei, basta dizer que me satisfaz *quasi* a definição que nos dá o illustrado cathedratico de legislação comparada nessa Escola, o Sr. Dr. Clovis Bevilacqua; não a tenho de memoria, porém o seu conteúdo é mais ou menos: "*casamento é o acto solemne pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluevolmente por toda vida n'uma communhão de interesses, obrigando-se a crear, manter e educar a prole que delles nascer.*"

Eu disse que esta definição, me *satisfaz quasi*", e me replico: não me satisfaz em todo porque o Sr. Dr. Clovis Bevilacqua teve receio talvez de empregar a palavra *contracto* em vez de *acto*, de medo talvez de ser mal vista a sua expressão pelos ultramontanos que não querem ver no casamento mais que o sacramento instituido pela Igreja e por ella abençoado.

No estado actual, porém, do Direito Civil brasileiro, e não somente deste mas do da generalidade das nações, não se pode negar ao casamento a sua qualidade de contracto, e pois assim devia ser definido.

Uma bôa lei de casamento deve antes que tudo cuidar das condições physiologicas dos contrahentes. Pois que o casamento é um contracto, ella deve regular a capacidade das partes conrtactantes, á semelhança do que faz relativamente a todos os outros contractos.

A capacidade para casar deve ser regulada pela de procrear; e é a physiologia quem vem nos dizer em que idade o homem é capaz de procrear, a mulher de conceber. Deve ser esta qualidade essencial, pois que o fim precípua do casamento é a perpetuação da especie humana.

As legislações dos diversos paizes não são de accordo sobre a idade em que deve ser declarada a capacidade de casar; nem este accordo seria possível porque innumeras causas fazem differentes nos diversos paizes do globo as edades em que é o homem pubere ou é a mulher nubil.

Ao passo, por exemplo, que no Brasil a puberdade e a nubilidade apparecem muitas vezes em uma idade verdadeiramente precoce, quasi infantil, em outros paizes em que condições diversas actuam sobre o organismo individual, tal não succede, como em França, onde as mulheres muitas veses aos 18 annos não tem attingido a nubilidade. E', pois, de ver que essas differenças são justificaveis. E', porém,

a idade o elemento determinante da puberdade ou da nubilidade? De modo algum.

Releva notar que argumentamos de accordo com a ideia communmente adoptada, sem entrarmos na discussão que se tinha levantado e sustentado entre autores antigos que davam preferencia ora a uma ora a outra das formas de decidir em que se degladiavam Sabinianos e Proculianos.

O casamento é uma necessidade organica das sociedades. Quando no mais fundo das cavernas dos tempos pre-historicos, quando mais longe nos internamos na noute escura dos primordios da humanidade, e olhamos em derredor, asseguram-nos os mais illustres paleanteologos, tudo nos attesta a vida em commum, tudo nos attesta o casamento como existindo.

Onde quer que tenha apparecido o homem, não só o homem, mas qualquer *macho*, onde quer que tenha apparecido a mulher, não só esta, mas qualquer *femea*, um e outro se procuram, um e outro se reúnem e passam a viver uma vida commum, auxiliando-se mutuamente, levados não só pelo instincto da conservação propria, mas tambem pelo da especie, pelo amor e pelas relações sexuaes.

Aqui se nos apresenta a questão das formas de casamento; caberia talvez entrar em indagações sobre as phases primeiras da união do homem e da mulher, indagar qual existiu primeiro, si a endogamia, si a exogamia; si a polygamia, si a polyandria, ou antes si coexistiram.

Parece á primeira vista fóra de duvida

que a endogamia precedeu á exogamia, quero dizer, os casamentos dentro da propria tribu ou clam, aos casamentos exogamos, isto é, de individuos de uma tribu com os de outra. Eu tambem o creio, e me estribo na opinião do sabio Westmarck, para mim, quem mais profundamente estudou e mais perto chegou da verdade, si é que não a attingiu, sobre a instituição do casamento entre os primitivos habitantes da terra. Objecta-se, porem, contra esta theoria que as primitivas tribus viviam sempre em lutas umas com as outras; que sendo a vida dura, não queriam as mais guerreiras tomar a si o encargo de crear mulheres e assim aproveitavam as suas guerras, si não as declaravam, para conquistal-as. E como exemplo ou prova, fundados na pretensa lei da evolução social, que assegura a repetição historica no desenvolvimento de cada povo, como exemplo, apresentam o rapto das Sabinas, pelos romanos, do qual nos fala Tito Livio em suas *narationes*, ou *res memorabiles*. Não é porem assim em toda parte, e pode-se dizer que só em um periodo mais adiantado do desenvolvimento social é que se estabeleceram os casamentos exogamos pois que tinham os homens primitivos, e com razão, entranhado apego ao que poderiam adquirir, e por consequencia difficilmente quereriam fazer a extranhos participar de seus haveres. E si se levar em conta a tradicção biblica, então os casamentos seriam a principio inevitavelmente dentro da familia, não mais da tribu. São estudos estes muito de encantar e que não exorbitam da materia do programma, mas que

não posso desenvolver sufficientemente sob pena de mais tarde me fallecer o tempo para, concluindo a prova, responder a pergunta da Faculdade.

A monogamia é a forma de casamento adoptado por todas as nações modernas que se arrogam o titulo de civilisadas. Divergem os Autores se assim tambem foi entre os mais antigos povos da terra; e é interessante de ver como os mais conspicuos luminares da sciencia paleontologica de todos os tempos se degladiam e debatem numa luta talvez sem proveito para a civilisação e para a sociedade. Em todo caso, não descabe aqui dizer alguma cousa a respeito e do mesmo modo que no caso antecedente serve-me de anteparo ou de defeza a autoridade do mestre de Elsingfors, o sabio Westmarck. Não posso admittir que o homem primitivo fosse polyandrico. Si algumas tribus de antiguidade bem memoravel a tiveram, como no Thibet, como em certas regiões da Arabia e da Persia, bem como em Africa e Oceania, isto foi devido a causas diversas, e de todo não appareceu entre os primitivos, foi mais tarde, e não quando estas sociedades se organisaram. Não ha exemplo de um povo em sua mais remota antiguidade, ter sido polyandrico. E' o que nos attestam os factos mais palpitantes que trouxeram a luz os estudos severos da paleontologia juridica. Nem isto era possivel de admittir para quem comprehenda verdadeiramente as condições physiologicas do macho; o ciúme do macho pela femêa não existiu de hoje, existiu em todos os tempos. Por consequente os motivos

que hoje existem para que elle impeça a polyandria, existiram tambem antigamente. E a avaliar pelo que succede nas especies inferiores, devia ser terrivel o ciume do homem primitivo. Mais do que isto devia ser inegualavel, assoberbador de todas as faculdades do individuo, então bem pequenas, bem fracas.

Consequentemente, só isto era bastante para fazer-nos não amittir tal possibilidade polyandrica; e os documentos irrecusaveis de viajantes os mais conspicuos que foram ao seio das sociedades mais atrasadas e mais proximas, sinão em seu proprio periodo original, nos levam a acreditar e a affirmar de um modo cathgorico com o sabio de Elsenfors já citado, que nunca houve nas sociedades primitivas um estado polyandrico, isto é, que o casamento não foi em seu nascedouro polyandrico, ou que o predominio da mulher, o matriarchado, não foi a phase primeira do desenvolvimento da instituição do casamento.

Terá sido porventura a forma polygamica a que primeiro existiu entre os povos primitivos? Tambem creio que não.

Nos tempos primeiros da humanidade não era tal a abundancia de mulheres que se possa admittir a polygamia como existindo universalmente na humanidade primitiva, no que estou ainda de accordo com Westmarck.

Consequentemente, por exclusão, fica somente a monogamia, isto é, o casamento de um só homem com uma só mulher, o que não exclue repetidos casamentos de um só individuo, uma-vez dissolvido o anteriormente existente.

Não posso ir mais longe, como desejava, e exgotar a materia.

Nem o proprio Westmarek poderia fazel-o no espaço de um mez, quanto mais de quatro horas.

A sociedade é uma reunião de forças, pode-se dizer; a necessidade da união social é tão palpitante, tão incontestavel, que não se pode admittir sequer a existencia humana sem a sua propria, e portanto posso concluir, com Tobias Barreto que ella é a cathgoria do homem. Rege-se por leis que são relações necessarias, emanando da natureza das cousas, conforme é pensar de Montesquieu, ou são a razão humana governando os povos, conforme ainda este illustre mestre nos ensina em seu "*Espirito das Leis*."

Si a sociedade é governada por leis, assemelha-se a qualquer organismo vivo, tem uma base qualquer sobre que assenta, um nucleo central, como um astro, ou cometa, ou planeta qualquer, nucleo de onde irradiam, emanam todos os seus raios, todos os seus órgãos reveladores de sua vida.

Consequentemente precisamos saber qual este fundamento. Digamol-o: é o casamento.

O casamento base da sociedade familiar; a sociedade familiar base da sociedade tribal; a sociedade cosmopolita dos tempos posteriores, de desenvolvimento em desenvolvimento, até chegar a universalidade de hoje, quasi a sociedade humana.

Sim, porque já hoje nem é licito duvidar da existencia de uma sciencia sociologica, em

que peze a Tobias Barreto e outros; já hoje ninguém pode sequer duvidar de uma tendência para a universalisação de todas as cousas possíveis de tal estadio.

Eu não creio, porém, na bellissima perspectiva que nos pinta João Monteiro em relação á unidade jurídica universal; estou antes com o Sr. Candido de Oliveira, quando nos diz que uma lingua para todos os povos, uma legislação para todos os paizes é uma utopia, um sonho, bello talvez, mas irrealisavel!

Ha factos, ha institutos, porém, que por serem as bases angulares de todas as sociedades, que por serem os pilares soberbos que sustentam os edificios juridicos de todos os povos, não são privilegio de nenhuma, não fallece em nenhum.

O casamento é um destes pilares, si não o alicerce de toda a vasta construcção social.

A ser assim, como de facto é, pode haver duvida de que ao Estado cabe regular o casamento?

A ser assim, padece duvida a affirmativa de que somente a este cabe o dever e o poder de estabelecer todas as condições a obedecer a organização familiar, a reger a sociedade conjugal?

De modo algum.

Portanto penso que é preferivel, ou que é unica ideia compativel com um bom e verdadeiro systema de organização jurídica em materia de casamento, o estabelecimento do casamento civil em vez do religioso.

E assim vão entendendo todos os povos.

No Brazil, nos Estados Unidos, na Italia, no Mexico, na Suissa e em outros paizes está o casamento completamente secularisado; em Portugal, Argentina, Hespanha e outros vigora o casamento religioso.

Não ha talvez grandes inconvenientes de ser deste ultimo modo em paizes já em declínio, como Portugal; em paizes novos, porém, como o nosso, como a Argentina, que precisam de immigração estrangeira, é erro palmar admittir o casamento religioso, de qualquer rito, principalmente com exclusão.

Entre nós, predominou por muito tempo, no Brazil colonia, reino e imperio, o casamento religioso do rito catholico romano, e seu annexo, o acatholico, mais tarde; e apesar de muitas tentativas para secularisação, só no Brasil republica tivemos o casamento civil, que é actualmente regulado pelo Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, obra do Sr. Conselheiro Dr. Antonio Coelho Rodrigues, pouco depois encarregado pelo governo provisório da republica de redigir um projecto de Codigo Civil para o Brasil, o qual não logrou approvação dos poderes competentes.

Não cabe aqui um estudo sobre o citado decreto, não sendo, porém, de mais dizer que além de preencher lacuna consideravel existente até então em nosso direito civil, afóra certas disposições oriundas do carrancismo de seu autor, homem de extraordinarios merecimentos, o que todavia não impede que tivesse defeitos não pequenos devidos sobretudo ao seu orgulho, que não poudé dominar quando viu preferido, para a confecção do Codigo, o

Sr. Dr. Clovis Bevilacqua, o decreto n.º 181, não ha duvida, é uma boa lei; regulamentou com sufficiente clareza, com sufficiente solidez a sociedade conjugal.

E' porém, de notar que existem nelle algumas disposições que destôam não só das modernas conquistas do direito, como tambem do espirito dominante que o guiou. Como, por exemplo, sobre patrio poder.

Ao passo que eguala os direitos e deveres em geral do marido e da mulher, em alguns artigos cercea taes disposições e admite maiores direitos, ao marido do que á mulher, no mesmo caso.

Por exemplo: a mulher que contrahe segundas nupcias sem ter feito inventario e dando partilha aos filhos, dos bens que ficaram por fallecimento de seu primeiro marido, de accordo com o art.º 94 do citado decreto, não poderá administrar os bens dos filhos como tutora nem como curadora, e de accordo com o art.º 99 perderá não só este direito como o usufructo de seus bens.

Porque rasão a lei, que tal estabeleceu, não o fez igualmente relativamente ao marido?

Si o casamento é uma sociedade em que ambas as partes tem eguaes deveres e obrigações para com a prole que d'ella emana, porque rasão conceder ao marido aquillo que se nega á mulher?

E' um dos defeitos devidos ao carrancismo do Sr. Dr. Coelho Rodrigues, que muito me admirei de ver exposto pelo Sr. Dr.

Clovis Bevilacqua em seu projecto de Código Civil.

A commissão revisora de jurineconsultos, encarregada pelo governo de rever o projecto, mudou de rumo e adoptou a bôa doutrina, estabelecendo em tudo a egualdade entre o marido e a mulher, não admittindo dous pezos e duas medidas, nem querendo que gozasse o marido que passava a segundas nupcias de direitos de que tambem não gosasse a mulher.

Assim é que, pelo projecto revisto, a mãe que contrahe novas nupcias não perde por isso o patrio poder e direitos que lhe são inherentes.

Infelizmente, porém, a Camara dos Deputados não esteve por esta forma de decidir e voltou á ideia do projecto primitivo, e em seu art.º 491 estabeleceu que a mãe que passasse á segundas nupcias perdesse o patrio poder em relação aos filhos do leito anterior, readquerindo-o no caso de reenviuvar.

Talqualmente o Código hespanhol, art.º 168, e outros.

Não é possível prolongar mais o nosso estudo sobre a primeira parte do programma e portanto passo a responder, sem mais considerações, á pergunta formulada pela Faculdade.

Entendo que para respondel-a convenientemente, apesar de pensar que nenhuma difficuldade existe, que é preciso desdobral-a em duas, ou como se refere de certo sacerdote dos antigos tempos que a qualquer pergunta, respondia: *destingo*.

E respondidas as duas perguntas em que

desdobrarei a questão proposta, terei ipso facto respondido a these requerida.

Antes, porém, sinto necessidade de dizer algumas palavras sobre a these em globo.

E são que a nossa lei reconhece casamentos celebrados no estrangeiro em ambos os casos em que será desdobrada a these.

Em materia de nullidade de casamento, occupa-se o Decreto n.º 181 de 24 de Janeiro de 1890 no Cap. VII, art.º 61 a 79, e em nenhum delles se refere a nullidades pelos motivos indagados na pergunta.

Como, porém, admittil-as sem parecer que cahimos em contradicção com a propria lei? Assim parece, sem duvida, á primeira vista; mas si ninguem poderá casar sem preenchimento das formalidades exigidas nos ditos artigos 1 a 6 do citado decreto, si o casamento não é admissivel existir quando celebrado no paiz sem ditas formalidades estarem cumpridas, porque rasão admittir que podessem ser validas, quando celebrados no estrangeiro?

Ainda não está, porém, ahi a solução da questão.

Quando por absurdo se admitta que um casamento no Brasil se celebre sem preenchimento das formalidades exigidas pelos arts. 1 a 6 do Decreto n.º 181, elle é nullo de pleno de direito, não existiu, nem nunca existiu, pode-se diser, a não ser como putativo em relação a um ou a ambos os conjuges, conforme a bôa fé de um ou de ambos e as demais condições que fazem de um casamento —putativo: logo e por via de consequencia assim deverá

ser quando o casamento se celebrar no estrangeiro.

E' occasião agora de desdobrarmos a questão, e o fazemos assim:

1.º — Quando se celebrar um casamento entre brasileiros, ou entre um brasileiro e um estrangeiro, sem cumprimento das formalidades indicadas nos artos. 1 a 6 do Decreto n.º 181 de 24 de Janeiro de 1890, e o casamento for celebrado de accordo com o § 1.º do art.º 47 do citado Decreto, isto é, na forma usada no paiz em que é celebrado, accarreta a nullidade do casamento esta falta?

2.º — Quando se celebrar um casamento em que um só ou ambos os contrahentes fôr ou forem brasileiros e o casamento for celebrado em paiz estrangeiro na conformidade do § 2.º do art.º 47 do citado Decreto, isto é, perante o agente consular brasileiro, a falta de taes formalidades accarreta a nullidade do casamento?

Eis as duas questões que respondidas dão a resposta da pergunta proposta pela Faculdade.

Respondo differentemente a cada uma dellas.

Quanto á primeira entendo que não accarreta a nullidade do casamento celebrado de accordo com a lei estrangeira; a esta caberá regular as condições e formalidades a seguir em sua celebração, e portanto nada terá a ver com as formalidades exigidas pela lei brasileira.

Quanto a segunda entendo que accarreta

a nullidade do casamento, porquanto declaradamente os contrahentes quizeram sujeitar-se ás disposições e as formalidades exigidas, estabelecidas pela lei brasileira. Digo ainda não ser possível o casamento, que é nullo de pleno direito, nem se pode conceber a celebração.

Eis portanto respondida a pergunta da Faculdade. *Sim*, si o casamento é celebrado de accordo com a lei brasileira e perante o agente consular brasileiro. *Não*, si o casamento é celebrado de accordo com a lei do paiz em que tem lugar a celebração do acto.

Basta, porém, certidão constatativa do acto do casamento celebrado no estrangeiro entre conjuges um ou ambos brasileiros, para que seja considerado valido no Brasil?

Respondo negativamente. De accordo com o § 4.º do art.º 47 do citado Decreto n.º 181 de 24 de Janeiro de 1890, é essencial o registro do casamento no Brasil, á vista dos documentos de que trata o art.º 1.º deste Decreto, dentro de tres meses depois de ambos ou um dos conjuges ter voltado ao Brazil, quando se trata de casamento feito de accordo com o § 2.º do mesmo artigo e Decreto.

Quando, porém, se trata do casamento celebrado de accordo com a lei do paiz em que for celebrado, entendo necessario o registro dentro do mesmo praso, mas com os documentos exigidos pela lei do mesmo paiz estrangeiro, muito embóra pareça dever concluir se pelo § 4.º do art.º 47 do Decreto n.º 181 citado que elle tambem exige para registro do casamento de brasileiros no estrangeiro, se-

gundo a lei estrangeira, os documentos exigidos pela lei brasileira o que é de todo inadmissivel.

Entendo ter respondido o programma, tendo deixado de dar maior desenvolvimento á primeira parte, por desconfiar do tempo, que effectivamente termina agora, impedindo-me até de reler com a devida attenção esta prova.

Faculdade de Direito do Recife, aos 14 de Maio de 1907.

*Joaquim Ignacio de Almeida Amazonas.*

