

Insinuação do dote

O dote constituído em escriptura antenupcial pelo esposo em favor da esposa não depende de insinuação para sua validade.

Não é sem importancia pratica a demonstração da these enunciada.

A questão de saber se o dote feito pelo esposo a esposa em escriptura antenupcial está sujeito á formalidade da insinuação, tem sido aventada no fôro e debatida entre os escriptores.

Pensam uns que a insinuação é desnecessaria ; entendem outros que ella é indispensavel para a validade do dote, sempre que este exceder da taxa legal.

Ultimamente suscitou-se a duvida, pretendendo-se excluir da classificação dos creditos de uma massa fallida a mulher, que requereu para ser contemplada como credora reivindicante por seu dote estipulado em escriptura antenupcial, e allegando-se que o dote não podia ser attendido porque não tinha sido insinuado, em face da

lei de 25 de Janeiro de 1775, que manda insinuar todas as doações excedentes da taxa legal fixada na Ord. L. 4 Tit. 62, e do Art. 76 da Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, que considera a mulher casada como credora reivindicante pelas arrhas e doações antenupciaes feitas pelo futuro marido, quando insinuadas.

A insinuação das doações foi introduzida por Constancio Chloro, pai do Imperador Constantino, determinando que as doações para terem validade deviam ser transcriptas nas actas publicas.

Depois o mesmo Imperador Constantino manteve a exigencia da insinuação, estabelecendo certas formas e entre ellas a redacção de um acto escripto e a presença de testemunhas.

Mais tarde o Imperador Theodosio modificou a Constituição de Constantino e admittiu as doações sem acto escripto, uma vez que ellas constassem de outros documentos.

Constantino sujeitava á insinuação todas as doações de qualquer natureza e valor ; Theodosio apenas sujeitava á insinuação as doações, que excedessem de duzentos aureos.

O Imperador Justiniano, porem, considerando as doações *mortis causa* como verdadeiros legados, e por isso independentes de acto escripto e de insinuação, determinou que só fossem insinuadas as doações excedentes de quinhentos soldos e fez diversas excepções.

Todos os Imperadores romanos citados, que ordenaram a insinuação, tiveram por fim impedir as fraudes e suggestões, com que se extorquiam as doações,

A Ord. L. 4. Tit. 62, accetitando a exigencia da insinuação, dispoz :

« Todas as doações, assi de bens moveis, como de raiz, como de huns e de outros juntamente, que passarem de trezentos cruzados, ou sua valia, serão insinuadas e approvadas per Nós, ou per os Dezembargadores do Paço. E não sendo insinuadas, não valerão, salvo até a quantia de trezentos cruzados: e quanto ao mais, que passar da dita quantia, não valerão, nem terão vigor, como se nunca fossem feitas. E isto queremos que haja lugar nas doações feitas por varões.

« E as doações feitas por mulheres que vivam per si, quer solteiras, quer viúvas, que passarem de cento e cincoenta cruzados, ou sua valia, que cada huma valer ao tempo, que for feita, serão insinuadas, e a que não o for, valha somente em quanto chegar a quantia de cento e cincoenta cruzados, e no que passar, não valha, nem tenha effeito, como se feita não fosse. »

A Lei de 25 de Janeiro de 1775, fazendo o historico da insinuação das doações desde a sua origem e regulando-a, derogou a Ord. L. 4. Tit. 62.

E' digno de ser transcripto o preambulo da referida Lei, como um attestado do interesse que o bem geral do povo despertava no legislador antigo, o qual não se limitava a estabelecer disposições imperativas, mas demonstrava a procedencia dos motivos que determinavam os seus decretos.

Faço saber aos que esta Carta de Lei virem :

Que em consulta da Meza do Dezembargo do Paço me foi presente: Que tendo a Insinuação das Doações por origem a Constituição do Imperador Constantino, o qual para occorrer ás fraudes e suggestões, com que já então tinham

causado escandalo as dolosas maquinações, com que se extorquiam; sujeitou geralmente todas as Doações, de qualquer qualidade, quantia e natureza que fossem á necessidade da Insinuação.

« Que moderando depois o Imperador Theodosio a sobredita Constituição; ordenára dependessem somente de Insinuação todas aquellas Doações que excedessem a quantia de duzentos aureos; sem que da dita regra eximisse Doação alguma :

« Que ultimamente o Imperador Justiniano, ampliando a quantia Theodosiana, determinára se insinuassem somente as doações, que excedessem a de quinhentos soldos; estabelecendo algumas excepções, como foram as doações Regias; as que se fizessem para a redempção dos Cativos; e para se refazerem Casas incendiadas; as dos bens moveis; as feitas por causa de Dote; e as que dos despojos da guerra se faziam aos soldados.

« Que depois que foram estabelecidas as Monarquias fundadas sobre as ruinas do Imperio de Roma; cada hum dos Principes pela bôa razão, em que se achavão fundadas as sobreditas Leis, ordenarão no espirito dellas as suas respectivas Legislações; huus adoptando a Constituição de Constantino em toda a sua força; outros a de Theodosio; e outros finalmente a de Justiniano; tirando cada hum das excepções que este fez, aquella, ou aquellas, que lhe pareceu approvar.

« Que nestes meus reinos foi adoptado na Legislação delles a Constituição de Theodosio, sem outra excepção, que as Doações Regias tiradas de Justiniano, pela sábia ordenação do Senhor

Rey D. Manoel, do livro 4., titulo 54, que só teve por objecto a utilidade commum e o socego publico dos Vassallos.

Que corrompendo-se porem depois o espirito da Legislação, para se sacrificar o bem commum dos povos aos interesses particulares dos nocivos maquinadores da intempestiva e superflua Compillação publicada no anno de 1603 ; e fazendo-se um dos principaes assumptos della as Insinuações, que tinham contado o caminho para a usurpação dos cabedaes e fazendas alheias ; vendo aquelles astutos e infieis Compilladores, que se copiassem toda a sobredita ordenação do Senhor Rey D. Manoel ; a unica excepção, que fizera das Doações Regias, firmava a regra em contrario, para se entenderem comprehendidas nellas todas as mais Doações de qualquer qualidade e natureza que fossem contra os mutuos e particulares interesses delles Compilladores ; omitirão cavilosamente a referida excepção na outra nova ordenação do livro quarto, titulo 62, para correrem livremente em utilidade sua as Doações chamadas Pias, e Remuneratorias, que tinham procurado sustentar, e forão successivamente sustentando pela extriuseca authoridade dos Doutores ; que as escreverão distinguindo-se entre elles os que se alistarão debaixo da bandeira da extincta Companhia de Jesus ; sem terem reflectido em que nem podia soffrer excepções huma ordenação que explicando-se pelas palavras—*Todas as Doações*—nenhuma excluira nem menos em que fora deduzida da Constituição de Theodosio, que não fizera limitação alguma ; nem tão pouco em que as mesmas Doações Pias forão expressamente comprehendidas por Justiniano na Regra das que devião insinuar-se ; e que das Remunerativas, nem

elle, nem os Imperadores, que lhe precederão, fizerão excepção.

« Que finalmente tinha sido a Jurisprudencia, com que se tinham extorquido cabedaes immensos, e arruinado familias inteiras ; e este he um dos muitos estragos, que causára nestes Reinos o imperio da Opinião, ainda dominante em alguns espiritos alienados com preocupações ; sem que tenham sido bastantes para debellal-o nem a minha Lei de 18 de Agosto de 1769, nem as outras muitas, que tenho mandado publicar, dirigidas todas aos fins de arrancar os abusos pelas raizes ; e fazer somente dominantes as Leis e a razão.

« Concluindo sobre todo o referido a dita Meza :

« Que porquanto se tinha conhecido a infidelidade com que fora compillada aquella sabia e illuminada Ordenação ; e mostrado a experiencia as extorsões que causara humra tão dolosa maquinação, se fazia necessario, que eu occorresse com humra providencia tão efficaz, que ao mesmo tempo que restitua á Ordenação do livro 4. titulo 62, aquella unica excepção nella maliciosamente omittida, annulle e proscрева as outras, que dolosa e abusivamente se escreverão sem lei, ou razão que as sustentem.

De conformidade com a consulta a que se refere o proemio transcripto, a lei de 25 de Janeiro de 1775 ordenou :

Que se houvesse por compillada na Ord. L. 4. tit. 62 a unica excepção das Doações Regias.

Que todas as demais doações de qualquer qualidade e natureza, que excedendo as quantias indicadas na mencionada Ord. não forem insinuadas, sejam nullas e de nenhum effeito quanto

ao excesso ; proscriptas e abolidas todas as outras excepções.

Que não se insinuem as Doações remuneratorias feitas a pessoas estranhas das familias dos doadores, sem que primeiro legalmente se prove a verdade dos serviços, que as movem e sem previo conhecimento da equivalencia que elles têm aos bens doados.

Da combinação da Lei de 1775 com a Ord. L. 4. tit. 62, resulta que todas as doações, exceptuadas as Regias, devem ser insinuadas sempre que excederem de 300 cruzados sendo feitas por homens e de 150 cruzados sendo feitas por mulheres, devendo-se quando as doações forem remuneratorias verificar-se a realidade dos serviços a que ellas dão causa e se os mesmos serviços são equivalentes aos bens doados.

Tendo o Alvará de 16 de Setembro de 1814 augmentado as taxas para a insinuação, triplicando-as, ficou fixado em 900 cruzados (360\$000) o valor das doações que podiam ser feitas por homens sem dependencia daquelle formalidade e em quatrocentos e cincoenta cruzados (180\$000) o das que nas mesmas condições podiam ser feitas por mulheres.

Tal foi a Legislação Portugueza, que em virtude da Lei de 20 de Junho de 1823 passou a constituir o direito civil Brasileiro e que ainda vigora com a alteração de caber ás Justicas de 1.^a instancia o conhecimento do processo da insinuação, a qual deve ser pedida dentro de dois mezes contados da data da escriptura, conforme preceitua a Lei de 22 de Setembro de 1828.

Não é objecto deste trabalho explicar o instituto da insinuação e nem estudar os principios que regem as doações ; e sim mostrar que a insinuação como confirmação das doações feita pela autoridade publica, precedendo averiguações sobre a espontaneidade do doador, afim de evitar as fraudes e suggestões, a que se refere a Lei de 25 de Janeiro de 1775, não é exigida para a validade do dote constituído em contracto antenupcial pelo esposo em favor da futura esposa.

Mas, não obstante, pareceu necessario fazer o historico daquelle instituto, para deixar bem claro que o pensamento que dominou o espirito dos introductores da insinuação, como dos que a adoptaram, foi sempre o mesmo, o de estabelecer uma providencia capaz de impedir a usurpação da fazenda dos particulares, pondo-a a salvo das maquinações dos exploradores.

E' incontestavel, em face da legislação civil vigente, que todas as doações de qualquer natureza devem ser insinuadas sempre que excederem da taxa legal, proscripta a excepção relativa ás *doações regias*, porque não podem ter existencia no actual regimen politico ; ficando, porem, entendido que a falta de insinuação annulla as doações somente no que excederem á mesma taxa.

Estará por ventura sujeito a formalidade substancial da insinuação o dote constituído em contracto antenupcial pelo esposo em favor da futura esposa ?

E' esta a questão que tem levantado duvidas entre os jurisconsultos e provocado divergencias nos julgados dos Tribunaes.

Coelho da Rocha (Instit. de Dir. Civ. Portuguez) tratando dos dotes e das pessoas que podem constituil-os, em contractos antenupciaes, diz em uma das notas ao § 267 : *O esposo mesmo algumas vezes dota a esposa, o que é uma rigorosa doação por cujas leis deverá ser regulada.*

Em taes condições o dote não escapa da insinuação, que é a lei a que em geral se acham sujeitas as doações. E assim é na opinião de Coelho da Rocha, que indicando os casos em que as doações são dispensadas da insinuação, não comprehendeu a que é representada pelo dote instituido em contracto antenupcial pelo esposo em favor da futura esposa.

Mas, Coelho da Rocha como os que com elle pensam confundem a doação propriamente dita com o dote na hypothese figurada.

A doação é um contracto pelo qual alguem transfere gratuitamente a outrem alguma cousa.

Antes da acceitação, diz Teixeira de Freitas, (Consol. das Leis Civis, nota ao art. 411) a doação é acto unilateral, como o testamento. Depois de acceita, é contracto unilateral, gratuito e consensual. E' unilateral, porque necessariamente só produz para o doador a obrigação de entregar á beneficiada a cousa doada, a menos que seja doação com encargos. E' gratuito, porque é só de proveito para o beneficiado, a menos que seja remuneratoria ou com encargos. E' consensual, porque não depende da entrega da cousa doada para produzir seus effeitos; ao contrario, realisada

a entrega, tem produzido no mesmo instante seus effeitos.

A doação, sendo o typo das convenções beneficicas, importa em uma verdadeira liberalidade—*liberalitas, nullo jure cogente, in acceptionem facta*—é um contracto que subsiste por si só e não depende de outra convenção, que se realise entre o doador e o donatario, a menos que deixe de ser unilateral e perca o seu caracteristico essencial de gratuidade.

O dote, porem, constituido em contracto antenupcial pelo esposo em favor da futura esposa, não é uma liberalidade, como não é uma convenção que tenha vida propria. E' uma condição que os nubentes estipulam para regular os seus interesses pecuniarios na sociedade conjugal, que pretendem contrahir; e como contracto é subordinado a outro contracto, do qual é parte pois que as clausulas de um contracto são outros tantos contractos complementares ou accessorios do mesmo contracto, que é o principal.

E' a Ord. L. 4 tit. 46 pr., como fonte do nosso direito civil na hypothese, que autorisa os pactos antenupciaes determinando que todos os casamentos feitos se entendem por carta de ametade; salvo quando entre as partes outra coisa fôr acordada e contractada, porque então se guardará o que entre elles for contractado.

Essa faculdade de fazer estipulações, que dizem respeito ao regimen dos bens na sociedade conjugal, é ampla, desde que taes estipulações não se oppoñham aos fins sociaes ou não sejam prohibidas como contrarias ás leis e aos bons costumes.

E assim deve ser, porque conforme ensina o nosso distincto Jcto. Lafayette (*Direito de Fa-*

milia, § 50) a communhão de vida (*individua vita consuetudo*) que o casamento estabelece entre a mulher e o marido não pode deixar de exercer influencia directa sobre os bens que os conjugues trazem para o casal e sobre os que de futuro adquirem.

«E' mister, continúa o mesmo Jcto, dar a esses bens uma constituição que os pouha em perfeita harmonia com a natureza e os fins da sociedade conjugal: necessidade que determina um complexo de modificações importantes nos principios geraes que regulam o direito de propriedade.»

«As ditas *modificações* podem variar entre si dentro de uma certa latitude, sem contudo desdizerem dos fins da sociedade conjugal. Dahi a diversidade de regimens de bens, segundo os quaes pode ser contrahido o casamento.

«A lei, pois que se trata do direito de propriedade, deixa aos esposos grande liberdade para regularem os seus interesses pecuniarios. E' lhes permittido não só escolherem o regimen que lhes aprouver, como ainda accrescentarem as clausulas que lhes parecerem convenientes; comtanto que não sejam ellas contrarias á natureza e aos fins do casamento e a certos principios que têm por fundamento razões de interesse publico.»

Ora, se a lei expressamente permite que o casamento seja regido de accordo com o que fôr ajustado entre as partes, e de tal modo que *então se guardará o que entre elles fôr contractado*, não tem explicação e carece de fundamento toda exigencia que possa por qualquer forma embaraçar o direito, que aos nubentes é conferido de convencionarem entre si o regimen dos bens a ser observado na sociedade matrimonial.

Por outro lado, se a liberdade contractual entre os nubentes só encontra resistencia no que é contrario aos fins do casamento, aos bons costumes e a certos principios que se baseam no interesse publico, não se comprehende porque se possa apresentar como necessaria uma medida, que tende a difficultar ou mesmo impedir a execução do pacto antenupcial mais importante, como é o dote, que não tem por fim assegurar somente a manutenção dos encargos matrimoniaes, mas tambem a subsistencia da esposa na viuvez, a dos filhos na orphanade, e até a do proprio esposo dotador, quandoas contingencias da vida o tenham arrastado á penosa situação de não poder prover as necessidades da familia.

Está entendido que se trata do dote com plena transmissão da propriedade á esposa, do dote com todos os seus encargos e privilegios legaes.

Assim o dote não é uma liberalidade pelo esposo á esposa, porque não reverte em beneficio exclusivo della, pois, destinado como é principalmente á sustentação dos encargos do casamento, elle serve para ajudar com os seus productos a satisfazer aquelles eucargos, aproveita á sociedade conjugal, e portanto presta utilidade ao proprio esposo dotador.

E não é uma liberalidade, porque é uma clausula estabelecida para a realização do casamento, clausula do contracto antenupcial, o qual, celebrado o casamento, torna-se irrevogavel em todas as suas partes, como indissoluvél é o vinculo do matrimonio.

Se, pois, o dote não é uma liberalidade, não é doação; e não sendo doação, não carece de insinuação para ter valor juridico.

Lobão (*Notas a Mello*, parte II, tit. 9, § 25, n. 9) diz claramente o seguinte:

« Parece que nem a Ord. L. 4, tit. 62, nem a lei de 25 de Janeiro de 1775, fizeram dependentes da insinuação estes pactos antenupciaes, pois que a Ord. L. 4, tit. 46 autorisa os esposos para pactuarem livremente o que quizerem a respeito da communicação dos bens no futuro matrimonio, independente de outra solemnidade.

« Se recorrermos aos D. D. estrangeiros, elles dispensam desta solemnidade estes pactos, quando não ha lei nacional, que expressamente a faça precisa; porque *são uns contractos reciprocos, onerosos*, eventuaes, dependentes da contingencia de morrer primeiro um ou outro esposo. »

Teixeira de Freitas (Consol. das Leis Civis, art. 417, § 1.º) referindo que são isentas de insinuação as doações, ou dotes, que os pais fazem aos filhos, não excedendo as legitimas dos donatarios, e alem destas as taxas da Lei, e citando o Assento 1.º de 1 de Julho de 1797, diz em a nota 9:

« Antes desse Assento de 21 de Julho de 1797 sempre entenderam-se que os dotes e as doações em contemplação do casamento não dependiam da insinuação, como se pode ver em Lima á Ord. L. 4, tit. 62, principio, n. 25 e 28, e Report. das Ord., tomo 2.º, pag. 182. Ora, já que o citado Assento obriga a entender o contrario, cumpre determinar bem o que elle comprehende. Não se devem confundir os contractos entre esposos estabelecendo o regimen do casamento (contractos antenupciaes ou matrimoniaes) com os contractos simplesmente de dotes ou doações para casamento entre doadores e donatarios. Estes ul-

timos certamente não são isentos de insinuação, não assim os primeiros; já porque entram na classe dos *contractos onerosos*, já porque basta o casamento effectuado para justificar-los. Estão neste caso os dotes constituídos, ou promettidos, pelo esposo á esposa e os constituídos ou promettidos por parentes ou pessoa estranha a um dos esposos, e pelo outro aceitos nos contractos matrimoniaes. Todavia, como nem todos entendem assim, e entre nós as questões de formalismo fascinão poderosamente o animo dos Juizes, tenha-se cuidado de nunca dispensar a insinuação. Que são exactas as distincções que acima tenho feito, confirma o art. 3.º § 9.º da novissima lei hypothecaria quando, fallando da insinuação dos dotes, diz—*nos casos em que a lei a exige*.

Como se vê, Teixeira de Freitas, distinguindo os contractos entre esposos, firmando o regimen matrimonial, dos contractos simplesmente de dotes ou doações para casamento entre doadores e donatarios, considera estes ultimos sujeitos á insinuação e não assim os primeiros, porque são *contractos reciprocos* e *onerosos*, e porque basta o casamento para justificar-los.

Como se vê ainda, Teixeira de Freitas pensa que o dote promettido ou constituído em contracto antenupcial é isento da insinuação, quer seja pelo esposo á esposa, quer por parente ou mesmo por pessoa estranha a um dos esposos e pelo outro aceito; e que é sujeito á insinuação o dote promettido ou constituído em simples contracto, isto é, em contracto especial.

A doutrina do illustre Jcto, embora invocada em sustentação da these, carece de reparo em alguns pontos. Ella é perfeitamente juridica, quando se refere ao dote promettido ou constituído pelo

esposo á esposa em contracto antenupcial, porque tal contracto entra na classe dos contractos onerosos.

Effectivamente o dote assim não pode ser reputado uma liberalidade; é uma compensação da meiação que á esposa caberia, se não houvesse o contracto dotal convencionado em escriptura antenupcial.

E não deixará de ser uma compensação da meiação, porque o dote é incompativel com o regimen commum, ou por outra, o dote ou a escriptura antenupcial não pode ter validade sem expressa exclusão da communhão, como dispõe o art. 3, § 9, do Dec. n. 169, de 19 de Janeiro de 1890.

Mas não é acceitavel a doutrina, quando subordina á insinuação todos os dotes promettidos ou constituidos em simples contractos, sem exceptuar o feito pelo esposo á esposa.

Pouco importa que o dote seja promettido ou constituido pelo esposo em simples contracto ou escriptura especial, ou em contracto ou escriptura antenupcial.

O simples contracto de dote, que aliás só pode ser celebrado antes do casamento, porque depois é inadmissivel, não tem valor se não fôr effectuado o mesmo casamento; até então é como se não existisse — *Dos sine nuptiis esse non potest.*

Deste modo o contracto simplesmente de dote torna-se contemporaneo do contracto antenupcial, do qual fica fazendo parte, pois elles são tão intimamente ligados que, oriundos do mesmo facto, o casamento, juntos começam a ter vida juridica e juntos subsistem em solidaria harmonia, amparados sob a garantia da irrevogabilidade.

Deste modo ainda, o simples contracto de

dote, dependente do contracto antenupcial (*dos sine nuptiis esse non potest*), é por assim dizer uma condição mediante a qual o casamento se realison.

Tambem não é accetivel a doutrina, quando dispensa da insinuação o dote promettido ou constituido em contracto antenupcial por parentes ou por pessoas extranhas, e o obriga a ella quando feito em simples contracto.

Em primeiro lugar, não é o modo pelo qual se faz o dote que deve determinar a observancia da cautela para apurar se a transmissão dos bens é expontanea e livre de qualquer fraude ou suggestão.

Em segundo lugar, o dote promettido ou constituido por parente ou por pessoa extranha é uma verdadeira liberalidade, uma doação *propter nuptias*, como a denominou Justiniano § 3.º Inst. *de donationibus*, porque em verdade essa porção de bens que um parente ou pessoa extranha oferece á esposa para com os respectivos rendimentos ajudar a sustentar os onus do matrimonio (*ad ferenda matrimonii onera*) expressa claramente o pensamento de favorecel-a na constancia da sociedade conjugal e no seu estado vidual.

Não se diga que o dote vindo do esposo tem o mesmo fim da sustentação dos encargos do casamento e do amparo da esposa na viuvez, e que portanto deve ser equiparado ao feito por parente ou por pessoa extranha.

Não. O dote proveniente do esposo não pode ser collocado na mesma relação de igualdade que o de parente ou de pessoa extranha.

O esposo, como parte necessaria no contracto antenupcial, tem interesse immediato de cercar a

sociedade conjugal enquanto perdurar, e a esposa se lhe sobreviver, de todos os meios a seu alcance contra as vicissitudes da vida.

O dote, pois, constituido pelo esposo é uma condição para a celebração do casamento.

O parente ou pessoa estranha, não sendo parte essencial no contracto antenupcial, não tem o interesse directo que prende um esposo a outro.

O dote, portanto, constituido por parente ou por pessoa estranha é uma mera liberalidade.

O esposo por si e pela familia, que elle forma com o casamento, participa dos productos do dote, que elle constituiu por força de um pacto antenupcial; o parente ou a pessoa estranha nenhuma coparticipação tem nos proventos do dote por elles offerecido generosamente.

O dote assim, constituido pelo esposo, é uma reserva de certa parte de seus bens, que elle faz em beneficio proprio tambem, e por isso não pode ser suspeitado dos vicios, que a insinuação tende a evitar; e o dote constituido por parentes ou pessoas extranhas, não sendo originado da mesma causa, que produziu o instituido pelo esposo, é um acto de pura benignidade, e por isso pode ser convencido de suggestão, fraude e outros defeitos de consentimento.

Não são exactas as distiucções feitas por Teixeira de Freitas e que elle considerou confirmadas pelo art. 3 § 9 da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 (a novissima Lei hypothecaria a que se referio), isto é, que o dote promettido ou constituido em simples contracto depende de insinuação para valer, e que o dote promettido ou constituido

em contracto antenupcial não precisa de sujeitar-se á mesma formalidade para produzir todos os seus effeitos.

A citada lei n. 1237, então em vigor, cuja disposição foi reproduzida pela actual lei hypothecaria n. 164 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 3 § 9, não confirma as indicadas distincções.

Ella diz o seguinte :

« Os dotes ou contractos antenupciaes não valem contra terceiro ;

Sem escriptura publica ;

Sem expressa exclusão da communhão ;

Sem estimação ;

Sem insinuação nos casos em que a lei a exige. »

O que a Lei deixa ver claramente é que ha dotes ou contractos antenupciaes que estão sujeitos á insinuação e outros que estão isentos ; ou que ha dotes estabelecidos em simples contractos que devem ser insinuados e outros não ; e que ha dotes convencionados em contractos antenupciaes que são dependentes de insinuação e outros não.

Se assim é, não se pode adoptar como verdadeiro o conceito assentado por Teixeira de Freitas de que os dotes promettidos ou constituidos em simples contractos carecem de insinuação, e os dotes promettidos ou constituidos em contractos antenupciaes estão isentos dessa formalidade ou providencia legal ; porquanto a propria disposição da lei hypothecaria por elle citada, dizendo que os dotes e contractos antenupciaes não valem contra terceiro sem insinuação nos casos em que a lei a exige, mostra que em qualquer das hypotheses pode deixar de ser necessaria a insinuação, como tambem pode ser indispensavel.

É uma resultante da vigente lei hypothecaria e da anterior, a que se reportou Teixeira de Freitas, que a lei não exige a insinuação para a validade de todos os dotes, como é certo que não se deve erigir em arbitro da necessidade da insinuação o modo material pelo qual o dote se estabelece, mesmo porque frustrar-se-ia a lei da insinuação, abrindo-se uma porta mais larga ás fraudes e maquinações, fazendo-se sempre os dotes em contractos antenupciaes.

É preciso procurar outro fundamento em que se deva firmar a exigencia da insinuação do dote.

Esse fundamento só pode ser encontrado na fonte de que procede o dote e na causa que o determina.

A fonte é a pessoa que estabelece o dote, a causa é a razão de ser ou o principio que move a resolução do dotador.

Entre as pessoas que podem constituir o dote figuram o nubente, os parentes e os extranhos.

Entre as causas que geram o dote, apparecem a obrigação estipulada como condição para a effectividade do casamento e a liberalidade como doação para casamento, *propter nuptias*.

Ora, se ha dotes que devem ser insinuados e outros não, se ha dotes que resultam de condição ou pacto matrimonial e outros de liberalidade, é visto que somente dependem de insinuação estes e não aquelles, porque a insinuação foi exclusivamente decretada para a transmissão gratuita de bens e não para a onerosa.

E se só podem convencionar sobre o casa-

mento os esposos, é também visto que o dote, como condição do contracto matrimonial, sómente é constituído pelo esposo e não pelos parentes e extranhos que, não sendo parte no casamento, não têm o direito de estipular condições ou obrigações.

Donde resulta que são sujeitos á insinuação os dotes constituídos pelos parentes ou extranhos e não assim os constituídos pelos esposos.

E' esta a verdadeira doutrina baseada nos principios do direito e deduzida por argumento do Assento de 21 de Julho de 1797 que, interpretando a lei de 25 de Janeiro de 1775, resolveu o seguinte :

« Assentou-se que havendo a sobredita Lei por compilada na Ordenação liv. 4. tit. 62, a unica excepção das Doações Regias, que somente foram reservadas na sabia Ordenação do Sr. Rey do Manoel do liv. 4. tit. 54. § 2 ; e ordenando igualmente, que todas e quaesquer outras doações de qualquer qualidade e natureza que sejam, excedendo as quantias, que na dita Ordenação se declarão, não sendo insinuadas, sejam nullas, ficão por consequencia comprehendidos na sua disposição os dotes profecticios e doações, que os pais fazem a seus filhos, tanto dos bens allodiaes, como dos prazos, no unico caso, quanto a estes, de ser logo em vida dos pais transferido por elles aos filhos o uzufructo dos mesmos prazos, para no excesso das legitimas e quantias declaradas pela sobredita Ordenação liv. 4. tit. 62, deverem ser insinuadas as mesmas doações, *ainda que sejam feitas por causa de dote.* »

O Assento manda que sejam insinuados os dotes profecticios e as doações feitas pelos pais ainda que a titulo de dote, no excesso das res-

pectivas legítimas; e por tanto em vista do mesmo Assento tudo quanto os pais dão aos filhos até as forças das legítimas não depende de insinuação, porque nisso ha apenas um adiantamento de herança futura.

Referindo-se ao citado assento, M. Caetano Soares (*Repertorio Juridico*) apesar de reproduzir o que denominou sabia sentença — *Non queritur de ratione legis, sed an sit lex*—disse:

« He comtudo palpavel a sua razão, e vem a ser, porque os pais dando as legítimas a seus filhos em certo modo lhes dão, o que deverão dar-lhes; attento o direito, que os filhos teem ás legítimas, nem a insinuação no mesmo caso respeita mais ao terço, porque quanto a este são os pais Senhores de dispor como queirão. »

Do exposto se depreheende que, se o dote dado pelos pais aos filhos até as legítimas não é obrigado á insinuação, porque os pais não fazem mais do que antecipar o exercicio de um direito de que as filhas deverião gosar depois, assim tambem o dote constituido pelo esposo em favor da esposa não é sujeito á insinuação, porque o esposo não faz mais do que satisfazer uma obrigação ajustada no contracto nupcial e fixar previamente a meiação, que á esposa teria de caber, dissolvido o casamento.

Igualmente se o que os pais dão ás filhas, alem das legítimas e no que excede ás taxas legais, deve ser insinuado, porque o acto dos pais não é reclamado por direito algum das filhas, assim tambem o dote constituido por parentes ou pessoas extranhas deve ser insinuado, porque o acto delles não tem outra significação que não seja a expansão de um sentimento de benevolencia em favor da nubente, uma completa

doação. *Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti: et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent. Hæc propriè donatio appellatur.* L. 1 D. de Donationibus.

A Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902 não muda a face da questão, como alguns pretendem, diante do art. 76, que dispõe:

« São credores reivindicantes quer tenham acção real ou reperfecutoria, quer não, propriedade plena ou *jus in re* :

j) a mulher casada :

V—pelas arrhas e doações antenupciaes feitas pelo futuro marido, quando insinuadas.»

Na citada disposição não foi mencionado o dote; e não se podendo attribuir ao Legislador ignorancia da natureza e importancia dos tres institutos juridicos—arrhas, doações e dote—se deve entender que elle, indicando as arrhas e as doações antenupciaes, quiz excluir o dote. *Inclusio unius, alterius est exclusio.*

O dote constituido pelo esposo para a esposa em contracto antenupcial não pode ser comprehendido debaixo da denominação de arrhas, nem da de doações nos expressos termos da Lei n. 859.

Ou se considere as arrhas como a somma de dinheiro, que o esposo dá á esposa em segurança do dote, assemelhando-se á doação *propter nuptias* dos Romanos, segundo Pereira de Souza (*Diccionario Juridico*), ou se entenda como a pensão ou cousa certa e determinada, que no con-

tracto dotal o marido promette á mulher para o caso de lhe sobreviver, conforme Lafayette (*Direito de Família*, § 92). o que é certo é que o dote não se confunde com as arrhas.

A Ord. L. 4 tit. 47, pr. falla em casamento por contracto de dote e arrhas como differentes entre si, tendo em vista que o dote é trazido pela mulher e que as arrhas são a promessa ou doação de quantia ou quantidade certa ou de certos bens feita pelo marido á mulher no contracto dotal, tornando se as arrhas um accessorio do dote, porque a Ord. diz—contanto que não passe o tal promettimento ou doação da arrhas da terça parte do que a mulher trouxe em seu dote.

Dahi decorre que sem dote trazido pela mulher para a sociedade conjugal, não podem haver arrhas promettidas ou dadas pelo marido; e consequentemente que arrhas e dotes não exprimem a mesma idéa.

Não vem fóra de proposito observar que o dote trazido pela mulher, e que dá lugar á arrhas, não é somente o formado de bens propriamente seus havidos pelos diversos modos de aquisição do dominio; é tambem o constituido pelos pais alem das legitimas e pelos parentes ou pessoas extranhas, porquanto em qualquer das tres ultimas hypotheses ha identidade de motivo por parte dos dotadores, ou o pensamento benéfico de offerecer á esposa meios para auxiliar o esposo na sustentação dos encargos matrimoniaes e para ella propria prover a sua manutenção, quando os laços conjugaes se desatarem.

Tambem não se pode comprehender sob a denominação de doação antenupcial o dote constituido pelo esposo.

São contractos differentes, quanto a sua natureza e quanto aos seus effeitos juridicos.

A doação é um contracto gratuito ; o dote é um contracto oneroso.

A doação se traduz por um acto de liberalidade feito pelo esposo em favor da futura esposa ; o dote é o resultado de um contracto antenupcial, ou o cumprimento de uma condição pactuada para a effectividade do casamento.

A doação pode desaparecer, ficando os bens doados confundidos com os da communhão, se por ocasião do casamento não for estipulado o regimen da separação dos bens ; o dote, celebrado o casamento, torna-se irrevogavel, perdura com a sociedade conjugal.

A doação ainda pode desaparecer, porque os bens doados são susceptiveis de alienação ; o dote subsiste sempre, porque na constancia do matrimonio os bens dotaes são inalienaveis.

O dote, portanto, não deve ser reputado uma doação, tal como a define o direito.

De tudo quanto foi exposto se conclue que o dote constituido pelo esposo em favor da futura esposa, não carece de iusinurção para ter validade e que não são procedentes os argumentos deduzidos das Leis de 25 de Janeiro de 1775 e n. 859 de 16 de Agosto de 1902, as quaes, fazendo especiaes referencias ás doações, não podem ter applicação ao dote estabelecido pelo marido em contracto antenupcial como clausula para a formação da sociedade matrimonial.

Recife—1905.

DR. AUGUSTO VAZ.