

UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

MAIARA MOTTA

CONDIÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

FRANCA

2019

MAIARA MOTTA

CONDIÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

FRANCA

2019

M921c Motta, Maiara
Condição jurídica da mulher no direito de família brasileiro / Maiara Motta. -- Franca, 2019
167 f.

Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista (Unesp), Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca
Orientadora: Kelly Cristina Canela

1. Direito civil. 2. Direito de família. 3. Direitos das mulheres. I. Título.

Sistema de geração automática de fichas catalográficas da Unesp. Biblioteca da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca. Dados fornecidos pelo autor(a).

Essa ficha não pode ser modificada.

MAIARA MOTTA

CONDIÇÃO JURÍDICA DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas normativos e fundamentos da cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____
Profa. Dra. Kelly Cristina Canela

1º Examinador: _____
Profa. Dra. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga

2º Examinador: _____
Prof. Dr. Alessandro Hirata

Franca, _____ de _____ de 2019.

Dedico aos meus pais, meus exemplos

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a meus pais por tudo o que fizeram e que fazem por mim. Não há palavras suficientes para conseguir agradecer e expressar o quanto são importantes para mim. São meus exemplos pessoais e acadêmicos. Sei que posso contar com vocês para tudo. Obrigada também pela colaboração direta com este trabalho. Ao meu pai, por revisar a escrita de todo o conteúdo e fazer a correção presencialmente ou por vídeo. À minha mãe, por transcrever as falas da banca de qualificação e por tirar centenas de fotos dos livros antigos tão utilizados.

Agradeço ao meu padrinho por todo apoio, incentivo e torcida.

Agradeço ao meu namorado por tanto carinho e aprendizado. Caminhamos juntos na graduação, na especialização, no mestrado, na REJ e nos estudos para construirmos nosso futuro.

Obrigada Aninha, irmã que a vida me deu, por me acompanhar desde a graduação em tantas viagens que passam rápido, nos deliciosos cafés, pelas indicações e aventuras acadêmicas.

Ana Carlucci, obrigada pela amizade desde a graduação, nunca com encontros rápidos.

Ao Léo, desde a graduação até o mestrado e a REJ, obrigada pela companhia e pelas dicas.

Aos amigos que a REJ trouxe, Ana Lélis e Adriano, essa experiência não teria sido a mesma sem vocês.

Agradeço imensamente à Gabi pela paciência em me ensinar a advocacia e por me oferecer a minha primeira oportunidade na área. Que sorte a minha ter essa sócia tão especial.

Mione e Bia, obrigada por tantos anos de amizade. Sempre procuramos tempo para nossos encontros.

Muito obrigada à minha orientadora, Prof^ª. Dr^ª. Kelly Cristina Canela, pela confiança depositada em mim desde o processo seletivo. Não tenho como agradecer o suficiente por todas as portas que você me abriu. Aprendi muito. Obrigada por tantas considerações e apontamentos. Espero ter feito jus à oportunidade que você me ofereceu.

Agradeço à Prof^ª. Dr^ª. Maria Amália de Figueiredo Pereira Alvarenga pela competência, pelas contribuições durante a graduação e o Mestrado, bem como pelas publicações decorrentes.

MOTTA, Maiara. **Condição jurídica da mulher no direito de família brasileiro**. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

RESUMO

Embora as mulheres reivindiquem a igualdade de direitos concedidos aos homens há décadas, os estudos acadêmicos sobre o assunto são mais recentes e, na maioria das vezes, relacionados ao Direito Público, principalmente no âmbito penal. No Direito Privado, muitos estudos são da seara trabalhista ou cível. O presente trabalho visa estudar a condição jurídica da mulher no Direito Civil, com maior destaque para o Direito de Família, a fim de analisar como a legislação a diferenciava do homem, quais as principais alterações normativas feitas e quando ocorreram. Para isso, utilizaram-se cinco códigos: as Ordenações Filipinas, a Consolidação das Leis Civis, o Esboço, o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, bem como legislações esparsas que introduziram alterações significativas. Os principais temas são relacionados à capacidade civil, o papel da mulher na família, incluindo os institutos do casamento, da separação, do divórcio e filiação, além das questões sucessórias. A metodologia utilizada é jurídico-histórico, descritiva e comparativa, relacionando e comparando os institutos nos diferentes Códigos, aplicada juntamente com a técnica de revisão bibliográfica e documental, incluindo doutrinas dos respectivos momentos históricos que abordaram as diferenças estudadas.

Palavras-chave: direito civil. direito de família. mulher.

MOTTA, Maiara. **Condição jurídica da mulher no direito de família brasileiro**. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

ABSTRACT

Even though women have been claiming equal rights granted to men for decades, academic studies on the topic are more recent and, in most cases, related to Public Law, especially Criminal Law. Concerning Public Law, most studies are about Labor or Civil Law. This work aims to study women's legal status in Civil Law, with emphasis on Family Law, in order to analyze how the legislation treated them differently from men, what were the main normative changes and when they happened. In order to do so, five codes were used: *Ordenações Filipinas*, *Consolidação das Leis Civis*, *Esboço*, 1916 Civil Code and 2002 Civil Code, as well as sparse laws which have introduced significant changes. The main subjects are connected to civil capacity, women's role in family, including the institutes of marriage, separation, divorce and acknowledgment of parentage, as well as inheritance affairs. The methodology used is legal-historical, descriptive and comparative, connecting and comparing the institutes among the listed Codes, applied with techniques of bibliographic and document review, including doctrines from the respective historical moments that addressed the studied differences.

Keywords: civil law. family law. woman.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

CC/1916 – Código Civil de 1916

CC/2002 – Código Civil de 2002

CF – Constituição Federal

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro

Livro – L.

Título – T.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Comparação do art. 242.....	58
Quadro 2 – Comparação do art. 248.....	60
Quadro 3 – Comparação do art. 246.....	63
Quadro 4 – Comparação do art. 107 do Código Penal.....	67
Quadro 5 – Comparação dos arts. 421 e 422.....	91
Quadro 6 – Comparação dos arts. 1305 e 1306.....	99
Quadro 7 – Comparação do art. 233.....	115
Quadro 8 – Comparação do art. 1.631.....	126
Quadro 9 – Comparação dos arts. 962 e 963.....	133
Quadro 10 – Comparação do T. XCVI, L. IV, §§ 7º e 8º.....	139

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 APONTAMENTOS SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	14
1.1 Histórico da legislação civil.....	14
1.2 Condição jurídica da mulher no direito brasileiro.....	26
1.2.1 <i>A situação da mulher nas Constituições brasileiras</i>	<i>26</i>
1.2.2 <i>Estudo sobre a condição da mulher no direito privado</i>	<i>32</i>
2 REGRAMENTOS SOBRE A CAPACIDADE CIVIL DA MULHER.....	35
2.1 Ordenações Filipinas	35
2.2 Consolidação das leis civis	43
2.3 Esboço	49
2.4 Código Civil de 1916 e legislações esparsas.....	55
2.5 Código Civil de 2002 e legislações esparsas.....	64
2.6 Considerações gerais	70
3 A MULHER NA FAMÍLIA: TRATAMENTO JURÍDICO SOBRE CASAMENTO, SEPARAÇÃO, FILIAÇÃO E DIVÓRCIO.....	73
3.1 Ordenações Filipinas	73
3.2 Consolidação das Leis Civis.....	86
3.3 Esboço	94
3.4 Código Civil de 1916 e legislações esparsas.....	106
3.5 Código Civil de 2002 e legislações esparsas.....	120
3.6 Considerações gerais	127
4 O DIREITO DE SUCESSÃO DAS MULHERES	130
4.1 Ordenações Filipinas	130
4.2 Consolidação das leis civis	137
4.3 Esboço.....	144
4.4 Código Civil de 1916 e legislações esparsas.....	146
4.5 Código Civil de 2002 e legislações esparsas.....	150

4.6 Considerações gerais	155
CONCLUSÃO.....	157
REFERÊNCIAS.....	160

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, aumentaram as demandas das mulheres por igualdades dos direitos concedidos aos homens. Ao longo do tempo, diferentes pautas foram defendidas, como direito ao voto, igualdade formal e discriminações positivas.

No âmbito acadêmico, as pesquisas sobre os direitos da mulher estão se multiplicando e se destacando. Dentre as diversas áreas do Direito, o assunto é encontrado com maior frequência no ramo público, destacando-se a campo criminal. Já no Direito privado, a tendência é evidenciar os estudos trabalhistas.

Aos poucos, as pesquisas cíveis começaram a sobressair, especialmente com relação ao direito de imagem das mulheres. Porém, alguns institutos foram sensivelmente alterados ao longo dos diferentes códigos.

Visando contribuir com os estudos na área, essa dissertação analisa a condição da mulher a partir da legislação cível aplicada no Direito brasileiro. Justifica-se a importância do tema por ser essencial conhecer o passado dos institutos para compreender como se alteraram ao longo do tempo em decorrência da influência de diferentes legislações.

O objetivo geral é avaliar as transformações legislativas quanto aos institutos mencionados para avaliar se houve grandes transformações da legislação a partir da discriminação entre homens e mulheres. Não há uma hipótese, ou seja, não se busca oferecer uma solução a um problema.

Quanto aos objetivos específicos, a pesquisa visa analisar as regras aplicadas diferentemente, dependendo do sexo, em três principais assuntos situados principalmente no Direito de Família. Esses tópicos foram divididos nos capítulos por afinidade de matéria e pela sequência aplicada nos Códigos modernos: capacidade civil (idades e atos jurídicos diferenciados), o papel da mulher na família (incluindo os institutos casamento, poderes do cônjuge, nome do cônjuge, direito a bens, filiação, separação e divórcio) e questões sucessórias.

Ao elencar os três temas principais, pretende-se compreender quais distinções eram feitas entre homens e mulheres. Dentro do objetivo específico, espera-se responder em que época houve as principais mudanças, quais foram essas mudanças e se foram positivas.

Justificado o tema e delimitados os objetivos, passa-se à estruturação do trabalho. O primeiro capítulo estuda o histórico da legislação civil do país, explicando o contexto em que foram editadas as obras utilizadas. Posteriormente, são analisadas as menções feitas às

mulheres em todas as Constituições nacionais (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988). Por fim, são analisados os estudos voltados à mulher no Direito Público e no Direito Privado.

No segundo capítulo, examina-se a capacidade civil da mulher. Comparam-se as idades estabelecidas para a realização de diferentes atos civis. Logo, a perspectiva principal é o papel da mulher na sociedade.

No terceiro, avalia-se a mulher no contexto familiar, quais direitos e deveres eram-lhe atribuídos, além dos reflexos em seus atos sociais. Por fim, no quarto, estuda-se a diferença de tratamento nos direitos sucessórios.

Em cada capítulo são avaliados cinco regramentos, por ordem cronológica. Primeiro, as Ordenações Filipinas, cujo vigor iniciou em 1603. Embora essa obra não fosse tecnicamente um Código Civil, abrangendo inclusive outras áreas do direito, corresponde a uma importante positivação, cuja importância não pode ser ignorada, correspondendo às normas civis que por mais tempo vigoraram no Brasil.

Afinal, apesar de não ter sido a primeira legislação aplicada no país, pois anteriormente eram utilizadas as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, explica-se a opção daquelas Ordenações em detrimento destas por dois motivos: primeiro, porque, apesar das atualizações, a essência das Ordenações se manteve, principalmente com relação ao objeto de estudo; segundo, porque nas primeiras décadas, o país ainda era pouco ocupado pelos portugueses, motivo pelo qual não havia tanta utilização das leis.

O segundo Código analisado é a Consolidação das Leis Civis. Em que pese não ser considerada essencialmente em vigor, trata-se de um estudo de atualização das Ordenações Filipinas, com o fim de abarcar as alterações incluídas posteriormente.

O terceiro Código é o Esboço elaborado por Teixeira de Freiras, escolhido por ser o primeiro projeto de código nacional. Embora não tenha sido aprovado, ou sequer terminado, influenciou outros códigos latino-americanos e possui fundamental importância pelo pioneirismo no país, orientando como foi a primeira tendência normativa.

Em quarto lugar, o Código Civil de 1916 foi o primeiro Código brasileiro, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1917, após algumas tentativas de anteprojetos. Em quinto, utiliza-se o Código Civil de 2002, vigente desde 10 de janeiro de 2003.

Além dos Códigos, foram averiguadas doutrinas e códigos anotados das respectivas épocas comentando os institutos, com o fito de buscar as justificativas empregadas para a diferenciação de direitos entre homens e mulheres, bem como opiniões desses autores quanto à tendência de igualdade.

As metodologias empregadas pertencem à tipologia histórico-jurídico, jurídico-descritiva e jurídico-comparativa. Caracteriza-se a primeira por analisar “[...] a evolução de determinado instituto jurídico pela compatibilização de espaço/tempo”¹, utilizando fontes formativas e informativas, preocupando-se com a imparcialidade e em refletir de modo fiel os fatos passados, por meio da utilização de outras publicadas na época dos fatos.

Já a investigação jurídico-descritiva ou jurídico-diagnóstica consiste em “uma abordagem preliminar de um problema jurídico. Esse tipo ressalta características, percepções e descrições [...]”² e pode ser utilizado tanto como investigação autônoma quanto como parte de uma fase metodológica da investigação, como no caso. Além disso, emprega-se a investigação do tipo jurídico-comparativo, pois o trabalho tem por fim identificar semelhanças e diferenças em dois ou mais ordenamentos jurídicos.³

As vertentes adotadas são jurídico-dogmático e jurídico-sociológica. Justifica-se a escolha da primeira por conter elementos conceituais, ideológicos e doutrinários do campo a ser investigado, enquanto a segunda compreende o fenômeno jurídico de modo amplo, trabalhando com as noções de eficiência, eficácia e efetividade, inserindo-o no contexto social, do qual depende e recebe influência.⁴

Aplica-se igualmente o raciocínio dedutivo por fazer referência “[...] às normas e regras em relação a leis e princípios gerais e ao maior número de casos que a eles possam ser referidos”⁵.

Para atingir os objetivos propostos, a pesquisa fará uso da técnica de revisão bibliográfica e documental, sendo utilizados materiais de diversas fontes jurídicas, como livros, Códigos, Leis, artigos e trabalhos específicos, sejam publicados em meio digital ou obras impressas.

¹ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3ª ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 25.

² Ibid., p. 27.

³ Ibid., p. 28.

⁴ Ibid., pp. 21-22.

⁵ Ibid., p. 22.

1 APONTAMENTOS SOBRE A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 Histórico da legislação civil

Antes de serem publicadas legislações nacionais, o Brasil, enquanto colônia, utilizava as normas provenientes de Portugal, sua metrópole. No âmbito do Direito Civil, os regramentos estrangeiros estiveram em vigor por muito mais tempo do que os nacionais. Para compreender o contexto em que foram aplicados, será estudado o histórico dos cinco códigos que serão analisados: Ordenações Filipinas, Consolidação das Leis Civis, Esboço, Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002.

As Ordenações Filipinas compõem as chamadas Ordenações do Reino, juntamente com as Ordenações Afonsinas e as Manuelinas, tratando-se de compilações das normas positivadas do direito português no séc. XV, a fim de sanar as contradições decorrentes das diferentes fontes legislativas, representadas “[...] pelos foros e cartas de foral, pelas disposições do direito justinianeu e canônico, pelos capítulos de Cortes, leis régias, etc”¹.

Existiram tentativas anteriores de codificação às Ordenações, a exemplo do *Livro das leis e posturas*, do *Livro das leis antigas* e das *Ordenações de Dom Duarte*. Contudo, foram consideradas “[...] deficientes, e dellas não restam senão fragmentos, e de algumas leis sómente cópias, de datas duvidosas, em linguagem obsoleta”².

As Ordenações Afonsinas foram concluídas em 28 de julho de 1446³, durante o reinado do menor D. Afonso V (1432-1481, reinando entre 1438 e 1481), o qual nomeou o registro. Apesar disso, foi D. João I (1357-1433, reinando entre 1385 e 1433) quem havia requerido a compilação.⁴ Foi o primeiro regramento a vigorar no Brasil.

¹ POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. In: **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 89, 1994, p. 11-67. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v89i0p11-67>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/0>. Acesso em: 11 abr. 2018, p. 17.

² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 59-60.

³ DOMINGUES, José. **As ordenações afonsinas: três séculos de direito medieval [1211-1512]**. Tese de doutoramento pela Universidade de Santiago de Compostela em 2007. 1ª ed. Portugal, Sintra: Zéfiro — Edições e Actividades Culturais, Unipessoal Lda., 2008. ISBN: 978-972-8958-66-4/972-8958-66-4, p. 11.

⁴ Conforme se lê na introdução do L. I: “NO TEMPO QUE O MUI ALTO, e Mui Eixcellente Principy ElRei Dom Joham da Gloriosa memoria pela graça de DEOS regnou em estes Regnos, foi requerido algumas vezes em Cortes pelos Fidalgos, e Povos dos ditos Regnos, que por boõ regimento delles mandasse proveer as Leyx, e Hordenaçoões feitas pelos Reyx, que ante elle foram, e acharia, que pela multiplicaçom dellas se recresciaõ continuadamente muitas duvidas, e contendas em tal guisa, que os Julgadores dos feitos eraõ postos em taõ grande trabalho, que gravemente, e com grande dificuldade os podiaõ diretamente desembargar, e que as mandasse reformar em tal maneira, que cessassem as ditas duvidas, e contrariedades [...]”. Cf. **ORDENAÇOENS do senhor rey D. Affonso V**. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1792. L. I, p. 1.

A obra se divide em cinco livros, em uma estrutura semelhante à dos Decretais de Gregório IX.⁵ Engloba normas administrativas, assuntos eclesiásticos, além de regras processuais, cíveis e penais. Como essa obra não foi impressa, viveu por pouco tempo. Afinal, era necessário realizar cópias⁶, o que demandava muito tempo e dinheiro, pois era recente a descoberta da imprensa por Johannes Gutenberg, chegando a Portugal somente em 1487⁷.

Com a chegada dessa nova tecnologia, atualizaram-se as normas anteriores e imprimiram-nas como Ordenações Manuelinas, mantendo a organização do Código anterior em cinco livros.

A maior mudança, porém, da nova compilação diz respeito ao estilo no qual foi redigida. Ao contrário das Afonsinas, as Ordenações Manuelinas não são mera compilação de leis anteriores, transcritas na sua maior parte no teor original e indicando o monarca que as promulgara. Em geral, todas as leis são reescritas, em estilo *decretório*, como se de leis novas se tratasse, embora não passando muitas vezes de nova forma dada a leis já vigentes. Fazendo esse esforço de abstração das coordenadas espaço-temporais, e dando à redação cunho mais hipotético e abstrato, as Ordenações Manuelinas são consideradas por alguns como precursoras das modernas codificações.⁸

Foi a segunda norma vigente no Brasil, sendo considerado D. Manuel (1469-1521, reinando entre 1495 e 1521) o primeiro governante do país, embora ainda não houvesse grande população para seguir essas regras. Sobre a data de publicação,

Em 17 de dezembro de 1512 sai o Livro I das novas Ordenações, e em novembro do ano seguinte o Livro II, ambos das prensas da oficina de Valentim Fernandes. De março a dezembro de 1514 vem à luz, impressa agora por João Pedro Bonhomini, uma edição completa das novas ordenações, já apelidadas de Manuelinas e divididas também em 5 livros. Esta nova compilação pretendia acabar com as dúvidas e debates dos julgadores, decorrentes das contradições, defeitos e regras desnecessárias encontradas na legislação anterior.⁹

Como houve a edição posterior de muitas leis extravagantes, não inseridas no texto compilado, em 1521 foram destruídas as publicações de 1514, evitando possíveis confusões.¹⁰ Posteriormente, foram feitos pedidos de atualização para adequar essas mudanças.

⁵ POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. In: **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 89, 1994, p. 11-67. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v89i0p11-67>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/0>. Acesso em: 11 abr. 2018, p. 18.

⁶ *Ibid.*, p. 20.

⁷ REIS, Marcos Vinicius de Freitas; SOUTO, Josias Freitas. A relação igreja-imprensa: o nascimento da imprensa católica no Brasil no século XIX. In: **Diversidade Religiosa**, João Pessoa, v. 6, n. 1, p. 152-182, 2016. ISSN 2317-0476. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/dr/article/download/31334/16497>. Acesso em: 11 abr. 2018, p. 165.

⁸ POVEDA VELASCO, Ignácio Maria, op. cit., p. 22, grifos do autor.

⁹ *Ibid.*, p. 21.

¹⁰ *Ibid.*, p. 21.

A primeira solicitação oficial data de 14 de fevereiro de 1569, feita por Duarte Nunes de Leão, incluindo as leis publicadas até aquele ano.¹¹ A partir desse material, o Rei Filipe II da Espanha (1527-1598, reinando em Portugal como Filipe I entre 1581 e 1598) ordenou nova compilação em algum período a partir de 1589, entrando em vigor somente em 1603, sob o nome de Ordenações Filipinas.¹²

Apesar de manter a mesma estrutura de cinco livros, a obra é criticada pela obscuridade¹³. As principais alterações foram feitas nas matérias administrativas, processuais e tributárias, por meio das mais diversas fontes normativas.

Cartas de lei, alvarás, provisões, resoluções, portarias, avisos, iriam compor, nas décadas posteriores, o conjunto da legislação complementar portuguesa, dirigida mais à matéria fiscal, administrativa, processual enquanto que o Direito Privado seria por via de regra mantido em seus contornos de origem romano-germânica, enriquecido, embora, quando não embaraçado, pela contribuição doutrinária dos praxistas e doutrinadores, bem como pela interpretação desenvolvida na Jurisprudência.¹⁴

Nesses livros, a distinção da lei entre homens e mulheres é muito perceptível. Por exemplo, no que tange à capacidade civil, nas Ordenações Filipinas a mulher era representada por seu pai ou, após o casamento, por seu marido (L. IV, T. XLIV, “Do contracto da sociedade e companhia”), havendo regramentos específicos para as mulheres viúvas ou as que contraíssem novas núpcias.

Pontes de Miranda comentou sobre as desigualdades decorrentes do sexo num panorama contemplando as Ordenações do Reino:

28. Homem e mulher. – No velho direito da Reconquista, que recebera, melhorada pelo direito visigótico, a condição da mulher (Liv. III, tit. I, L. 5) – e este, se não lhe dava patrio poder, lhe concedia a tutela legítima (Liv. IV, tit. 3, L. 3; Liv. III, tit. 1, L. 8), e o direito à sucessão (Liv. IV, tit. 2, L. 9) – os *fueros* restringiam à mulher a capacidade: a filha, inclusive a viúva ou a esposa, não podia comparecer em justiça, nem se obrigar sem a assistência dos parentes, ou marido. Para facilitar os

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 64.

¹² POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. In: **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 89, 1994, p. 11-67. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v89i0p11-67>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/0>. Acesso em: 11 abr. 2018, p. 23.

¹³ Sobre as Ordenações Filipinas: “Não se trata de obra inovadora. No fundo, a preocupação principal foi reunir, num mesmo texto, as Ordenações Manuelinas, a Coleção de Duarte Nunes do Leão e as leis a esta posteriores. Para tanto concorreu, além da crise em que se encontrava à época a cultura jurídica, no rescaldo da investida humanista contra o Direito Romano, a preocupação política de Felipe II de não ferir a suscetibilidade dos novos súditos, manifestando assim o seu respeito pelas instituições portuguesas. Por isso, a legislação filipina nada mais é que uma atualização das Ordenações Manuelinas e não propriamente uma legislação *castelhanizante*. Contudo, esse respeito deu também origem à falta de clareza, à obscuridade de muitas de suas disposições que é apontada como o seu maior defeito”. Cf. *Ibid.*, p. 24, grifos do autor.

¹⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

casamentos, permitia-se certa forma de concubinato, a *barragania*; e autorizava-se o divórcio.

No direito português, continua, rígido, o poder marital: castigos (Ordenações Affonsinas, L. V, tit. 6, § 1); carcere privado, pelo tempo que exigisse a emenda (Ord., Liv. V, tit. 36, § 1); direito de morte, se a surpreendia em flagrante adultério, excepto se fidalgo o réo (Liv. IV, tit. 103, § 1). Outras limitações, derivadas do direito romano e canônico, tornam assaz inferior a condição da mulher; mas os seus delictos eram mais brandamente punidos.¹⁵

Conforme o estudo das normas, percebe-se a íntima relação com o direito de família. Depreende-se, desse modo, que o grande papel da mulher no âmbito privado estava fortemente ligado à criação e à manutenção da família, então concebida como uma instituição essencial para o desenvolvimento do Estado¹⁶ e assim reconhecida em decorrência do casamento.

As Ordenações Filipinas consistem no segundo momento em que há a equivalência do direito brasileiro ao português e foram confirmadas em 1643 por D. João IV (1604-1656, reinando entre 1640 e 1656).¹⁷ Os regramentos civis eram encontrados principalmente no Livro IV.¹⁸

Assim, no Brasil, apesar da independência política em 7 de setembro de 1822, a lei estrangeira foi utilizada até 1917, quando iniciou-se a vigência do primeiro Código Civil nacional, publicado em 1916, ao passo que Portugal promulgou seu primeiro Código Civil em 1867.¹⁹

¹⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 76-77, grifos do autor.

¹⁶ ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 25, n. 74, p. 61-76, Out. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092010000300004>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092010000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 out. 2017, p. 73.

¹⁷ GUIMARÃES, Elina. A mulher portuguesa na legislação civil. **Análise Social**, vol. XXII (92-93), 1986-3-4, p. 557-577. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32353-38887-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018, p. 557.

¹⁸ ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 88, 1993, p. 185-238. DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p185-238>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67220>. Acesso em: 15 mai. 2018, p. 186.

¹⁹ Pontes de Miranda comenta sobre essa situação: “Destino singular o das Ordenações Filipinas: feitas e promulgadas sob reis intrusos, que não figuram nas galerias, como se a historia ainda teimasse em não reconhecer a usurpação espanhola, foram revalidadas e confirmadas pelo novo rei nacionalista (1643) e victorioso; e – no solo americano – com a Independencia do Brasil e, depois, com a Republica, duas vezes confirmou e persistem. Como em 1640, o codigo de 1603 resiste á quebra dos laços políticos entre Portugal e o Brasil, e, ainda depois de revogado em Portugal, ao desmoronamento do throno imperial brasileiro. E’ deveras admiravel que a codificação acoimada de ‘desnecessária, intempestiva e publicada com dolo’ (Lei de 25 de maio de 1773), ‘superflua e machinada por astutos e infieis compiladores movidos por mutuos e particulares interesses’, segundo dizia outra Lei, a de 25 de janeiro de 1775, permanecesse em vigor, fóra da Europa, de 1603 até 31 de dezembro de 1616! Resistiu a tres mudanças politicas radicaes – a de 1640, a de 1822 e a de 1889”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 66.

Logo, a revogação das Ordenações Filipinas ocorreu primeiro em Portugal. A Carta Constitucional para o Reino de Portugal, Algarves e seus domínios, de 29 de abril de 1826, previa no art. 145, § 17, organizar “[...], quanto antes, um Código Civil e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade”²⁰.

Desse modo, as Ordenações Filipinas vigoraram em Portugal até a aprovação e promulgação do Código Civil Portuguez em 1º de julho de 1867, entrando em vigor no ano seguinte, seis meses após a publicação no Diário Oficial de Lisboa²¹.

No Brasil, após a proclamação da independência, editou-se a Lei de 20 de outubro de 1823, a qual “declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados”²². Conforme disposição do seu art. 1º:

Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.²³

A opção pelo uso das normas portuguesas justificava-se pela continuidade da ordem jurídica, enquanto não se editassem as leis nacionais.²⁴ No ano seguinte, em 1824, a

²⁰ PORTUGAL. **Carta constitucional de 29 de abril de 1826**. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2019.

²¹ Id. **Código civil portuguez aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867**. 2ª ed. official. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2019, p. 2.

²² BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 02 jan. 2019.

²³ Ibid.

²⁴ Quanto a essa continuação da vigência, “Sentia-se que as Ordenações, velhas de três séculos, mutiladas por uma legislação extravagante multiforme, eram um emaranhado de disposições de difícil consulta, para quem quer que tivesse de aplicar ou explicar o direito. Proclamada a independência, logo no ano seguinte a lei de 23 de outubro de 1823 ordenou que continuassem em vigor as Ordenações e demais legislação portuguesa, pela necessidade de se manter a continuidade da ordem jurídica, com a ressalva de que vigorariam até o momento em que fosse elaborado o Código”. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, p. 71.

Constituição estabeleceu no art. 179, XIII, a organização de Códigos Civil e Criminal, o mais breve possível, seguindo os critérios de justiça e equidade.²⁵

O Código Criminal foi elaborado rapidamente e publicado em 16 de dezembro de 1830, ainda sob o Império de Dom Pedro I. Foi revogado pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 11 de outubro de 1890, elaborado conforme o regime republicano, o qual viveu até a promulgação do atual Código Penal, em 7 de dezembro de 1940, sob o Estado Novo presidido por Getúlio Vargas.

Proclamada a República no Brasil em 15 de novembro de 1889, elaborou-se nova Constituição, promulgada em 1891, a qual dispunha expressamente em seu art. 83 que “continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime no que explícita ou implicitamente não forem contrárias ao sistema do Governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”²⁶.

[...], desde a Lei de 20 de Outubro de 1823, o Brasil aspira um Código Civil, que testemunhe a unidade dos costumes, a harmonia do sentimento jurídico, a uniformidade da vida privada de seus filhos.

Tivemos, antes do Código Civil, as duas Cartas Constitucionais de 25 de Março de 1824 e de 24 de Fevereiro de 1891 – e, no estatuto político da Monarquia, como no da República, fugio o espírito livre que sempre fez das Constituições brasileiras as mais adiantadas e as mais liberais do mundo.

Por mais paradoxal que pareça, tivemos antes o Código Político, do que o Código Privado; organizámos, primeiro, a nossa vida pública, para depois systematisarmos os princípios de nossa vida particular.²⁷

Todavia, o próprio autor reconheceu a necessidade de fixar as aspirações no ramo público, posto que, no Direito privado, vigiam ideias mais conservadoras e, portanto, havia menos alterações.²⁸

Embora fossem decretados regimentos, alvarás, ordens, cartas régias, provisões e instruções, regendo o Direito público e as atividades administrativas, no âmbito cível, a base continuava sendo as Ordenações Filipinas, “[...] cujas disposições só ligeiramente se

²⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

²⁶ Id. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

²⁷ VAMPRE, Spencer. **Interpretação do código civil (com prefácio de Clovis Bevilacqua)**. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1919, pp. 1-2.

²⁸ Sobre o fato de haver menos alterações no direito privado: “Foi o Código Philippino o alicerce do nosso direito civil durante tres seculos, e, na ordem privada, essa legislação permaneceu em máxima parte inalteravel através das vicissitudes politicas”. Cf. *Ibid.*, p. 50.

alteraram, em materia propriamente civil, por leis, alvarás e decretos portuguezes e brasileiros”²⁹, as quais foram utilizadas por quase 100 anos após a independência.

Nesse ínterim, foram elaborados alguns projetos, havendo três principais: “o primeiro, conhecido como Esboço (1860), de Augusto Teixeira de Freitas, o apresentado por Felício dos Santos (1881) e, por fim, o elaborado pela Comissão Imperial (1889)”³⁰.

Antes desses projetos, preocupou-se em ordenar as normas em uso. Assim, A Consolidação das Leis Civis foi contratada pelo Governo Imperial em 15 de fevereiro de 1855³¹, concedendo a Augusto Teixeira de Freitas o prazo de cinco anos. O trabalho foi concluído em 1857, porém, após diversas críticas, publicou-se em 1877 a obra *Aditamentos á Consolidação das Leis Civis*.³² Após analisada a Consolidação, Nabuco de Araújo se manifestou no seguinte sentido no Decreto nº 2.318, de 22 de dezembro de 1858:

Visto e aprovado o parecer da Commisão encarregada de rever a Consolidação das Leis Civis; Hei por bem decretar o seguinte:

Art. 1º O meu Ministro e Secretario d’Estado dos Negocios da Justiça contractará com um Jurisconsulto da sua escolha a confecção do Projecto do Codigo Civil do Imperio.

Art. 2º Feito o Projecto, será examinado por uma Commissão de sete Jurisconsultos da Côrte e Imperio, presidida por um dos meus Conselheiros d’Estado, vencendo seus membros as gratificações que forem marcadas.

Serão dadas as necessarias instruções para as conferencias da Commisão, protocolo dos motivos do Projecto, e demais providencias que convier á boa organização deste trabalho.

José Thomaz Nabuco de Araujo, do meu Conselho, Ministro e Secretario d’Estado dos Negocios da Justiça, assim o tenha entendido e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro, em 22 de dezembro de 1858, trigessimo-setimo da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de S. M. o Imperador.

José Thomaz Nabuco de Araujo.³³

A consolidação³⁴ foi um importante preparo para o projeto de código civil.³⁵ Afinal, até a promulgação do Código Civil em 1916, vigiam as Ordenações Filipinas e suas

²⁹ VAMPRÉ, Spencer. **Interpretação do código civil (com prefácio de Clovis Bevilacqua)**. São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1919, pp. 50-51.

³⁰ ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 25, n. 74, p. 61-76, Out. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092010000300004>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092010000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 out. 2017, p. 63.

³¹ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. Annotada por Martinho Garcez. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, n.p.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 104.

³³ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. vi, grifos do autor.

³⁴ Essa obra foi, inclusive, atualizada posteriormente: “Carlos de Carvalho, já na Republica, escreveu a *Nova Consolidação das Leis Civis*, em que procura actualizar, resumir e affeiçoar a novas tendencias doutrinarias a *Consolidação* de Teixeira de Freitas. Livro paciente, mas falho”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco

modificações, seja por leis esparsas ou regimentos, além de costumes reconhecidos pelo Poder Judiciário, ocasionando uma grande descentralização de fontes, as quais não eram sistematizadas.

Essa situação gerava incerteza jurídica quanto aos diplomas a serem utilizados, pois “o direito civil não passava de um agglomerado variavel de leis, assentos, alvarás, resoluções e regulamentos, supprindo, reparando e sustentando as Ordenações do Reino, veneravel monumento antiquado, poido pela acção de uma longa jurisprudencia inculta e incerta, [...]”³⁶.

Em 1855 o Governo imperial deliberou, como medida preliminar à codificação, que se promovesse a consolidação do direito civil pátrio, reputada indispensável, visto achar-se a nossa legislação completamente esparsa, sem sistemática e sem ordem. Dêsse trabalho é encarregado AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, que em 1858 entrega a obra *Consolidação das Leis Civis*, notável trabalho, respeitado como o primeiro grande monumento jurídico nacional, até hoje indigitado alicerce da codificação, sem o qual não se teria conseguido a sua concretização tão fiel às mais caras tradições pátrias, dentro de uma linha de organicidade admirável.³⁷

O objetivo era “mostrar o ultimo estado da Legislação”³⁸, organizando as normas editadas entre 1603 e 1857³⁹ e adequando-as ao novo regime político do país.⁴⁰

José Thomaz Nabuco de Araújo, em introdução a uma das edições, ressalta a omissão de normas relativas à escravidão⁴¹, abolida somente com a Lei Áurea em 13 de maio de 1888. Por isso, compreende-se que a mulher mencionada nas legislações até então eram somente mulheres livres. O próprio autor remete à questão:

Cumpre advertir que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos, e que já está condemnado á extinguir-se em uma época mais ou menos

Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 89, grifos do autor.

³⁵ ARAÚJO, José Thomaz Nabuco de. Prefácio. *In*: BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. VI.

³⁶ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. III.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, p. 71.

³⁸ ARAÚJO, José Thomaz Nabuco de, op. cit., p. II.

³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 104.

⁴⁰ Pondera o autor: “Quantas leis entre nós não incorrêrão desde logo em virtual e necessaria revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? Quantas outras não se achão inutilizadas, ou modificadas, só por effeito das leis novas? A força do habito, entretanto, as tem perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revogatórias”. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. IV.

⁴¹ Sobre a omissão da escravidão: “É sensível a omissão que houve na *Consolidação* á respeito das disposições concernentes á escravidão, porquanto, posto dava ella constituir, por motivos politicos e de ordem publica, uma lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação á este respeito. Esses defeitos, essas divergencias e omissão, não compromettem o merito geral da obra”. Cf. ARAÚJO, José Thomaz Nabuco de, op. cit., p. vi.

remota, façamos tambem uma excepção, um capítulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis, não as maculemos com disposições vergonhosas que não podem servir para a posteridade; fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso.⁴²

Após esse primeiro trabalho consolidatório, editou-se o Decreto de 11 de janeiro de 1859, de nº 2.337, “[...] subscrito por NABUCO DE ARAUJO, ministro da justiça, e aprova o contrato firmado, no dia anterior, com TEIXEIRA DE FREITAS, para redação do projeto do Código Civil do Imperio”⁴³.

Esse Código encomendado em 10 de janeiro de 1859 é o Esboço⁴⁴, o qual foi dividido em duas partes: geral e especial. Na primeira, há subdivisão entre pessoas e coisas. Quanto às pessoas, “[...] o autor considera os actos do nascimento e morte, e distingue as pessoas somente quanto á idade, familia, alienação, e ausencia”⁴⁵. Aparentemente, então, não haveria distinção por sexo, diferenciando apenas os brasileiros e os estrangeiros.

Já na parte especial, as subdivisões ocorrem entre direitos pessoais e reais, incluindo, naquele, relações familiares e os direitos pessoais nas relações civis, e neste, o instituto da herança, concurso de credores e prescrição.⁴⁶ A primeira parte do seu trabalho foi divulgada em 1865, sendo posteriormente designada uma comissão, a qual

[...] dirige-lhe crítica severa, com que se ressentiu o autor, e suspende a execução do contrato, logo depois rescindido em razão da divergência surgida. E não termina FREITAS o *Esbôço* [...]. Dêsse *Esbôço* muito se serviu a Argentina na feitura de seu Código Civil, em razão da influência que a obra genial de TEIXEIRA DE FREITAS exerceu no grande jurista platino VELEZ SANSFIELD, autor do projeto de Código da nação irmã.⁴⁷

Os temas da herança, concurso de credores e prescrição comporiam o Livro III, todavia, não tiveram sua redação concluída e, conseqüentemente, nunca foram publicados. Desse modo, apesar da extensão, é uma obra incompleta.⁴⁸

⁴² BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, pp. VII-VIII, grifos do autor.

⁴³ ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 352.

⁴⁴ O prazo estipulado era para entregar o projeto até 31 de dezembro de 1861, tendo sido posteriormente prorrogado para 30 de junho de 1864. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 106.

⁴⁵ ARAÚJO, José Thomaz Nabuco de. Prefácio. In: BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. vii.

⁴⁶ *Ibid.*, p. ix.

⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, p. 72.

⁴⁸ Sobre esse Livro III: “O *Esbôço* é um longo e exhaustivo trabalho de 4.908 artigos, e, ainda assim, incompleto, pois lhe falta a redacção de todo o livro III da parte especial. A classificação, que traz, é original; o fundo jurídico, excellente. O grande jurisconsulto, apurando o estudo da materia, convencera-se tambem da necessidade de reunir num só código a legislação civil e a commercial; emprehendimento tentado, ha pouco, por Inglez de Souza, sob os auspicios do ministro da Justiça Rivadavia Corrêa”. Cf. LACERDA, Paulo de. **Código**

Pelo fato de o autor compreender que seria necessário alterar o objeto acordado, tratando não apenas do direito civil como do direito privado num todo, propôs unificar o direito privado⁴⁹, incluindo no Código legislação referente ao Direito Comercial⁵⁰. Foi obtido um primeiro aceite positivo do Governo, conforme parecer de 1º de julho de 1868, porém, esse contrato foi rescindido em 1872.⁵¹ Isso, contudo, não diminuiu o valor jurídico-histórico de seu trabalho:

Teixeira de Freitas é o genio do direito civil na America. A *Consolidação das Leis Civis*, cujas notas são magnificas fontes de doutrina, e o *Esboço do Codigo Civil* representam o que de melhor se tem, em direito civil, em toda a America. E' o inspirador dos Codigos civis americanos que apparecerem depois de 1860 e – se bem que superior ao Codigo Civil seja, em quasi tudo, o *Esboço* – a maior fonte do Codigo foi este projecto mallogrado para o Brasil e bem sucedido fóra d'elle, na Argentina, no Uruguay, no Paraguay. [...] Depois d'elle, Lafayette Pereira, Trigo de Loureiro, Lacerda de Almeida, Clovis Bevilaqua, Eduardo Espinola, Martinho Garcez.⁵²

Ao longo dos anos, diversos juristas tentaram efetivar a codificação,⁵³ incluindo o próprio ministro Nabuco de Araújo, o qual faleceu e deixou 182 artigos redigidos, Joaquim Felício dos Santos em 1881 e Coelho Rodrigues em 1890.⁵⁴

Posteriormente, o Presidente da República Campos Sales e seu ministro Epitácio Pessoa nomeiam Clóvis Bevilaqua, o qual realiza seu projeto entre os meses de abril a novembro de 1899.⁵⁵ Após debates, críticas e emendas, a tramitação legislativa foi retomada

civil brasileiro: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. VIII, grifos do autor.

⁴⁹ Para compreender melhor as justificativas sobre a unificação do direito provado (civil e comercial) e as mudanças tanto na estrutura quanto na contratação de elaboração de projetos do Código Civil, ver: ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, pp. 352-364.

⁵⁰ O Direito Comercial já era regulamentado por um Código próprio, criado pela Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, durante o governo de Dom Pedro II. Essas normas foram revogadas somente com a entrada em vigor do Código Civil de 2002. Todavia, o Direito Comercial marítimo ainda é regulamentado por esse primeiro Código.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 105.

⁵² *Ibid.*, p. 89, grifos do autor.

⁵³ Para mais informações sobre as tratativas iniciais de codificação, ver: *Ibid.*, pp. 103-117.

⁵⁴ Sobre as particularidades de cada autor: “O *Esboço* de Teixeira de Freitas e o projecto de Coelho Rodrigues – fontes memoraveis do Codigo Civil – caracterizam-se, principalmente, o primeiro, por forte poder inventivo. O de Nabuco, pela preocupação pratica, mas sem grande alcance. O de Felício dos Santos, pela minucia expositiva, mas sem methodo proprio e sem concepção de conjunto. O de Clovis Bevilaqua, pela *exposição*. O Codigo Civil brasileiro, pelo que deve a Clovis Bevilaqua, é uma codificação para as Faculdades de Direito, mais do que para a vida. O que nelle vae morder (digamos) a realidade vêm de Teixeira de Freitas, ou de Coelho Rorigues”. Cf. *Ibid.*, p. 112, grifos do autor.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 108.

em 1912 e ocorreu até 1915⁵⁶, quando finalmente aprovou-se a que seria numerada Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, entrando em vigor no primeiro dia do ano subseqüente.⁵⁷

Pontes de Miranda comentava, após a publicação do Código, sobre melhorias legislativas⁵⁸, sendo que parte dos questionamentos pairavam sobre a situação da mulher.

Os nossos tempos caracterizam-se pela symetrização da mulher ao homem. O Codigo Civil é mais evolvido que o Codigo Penal. Neste, o adulterio da mulher não era conceituado do mesmo modo que o do homem. Para o homem, só seria adulterio o ter concubina teúda e manteúda. [...] Denuncia reminiscencia de tempos em que o homem detinha, exclusivamente, os meios de subsistencia, e em que era fraca a riqueza moral. Nas fórmãs matriarcaes, é raro o adulterio (excepto, por particulares condições, os Iroqueses), pouco punido e resolvido pelo divorcio. Aggrava-se a punibilidade, – e nem por isto deixa de aumentar a frequênciã, – á medida que se accentúa o regime patriarcal.⁵⁹

Na obra de 1961, Caio Mário da Silva Pereira também discutia sobre a necessidade de um novo código, “reconhecendo a necessidade de sua revisão, diante das profundas transformações sociais e econômicas”⁶⁰. Explica que a manutenção de ideias tradicionais e o receio de incorporar novidades fizeram com que o Código de 1916 já surgisse desatualizado.

Anteriormente, diante das críticas, o Governo compreende a necessidade das alterações e chegou a encarregar três juristas dessa atualização (Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães), porém, em 1941, eles apenas redigiram um Anteprojeto de Código das Obrigações, ferindo a unicidade do Código Civil.⁶¹

Quanto às alterações necessárias, “o direito de família, cada vez mais influenciado pela publicização dos conceitos, reclama ainda uma alteração nas condições da mulher casada, no sentido da supressão de restrições incompatíveis com a sua participação mais direta na economia do lar”⁶². Por isso, mencionavam-se a superação da individualidade, modificações em questões relativas ao casamento, à adoção e à dissolução da sociedade conjugal.

Enquanto o novo Código era discutido, algumas normas esparsas foram publicadas para corrigirem essas diferenças. As principais foram a Lei nº 4.121/1962, chamada de

⁵⁶ Para maiores informações sobre o trâmite legislativo do Código Civil de 1916, ver: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 109-111.

⁵⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, pp. 74-75.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., pp. 111-112.

⁵⁹ Ibid., p. 388.

⁶⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, p. 75.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

Estatuto da Mulher Casada, e a Lei nº 6.515/1977, conhecida como Lei do Divórcio, complementando a previsão acrescentada pela Emenda Constitucional nº 66/1977.

O Estatuto foi um grande marco rumo à igualdade entre homens e mulheres, principalmente ao revogar a incapacidade civil da mulher casada e ao extinguir muitas situações em que a esposa dependia da autorização do marido para realizar atos da vida civil. Já a lei de 1977 foi um importante passo rumo à dissolução da sociedade conjugal.

Após essas leis, com a Constituição de 1988, reconhecida pela importância na garantia e defesa de direitos individuais e coletivos, muitas das disposições no CC/1916 passaram a ser consideradas inconstitucionais. Para Caio Mário da Silva Pereira, “o princípio constitucional da igualdade perante a lei é a definição do conceito geral da personalidade como atributo natural da pessoa humana, sem distinção de sexo, de condição de desenvolvimento físico ou intelectual, sem gradação quanto à origem ou procedência”⁶³.

Esses fatos, aliados ao tempo de vigência do Código, apresentavam certo descompasso com a sociedade brasileira, visto que o projeto original datava do século XIX, além da grande quantidade de alterações feitas por meio de normas esparsas.

Assim, visando aproveitar o que fosse possível do trabalho anterior⁶⁴, o projeto do novo Código, cuja comissão foi presidida por Miguel Reale, foi “submetido à consideração do Ministro de Estado da Justiça em 16 de janeiro de 1975”, sendo publicado sob a forma da Lei nº 10.406/2002, entrando em vigor em 10 de janeiro do ano subsequente.⁶⁵ Dentre as alterações necessárias,

Contempla o novo ordenamento uma série de reformas pelas quais passou a instituição familiar, no curso do século XX, desde que editado o Código de 1916, o qual apresentava, originalmente, uma estreita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações desabonatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação.

A evolução se deu em etapas, com leis diversas, especialmente a partir da década de 60, alterando para melhor a figura e a posição da mulher casada (Lei n. 4.121/62) e instituindo o divórcio (Emenda Constitucional n. 9/77 e Lei n. 6.515/77) como

⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, p. 168.

⁶⁴ Quanto a esse aproveitamento: “[...] tratava-se – como sempre repetido pelo Professor Miguel Reale – de buscar aproveitar, na maior amplitude possível, o seu arcabouço, dando-lhe as cores e imprimindo-lhe os traços consentâneos com a realidade deste momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira, já nos albores do século XXI”. Cf. OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: **Direito de família e o novo código civil**. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 2.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 1.

instrumento para regularização da situação jurídica dos descasados, que viessem a contrair novas uniões, então considerados à margem da lei.⁶⁶

Considerando a grande atualização normativa com relação às desigualdades conferidas à mulher na vigência do CC/1916, percebe-se, que no CC/2002 o Direito de Família constitui uma das áreas que foi sensivelmente mais modificada.

Grande fator nessa influência se deve à Constituição Federal de 1988 e à constitucionalização do Direito Civil, importando os ideais constitucionais, por meio de normas e princípios, de igualdade pessoal e das diferentes formas de família à sistemática privada.

A vigência da CF/88 implicou em alterações no Projeto que estava em andamento, fazendo-se incluir “a consagração da igualdade entre os cônjuges, da igualdade entre filhos, qualquer que fosse sua origem, e o reconhecimento da união estável como entidade familiar”⁶⁷.

Essas alterações, contrapostas a conceitos que pouco sofreram alterações, ocasionaram discussões sobre a possível descodificação do Direito Civil, defendida principalmente por Orlando Gomes. Todavia, a Comissão Revisora optou por manter a unidade legislativa do Código Civil.⁶⁸

Afinal, conforme leciona Tercio Sampaio Ferraz Junior, “o que caracteriza o código é a regulação unitária de um ramo do direito (Código Civil, Comercial, Penal etc.), estabelecendo-se para ele uma disciplina fundamental, atendendo a critérios técnicos não necessariamente lógicos, mas tópicos”⁶⁹.

Atualmente, a atuação legislativa por meio das legislações esparsas continua, porém, mesmo com essas alterações, o atual Código Civil, com pouco tempo de vigência em comparação às Ordenações ou com o Código anterior, continua como diploma essencial à matéria.

1.2 Condição jurídica da mulher no direito brasileiro

1.2.1 A situação da mulher nas Constituições brasileiras

⁶⁶ OLIVEIRA, Euclides de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Do direito de família. In: **Direito de família e o novo código civil**. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 3.

⁶⁷ Ibid., p. 4.

⁶⁸ Ibid., p. 8.

⁶⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 238.

Desde a Independência, o Brasil já foi regido por seis Constituições, sendo a atual a sétima. Dentre estas, duas foram outorgadas (1824 e 1937) e as demais, promulgadas (1891, 1934, 1946, 1967, 1988).

A Constituição outorgada em 1824 dispunha no inciso XIII do art. 179 que “a Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”⁷⁰.

Todavia, discriminava com relação à descendência do trono, ao preferir quanto aos herdeiros no mesmo grau, o sexo masculino ao feminino, o qual somente prevaleceria no caso de duas mulheres (art. 117).

No casamento de princesas, o dote era pago pela Assembleia e, com isso, cessava seu direito a alimentos (art. 122). Caso os príncipes se casassem e fossem residir fora do país, também receberiam uma quantia da Assembleia e perdiam o direito a alimentos (art. 113). O dote ou o valor eram custeados pelo Tesouro Público (art. 114).

No caso de ascender ao trono pessoa menor de 21 anos (art. 121), uma Regência governaria o Império de acordo com os arts. 122. Na falta dos sucessores elencados, a Assembleia Geral escolheria os membros (art. 123) e, enquanto não fossem nomeados, governaria uma Regência provisória presidida pela Imperatriz Viúva (art. 124). Prevendo a possibilidade de haver uma Imperatriz Imperante, no caso de sua morte, a Regência era presidida por seu marido (art. 125).

A capacidade de ser tutor do sucessor menor de 21 anos cabia, respectivamente, a quem fosse escolhido pelo pai, ou pela mãe, enquanto não se casasse novamente, ou pessoa nomeada pela Assembleia Geral (art. 130). Embora se destinasse à Família Real, a regra se assemelhava à das Ordenações, na qual a mãe somente poderia exercer a tutoria dos filhos caso o marido não designasse alguém em testamento e, dentre algumas condições, também não podiam contrair novas núpcias (L. IV, T. CII, § 3º).

A primeira Constituição promulgada após a Proclamação da República foi a de 1891. O art. 72, § 2º descrevia, tanto em sua redação original quanto na conferida pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que “todos são iguais perante a lei”⁷¹. Como novidade, acrescentou que “a Republica não admite privilegios de nascimento,

⁷⁰ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁷¹ Id. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

desconhece fóros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas (sic) e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho”⁷².

Embora permitisse o livre exercício de profissão moral, intelectual e industrial (art. 72, § 24), as Ordenações e o Código Civil de 1916 restringiam o acesso das mulheres a esse direito, principalmente quando casadas, pois, para muitos ofícios, dependiam da autorização do marido.

Em 1934, durante o governo do Presidente Getúlio Vargas, promulgou-se o texto constitucional que vigeu por menos tempo. Foi a primeira Constituição a proibir discriminação por sexo. Inovou, ainda, com as garantias constitucionais do direito secreto (arts. 52, § 1º, 181) e do direito de voto às mulheres (art. 109), sendo obrigatório quando estas exercessem funções públicas remuneradas (art. 110).

Ampliou o rol de direitos e garantias individuais, mantendo a igualdade perante a lei, especificando que “não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas”⁷³ (art. 133, 1).

Havia, ainda, o reforço de igualdade em algumas situações específicas, como: proibição de discriminação salarial em decorrência do sexo, idade, nacionalidade e estado civil para os mesmos trabalhos (art. 121, § 1º, *a*) e acesso ao cargo público sem distinção de sexo (art. 168), ressalvadas, entretanto, as exceções previstas em lei. Dentre essas exceções, no caso da mulher casada, inclui-se a autorização do marido conforme os arts. 233 e subsequentes do Código Civil de 1916.

Encontram-se discriminações positivas, as quais visam reduzir as desigualdades por meio de tratamentos diferentes, ao impedir às mulheres de trabalharem em indústrias insalubres (art. 121, § 1º, *d*), ao assegurar assistência médica e sanitária à gestante, bem como repouso antes e após o parto (art. 121, *h*), além de garantir três meses de licença às gestantes, mantendo os vencimentos integrais (art. 170, 10). Quanto às restrições específicas, excluía-se expressamente as mulheres da obrigatoriedade de se alistarem ao serviço militar (art. 163).

⁷² BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁷³ Id. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

A última menção explícita à mulher constava no § 3º do art. 121: “os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas”⁷⁴.

Por sua vez, a Constituição de 1937, outorgada pelo ainda Presidente Getúlio Vargas, ficou popularmente conhecida como “polaca” pela inspiração polonesa e autoritária, instituindo o Estado Novo no país. Desses fatores decorrem retrocessos de direitos fundamentais ao expressar de modo genérico que “todos são iguais perante a lei” (art. 122, 1º), sem mencionar que não haveria privilégios ou distinções em decorrência do sexo.

Foi mantido o voto a homens e mulheres, “[...] maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei e estiverem no gozo dos direitos políticos”⁷⁵ (art. 117). A obrigatoriedade foi estendida, não se limitando, no caso das mulheres, às que exercessem função pública remunerada.

O art. 122, 3º, conservou a não restrição para acesso aos cargos públicos, ressalvando apenas que se observassem “as condições de capacidade prescritas nas leis e regulamentos”⁷⁶. Novamente, a condição da mulher casada era condicionada à permissão do marido (art. 233 e seguintes do CC/1916).

Constavam duas menções expressas às mulheres no art. 137. Na alínea *k*, continuando a proibição ao trabalho em indústrias insalubres; na alínea *l*, garantindo “assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto”⁷⁷. Percebe-se a supressão do período de três meses especificado na Constituição de 1934.

Contudo, o art. 137, sobre preceitos a serem observados pela legislação trabalhista, foi inteiramente revogado pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942⁷⁸, o qual declarava estado de guerra em todo o território nacional.

⁷⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁷⁵ Id. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ BRASIL. **Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942**. Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

A Constituição de 1946 foi um marco na redemocratização do país. Reproduziu o texto anterior de igualdade perante a lei no art. 141, § 1º, além do livre exercício de qualquer profissão, “[...] observadas as condições de capacidade que a lei estabelecer” (art. 141, § 14).

Todavia, concedeu proteção especial à mulher no art. 157 ao estabelecer “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”⁷⁹ (inciso II) e ao proibir a mulher de trabalhar em indústrias insalubres (inciso IX).

O mesmo art. 157 discriminou positivamente a mulher grávida ao prever assistência sanitária, médica e hospitalar às gestantes (inciso XIV), as quais tinham o direito de descanso antes e após o parto com a garantia de manutenção do emprego e do salário (inciso X), além de assegurar “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”⁸⁰ (inciso XVI). O art. 164 reforçava a obrigatoriedade da assistência à maternidade.

O art. 133, por sua vez, dispõe que “o alistamento e o voto são obrigatórios para os brasileiros de ambos os sexos, salvo as exceções previstas em lei”⁸¹. O voto era direto e um direito universal (art. 134), sendo mantida a obrigatoriedade do voto feminino independentemente de se exercer função pública remunerada ou não, ao passo que o § 1º do art. 181 isentava as mulheres do Serviço militar, as quais ficavam “sujeitas aos encargos que a lei estabelecer”⁸².

A Constituição de 1967 foi promulgada durante o Governo Militar e teve boa parte de sua redação alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969⁸³.

Originalmente, manteve a igualdade perante a lei (art. 122, 1), o voto a homens e mulheres maiores de 18 anos que se alistassem conforme a legislação (art. 117), proibição de mulheres trabalharem em ambientes indústrias insalubres (art. 137, *k*), assistência médica e higiênica à gestante, garantindo-lhe repouso antes e após o parto, sem prejuízo salarial (art.

⁷⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecor1988/emc01-69.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

137, *l*), bem como licença maternidade pelo período de três meses com vencimentos integrais (art. 156, *h*).⁸⁴

Após 1969, novos direitos foram elencados. Mantiveram-se a igualdade perante a lei, o veto à discriminação por sexo, bem como a diferenciação por raça (prevendo punição nesse caso), trabalho, credo religioso e convicções políticas (art. 150, § 1º), alistamento e voto obrigatórios para ambos os sexos após os 18 anos (art. 142, § 1º), a “proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, côr e estado civil”⁸⁵ (art. 158, III) e

Essa Constituição repetiu a dispensa das mulheres ao Serviço militar, com a faculdade de atribuir-lhes outros encargos (art. 93, parágrafo único), a proibição de trabalharem em indústrias insalubres (art. 158, X), o descanso remunerado antes e após o parto das gestantes, embora não estabelecesse o prazo (art. 158, XI), além de assistência (art. 167, § 4º) e de proteção da maternidade por meio da previdência social (art. 158, XVI).

Foi estabelecido período diferenciado de contribuição e de serviço para a aposentadoria das mulheres (arts. 100, § 1º, 101, I, *a*, e 158, XX), exigindo menos tempo em comparação com os homens.

A atual Constituição, promulgada em 1988, ampliou o rol dos direitos fundamentais. É conhecida por “constituição cidadã” e foi essencial na restauração da democracia. A igualdade está prevista desde o preâmbulo, com proteção especial no art. 5º, *caput*, e inciso I, igualando homens e mulheres nos direitos e nas obrigações.

O art. 226 define a família como base do Estado, conferindo aos homens e às mulheres igual exercício de direitos e de deveres conjugais (§ 5º). Ainda sem distinção de sexo, permitem-se expedição de título de domínio e concessão de uso (arts. 183, § 1º, e 189, parágrafo único), além de pensão por morte de pessoa segurada para seu cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201, V).

Apesar de não se permitir discriminação por “origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas” (art. 3º, IV) e “diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”⁸⁶ (art. 7º, XXX), a Constituição estipula algumas discriminações positivas.

Dentre elas, quanto às gestantes, a Constituição protege a maternidade (art. 201, III), elencando-a com um direito social ao lado da saúde, educação, trabalho, lazer, previdência

⁸⁴ BRASIL. **Constituição de 1937**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acesso em: 18 jul 2018.

⁸⁵ Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁸⁶ Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

social (art. 6º) e como objeto de assistência social quando necessário (art. 203, I). Além disso, foram conferidas às grávidas segurança de manutenção do trabalho e do salário, assegurando-lhes licença maternidade de 120 dias (art. 7º XVIII).

A Carta constitucional manteve a diferença de idade para aposentadoria, exigindo menor tempo de contribuição às mulheres (arts. 40, III, *a, b, c, d*, 201, § 7º, I, II, e 202, I, II, II, § 1º), a facultatividade do serviço militar para elas (art. 143, § 2º) e a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”⁸⁷ (art. 7º, XX).

Por fim, o art. 5º, XLVIII, definiu que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”⁸⁸, protegendo as mulheres no ambiente penitenciário.

Por fim, essa Magna Carta, além da igualdade formal, prevê a igualdade material (também chamada de substancial ou real), tratando de modos desiguais até o limite da desigualdade, para que as partes fiquem em condições semelhantes.

Extrai-se esse entendimento do art. 3º (sobre os objetivos fundamentais do Estado), incisos I (“construir uma sociedade livre, justa e solidária”), III (“erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”) e IV (“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”).

1.2.2 Estudo sobre a condição da mulher no direito privado

Embora a distinção entre o direito público e o direito privado possa ser pouco clara em algumas situações, ela é fundamental para o estudo e para a prática. Em vias gerais, apesar das diferentes definições ao longo do tempo, a esfera governamental é regulamentada por normas públicas, enquanto as relações particulares são privadas. Nas lições de Clóvis Bevilacqua,

O direito privado compreende – o conjunto de preceitos assegurados pelo poder público, que têm, por objecto, regular as acções humanas que não forem de caracter publico nem da esfera exclusiva da moral, nem das outras

⁸⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

⁸⁸ Ibid.

regulamentações não jurídicas. É uma definição negativa, obtida por um processo de exclusão.⁸⁹

Assim, estudaram-se primeiro as normas públicas para, posteriormente, serem examinadas as normas privadas, mais especificamente do Direito Civil. São inegáveis a correlação e a interferência entre as esferas públicas e privadas, principalmente considerando o neoconstitucionalismo, o qual implica na constitucionalização do Direito, analisando as regras infraconstitucionais sob o prisma constitucional.⁹⁰

Foi analisado que, no âmbito das Cartas anteriores, trataram-se poucas questões específicas com relação à mulher. Os temas mais constantes, após a obtenção dos respectivos direitos, eram a igualdade formal, o direito ao voto, a facultatividade de realização do serviço militar, livre acesso ao exercício de profissões, a restrição da mulher para laborar em ambientes insalubres, aposentadoria com idade diferenciada, bem como a proteção da gestante, tanto na manutenção do trabalho e do emprego, como a concessão do direito da licença maternidade e de proteções da previdência e da assistência social.

As conquistas na seara pública consistem na igualdade formal. Porém, para a obtenção da igualdade real ou material, pode ser necessário o uso de políticas discriminativas positivas, as quais tratam os desiguais na medida de sua desigualdade, para equilibrar as relações.

Neste ponto, as mulheres obtiveram diversos direitos, igualando-se, em muitos casos, ao homem. Todavia, para que haja efetividade, ainda são necessárias algumas normas que as beneficiem.

Os direitos reivindicados atualmente, no âmbito privado, concentram-se mais na área trabalhista, com relação a assédios morais e sexuais, diferenças salariais e nos requisitos admissionais ou promocionais, discriminação contra mães, etc. Percebe-se como, pela lei, não deveriam existir tais problemas, contudo, a realidade muitas vezes não reflete a legislação abstrata.

Temas relacionados aos direitos das mulheres são igualmente essenciais de discussão no direito civil. Dentre alguns estudos atuais, elencam-se danos morais e materiais decorrentes das diferentes formas de violência em razão do sexo; direito de imagem, incluindo a divulgação de fotos íntimas, alterações de imagens para adequar a forma física aos

⁸⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Licções de legislação comparada sobre o direito privado**. 2ª ed revista e aumentada. Bahia: Livraria Magalhães, 1897, p. 13.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 05 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

padrões desejados e realizações de montagens criando situações constrangedoras; a objetificação da imagem da mulher nas propagandas comerciais; os discursos proferidos pelos magistrados nas Varas de Família, dentre outros.

Para melhor compreensão da condição da mulher no direito privado brasileiro, principalmente na seara cível, é necessário que se compreenda qual foi o percurso histórico, ou seja, quais obstáculos foram superados e quando ocorreram essas mudanças.

Desse modo, após o estudo do histórico da codificação do Direito Civil no Brasil, das disposições sobre a mulher nas Constituições brasileiras e de alguns temas afeitos ao direito privado, passa-se ao objeto principal do trabalho, analisando a situação normativa no âmbito cível da mulher brasileira, desde as Ordenações do Reino até o Código Civil de 2002.

2 REGRAMENTOS SOBRE A CAPACIDADE CIVIL DA MULHER

2.1 Ordenações Filipinas

As Ordenações Filipinas careciam da sistematização e organização concedida pelos códigos. Desse modo, apesar dos assuntos específicos destinados a cada um dos cinco livros, os institutos poderiam ser encontrados em livros diversos.

Não havia um regulamento específico quanto à capacidade jurídica, sendo que muitas das disposições remetem a outros assuntos e foram inferidos pelo contexto. Inicialmente, estudaram-se as normas presentes no regramento processual para compreender as regras do direito material.

Assim, apesar de o Livro III, no Título IX versar especificamente sobre o instituto da citação, em seu § 3º determina a idade de 25 anos para o pleno exercício da capacidade civil e da capacidade processual, sendo igualmente considerado apto o emancipado que obteve a chamada carta de suplemento de idade.

O § 1º aborda hipóteses de vedação para realizar citação processual. Dentre as restrições previstas, não podem o filho ou filha (e seus descendentes) citar pai natural e legítimo, natural¹ ou adotado, nem mãe ou qualquer outro ascendente, sob a premissa que “[...] pela emancipação termina o pátrio poder, mas não o respeito devido aos Paes”². Esse pátrio poder era extinto por meio do casamento.³

Caso fosse necessário, primeiramente devia-se obter permissão judicial, sob pena de multa (§ 2º) e, mesmos nesses casos, a chamada licença só seria concedida incidindo uma das hipóteses do rol taxativo do § 3º⁴, excluindo os filhos que estivessem sob o pátrio poder. Ainda que atuasse como advogado, deveria ter ao menos 17 anos completos para defender o cliente contra seus ascendentes e descendentes (L. III, T. IX, § 5º).

Se o menor fosse parte ré do processo, o procedimento alterava conforme a idade (L. III, T. XLI, § 8º):

¹ O filho considerado somente natural era aquele nascido fora do relacionamento conjugal, sendo a mãe “[...] concubina teúda e manteúda em casa, e por tal publicamente considerada”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 571.

² Ibid., p. 571.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 77.

⁴ Apesar da previsão, excetuava-se “[...], se Cf. o tal filho tivesse bens, ou fazenda, que tivesse adquiridos em acto de guerra, ou de letras, ou per doação nossa (os quaes bens se chamam em Direito peculio castrense, ou quasi-castrense) : e sobre os ditos bens, ou cousa, que delles dependa, [...]”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de, op. cit., p. 572.

[...] se o dito menor fôr réo, e ainda não passar de quatorze annos, sendo varão, ou de doze, sendo femêa, seja citado seu Tutor, se o tiver ; e não o tendo, o que quizer demandar, requererá, que lhe seja dado para o citar, e não será necessario ser o menor citado. E sendo maior de quatorze annos, ou a femêa de doze, será citado o mesmo menor, e mais seu Curador, se o tiver ; e não tendo, o mesmo, que o quizer demandar lho fará dar.⁵

Abaixo dessas idades, o menor não era ouvido em juízo, mas sim seu tutor. Pode-se, então, considerar que eram as idades para considerar o menor absolutamente incapaz. O homem com mais de 14 anos e a mulher com mais de 12 seriam considerados, nos termos atuais, relativamente incapazes, alterando o procedimento processual:

E sendo o menor de quatorze annos, então será necessario (postoque seu Curador queira fazer por elle a demenda) apparecer elle menor em Juizo, e fazer seu Procurador com autoridade do Curador, ou do Juiz do feito, ou nossa, a qual bastará sem outra procuração do Curador ; e não tendo Curador, o Juiz, que da causa houver de conhecer, o notificará ao Juiz dos Orfãos para lho dar, e com sua procuração, ou autoridade seguir sua demanda. É sendo de outra maneira, o Juizo tratado em qualquer dos casos deste paragrapho, os taes autos, e sentenças por elles dadas, serão nenhuma. E isto não se entenderá no menor, que impetrou ne Nós graça para ser havido por maior, ou que fôr casado, sendo de vinte annos, porque estes taes são havidos por maiores.⁶

Posteriormente, as lições de Clóvis Beviláqua reforçam essa conclusão, esclarecendo o que não constava expressamente nas Ordenações. O autor define que eram absolutamente incapazes “[...] aquelles que o direito afasta inteiramente da actividade juridica, pondo, ao seu lado, alguém que os represente, e, em nome delles, exerça os actos da vida civil”⁷ e elenca nesse rol os nascituros, os impúberes (homens menores de 14 anos e mulheres menores de 12 anos), bem como “[...] *os alienados de toda especie; os surdos-mudos, sem educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade; os ausentes declarados taes em juizo*”⁸.

Especificamente com relação aos menores impúberes, complementa o autor que “[...] são, pelo direito patrio, afastados da actividade juridica. Seus interesses são dirigidos por um representante legal, pae, mãe ou tutor, que, em nome delles, realisa todos os actos da vida civil, sem que os mesmos intervenham”⁹.

Aos menores impúberes poderia ser nomeado um tutor (L. IV, T. CIV), enquanto para os menores de 25 anos que não eram impúberes (classificados como relativamente incapazes), poderia haver a nomeação de curador (L. IV, T. CIV, § 6º).

⁵ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 625.

⁶ Ibid., p. 625.

⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 96.

⁸ Ibid., pp. 96-97, grifos do autor.

⁹ Ibid., p. 97.

Esses relativamente incapazes podiam praticar o que não lhes era vedado por lei, necessitando de autorização para os atos que a exigissem. Encontravam-se nesse rol os púberes (homens com mais de 14 anos e mulheres acima dos 12 anos, ambos sem completarem 25 anos), a mulher casada e os pródigos.

A previsão de capacidade relativa da mulher casada não consta nas Ordenações, porém, era prevista no art. 56 do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o qual estabelecia como efeitos do casamento:

§ 2º Investir o marido da representação legal da família e da administração dos bens communs, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.¹⁰

Todavia, Clóvis Bevilacqua já se manifestava em 1908 prevendo o fim de tal diferenciação:

A incapacidade da mulher casada é uma persistencia do antigo direito que tende a desaparecer, pois **não tem fundamento nem na biologia nem na sociologia.**

O sexo, por si só, quasi que não exerce influencia no direito civil. [...]. Estas restricções não se justificam. Existem [...]. Mas, si por um momento as examinarmos, **veremos que resulta a sua sem razão, e mais que são contradictorias.**¹¹

No mesmo sentido, Livro III, Título LXIII, § 5º estabelece que:

E se o erro do processo fôr, por se allegar, que falta a citação da parte, ou que foi feita citação, que por Direito he nenhuma, assi como se fosse citado o menor de quatorze annos, e a femea de doze, sem lhes ser dado Tutor, no caso que o tivessem, ou que se tratou com Procurador falso, que offereceo falsa procuração, em estes casos o tal erro se não poderá supprir em nenhuma parte de qualquer Juizo, que seja allegado, antes todo o processo será nenhum, e o Julgador, que os taes actos processou, será obrigado as custas no caso, que precessou sem citação, ou com citação nulla.¹²

Já o Livro IV, Título LXXXI dispõe sobre a capacidade de testar, determinando como idade mínima 14 anos para os homens e 12 anos para as mulheres (*caput*). Todavia, sendo filho-família, sob o pátrio poder independentemente da idade, somente poderia testar se obtivesse seu consentimento (L. IV, T. LXXXI, § 3º).

Excetuavam-se os bens recebidos do Império (“castrenses, ou quasi castrenses”), os quais poderiam ser dispostos mesmo sem a permissão do pai (L. IV, T. LXXXI, § 3º), desde

¹⁰ BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.** Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impressao.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

¹¹ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil.** Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908, pp. 108-109, grifo nosso.

¹² ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 663.

que o testador possuísse a idade mínima de 25 anos (nesse caso, referida como “idade legítima”¹³, ou 21 após 1831). Entretanto, essa livre disposição correspondia apenas a 1/3 dos bens, pois deveria haver respeito à legítima, resguardando 2/3 desses bens aos pais, considerados herdeiros necessários.¹⁴

Havia uma proteção extra às mulheres: no caso de a mãe ter sido preterida, o testamento só seria válido se houvesse seu consentimento expresso.¹⁵ Quanto aos outros bens que os filhos eventualmente possuíssem, estavam impedidos de testar mesmo com o consentimento do pai, independentemente da idade.¹⁶

Conforme comenta Candido Mendes de Almeida, “para fazer testamento he indispensavel capacidade *natural e civil*, e estes pela sua idade já a possuem. Os *impuberes* por ainda não a terem, não podem testar”¹⁷. Aqueles que poderiam testar, também tinham o poder para fazer codicilo (L. IV, T. LXXXVI, § 3º).

Todavia, esse título contradiz a idade de 25 anos para capacidade civil, a qual só foi reduzida para 21 anos com a Resolução de 31 de outubro de 1831¹⁸. Logo, pode-se concluir que os homens menores de 14 anos e as mulheres com menos de 12 anos eram considerados absolutamente incapazes, sem que houvesse qualquer justificativa para a diferença de idade conforme os sexos. Seriam relativamente incapazes até completarem os 25 anos (ou 21), quando passariam a ter plena capacidade civil.

Além disso, interpreta-se uma possibilidade de os relativamente incapazes terem capacidade ativa¹⁹ para testar. Porém, o testamento só seria válido se o menor falecesse nesse ínterim, pois, atingindo a maioridade civil, este documento seria revogado, sendo necessário constituir novo testamento.

Todavia, para serem testemunhas de testamento, eram vetados os homens menores de 14 anos e as mulheres menores de 12, as quais eram excluídas da legislação em outros momentos. Afinal, necessitava-se da presença de cinco “[...] testemunhas varões livres, ou

¹³ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 909.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid., p. 908, grifos do autor.

¹⁸ **COLLECÇÃO das leis do imperio do brazil de 1831**. Primeira parte. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 177.

¹⁹ Sobre a capacidade para testar, faz-se a seguinte distinção: “A capacidade *activa* he a que consiste na facultade de testar, e a *passiva* na de receber heranças ou legados por testamento”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de, op. cit., p. 908, grifos do autor.

tidos por livres²⁰, e que sejam maiores de quatorze annos”²¹ (L. IV, T. LXXX) para as escrituras públicas ou para o testamento cerrado (§ 1º). Ou seja, embora a mulher tivesse capacidade civil para realizar seu testamento após completar 12 anos de idade, em regra não poderia ser testemunha de testamento alheio, estivesse casada ou não.

Por outro lado, o ordenamento permitia que a mulher fosse testemunha para codicilo²² (L. IV, T. LXXXVI, § 1º). Não há qualquer justificativa para essa discrepância, posto a similaridade dos fins dos institutos. Do mesmo modo, não se encontra explicação para o fato de a idade da mulher nesse caso ser de pelo menos 14 anos, igualando-a à faixa etária masculina.

A mulher era contabilizada entre as seis testemunhas necessárias para o testamento feito por palavra, também chamado de nuncupativo ou de viva voz (L. IV, T. LXXX, § 4º).

Para que este testamento seja valido he indispensavel que o Testador enuncie a sua vontade em acto seguido, perante seis testemunhas inclusive mulheres, as quaes o veção, e conheção o seu estado de são juizo e animo de testar, e comprehendão bem a disposição que o mesmo Testador quer fazer.²³

Esta modalidade costumava ser realizada quando não havia tempo hábil para realizar o testamento por escrito, o que justifica o reconhecimento das mulheres como testemunhas²⁴, para viabilizar a disposição de última vontade. Esta precariedade valia somente com a morte do testador, pois, se este restaurasse sua saúde, tal testamento era considerado nulo.

O mesmo era permitido no caso de soldados em expedição ou em guerra ou outras pessoas em terras inimigas (§ 8º). Pela urgência da situação, aceitavam-se como testemunhas apenas duas pessoas, tanto homens quanto mulheres (L. IV, T. LXXXIII, § 5º).

Em caso de ferimentos, o ato poderia ser por escrito ou por palavra (nuncupativo). A falta de solenidade também implicava em validade diminuta, de no máximo um ano (§§ 6º e 7º). Caso o militar fosse filho-família, deveria ter pelo menos 14 anos completos para poder testar (L. IV, T. LXXXIII, § 1º).

Tratando-se de codicilo, públicos ou cerrados, exigiam-se quatro testemunhas, tanto homens quanto mulheres, desde que maiores de 14 anos e livres (ou com reputação de livres),

²⁰ Segundo explica Candido Mendes de Almeida, a expressão “tidos por livres” se refere a “[...] escravos cuja condição se não conhece”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 900.

²¹ Ibid.

²² Para os codicilos, exigiam-se “[...] cinco testemunhas nos grandes lugares, e nos pequenos trez são sufficientes (Ord. deste liv. t. 86 §§ 1 e 2)”. Cf. Ibid., p. 907.

²³ Ibid., p. 906.

²⁴ Reforçando a regra geral do homem como testemunha e a exceção em permitir as mulheres: “Vide notas (3) e (2) ao pr. e § e deste tit. Ha porém differença entre a disposição deste § e a dos supra notados; visto como as testemunhas dos primeiros devem [s]er varões, e nas do testamento nuncupativo podem ser comprehendidas – mulheres”. Cf. Ibid., p. 907.

além do próprio tabelião (L. IV, T. LXXXVI, § 1º). Caso a localidade fosse de povoação pequena, diminuíam-se para três testemunhas, independentemente do sexo (§ 2º).

Quanto ao ato de realizar procuração, previa-se que as mulheres possuíam o mesmo direito que seus maridos²⁵, variando conforme a nobreza ou o cargo. Não possuíam capacidade para constituir procurador o menor de 14 anos e a menor de 12 anos, devendo seus tutores fazê-lo em seu nome (L. III, T. XXIX, § 1º). Novamente, não se justificou a mesma diferença de idade, como na capacidade de testar.

Acima dessa idade, porém abaixo dos 25 anos completos (ou 21), somente poderiam constituir procurador se obtivessem autorização judicial ou previsão expressa de seus curadores (L. III. Título XXIX, § 1º). Nessa última situação, se o curador não nomeasse procurador e a causa fosse julgada em desfavor do menor, o processo era considerado nulo.

Quanto aos menores, “os *puberes* sem pai, ou filhos de pais incognitos podem fazê-lo, ainda mesmo sem autoridade do respectivo Tutor ou Curador”²⁶. De modo diverso, o § 3º do mesmo título define o “filhofamilias” como “aquelle, que está debaixo do poder de seu pai, e isto de qualquer idade que seja”²⁷.

Quando o filho-família possuía consentimento do pai para realizar negócio jurídico, o pai responderia pela obrigação. Contudo, sem a permissão do pai, o filho-família respondia até o limite de bens que possuísse (L. IV, T. L, § 3º)²⁸. Também havia responsabilidade do pai

[...] quando o filhofamilias stá em parte alongada e remota por causa do studo, será o pai obrigado a pagar o que se emprestar ao dito filho para os gastos do studo, não sendo porém mais que o pai lhe costumava dar. E o mesmo será no que se emprestar ao filhofamilias soldado, que stiver na guerra em parte remota, ou que andar na Côrte em nosso serviço²⁹.

Os filho-famílias saíam “[...] do poder de seus pais por morte [dos pais], casamento, ou emancipação”³⁰, bem como no caso de “[...] emprego ou função publica que importe emancipação”³¹. Por emancipado, considera-se o filho ou filha isento ao pátrio poder (L. IV, T. LXXXVII, § 7º)³².

²⁵ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 613.

²⁶ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 908, grifos do autor.

²⁷ Ibid., p. 909.

²⁸ Ibid., p. 844.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., p. 843.

³¹ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 843.

³² Ibid., p. 925.

Com o casamento, há a emancipação “[...] porque segundo stilo de nosso Reino, sempre como o filho he casado, he havido por emancipado, e fóra do poder de seu pai”³³ (Livro I, T. LXXXVIII, § 3º). Logo, “os emancipados por lei, ainda que morem na companhia de seus pais, não se reputão filhos-familias, pelo contrario os outros filhos. Port. do 1º de Fevereiro de 1848”³⁴.

A concessão de cartas de emancipação e de suplemento de idade competia aos Desembargadores do Paço (L. I, T. III, § 7º). Todavia, após a vigência da Lei de 22 de setembro de 1828, essa competência passou para o Juiz dos Órfãos (art. 2º, § 4º)³⁵.

Percebe-se, desse modo, que o legislador, apesar da diferenciação, confundia os dois institutos ao estabelecer que a emancipação poderia ser obtida pela carta de suplemento de idade (L. III, T. IX, § 3º).

O Juiz dos Órfãos³⁶ mantinha registro de nome, idade, coabitantes, a situação de seus bens móveis e imóveis, bem como o respectivo tutor ou curador dos órfãos menores de 25 anos (ou 21) habitantes na sua circunscrição (Livro I, T. LXXXVIII, § 3º).

Cabia também a esse Juiz entregar bens aos órfãos após completarem 25 anos (ou aos 21, ao atingirem a maioridade civil), aos maiores de 18 anos casados com permissão judicial ou no caso de obterem carta de suplemento de idade (L. I, T. LXXXVIII, § 27).

Se o órfão ou pessoa com menos de 25 anos que tivesse tutor ou curador se casasse por vontade própria sem autorização judicial e se sentisse enganado por motivos relacionados à pessoa com quem se casou ou os bens que pensava o outro possuir, só receberia os bens que eventualmente possuísse ao completar 20 anos (L. I, T. LXXXVIII, § 19). Aplicava-se essa mesma penalidade a “outro qualquer, que sem auctoridade do Juiz casar com alguma Orfã, ou menor de vinte cinco annos, que Tutor, ou Curador tiver”³⁷.

Percebe-se que essa restrição se aplica ao homem que se casa com mulher menor de idade sem autorização judicial. Entretanto, nesse caso excepciona-se a sanção ao esposo, pois explica Candido Mendes de Almeida que “justificando o pretendente capacidade para reger os

³³ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. I, p. 209.

³⁴ Ibid., p. 208.

³⁵ BRASIL. **Lei de 22 de setembro de 1828**. Extingue os Tribunaes das Mesas do Desembargador do Paço e da Consciencia e Ordens e regula a expedição dos negocios que lhes pertenciam e ficam subsistindo. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38218-22-setembro-1828-566210-publicacaooriginal-89826-pl.html. Acesso em: 05 fev. 2019.

³⁶ As ordenações não especificam se consideram órfão após apenas a morte de um dos pais ou de ambos. Todavia, como o mesmo T. LXXXVIII do L. I estabelece regras específicas no caso da morte da mãe, sobrevivendo o pai, pode-se compreender que para se considerar órfão seria o menor de 25 anos cujo pai falecesse.

³⁷ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. I, p. 213.

bens da Orphã, póde o Juiz mandar entrega-los. Por esta licença paga-se 1/2 % dos bens que receber”³⁸.

Se o nubente órfão, sem tutor ou curador e ausente autorização judicial, fosse induzido a erro para casar com alguém sob alegação de fortuna, quem o enganou deveria pagar o que era esperado com o casamento (L. I, T. LXXXVIII, § 20). Por outro lado, havendo tutor ou curador e sendo este quem induziu o nubente em erro para casar, sem chancela judicial, deveria entregar todos os bens a esse menor, além de receber pena de prisão (L. I, T. LXXXVIII, § 20).

Na última hipótese (carta de suplemento para homens com mais de 20 anos e mulheres com mais de 18 anos) ou sendo casado e tendo 20 anos completos, o menor seria considerado maior para fins legais (L. I, T. LXXXVIII, § 28).

Quanto à carta de suplemento de idade, extrai-se do Livro III, Título XLII, *caput*, que os menores deveriam cumprir dois requisitos: idade mínima de 20 anos para os homens e 18 anos para as mulheres, além de obterem testemunhas assegurando que possuíam aptidão suficiente para administrarem livremente seus bens. Interpretando a lei, verifica-se a incongruência de que as mulheres poderiam ser consideradas aptas com idade menor que a dos homens, embora sua capacidade fosse restringida em mais hipóteses pela lei.

Com o suprimento da idade, o menor era considerado como se fosse maior de 25 anos (ou 21), em regra (L. III, T. XLII, § 1º). Todavia, ainda incidiam limitações, por exemplo, o fato de não poder alienar, obrigar ou empenhar em penhor bens imóveis sem autorização expressa para esse fim, seja por medida judicial ou por declaração constante na carta de suplemento (L. III, T. XLII, § 2º).

A legislação conferia especial proteção contra os menores nos negócios jurídicos, prevendo, em regra, a restituição nos casos em que fossem lesados (L. III, T. XLI). Porém, a mulher casada recebia proteção extra (L. III, T. XLII, § 4º):

[...] a mulher casada com homem que passar de vinte annos, se ella fôr menor de vinte annos, e fôr lesa assi nos contractos, como nos Juízos, póde pedir restituição e ser-lhe-ha concedida, e aproveitará ao marido, assi como se elle fosse menor de vinte annos ; e pelo mesmo modo se a mulher fôr maior, e o marido menor, e o marido fosse restituído, a restituição aproveitará á mulher.³⁹

³⁸ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. I, p. 213.

³⁹ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 627.

O legislador procurou ater o benefício ao gozo da mulher, por isso protegeu seu marido no desfazimento de negócios jurídicos e não estendeu o benefício aos herdeiros, caso ela falecesse.⁴⁰

No caso de doações, a legislação estabelecia condições diferentes para homens e mulheres. As doações acima de 300 cruzados deveriam ser insinuadas⁴¹ e aprovadas pelo Reino ou pelos Desembargadores, senão, os valores que ultrapassassem essa quantia seriam considerados nulos (L. IV, T. LXII).

A insinuação era um meio de se confirmar a intenção do doador, conforme se extrai do § 1º: “e a insinuação se fará, mandando tirar inquirição, em que primeiro será perguntado o que fez a doação, se a fez per induzimento, arte, engano, medo, prisão ou outro algum conluio, e se he contente, que a doção, per elle feita, seja per Nós confirmada e aprovada”⁴².

Contudo, se fosse uma doadora que vivesse sem um homem, seja solteira ou viúva, o limite era a metade, de 150 cruzados, considerando-se nula a parte do negócio que ultrapassasse essa quantia (*caput*).

2.2 Consolidação das leis civis

O art. 8º da Consolidação distinguia as pessoas entre menores e maiores, estando “habilitado para todos os actos da vida civil”⁴³ aqueles que possuíam 21 anos completos (conforme diminuição de idade estabelecida pelo Decreto de 31 de outubro de 1831⁴⁴). Já se reforçava a regra que a “[...] a capacidade não carece de prova, porque é uma presumpção estabelecida pela Resol. de 31 de Outubro de 1831, e que só póde sêr destruída pelos meios, e fórma, que as leis tem marcado para os maiores em geral”⁴⁵.

No caso dos “expostos”, crianças e adolescentes abandonados ou confiados para criação na Santa Casa de Misericórdia de Lisboa (portanto, não aplicável à realidade

⁴⁰ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 627.

⁴¹ Não precisavam deste ato “as doações ou dotes que os paes fazem aos filhos se não excedem as legitimas dos donatarios, e as taxas legaes”. Cf. Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 861.

⁴² Ibid., p. 862.

⁴³ BRASIL. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 3.

⁴⁴ **COLLECCÃO das leis do imperio do brazil de 1831**. Primeira parte. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 177.

⁴⁵ BRASIL. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 8.

brasileira⁴⁶), a idade baixava para 20 anos completos (art. 9º) para que pudessem procurar meios de se proverem.⁴⁷

Havia, ainda, outra exceção ao art. 8º: a regra geral não se aplicava aos “filhos-famílias, enquanto não ficarem legalmente isentos do patrio poder” (art. 10)⁴⁸. Conforme a definição estabelecida pelo art. 201, “filho-famílias é aquelle, que está sob o poder de seu pai, e de qualquer idade que seja”. Ou seja, por esta regra, mesmo possuindo a idade legal, ainda seria considerado um menor.

Apesar da compilação, afirma Augusto Teixeira de Freitas tratar de “[...] uma persistencia do romanismo, segundo as Ords. Philip., não está de accordo com a Resol. de 31 de outubro de 1831, segundo a qual a maioria dissolve os laços de subordinação a que o indivíduo estiver sujeito, como o patrio poder e a tutela”⁴⁹.

Afinal, conforme a definição do art. 201, independentemente da idade, considerava-se filho-família aquele sob poder do pai⁵⁰. Esse pátrio poder findava após a incidência da situação prevista no art. 1º, § 3º, do Código Comercial de 1850⁵¹ (art. 205 da Consolidação) ou de uma das cinco hipóteses previstas em parágrafos no rol taxativo do art. 202, quais sejam: morte do pai, emancipação, casamento do filho, o maior de 21 anos não acompanhado pelo pai que estabelece sua própria economia⁵², ou quando se tornava servidor público, ainda que acompanhado pelo pai.

Na incidência dessas situações previstas em lei, os filhos-famílias poderiam se emancipar e adquirir plena capacidade civil. Havendo discordância do pai, o menor tinha o direito de citá-lo (art. 183, § 4º) para que fosse emancipado judicialmente (art. 204).

⁴⁶ Ver: BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, pp. 8-10.

⁴⁷ Ibid., p. 8.

⁴⁸ Ibid., p. 10.

⁴⁹ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. Annotada por Martinho Garcez. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915, pp. 9-10.

⁵⁰ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 79.

⁵¹ Redação do § 3º do art. 1º do Código Comercial de 1850: “Os filhos-famílias que tiverem mais de 18 (dezoito) anos de idade, com autorização dos pais, provada por escritura pública. O filho maior de 21 (vinte e um) anos, que for associado ao comércio do pai, e o que com sua aprovação, provada por escrito, levantar algum estabelecimento comercial, será reputado emancipado e maior para todos os efeitos legais nas negociações mercantis”. Além disso, previa o art. 26 do mesmo Código que “Os menores e os filhos-famílias comerciantes podem obrigar, hipotecar e alhear validamente os seus bens de raiz, sem que possam alegar o benefício de restituição contra estes atos, ou outras quaisquer obrigações comerciais que contraírem. Em caso de dúvida, todas as obrigações por eles contraídas presumem se comerciais”. Cf. BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

⁵² Em conformidade com a Resol. de 31 de outubro de 1831 mencionada supra. Cf. Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, pp. 79-80.

Paralelamente, os arts. 16, 17 e 203 previam a emancipação (ou suplemento de idade ou carta de emancipação)⁵³ pelo Juiz dos Órfãos, conforme a situação, para os homens com 20 anos completos e mulheres com 18 anos completos. Nesse caso, a igualdade entre os sexos foi substituída por aparente vantagem de dois anos para as mulheres, embora o autor não detalhe os motivos que embasem tal diferenciação.

Todavia, convém analisar a Lei de 22 de setembro de 1828, a qual extinguiu os Tribunais das Mesas dos Desembargadores do Paço (art. 1º) e estabeleceu a competência do Juiz dos Órfãos no art. 2º, § 4º:

As cartas de emancipação.

Suprimentos de idade.

Licenças a mulheres menores para venderem bens de raiz, consentindo os maridos.

Dar tutores em todos os casos marcados nas leis.

Suprir o consentimento do pai ou tutor para casamento.

A entrega de bens de orphãos a sua mãe, avós, tios, etc.

A entrega de bens do ausentes a seus parentes mais chegados.

A entrega de bens de orphãs a seus maridos, quando casarem sem licença dos mesmos Juizes.

A dispensa para os tutores obrigarem seus proprios bens á fiança das tutelas, para que foram nomeados, ainda que os bens estejam fóra do districto, onde contrahirem a obrigação.⁵⁴

Pelo exame da legislação, percebe-se o motivo: a idade menor para as mulheres ocorre em decorrência de possibilitar casamento mais cedo. Sem maiores distinções quanto ao sexo, a capacidade civil para administrar os próprios bens dependia se o menor de 21 anos obteve ou não autorização judicial para casar.

No primeiro caso, o jovem entre 18 e 21 anos recebia os bens que possuía (art. 18), porém, sua capacidade jurídica era limitada, dependendo de ação judicial para alienar ou hipotecar bens imóveis, sob pena de nulidade (art. 21).

Na segunda situação, casando sem autorização judicial, a regra era não receber os bens, tendo sua capacidade restrita até completar 20 anos (art. 19). No mesmo sentido,

Art. 20. Do mesmo modo proceder-se-ha com aquelle, que sem autorização do Juiz casar com alguma orphã; salvo se o Juiz ordenar, que lhe sejam os bens entregues,

⁵³ Apesar da confusão dos termos na lei, Augusto Teixeira de Freitas explica a diferença: “Bem se-vê, que a Lei confunde o *supplemento de idade* com a *emancipação*. O *supplemento de idade* só se-concede á menores orphãos, e não aos que estão sob o poder paterno, salvo se o pai é desassisado nos termos dos Arts. 177 e 178”. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 163, grifos do autor.

⁵⁴ Id. **Lei de 22 de setembro de 1828**. Extingue os Tribunaes das Mesas do Desembargador do Paço e da Consciencia e Ordens e regula a expedição dos negocios que lhes pertenciam e ficam subsistindo. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38218-22-setembro-1828-566210-publicacaooriginal-89826-pl.html. Acesso em: 05 fev. 2019, grifo nosso.

justificando o pretendente capacidade para reger-os, e merecendo por sua probidade e boa conducta tal concessão.⁵⁵

O artigo seguinte abordava a possibilidade de o marido administrar os bens da esposa órfã e menor de idade. Para receber essa concessão, determinava-se o pagamento correspondente a 0,5% do valor total dos bens recebidos⁵⁶.

Nos casos da carta de suprimento de idade ou de o menor ser casado com 20 anos completos, a legislação cessava o benefício concedido aos menores de restituição na realização de negócios jurídicos, mesmo em se tratando de bens imóveis com autorização judicial para negociar (art. 22). Essa “[...] restituição contudo aproveita aos conjuges, uma vèz que um delles seja menor de vinte annos”⁵⁷ (art. 23), independentemente do sexo.

Quanto à representação dos menores de idade, ocorria por tutor para meninos com até 14 anos e meninas com até 12 anos (art. 25). Antes dessa idade, vedava-se que fizessem procuração (art. 461) e contra eles não corriam prazos prescricionais (art. 856). Extraí-se, dessa situação, que se tratam dos menores impúberes, considerados absolutamente incapazes.⁵⁸

Após essa idade estabelecida no art. 25, seriam considerados relativamente incapazes. Desse modo, possuíam capacidade processual para figurarem no polo ativo em nome próprio, mas dependiam de curadores⁵⁹ quando no polo passivo, sob pena de nulidade processual (art. 26). Igualmente, o tutor ou autoridade judicial poderiam permitir a realização de uma procuração (art. 462). Os prazos prescricionais eram computados, porém, poderiam usufruir do chamado benefício de restituição (art. 857), exceto nas ações comerciais⁶⁰. Nesse ponto, a legislação protegia por mais tempo os homens sob a proteção decorrente da incapacidade absoluta do que as mulheres.

Esses menores eram vedados de serem procuradores em juízo (art. 466), porém, poderiam sê-lo extrajudicialmente. Nesse caso, a justificativa incluía as mulheres casadas nessa restrição de capacidade:

⁵⁵ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 7.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 20.

⁵⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 96.

⁵⁹ Percebe-se a falta de rigor entre o uso dos termos “tutor” e “curador”. Isso decorre, conforme anota o autor, do fato que “está hoje abandonado o rigôr do Direito Romano, reflectido em nossa Ord. L. 4º T. 102, applicando a palavra *tutores* para os menores impuberes, e a palavra *curadores* para os menores adultos ou púberes”. Essa distinção, todavia, volta a ser utilizada a partir do CC/1916. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 92, grifos do autor.

⁶⁰ Ibid., p. 514.

A proibição do t exto refere-se unicamente a procuradoria judicial. **Quanto ao mandato extrajudicial,   de doutrina**, que os menores adultos (assim como **as molh eres casadas**) **podem s er mandatarios**; mas para o efeito somente da validade de seus actos, em relação ao mandante; e   terceiros, que estiverem nos limites do mandato. A razão  , que esses incapazes não trat o de actos mandatarios, e portanto **apreciados pela capacidade civil dos representados**.⁶¹

Logo, pelo entendimento doutrinário, a mulher casada adquiria essa capacidade extrajudicial por se beneficiar da capacidade jurídica de quem lhe confiou a procuração.

Se o menor fosse emancipado (tivesse obtido o suplemento de idade) ou fosse casado e maior de 20 anos, possu ia legitimidade ativa e passiva, sem a necessidade de representação (art. 27). Correndo o processo   revela  a, deveria o juiz designar tutor ou curador para defendê-lo, sob pena de nulidade processual (art. 28).

Com relação às viúvas, sua capacidade tamb em era regida pelo art. 160 (“provando-se que maliciosamente, ou sem razão, ellas [as viuvras] alien o e desbarat o seus bens, os Juizes devem arrecada-los, e entrega-los a um Curador, fazendo-lhes dar os alimentos necessários”⁶²). Nessa situação, equiparavam-se ao pródigo, aplicando-se, então, a regra do art. 29, sob a qual “os loucos de todo o genero, e os prodigos, são equiparados aos menores. A Lei do mesmo modo os-protege”⁶³.

Quanto às viúvas e às mulheres casadas, o art. 459 explicitamente lhes atribu ia a capacidade de assinarem procuração particular, feita por próprio punho, caso estivessem ou fossem casadas com homens que tivessem uma das profissões listadas no rol taxativo do art. 458⁶⁴. A lei lhes estendia o benefício em razão do cargo ou do título nobre do marido.

A incapacidade superveniente   mulher que se casasse era discutida tamb em no âmbito empresarial. Conforme o art. 758,   1 , a morte de qualquer um dos sócios dissolvia a sociedade. No comentário deste artigo, explica Augusto Teixeira de Freitas que

A sociedade não se-dissolve pelo fallecimento da molh er de qualquer dos sócios, ainda que os herdeiros se o menores ; continua com o viuvo, ficando reservado para sobrepartilha do casal o que elle vier   receber da partilha social em tempo proprio. A incapacidade civil, que sobrevem   qualquer dos sócios por alienação mental, e declaração judicial de fallencia (Cod. do Com. Art. 355 n. 2 ), está no mesmo caso do fallecimnto e dissolve a sociedade. **Não está porém no mesmo caso a**

⁶¹ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3  ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 325, grifo nosso.

⁶² Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 66.

⁶³ Ibid., p. 25.

⁶⁴ São elencados “  1.  Os Bispos titulares.   2.  Os Viscondes, e Bar es sem grandeza.   3.  Os Fidalgos da Casa Imperial.   4.  Os Magistrados.   5.  Os Doutores e Advogados.   6.  Os Cavalleiros das Ordens do Imperio.   7.  Os Officiaes Militares até o posto de Capitão.   8.  Os Abbades que goz o das prerrogativas episcopaes, os Beneficiados, e Clerigos de Ordens Sacras”. Cf. Ibid., pp. 171-172.

incapacidade civil superveniente pelo facto do casamento da molhér socia, e esta passa á ser representada por seu marido.⁶⁵

Ou seja, era possível a mulher ser sócia em uma empresa, entretanto, percebe-se nitidamente como ela era prejudicada pelo casamento, devendo ser representada na sociedade por seu marido, sendo-lhe tolhida essa liberdade anteriormente exercida.

Independentemente se fossem casadas ou solteiras, as mulheres eram legalmente vedadas de serem fiadoras ou de tomarem “sobre si obrigações alheias” (art. 781), expressão que inclui hipotecas e penhores.⁶⁶

Caso realizassem tais negócios, a lei as protegia concedendo o benefício de exoneração, conforme o art. 782, que era, em regra, irrenunciável (art. 785⁶⁷). Pelo artigo seguinte, o 783, essa benesse não se aplicava nas seguintes situações:

- § 1.º Quando afiançarem a promessa de dote para casamento.
- § 2.º Quando enganarem o credor, ou fingindo-se homens com trajes disfarçados, ou inculcando-se herdeiras do devedor.
- § 4.º Quando se obrigarem a pagar a seus fiadores o que estes pagáão por ellas.
- § 5.º Quando fôrem herdeiras em todo, ou em parte, daquelle, a quem afiançárão.
- § 6.º Quando receberem do devedor afiançado a quantia, ou objeto, da fiança.
- § 7.º Quando fôrem commerciantes.⁶⁸

Em quaisquer dessas hipóteses, apesar de não poderem utilizar a exoneração, visto que em várias dessas situações haviam garantias a seus riscos, caso as mulheres fossem menores de 21 anos, poderiam recorrer ao benefício da restituição (art. 784), instituto aplicado sem distinção de sexo.

Por fim, com relação à doação *lato sensu*, o art. 411 discriminava valores diferentes em razão do sexo – 360\$000 rs. no caso de homens e 180\$000 rs. nos negócios feitos por mulher. Caso essa quantia fosse excedida, deveria haver uma **insinuação** da parte⁶⁹, excetuando-se nas situações previstas nos arts. 417 (dos pais aos filhos, *causa mortis* e nos casos de bens aforados, com ou sem reserva de usufruto vitalício ao doador) e 418 (para não familiares, relacionando a uma contraprestação).

⁶⁵ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 467, grifo nosso.

⁶⁶ Ibid., p. 479.

⁶⁷ Estabelecia o art. 785: “O *benefício de exoneração* concedido ás mulhres não póde ser por ellas renunciado, salvo quando se obrigão como Tutoras ou Curadoras dos filhos, ou netos, em conformidade do Art. 247. (Art. 390 § 2.º)”. Cf. BRASIL. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 286, grifos do autor.

⁶⁸ Ibid., pp. 285-286.

⁶⁹ Conforme explica o autor, nas Ordenações constavam insinuação e aprovação, porém, esse segundo ato foi suprimido com a Lei de 22 de setembro de 1828. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 287.

2.3 Esboço

No projeto de Código Civil elaborado por Augusto Teixeira de Freitas em 1860, intitulado “Esbôço”, estabeleciam os arts. 16 e 17, respectivamente, que “todos os entes susceptíveis de aquisição de direito são *pessoas*”⁷⁰ e “as pessoas, ou são de existência visível, ou de existência tão sómente ideal. Ellas podem adquirir os direitos, que o presente Codigo regula, nos *casos*, e pelo *modo*, e forma que no mesmo se determinar. Dahi dimana sua *capacidade, e incapacidade civil*”⁷¹.

Apesar de o dispositivo mencionar apenas a aquisição, Augusto Teixeira de Freitas explica a compreensão implícita de mais atos, como a conservação, a modificação e a perda dos direitos.⁷²

Todavia, nem todas as pessoas podiam fazer tais ações livremente. A capacidade civil, nas lições do autor, dividia-se em direito ou fato e consistia “[...] no gráo de aptidão de cada classe de pessoas para adquirir direitos, ou exercer por si ou por outrem actos que não lhe são prohibidos”⁷³ (art. 21).

A capacidade de direito era tida como inerente a todos os seres humanos, por serem consideradas pessoas na acepção do art. 16 supra. Era atribuída inclusive os escravos, mesmo tratando-se de período anterior à abolição da escravatura. A esse respeito, explica o autor:

Sabe-se que neste Projecto prescindo da *escravidão dos negros*, reservada para um projecto especial de lei; mas não se creia, que terei de considerar os *escravos* como *cousas*. Por muitas que sejam as restricções, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam *pessoas*. Assim já se julgou em França quanto aos escravos das colonias, [...]. o mesmo Savigny reconhece [...] que a *capacidade de direito* das Leis Romanas não é mais applicável às legislações modernas. Por certo que não o é para este Projecto, porquanto restricções da liberdade, e diferenças de nacionalidade, não determinarão incapacidade civil; e a dependencia natural de algumas relações de família (poder paternal, e marital) só determina incapacidades de facto.⁷⁴

Logo, enquanto todas as pessoas possuíam a capacidade de direito em fazer o que não lhes era proibido por lei, o efetivo exercício era mais restrito. Assim, para capacidade de fato, consideravam-se à época, além das limitações notórias e perceptíveis, as “relações de família”⁷⁵.

⁷⁰ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 15, grifos do autor.

⁷¹ Ibid., p. 17, grifos do autor.

⁷² Ibid., p. 19.

⁷³ Ibid., p. 23.

⁷⁴ Ibid., pp. 23-24, grifos do autor.

⁷⁵ Ibid., p. 24.

As leis aplicáveis quanto à capacidade civil e suas consequências eram determinadas pelo local de domicílio da pessoa (assim considerado como um local onde se estabelecesse residência de modo certo e fixo, apesar da mutabilidade e de eventual pluralidade)⁷⁶, independentemente de sua nacionalidade, conforme os arts. 26⁷⁷, 27⁷⁸ e 28⁷⁹.

Estabelecia-se a aquisição da capacidade civil, tanto do homem quanto da mulher, ao completar 21 anos (art. 64, § 1º) ou por meio da emancipação com o casamento (arts. 64, § 2º, 67), conquanto o matrimônio não fosse anulado (art. 68⁸⁰) e os nubentes possuíssem as autorizações necessárias (art. 70⁸¹).

Ressalta-se, todavia, que os menores emancipados, apesar de terem sua capacidade civil reconhecida, ainda dependiam de autorização judicial para realizar certos atos e negócios jurídicos (hipóteses descritas no art. 71). Além disso, em caso de mudança de domicílio, vindos de outro país, estabeleciam-se o reconhecimento de sua maioridade ou emancipação de acordo com a lei que lhes fosse mais favorável. O art. 508 definia quem não detinha capacidade para realizar atos jurídicos:

1.º Os *incapazes por incapacidade absoluta*. (Arts. 25, 41, e 449 n. 1º).

2.º Os *incapazes por incapacidade relativa* quanto aos actos, que só por si não podem praticar, ou que dependem da autorização de seus representantes necessários (Arts. 25, e 42).

3.º Os *incapazes de direito*, isto é, as pessoas á quem neste Codigo se prohibir o exercicio por si ou por outrem do acto de que se tratar (Art. 23).⁸²

Quanto à incapacidade civil, esta se dividia entre absoluta e incompleta (art. 41) ou relativa (art. 42).

Na aptidão, ou gráo de aptidão: no Art. 21 sobre a *capacidade de direito* só se disse *gráo de aptidão*, porque não ha pessoas, á respeito das quaes não se prohiba alguma aquisição ou acto; mas, quanto à *capacidade de facto*, a aptidão pôde ser completa, ou incompleta. É incompleta na *incapacidade relativa*, e assim uma pessoa

⁷⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 200.

⁷⁷ Redação do art. 26: “A capacidade ou incapacidade (art. 25), quanto à pessoas *domiciliadas* em qualquer secção do território do Brasil, ou sejam nacionaes ou estrangeiras, serão julgadas pelas leis deste Codigo, ainda que se trate de actos partidos em paiz estrangeiro, ou de bens existentes em paiz estrangeiro”. Cf. TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto, **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 29, grifos do autor.

⁷⁸ Dispunha o art. 27: “A capacidade ou incapacidade (art. 25), quanto à pessoas *domiciliadas* fóra do Brasil, ou sejam estrangeiras ou nacionaes, serão julgadas pelas leis do seu respectivo *domicilio*, ainda que se trate de actos praticados no Imperio, ou de bens existentes no Imperio”. Cf. *Ibid.*, p. 34, grifos do autor.

⁷⁹ Estabelecia o art. 28: “O disposto nos dous Artigos antecedentes não se refere unicamente às qualificações pessoas dos capazes e incapazes; comprehende também os effeitos leages dessas qualificações”. Cf. *Ibid.*, p. 34.

⁸⁰ Dizia o art. 68: “Se o casamento vier a ser annullado, a emancipação ficará de nenhum effeito desde o dia e que a respectiva sentença de nullidade passar em julgado, se nesse mesmo dia fôr transcripta no *Registro Conservatorio*; ou então desde o dia da transcrição n’esse Registro”. Cf. *Ibid.*, p. 68, grifos do autor.

⁸¹ Previa o art. 70: “Casando os menores de um e outro sexo sem as autorizações necessarias, a posse e a administração de seus bens ser-lhes-ha negada, até que fiquem maiores; e reputar-se-hão incapazes, como se não fossem casados. Não haverá meio algum se supprir a falta de taes autorizações”. Cf. *Ibid.*, p. 69.

⁸² *Ibid.*, p. 313, grifos do autor.

relativamente incapaz é ao mesmo tempo capaz e incapaz. A mulher casada, por exemplo, é capaz para praticar certos actos por si só, como o de fazer testamento; e incapaz para praticar outros actos que só são validos quando autorizados pelo marido.⁸³

O Esboço não estabeleceu um critério etário fixo para determinar a incapacidade absoluta, utilizando somente a expressão jurídica “grão de aptidão”. Apesar disso, percebe-se nitidamente a incapacidade civil de fato para as mulheres em certas situações, devendo ser representada pelo marido nesses atos. Outras situações determinavam a incapacidade relativa, como no caso dos comerciantes falidos (arts. 132-134) e dos religiosos (arts. 135-138).

Enquanto a regra geral estabelecia que os incapazes de fato deveriam ser representados em todos os atos da vida civil (representação necessária), no caso da mulher, a representação dependia do ato a ser realizado. Desse modo, conclui-se que “não há representação necessária sem incapacidade de facto; mas ha incapacidade de facto sem haver representação necessária”⁸⁴.

Interessante notar que as lições de Clóvis Bevilacqua acerca das Ordenações Filipinas questionavam a diferença etária com base no sexo para determinar a incapacidade civil absoluta (14 anos para meninos e 12 anos para meninas). Acerca do critério para tais faixas etárias que deveria ser adotado na legislação brasileira, defende:

attendendo o legislador á aptidão para procriar, estabeleceu diferença entre os dois sexos. Não é, porém, esta a base que deve ser escolhida para determinar o ponto de vista da idade. É ao desenvolvimento mental que se deve attender, [...]. Por isso o criterio da puberdade foi posto de lado pelos *Projectos* de codigo civil para o Brazil ou, pelo menos, adquiriu feição uniforme, sem attenção ao sexo. Tomando o desenvolvimento mental por base da graduação da capacidade, não ha razão para distinguir-se entre os dois sexos. No direito civil, parece que não é dilatar muito o periodo da incapacidade absoluta, dar-lhe por termo o decimo quarto anno de existencia da pessôa, sem distincção de sexo.⁸⁵

Porém, essa igualdade não impediu que a mulher casada fosse considerada relativamente incapaz, embora Clovis Bevilacqua questionasse por quanto tempo tal norma restaria em vigor. Enfatizava que “a incapacidade da mulher casada é uma persistencia do antigo direito que tende a desaparecer, pois não tem fundamento nem na biologia nem na sociologia”⁸⁶. Criticava, ainda, a inferioridade com base no sexo, além de defender a não influência desse critério como fator de restrição para o exercício dos direitos civis.⁸⁷

⁸³ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto, **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 26, grifos do autor.

⁸⁴ Ibid., p. 26, grifos nosso.

⁸⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908, pp. 97-98, grifos do autor.

⁸⁶ Ibid., p. 108.

⁸⁷ Para maiores explicações, mencionando ainda tantas exceções contraditórias, ver: Ibid., pp. 108-111.

No Esboço, Augusto Teixeira de Freitas não se manifestava sobre o assunto, todavia, defendia haver uma igualdade maior no Código por ele sugerido do que havia no período romano⁸⁸:

É applicavel o *status familiae* quanto ao poder paternal e marital, mas com esta modificação. Pelo Direito Romano a dependencia da mulher casada, e do filho-familias, affectava a personalidade, e pelo Direito moderno essa dependencia não altera a essencia da personalidade, constituindo apenas um modo de existir, por estarem a mulher casada e o filho-familias na classe das *personas incapazes*.⁸⁹

A incapacidade relativa das mulheres casadas se applicava “[...] em relação aos actos que fôrem declarados, ou ao modo de os exercer”⁹⁰ (art. 42, § 2º, sendo essa restrição reforçada pela regra geral do art. 508, § 2º). Algumas autorizações são necessárias por força da divisão dos bens a depender do regime do casamento⁹¹. Contudo, muitas restrições eram applicadas somente à esposa, e não ao marido. Teixeira de Freitas distinguia a capacidade da mulher com base em seu estado civil:

Mulheres casadas: incapazes só pelo motivo da dependencia em que estão do marido. Esta dependencia é natural, indispensavel para a vida conjugal; e não tem importancia alguma as discussões à semelhante respeito. Não sendo casadas, as mulheres, não obstante a fraqueza do seu sexo, são neste Projecto reputadas como capazes. São tambem incapazes, já em relação a alguns actos, já em relação ao modo de praticar outros. Ellas podem fazer testamento, podem exercer quasi todos os actos da vida civil, comtanto que sejam autorisados pelos maridos; mas não podem alienar ou hypothecar seus bens dotaes, ainda mesmo com autorização dos maridos.⁹²

Percebe-se a argumentação justificadora com base na dependência dita natural e indispensável da vida conjugal, bem como na suposta fragilidade do sexo feminino. Por este lado, então, o casamento trazia restrições à mulher em alguns atos e negócios jurídicos, pois deveria ser representada por seu marido (arts. 44, § 4º, 48, § 1º).

Todavia, essa lógica do autor encontra barreiras na própria legislação. No art. 694⁹³, § 3º, elencavam-se as mulheres como testemunhas incapazes nos instrumentos públicos, sem qualquer restrição ao estado civil ou qualquer comentário explicando essa distinção. Caso elas

⁸⁸ Assim como a idade estabelecida na Consolidação das Leis Civis, “O direito romano considerava impuberes os varões menores de 14 annos e as mulheres menores de 12, e submettia-os á tutela, si não se achavam sob a auctoridade paterna”. Cf. BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908, p. 99.

⁸⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 32, grifos do autor.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 50.

⁹¹ Por exemplo, dispunha o art. 1198 proibia transigir no § 8º “ao marido e mulher sobre direitos relativos aos immoveis dotaes, á não ser com a autorisação e formalidades decretadas para a alienação desses immoveis (Art. 386 n. 7º)”, e no § 9º, “ao marido sobre dirietos relativos à immoveis do casal; se pela mulher não fôr especialmente autorizado”. Cf. *Ibid.*, p. 526.

⁹² *Ibid.*, p. 51, grifos do autor.

⁹³ Este rol taxativo incluía: “1.º Os incapazes do Art. 41 ns. 2º, 3º, e 4º. 2º Os cegos. 3.º As mulheres. 4.º Os que não sabem escrevêr, ou pelo menos assignar seu nome. 5.º Aquelles á quem fôr prohibido relativamente á cada um dos actos juridicos”. Se for considerada a incapacidade *Ibid.*, p. 351.

fossem testemunhas nesse caso, o instrumento seria considerado nulo por vício interno (art. 693, § 6º).⁹⁴

Logo, era permitido às mulheres serem testemunhas em escrituras particulares, juntamente por força do disposto nos arts. 743, mencionando a necessidade de duas testemunhas, sem restrição de sexo, e 771, que consideram nulos por vícios internos os instrumentos privados decorrentes de violação dos §§ 7º e 8º do art. 693 quando da confecção do instrumento público.

Diferente das Ordenações, em que nos casos de urgência alguns instrumentos permitiam menos testemunhas e admitiam a participação das mulheres, no Esboço não há qualquer exceção.

Havia três situações relacionadas à representação dos incapazes: quando não se admita (por exemplo, para realizar um testamento), atos cuja representação não era permitida por lei, apesar de ser possível, e atos em que a representação não só era possível, mas também era permitida por lei.⁹⁵

O projeto tratava especificamente da incapacidade da mulher casada e o art. 130 ditava o início dessa incapacidade desde o dia do casamento, independente do regime de bens. Todavia, o próprio autor elencava exceções em notas:

Art. 130. A incapacidade póde variar segundo a natureza do regimen do casamento, mas existe sempre mais ou menos completa. Se o regimen fôr dotal, a mulher casada é capaz quanto aos bens paraphernaes. Mesmo em outro regimen, a mulher é capaz quanto aos bens, cuja administração ella tenha reservado. Esta incapacidade é tão publica pelo facto da cohabitação dos casados, que não se faz necessaria á publicidade pelo *Registro Conservatorio*. Quando a mulher é autorizada (art. 1º § 4º Cod. do Com.) para exercer a profissão de commerciante, a publicidade dessa habilitação, á bem da segurança de terceiros, é que deve fazer-se pelo registro; porém pertence ao Registro privativo do Commercio.⁹⁶

Enquanto validamente casada, o domicílio necessário da mulher era determinado pelo do marido (art. 176):

N. 1º ⁹⁷ No Direito Romano, e nos Codigos actuaes, como por exemplo no Cod. Nap. Art. 108, especifica-se as mulheres casadas, os menores, os alienados; e poder-se-hia especificar os outros incapazes. Generaliso essa legislação casuistica. Estes casos com os do N. 2º ⁹⁸ constituem, como diz Savigny, um *domicilio relativo*; pois

⁹⁴ Os instrumentos públicos nulos ou anuláveis assinados pelas partes eram considerados instrumentos particulares (art. 731, § 1º).

⁹⁵ TEIXEIRA DE FRÉITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 58.

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 96-97, grifos do autor.

⁹⁷ Estabelecia o § 1º do art. 176: “[Tem domicilio necessario] Os *incapazes* no lugar do domicilio de seus representantes (Arts. 41 e 42)”. Cf. *Ibid.*, p. 119, grifos do autor.

⁹⁸ Previa o art. 176, § 2º: “[Tem domicilio necessario] As pessoas do serviço domestico, industrial, ou agricola, dependentes, e aggregados, no lugar do domicilio daquelles, á quem habitualmente servirem, ou com quem se

que, em consequência das relações existentes entre duas pessoas, o domicílio de uma determina o da outra. O domicílio das mulheres casadas tem a denominação de – *domicilium matrimonii* –. É desnecessário prevenir, como no Dir. Rom., que este domicílio não resulta de um casamento nullo, ou de meros esponsaes. Este domicílio, como se disporá em lugar proprio, não pôde ser renunciado por convenções antenupciaes, porquanto o marido não pôde renunciar o poder marital.⁹⁹

O autor propõe um critério diferente para o estabelecimento do domicílio da mulher casada, fundado no poder marital, não cabendo disposições particulares em contrário.

Já o art. 131 estabelecia as hipóteses de cessação da incapacidade relativa da mulher casada, quais sejam: dissolução por morte do casamento (§ 1º), sentença de nulidade transitada em julgado (§ 2º), divórcio (§ 3º) ou alienação mental do marido em que se nomeasse a esposa como curadora (§ 4º).

Depreende-se do exposto que, caso a mulher atingisse a idade de 21 anos completos e não se casasse, poderia ser considerada totalmente capaz, ou, se menor, findasse o casamento numa das situações mencionadas.

Entretanto, discutia-se o desdobramento jurídico no caso do divórcio. Afinal, o divórcio não findava o laço conjugal, consistindo apenas na separação de corpos, embora fosse considerado caso permissivo para cessar a incapacidade relativa da mulher casada. Essa contradição, porém, não passou despercebida, considerando o autor que o assunto deveria ser melhor reavaliado posteriormente.

Art. 131. N. 3º Como o laço conjugal subsiste não obstante o *divorcio* (no sentido de *separação de corpo*) a disposição do nosso Art. não é de rigôr logico, e mesmo tem seus perigos. Pôde ser que a eliminemos ou modifiquemos, depois de terminada a redacção do Projecto. Ha materias sobre as quaes não se pôde formar um juizo seguro senão em combinação com muitas outras. Quasi todos os Escriptores Francezes opinão, que a *separação de corpo* não faz cessar a necessidade de autorisação do marido, isto é, a incapacidade de que se trata; entretanto a disposição, que por ora adopto, vai de accordo com o espirito do nosso Cod. do Com. art. 1º n. 4º, quando declara que as mulheres não precisão da autorisação marital para serem commerciantes, sendo que estejam separadas por sentença de divorcio perpetuo. Não contemplo essa autorisação especial para a profissão do commercio como um dos casos de cessação da incapacidade, porque além de que o marido a pôde revogar (art. 28 Cod. do Com.), ella é a prova da mesma incapacidade. Accresce que, dada essa autrisação especial, será conveniente fazer distincções, e impor algumas restricções.¹⁰⁰

Pela leitura gramatical do art. 131 do Esbôço, com o divórcio, a mulher teria sua plena capacidade restituída. Entende-se, ainda, que findada a coabitação, seu domicílio não seria mais determinado pelo ex-marido.

acharem, uma vez que residão na mesma habitação, ou em habitação acessoria”. Cf. TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 119.

⁹⁹ Ibid., p. 119, grifos do autor.

¹⁰⁰ Ibid., p. 97.

2.4 Código Civil de 1916 e legislações esparsas

Conforme a introdução ao Código Civil de 1916, “a lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos conjuges e o regimen dos bens no casamento¹⁰¹, sendo licito quanto a este a opção pela lei brasileira”¹⁰² (art. 8º), embora não haja distinção entre cidadãos nacionais e estrangeiros para aquisição e fruição dos direitos civis (art. 3º, parte geral). Em linhas gerais, prescreve o art. 2º que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”¹⁰³.

Assim como nas Ordenações Filipinas e no Esboço, a incapacidade se dividia em absoluta (art. 5º, sendo a regra geral qualquer pessoa antes de completar 16 anos) ou relativa (art. 6º)¹⁰⁴, porém, cessou-se o benefício da restituição prevista nas Ordenações Filipinas para todos os incapazes (art. 8º). Conforme comentários de Eduardo Espínola, o projeto original do Código restringia somente os menores púberes e as mulheres casadas.¹⁰⁵

As incapacidades poderiam ser supridas em situações específicas previstas taxativamente na parte especial (art. 7º), quais sejam:

- I. – por meio de representação legal; [vide art. 147, I]
- II. – pela assistência; [E’ esse o modo de se suprir a incapacidade absoluta]
- III. – pela autorização ou outorga; [Arts. 235 e 242]
- IV. – pelo supprimento judicial da autorização. [Arts. 237 a 239, 245]¹⁰⁶

¹⁰¹ Sobre a aplicação da lei nacional para determinação da capacidade: “A regra, de que a lei nacional da pessoa regula a sua capacidade e o regimen dos bens, no casamento, encontra excepção, quando a lei estrangeira é offensiva da soberania nacional brasileira, da ordem publica e dos bons costumes”. Cf. BEVILAQUA, Clóvis. **Soluções práticas de direito**. Direito civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1930. v. 3, p. 43.

¹⁰² LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 68.

¹⁰³ O projeto, originalmente, empregava a expressão mais genérica “ser humano”. Todavia, optou-se posteriormente pela palavra “homem”, assim como em alguns códigos estrangeiros, sob duas principais alegações de que o homem é um ser humano, bem como restringir a aquisição de direitos e deveres por aqueles que possuem forma humana. Cf. NERY, Fernando. **Ruy Barbosa e o código civil ou o código civil brasileiro**: crítica e defesa. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931, p. 40.

¹⁰⁴ A respeito das consequências nos atos jurídicos em decorrência das diferenças entre as incapacidades absoluta e relativa, nota-se: “No systema do Codigo Civil ha incapacidade *absoluta* (art. 5) e incapacidade *relativa* (art. 6): daquella surgirão actos *nulos* (art. 145 I) e desta *annullaveis* (art. 147 I). Os que são absolutamente incapazes devem ser *representados*, os relativamente incapazes *assistidos* (art. 184), isto é, figuram nos actos conjuntamente com os tutores ou curadores. Já têm, então, faculdade de resolver em assumptos seus: sem a sua assignatura ou presença, falta o agente, porque o tutor ou curador *assiste* ao incapaz, não o *representa* (art. 7, 384 V, 426 I, 459). Aos absolutamente incapazes nenhuma intervenção se permite (arts. 7, 384 V, 426 I, 453). Os selvicolas são considerados relativamente incapazes (art. 6 paragrapho unico)”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 162, grifos do autor.

¹⁰⁵ Quanto aos demais incisos do art. 6º, “o Projecto da Camara accrescentará os prodigos. Os selvicolas foram contemplados por emenda do Senado, sob proposta de Muniz Freire”. Cf. ESPINOLA, Eduardo. **Breves anotações ao código civil brasileiro**: lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916. Bahia: Joaquim Ribeiro; Duas Americas, 1918, p. 69.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 70.

Já a maioridade civil era adquirida com a completude de 21 anos ou por alguma outra hipótese prevista no art. 9º, dentre elas, por sentença judicial, ou após permissão do pai ou da mãe, caso o pai fosse falecido (inciso I), ou pelo casamento (inciso II).

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, “o instituto das *incapacidades* foi imaginado e construído sobre uma razão moralmente elevada, que é a *proteção* dos que são portadores de uma deficiência juridicamente apreciável”¹⁰⁷. Assim, os atos eram realizados em sua presença, mas careciam de representação em decorrência de fatores como idade, condições psicológicas e, com relação à mulher, estado civil.

Em 1931, alegava o referido autor que essa distinção era ultrapassada e acreditava em sua eliminação universal e sistemática, pois “a ciência desmente a deficiência nas qualidades físicas e intelectuais da mulher, e a sua deficiência no exercício de atividades até então reservadas ao homem tem sido comprovada em tão alto grau que a sua inscrição como pessoa relativamente incapaz é um romanismo inaceitável”¹⁰⁸.

Em 1928, Pontes de Miranda também comentava sobre essas desigualdades:

3. Dissymetrias. – A idade nupcial é diferente para o homem e para a mulher (18 anos o homem, 16 a mulher), art. 183 XII que constitue symetria intraindividual e dissymetria interindividual, devido á nubilidad feminina. Mas apagou o Codigo a dissymetria interindividual quanto às incapacidades absoluta e relativa (arts, 5 e 16, 16 annos para ambos os sexos).¹⁰⁹ Quanto á capacidade de testar (art. 1.627, I) e quanto ao valor da prova testemunhal¹¹⁰ (art. 142, III), já se havia dissipado a desigualdade, desde o direito luso-brasileiro, e nunca, no Brasil, se conheceu a diferença, salvo nos testamentos ordinarios (Carlos de Carvalho, *Nova Consolidação*, art. 1.770), o que o Codigo Civil, art. 1.650, não tolerou. Restam dissymetrias já absurdas: o pae, viuvo, que se casa, não perde o usufructo dos bens do filho do leito anterior, mas perde-o a mãe viuva que contrae nupcias (arts. 394, 389), desigualdade esta que destôa do criterio igualizador do art. 225.¹¹¹

Atos realizados por mulheres poderiam ser anulados (art. 147) por sua incapacidade jurídica (inciso I) ou por “por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (art. 86 a 113)”, sendo que na coação, levava-se em consideração o sexo do agente.

O desrespeito à idade nupcial poderia ensejar anulação do casamento (art. 213). Todavia, o Código previa exceções para mantê-lo. O art. 215 previa que não haveria anulação,

¹⁰⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, p. 191.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 201.

¹⁰⁹ O autor considerou recomendável essas alterações etárias “[...] *pela experiencia*: elevação da idade quanto a incapacidade absoluta (12 e 14 para a mulher e para o homem, no direito anterior; 16 para ambos no Código); elevação da idade nupcial (14 e 16 para a mulher e para o homem, no direito anterior; 16 e 18, segundo o Código; [...].” Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 401.

¹¹⁰ Na p. 394, o autor escreve parágrafo semelhante, com a diferença de usar “prova testamental” ao invés de “prova testemunhal”, como consta nesta citação. Conforme o art. 142 do CC/1916, acredita-se que a expressão empregada no início da obra seja a mais adequada. Cf. *Ibid.*, p. 394.

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 25-26, grifos do autor.

com relação à desobediência da idade considerada apta para contrair casamento, se deste resultasse gravidez.

Além disso, estabelecia o art. 214 que podiam “[...] casar-se os referidos menores para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal”. Nesse caso, conforme o parágrafo único, poderia ser determinada judicialmente separação de corpos enquanto os cônjuges não atingissem a idade mínima legal.

Na mesma obra, o autor reiterou a crítica à desigualdade normativa pelo tratamento diferenciado dos sexos, defendendo a desnecessidade de dispor a mulher casada como relativamente incapaz:

68. A mulher casada. – No art. 6 II, afeia-se o systema do Codigo com a inclusão da mulher casada entre os incapazes. As restricções que soffrem, na sua actividade juridica, as mulheres casadas (art. 242), tambem as soffrem os homens casados (art. 235). E as que excedem resultam da direcção da sociedade conjugal (art. 233). Certamente, poderia a lei melhorar a situação da mulher; porém o que se dispôs no Codigo não justifica o art. 6 II. Tanto assim que poderá exercer a direcção da sociedade conjugal (art. 251).¹¹²

Apesar do tom mais brando ao mencionar o art. 233, sem reclamar que competisse ao marido a direção da sociedade conjugal, o autor compara que os direitos restritos às mulheres casadas se assemelhavam, em grande parte, aos impedimentos do homem casado com relação a sua esposa. Percebe-se a aversão à incapacidade civil da mulher casada quando o autor diz que

[...] não se comprehende a inclusão da mulher. Certamente, se falassemos *de lege ferenda*, censurariamos a construcção mesma do direito de familia seguido pelo Codigo, mas, admitido o seu systema, neste mesmo não se justifica a referencia á mulher entre os incapazes. Trata-se de emenda do Projecto revisto, art. 6, 2º, e destoante das idéias que expôs Bevilaqua, nas *Observações* preliminares do seu Projecto.¹¹³

A redação original do art. 6º¹¹⁴, inciso II, da parte geral, estabelecia a incapacidade das mulheres casadas¹¹⁵ durante a subsistência da sociedade conjugal para a realização de certos atos ou ao modo de exercê-los.

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 164, grifos do autor.

¹¹³ *Ibid.*, p. 447, grifos do autor.

¹¹⁴ Também eram considerados relativamente incapazes a certos atos da vida civil aqueles entre 16 e 21 anos de idade (I), os pródigos (III) e os silvícolas (IV), os quais se estabeleciam um regime especial regulamentado em lei diversa.

¹¹⁵ Em 1931, Achilles Bevilaqua trazia em sua obra a comparação com a legislação italiana, a qual havia extinto essa situação em 17 de julho de 1919. Cf. BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 16.

Conclui-se, desse modo, que nesta situação de casamento entre os menores de 21 anos, as mulheres continuavam relativamente incapazes (conforme o art. 6, inciso II), enquanto os homens adquiriam capacidade plena.¹¹⁶

Essa situação foi modificada somente após a entrada em vigor da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962¹¹⁷, conhecida como Estatuto da Mulher Casada, o qual alterou diversos artigos do Código Civil no intuito de restringir as desigualdades que incidiam e limitavam a atuação das mulheres casadas.

Assim, suprimiu-se o inciso que declarava as mulheres casadas relativamente incapazes. Para José de Oliveira Lopes, “a tendência do direito moderno é para a emancipação da mulher. Já não se justifica, no estado atual da civilização, a incapacidade da mulher casada, que a Lei n. 4121 eliminou em boa hora”¹¹⁸.

O art. 84 reforçava a representação das pessoas relativamente incapazes nos atos determinados pelo Código. À mulher casada, até então, vedava-se realizar sem autorização do marido ações previstas no rol taxativo previsto no art. 242. O quadro a seguir compara as redações do Código Civil de 1916 em sua redação original e após as alterações feitas pelo Estatuto:

Comparação do art. 242 – Quadro 1

(continua)

Código Civil de 1916 ¹¹⁹	Estatuto da Mulher Casada ¹²⁰
Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):	Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido (art. 251):
I. Praticar os actos que este não poderia sem o consentimento da mulher (art. 235). ¹²¹	I - praticar os atos que este não poderia sem consentimento da mulher (art. 235);

¹¹⁶ Outras hipóteses previstas na lei eram pelo efetivo exercício de emprego público (inciso III), colação de grau em curso de ensino superior (IV) e “estabelecimento civil ou commercial, com economia propria” (V). Cf. LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 72.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

¹¹⁸ OLIVEIRA, José Lopes de. **Curso de direito civil**: direito de família. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980, p. 138.

¹¹⁹ LACERDA, Paulo de, op. cit., pp. 121-122.

¹²⁰ BRASIL, op. cit..

¹²¹ Quanto a algumas omissões legislativas, comenta Pontes de Miranda: “A lei (art. 178 § 9 b) não fixou o prazo para a acção da mulher (1) quando tenha de pedir a *annullação* dos actos pelos quaes o marido tenha alienado ou gravado com direitos reaes immoveis particulares delle, ou alienado direitos reaes sobre immoveis alheios (art. 235). Quem ler da primeira vez o art. 242 pensa que no n. I só se trata de immoveis communs, pois nos ns. II e III se fala dos *particulares*: pareceria que, sem consentimento da mulher, o marido poderia alienar os particulares. Não é este o systema do Codigo; os ns. II e III são redundantes, conforme mostramos eu, em 1916, e Clovis Bevilacqua, no anno seguinte. As diferenças entre o artigo 242 e 235 começam a partir do n. IV do art.

Comparação do art. 242 – Quadro 1

(conclusão)

Código Civil de 1916	Estatuto da Mulher Casada
II. Alienar, ou gravar de onus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regimen dos bens (arts. 263, ns. II, III, VIII, 269, 275 e 310).	II - Alienar ou gravar de ônus real, os imóveis de seu domínio particular, qualquer que seja o regime dos bens (arts. 263, ns. II, III e VIII, 269, 275 e 310);
III. Alienar os seus direitos reaes sobre imóveis de outrem.	III - Alienar os seus direitos reais sôbre imóveis de outrem;
IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado.	
V. Aceitar tutela, curatela ¹²² ou outro manus publico. ¹²³	
VI. Litigar em juízo civil ou commercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251.	
VII. Exercer profissão (art. 233, n. IV). ¹²⁴	

Fonte: autoria nossa

Verifica-se que os incisos IV, V, VI e IX foram suprimidos, mantendo-se os demais nos mesmos teores. Essa autorização, revogável a qualquer tempo (art. 244), poderia ser geral ou para fins específicos, em “[...] instrumento publico ou particular previamente autenticado”¹²⁵ (art. 243), ou, em certas situações, poderia ser suprida judicialmente (art. 245).

Quanto ao revogado inciso V, Pontes de Miranda comparou-o às Ordenações Filipinas, elucidando certo avanço legislativo, pois, “no direito anterior, não podia a mulher ser tutora, salvo a mãe ou a avó: permite-lhe, em geral, o Código Civil (artigo 413), sendo,

242”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 406-407, grifos do autor.

¹²² A diferença dos institutos consiste em a tutela ser direcionada aos menores, enquanto a curatela o instituto aplicado aos maiores interditados e aos embriões. Cf. *Ibid.*, pp. 205-206.

¹²³ Sobre o inciso V, presente na redação original do art. 242 do CC/1916, “esse dispositivo não se applica á mulher binuba, em relação aos filhos do leito anterior, sobre os quaes ella perde o patrio poder”. Cf. BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 80.

¹²⁴ A redação original do projeto era “exercer **qualquer** profissão”. Cf. NERY, Fernando. **Ruy Barbosa e o código civil ou o código civil brasileiro: crítica e defesa**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931, p. 145, grifo nosso.

¹²⁵ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 122.

porém, de mister, quando casada, a autorização do marido para a aceitar (art. 242, n. V)”¹²⁶. Assim, a partir de 1962, qualquer mulher, casada ou não, preenchendo os requisitos mínimos comuns a ambos sexos poderia ser tutora ou curadora,

Conforme o parágrafo único ao art. 243, caso a esposa tivesse cargo público ou morasse fora do lar conjugal e exercesse profissão particular por período superior a seis meses, seria considerada sempre autorizada pelo marido para a realização de qualquer ato.

Havia, ainda, hipóteses de presunção de autorização à esposa (art. 247) e o art. 248 elencava situações taxativas nas quais a esposa poderia atuar independentemente da autorização do cônjuge:

Comparação do art. 248 – Quadro 2

(continua)

Código Civil de 1916 ¹²⁷	Estatuto da Mulher Casada ¹²⁸
Art. 248. Independentemente de autorização , pode a mulher casada:	Art. 248. A mulher casada pode livremente :
I. Exercer o direito que lhe competir sobre as pessoas dos filhos de leito anterior (art. 329).	I – Execer o direito que lhe competir sôbre as pessoas e os bens dos filhos de leito anterior (art. 393);
II. Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alienado sem sua outorga ou supprimento do juiz (art. 235, nº I).	II - Desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal que o marido tenha gravado ou alegado sem sua outorga ou supprimento do juiz (art. 235, número 1);
III. Annullar as fianças ou doações feitas pelo marido com infracção do disposto nos ns III e IV do art. 235 .	III - Anular as fianças ou doações feitas pelo marido com infração do disposto nos números III e IV do art. 285 ;
IV. Reivindicar os bens communs moveis ou imóveis doados, ou transferidos pelo marido á concubina (art. 1.177).	IV - Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo marido à concubina (art. 1.177).

¹²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 399.

¹²⁷ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 122, p. 123, grifos nossos.

¹²⁸ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sôbre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019, grifos nossos.

Comparação do art. 248 – Quadro 2

(conclusão)

Parágrafo único. Este direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda, ou outro contracto. ¹²⁹	Parágrafo único. Êste direito prevalece, esteja ou não a mulher em companhia do marido, e ainda que a doação se dissimule em venda ou outro contrato;
V. Dispor dos bens adquiridos na conformidade do numero anterior, e de quaesquer outros que possua livres da administração do marido, não sendo immoveis.	V - Dispor dos bens adquiridos na conformidade do número anterior e de quaisquer outros que possua, livres da administração do marido, não sendo imóveis;
VI. Promover os meios assecuratórios, e as acções, que contra o marido lhe competirem, em razão do dote, ou de outros bens della sujeitos á administração marital (arts. 263, 269 e 289). ¹³⁰	VI - Promover os meios assecuratórios e as ações que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos à administração do marido, contra êste lhe competirem;
VII. Propor a acção annullatoria do casamento (artigos 207 e seguintes).	VII - Praticar quaisquer outros atos não vedados por lei.
VIII. Propor a acção de desquite (art. 316).	VIII - propor a separação judicial e o divórcio.
IX. Pedir alimentos, quando lhe couberem (artigo 224).	
X. Fazer testamento ou disposições de última vontade.	

Fonte: autoria nossa

¹²⁹ No caso do parágrafo único da redação original do art. 248 do CC/1916, “Provado que foi o marido quem deu á concubina o dinheiro com o qual esta adquiriu immovel de terceiro, cabe á mulher legitima reivindicar esse dinheiro, com outras importancias despendidas em bemfeitorias, subsistindo, todavia, a escriptura de compra e venda passada entre a concubina e o vendedor”. Cf. BEVILAQUA, Achilles. **Codigo civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 82.

¹³⁰ A redação do inciso VI foi alterada para o seguinte teor: “Promover os meios assecuatorios e as acções que, em razão do dote ou de outros bens seus, sujeitos á administração do marido, contra este lhe competirem (arts. 263, 269 e 289)”. Percebe-se, então, que a única diferença com relação ao Estatuto é a supressão que este faz dos artigos referidos. Cf. BRASIL. **Decreto nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919**. Faz diversas correções no Código Civil e manda fazer do Código corregido uma edição de cinco mil exemplares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL3725-1919.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

As alterações foram destacadas, verificando-se alterações sensíveis a partir do inciso VII, oferecendo maior liberdade à mulher para “praticar quaisquer atos não vedados por lei”, além da opção de promover separação judicial e divórcio ao invés do desquite.

O desquite (art. 315, III), amigável ou judicial, era uma das formas de término da sociedade conjugal, assim como a morte de um dos cônjuges (art. 315, I) ou em decorrência de nulidade ou anulação¹³¹ de casamento (art. 315, II).

Conseqüentemente, as mesmas hipóteses ensejavam a dissolução da comunhão de bens¹³² e a aquisição plena da capacidade civil da mulher que antes era casada. Afinal, conforme pondera Caio Mário da Silva Pereira, a incapacidade da mulher não é normatizada por si só, apenas durante a existência da sociedade conjugal:

Resultante, entretanto, a incapacidade do casamento, somente vigora na constância da sociedade conjugal. Dissolvida esta, pela anulação, pela morte do marido ou pelo desquite, desaparece a razão da *capitis deminutio*, e, conseqüentemente, a mulher é considerada plenamente capaz.¹³³

Embora a regra geral do art. 31 estabelecesse como domicílio civil onde fosse constituída a residência com animo definitivo, pelo art. 36, parágrafo único, em relação à mulher casada (portanto, relativamente incapaz) considerava-se o mesmo domicílio do marido, “[...] salvo se estiver desquitada (art. 315), ou lhe competir a administração do casal (art. 251)”¹³⁴.

Cabia ao marido autorizar a esposa a trabalhar e firmar “residência fora do tecto conjugal”¹³⁵ (art. 233, IV), porém, no exercício de sua profissão, esta poderia realizar todos os atos necessários para exercê-lo livremente (art. 246).

O art. 247 previa situações nas quais presumia-se a autorização da mulher pelo marido, sendo que não houve nenhuma alteração pelo Estatuto. Conforme a redação original,

¹³¹ A redação do projeto original não mencionava anulação. Conforme comenta Ruy Barbosa, havia “[...] gravíssima lacuna: falla-se em *nullidade* e olvida-se a *annullação* do casamento. No livro I, t. I da parte especial, o cap. VI se inscreve ‘*Do casamento nullo e annullavel.*’ Do casamento *nullo* estão individualizados os casos nos arts. 211 e 212. Do casamento *annullavel* estão particularizados no art. 213. São, portanto, coisas distintas a *nullidade* e a *annullabilidade*. Mas ambas *dissolvem a sociedade conjugal*. Logo, ao enumerar os casos de dissolução desta, fallando aqui unicamente em *nullidade*, incorreu em insigne esquecimento o art. 322, desde que cala a *annullabilidade*”. Cf. NERY, Fernando. **Ruy Barbosa e o código civil ou o código civil brasileiro**: crítica e defesa. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931, p. 172, grifos do autor.

¹³² Estabelecia o art. 267: “Dissolve-se a *communhão*: I. Pela morte de um dos conjugues (art. 315, n. I). II. Pela sentença que *annulla* o casamento (artigo 222). III. Pelo desquite (art. 322)”. Cf. LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 127.

¹³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1, p. 202.

¹³⁴ Sobre domicílio, determinava o *caput* do art. 36 que “Os incapazes têm por domicilio o dos seus representantes”. Cf. LACERDA, Paulo de, op. cit., p. 78.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 120.

Art. 247. Presume-se a mulher autorizada pelo marido:

I. Para a compra, ainda a crédito, das coisas necessarias á economia domestica.

II. Para obter, por emprestimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.

III. Para contrahir as obrigações concernentes á industria, ou profissão que exercer com autorização do marido, ou supprimento do juiz.

Parapho unico. O supprimento judicial da autorização (art. 245) valida os actos da mulher, mas não obriga os bens proprios do marido (arts. 235, 269 e 275).¹³⁶

O inciso III reforçava o mencionado art. 246, o qual foi complementado pelo Estatuto:

Comparação do art. 246 – Quadro 3

Código Civil de 1916 ¹³⁷	Estatuto da Mulher Casada ¹³⁸
Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, terá direito a praticar todos os actos inherentes ao seu exercício e á sua defesa, bem como a dispor livremente do producto de seu trabalho.	Art. 246. A mulher que exercer profissão lucrativa, distinta da do marido terá direito de praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e a sua defesa. O produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242.
	Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere êste artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.

Fonte: autoria nossa

Em comparação com o disposto nas Ordenações Filipinas, houve avanço legislativo ao se permitir que mulheres fossem aptas a exercerem juízo arbitral (art. 1.043)¹³⁹, revogando

¹³⁶ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, pp. 122-123.

¹³⁷ Ibid., p. 122.

¹³⁸ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sôbre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019, grifos nossos.

o disposto no art. 15, § 4º, do Decreto n. 3900, de 26 de junho de 1867¹⁴⁰. Outra inovação foi conceder a capacidade de as mulheres serem testemunhas em testamento¹⁴¹ sem as restrições das Ordenações. Além disso,

O título VI tracta da tutela, curatela, e ausência, regulando taes assumptos de modo mais positivo e consentaneo com o direito moderno: a mulher pode ser tutora, e mesmo, em caso de certo gráo de parentesco, tem direito de o ser; a irmãos orphãos manda-se dar um só tutor; é reconhecida a tutela do Estado sobre os menores abandonados, recolhidos a estabelecimentos especiaes, ou entregues a pessoas que se encarreguem da sua criação; volve-se á instituição do cofre dos orphãos; regulam-se claramente os encargos dos tutores, e a responsabilidade, assim directa como subsidiaria, do juiz; [...]”¹⁴².

A esposa, enquanto não separada judicialmente, teve preferência para exercer a curatela do marido (art. 454)¹⁴³. Não sendo a pessoa casada, esse encargo seria do pai, na falta deste a mãe, e, posteriormente, algum descendente maior de idade (§ 1º), priorizando-se os mais próximos na linha e, no mesmo grau, a preferência era do homem sobre a mulher (§ 2º).

As mulheres adquiriram a capacidade de serem tutoras de menores familiares na falta de tutor nomeado pelos pais (art. 416), começando pelos ascendentes (inciso I), irmãos (inciso II) e tios (inciso III), embora a preferência em cada grau fosse do sexo masculino e, na sua falta, o feminino.

Contudo, a legislação previa algumas situações em que permitiria a escusa do tutor nomeado (art. 414) e, neste rol taxativo, incluía as mulheres (inciso I), sem distinção quanto ao estado civil.

2.5 Código Civil de 2002 e legislações esparsas

O Código Civil de 1916 continha 21 artigos introdutórios. Para o Código de 2002, optou-se por uma estrutura diferente. Apesar de não haver essa parte introdutória, complementava-se pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a “Lei de Introdução

¹³⁹ Igualmente, a permissão foi estendida para “[...] o cego, o analphabeto, os estrangeiros, que ignorem a lingua nacional”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 399.

¹⁴⁰ BRASIL. **Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867**. Regula o Juizo Arbitral do Commercio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM3900.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁴¹ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. LI.

¹⁴² Ibid., p. XL.

¹⁴³ Redação ao art. 455: “Quando o curador for o conjuge, não será obrigado a apresentar os balanços annuaes, nem a fazer inventario, se o regimen do casamento for o da communhão, ou se os bens do incapaz se acharem descriptos em instrumento publico, qualquer que seja o regimen do casamento. § 1º Se o curador for o marido, observar-se-á o disposto nos arts. 233 e 239. § 2º Se for mulher a curadora, observar-se-á o disposto no art. 251, parágrafo único. § 3º Se for o pae, ou a mãe, não terá applicação o disposto no art. 435”. Cf. Ibid., p. 158.

ao Código Civil”¹⁴⁴. Porém, visto ser aplicada ao Direito brasileiro como um todo, sem se restringir ao âmbito cível, em 30 de dezembro de 2010, por força da Lei nº 12.376¹⁴⁵, a redação foi adequada ao propósito, renomeando essas regras gerais de “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro”.

Assim, a regra prevista no art. 8º da introdução do CC/1916 foi substituída pelo art. 7º da LINDB, estabelecendo que “a lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”¹⁴⁶. Alterou-se, assim, a regra da lei da nacionalidade para a lei do domicílio da pessoa.

A parte geral manteve a distinção entre as incapacidades relativa e absoluta, porém, além de reduzir as restrições, utilizou expressões menos discriminatórias. Em 1962, o Estatuto da Mulher Casada suprimiu o art. 6º, inciso II, que previa sua incapacidade relativa, e o legislador manteve essa igualdade.

Assim, o Código Civil alinhou-se à Constituição de 1988, a qual estabeleceu no seu art. 5º, I, que “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”¹⁴⁷.

Pela legislação civil, eram absolutamente incapazes (art. 3º) os menores de 16 anos (inciso I), sem distinção de sexo, as pessoas que não tivessem discernimento suficiente para a prática dos atos civis em decorrência de enfermidade ou deficiência mental (inciso II) e quem não pudesse, por qualquer motivo, exprimir sua vontade, transitória ou permanentemente (inciso III).

Em 2015, após a publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2016¹⁴⁸), são considerados absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos (art. 3º), sendo que a maioridade civil é obtida ao se completar 18 anos (art. 5º, CC/2002), sem qualquer distinção de sexo.

¹⁴⁴ BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹⁴⁵ Id. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010**. Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹⁴⁶ Id. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

¹⁴⁷ Id. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

¹⁴⁸ Id. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

A idade estabelecida para determinar a incapacidade relativa é entre 16 e 18 anos, tanto para homens quanto para mulheres, e essa incapacidade pode ser cessada em conformidade com o parágrafo único do art. 5º, preenchendo uma das seguintes hipóteses:

- I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;¹⁴⁹
- II - pelo casamento;
- III - pelo exercício de emprego público efetivo;
- IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;
- V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.¹⁵⁰

A emancipação prevista no inciso I antecipa o fim do pátrio poder na família, substituído pelo poder familiar, exercido em conjunto pelos pais. Por isso, apenas a autorização da mulher seria suficiente, mesmo havendo discordância do pai, se houvesse suprimimento judicial.

Quanto à capacidade para contrair núpcias, manteve-se a igualdade de idades para ambos os sexos. Conforme o art. 1.517, a idade mínima e comum é de 16 anos. Antes de atingida a maioridade civil, exige-se autorização dos pais ou dos representantes legais.

O art. 1.520, todavia, sofreu notável alteração após a edição da Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019. Até então, o *caput* estabelecia que “excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”.

Apesar da igualdade legislativa entre homens e mulheres no Código Civil e na Constituição Federal, este artigo continha conteúdo semelhante aos arts. 214 e 215 do CC/1916 e ainda repercutia segregações quanto aos sexos em dois pontos. Primeiro, quanto à imposição ou execução da pena por realização de crime.

O Código Civil fazia menção ao art. 107 do Código Penal, na parte geral, o qual elenca hipóteses de extinção de punibilidade:

¹⁴⁹ Em leitura sistemática, conforme o art. 9º, inciso II, tanto a emancipação autorizada pelos pais quanto por sentença judicial devem ser registradas publicamente.

¹⁵⁰ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

Comparação do art. 107 do Código Penal – Quadro 4

(continua)

Redação original de 1940 ¹⁵¹	Alteração de 1984 ¹⁵²	Após alteração de 2005 ¹⁵³
<p>Art. 107. O perdão do ofendido, nos crimes em que somente se procede mediante queixa, obsta ao prosseguimento da ação.</p> <p>§ 1º O perdão, no processo, ou fora dele, expresso ou tácito:</p> <p>I - se concedido a qualquer dos querelados, a todos aproveita;</p> <p>II - se concedido por um dos ofendidos, não prejudica o direito dos outros;</p> <p>III - se o querelado o recusa, não produz efeito.</p>	<p>Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:</p> <p>I - pela morte do agente;</p> <p>II - pela anistia, graça ou indulto;</p> <p>III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;</p> <p>IV - pela prescrição, decadência ou preempção;</p> <p>V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;</p> <p>VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;</p> <p>VII- pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste código.</p> <p>VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial</p>	<p>Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:¹⁵⁴</p> <p>I - pela morte do agente;</p> <p>II - pela anistia, graça ou indulto;</p> <p>III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;</p> <p>IV - pela prescrição, decadência ou preempção;</p> <p>V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;</p> <p>VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;</p> <p>VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)</p> <p>VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)</p> <p>IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.</p>

¹⁵¹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – redação original. Código Penal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 abr. 2019.

¹⁵² Id. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 11 abr. 2019, grifo nosso.

¹⁵³ Id. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

¹⁵⁴ Id. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

Comparação do art. 107 do Código Penal – Quadro 4

(conclusão)

Redação original de 1940	Alteração de 1984	Após alteração de 2005
	<p>requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração;¹⁵⁵</p> <p>IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.</p>	

Fonte: autoria nossa

Em 1984, os incisos VII e VIII foram inseridos, elencando as situações no qual o casamento da vítima, mulher, com o agressor ou terceiros extinguiu a punibilidade dos crimes contra os costumes (título VI), quais sejam: contra a liberdade sexual (capítulo I), sedução e corrupção de menores (capítulo II) e rapto (capítulo III).

O caso mais comum era a sedução (art. 217, CP), dentre a primeira classe dos crimes, permitindo que, casando a vítima com ele ou terceiros, o agressor não cumpriria pena pelo delito cometido. Os bens jurídicos tutelados eram a moral e sexualidade, principalmente com relação às mulheres.

Apenas em 2005¹⁵⁶ e 2009¹⁵⁷ foram realizadas grandes mudanças, respectivamente, descriminalizando a sedução e o rapto, e, posteriormente, renomeando o título VI para “Dos crimes contra a dignidade sexual”, o capítulo I para “Dos crimes contra a liberdade sexual” e o capítulo II para “Dos crimes contra vulnerável”. Nota-se como a linguagem utilizada pelo

¹⁵⁵ A norma de 1984 parece mais absurda do que regras do século anterior, quando, por exemplo, vedava-se “[...] o casamento em virtude do crime: Entre o conjuge que mata o outro conjuge e o cumplice com quem concertara o crime para o fim de se casarem. Entre o adúltero e seu cumplice, tendo havido promessa, ainda em vida do conjuge innocente, de se casarem. Entre o conjuge adúltero e o cumplice do adúltero, tendo sido a morte do conjuge innocente causada por um ou por ambos elles, para o fim de se casarem. Entre o raptor e a raptada, salvo se a raptada posta em liberdade, consente. Entre catholicos e pessoas que não são baptisadas. A’ estes de que trata Lafayette, acrescenta Loureiro §66: Os que laboram no impedimento *ligaminis*, isto é aquella ou aquella cujo conjuge ainda vive”. Cf. BRASIL. Legislação brasileira. **Casamento civil**: decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890. Commentado e anotado por Oscar de Macedo Soares. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890, p. 35, grifos do autor.

¹⁵⁶ Id. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

¹⁵⁷ Id. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

legislador influencia como se percebe o bem juridicamente tutelado, diminuindo o estigma anterior.

O segundo ponto sobre a distinção entre os sexos no art. 1.520 do CC/2002 consiste no tocante à gravidez descrita na parte final do artigo. Apesar de não discriminar se a gravidez era da menor ou de mulher maior engravidada por menor, a norma continha discriminação em razão do sexo. Conforme os motivos nas exposições da alteração legal, explica a relatora deputada Carmen Zanotto:

De acordo com a autora [deputada Laura Carneiro], o Brasil é o quarto país em números absolutos com mais casamentos infantis no mundo, havendo três milhões de mulheres que afirmaram ter casado antes dos 18 anos. Diz haver diversos estudos que mostram a correlação entre o casamento precoce, a gravidez na adolescência, o abandono escolar e a exploração sexual da mulher e que uma das propostas sugeridas por estudos recentes para resolver o problema está justamente na eliminação de brechas legais para o casamento infantil.

[...]

No tocante ao mérito, conforme muito bem ressaltado pela Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, uma pesquisa recente do Banco Mundial mostra que há um incremento de 14% nas taxas de matrícula de mulheres no ensino médio em países que não admitem exceção ao casamento infantil. A mesma pesquisa mostra ainda que o coeficiente de emprego feminino em relação ao da população em geral é mais alto em países que não admitem o casamento antes da idade de 18 anos.

Infelizmente, contudo, o casamento infantil ainda é uma realidade no Brasil, o que acaba por privar as meninas de terem um desenvolvimento físico e psicológico saudável. Mais, constitui um fator de perpetuação da pobreza e de reprodução das desigualdades, que joga por terra os esforços da nação de promover uma maior inclusão social.¹⁵⁸

A Lei nº 13.811¹⁵⁹, publicada em 12 de março de 2019, alterou de imediato a redação do art. 1.520 do CC/2002, vedando, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade mínima prevista no art. 1.517 – ou seja, 16 anos, para todos os sexos.

Apesar das normas igualando os direitos e os deveres entre homens e mulheres, ainda há normas discriminadoras. Dentre os negócios jurídicos, a coação possibilita a anulação, e tem como um dos critérios o sexo (art. 152).

Além disso, dentre as situações que permitem escusar-se de serem tutores (art. 1.736), o primeiro inciso elenca as mulheres casadas.

A tentativa do legislador de sepultar as regras jurídicas que já não mais existiam, no entanto, não foi de todo feliz, pois alguns dispositivos que denotam tratamento discriminatório ainda se encontram na nova lei.

¹⁵⁸ BRASIL. Comissão de Seguridade Social e Família. **Projeto de lei nº 7.119, de 2017**. Confere nova redação ao artigo 1520 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, de modo a suprimir as exceções legais ao casamento infantil. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1650318&filename=Tramitacao-PL+7119/2017. Acesso em: 12 abr. 2019, pp. 1-2.

¹⁵⁹ Id. **Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019**. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

[...]

Persiste o tratamento discriminatório no inc I do art. 1.736, ao admitir que as mulheres casadas possam escusar-se da tutela. O dispositivo é inconstitucional por tratar desigualmente o homem e a mulher, já que não é assegurado ao marido igual possibilidade. As claras que tal prerrogativa traz o ranço do regime de submissão, que condicionava a vontade da mulher à vênua do marido. Ou seja, a mulher não tem a liberdade de aceitar a tutoria, tanto que o simples fato de ser casada a autoriza a declinar do encargo.

[...]

A manutenção de dispositivos na nova lei, cuja inconstitucionalidade já vinha sendo decantada pela jurisprudência demonstra a resistência do legislador em se afastar do modelo de família que o Código anterior retratava, mas que não mais serve para identificar as atuais estruturas familiares.¹⁶⁰

Percebe-se tratar de um resquício da legislação antiga, em que as mulheres casadas eram relativamente incapazes, dependiam da autorização do marido para realizar a maioria dos atos civis e era considerada a cuidadora do lar conjugal e dos filhos. Com relação ao Código Civil de 1916, diferia por restringir às mulheres casadas, pois, anteriormente, só se mencionavam mulheres, sem referência ao estado civil.

Interpretando essa norma sistematicamente, é inconstitucional. Apesar de diversos projetos de lei considerarem essencial a supressão deste inciso I (PL 6960/2002 proposto pelo Deputado Ricardo Fiuza do PPB-PE, PL 276/2007 pelo Deputado Léo Alcântara do PSDB-CE, PL 825/2011 pelo Deputado Givaldo Carimbão do PSB-AL) e a renumeração dos demais sob esta justificativa, os dois primeiros projetos de lei foram arquivados e o último teve sua proposição retirada pelo autor, de modo que a norma ainda não foi revogada, continuando vigente.

2.6 Considerações gerais

Ante o exposto, analisam-se as situações elencadas. Nas Ordenações Filipinas, a mesma idade determinava a capacidade civil plena (25 anos), porém, nas demais situações, estabeleciam-se tempos diferentes, sempre com menor idade para as mulheres que para os homens. Isso significa que a legislação protegia mais o homem do que a mulher pelo período de dois anos, pois os absolutamente incapazes eram mais protegidos que os relativamente incapazes, e o mesmo acontecia com relação à plena capacitação.

As mulheres com mais de 12 anos já receberiam tutor ao invés de curador, possuíam capacidade de fazer e de testemunhar testamento e codicilo, enquanto que para os homens, estabelecia-se a faixa etária de 14 anos. Além disso, a carta de suplemento era concedida para

¹⁶⁰ DIAS, Maria Berenice. **A mulher no código civil**. Publicado em 31 ago. 2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 14 mai. 2019, p. 4.

elas após os 18 anos; enquanto que, para eles, apenas após os 20. À primeira vista, parece que o legislador considerava as mulheres aptas mais cedo do que os homens para realizar alguns atos da vida civil.¹⁶¹

Contudo, as vantagens cessam nesse ponto. Afinal, as mulheres casadas eram consideradas incapazes e seu direito de realizar procuração era adstrito ao de seu marido. A legislação restringia valores de doação, limitando pela metade quando se tratasse de mulher que vivesse sem homem, como se fossem compensadas por uma possível falta de orientação.

Outra contradição encontrada concerne quanto às testemunhas em testamentos, pois, ao mesmo tempo em que a norma permitia que as mulheres realizassem tais atos, na verdade, a regra geral era que só homens testemunhavam. Essa condição era estendida ao sexo feminino em situações muito excepcionais, como testamentos nuncupativos ou em caso de guerra, somente para viabilizar a disposição de última vontade, quando não se poderia exigir muitos homens à volta. Por algum motivo não explicado nas doutrinas, não se restringia o testemunho de mulheres em codicilos.

Já na Consolidação, manteve-se a igualdade de aquisição da capacidade civil aos 21 anos (após 1831), bem como a desigualdade na incapacidade relativa e na emancipação, preservando-se os parâmetros anteriormente vistos.

Acrescentou-se, por outro lado, a possibilidade de as mulheres com procuração extrajudicial terem mais poderes do que suas próprias capacidades permitiriam se fossem casadas, pois, nessa situação, teriam os mesmos poderes que o outorgante.

Percebe-se como o casamento, em certo sentido, prejudicava as mulheres. Se esta fosse sócia, passava a ser representada pelo marido após o casamento, o que parece incongruente na mentalidade atual, ainda mais sopesando-se pelo viés da restrição de retirar direitos adquiridos.

No Esboço, Augusto Teixeira de Freitas propunha a manutenção da maioridade e da aquisição da plena capacidade aos 21 anos sem distinção, mas não definiu idade para diferenciar as incapacidades. Optou por diferenciá-las por meio do grão de aptidão, de modo que seria possível homens e mulheres com diferentes idades e diferentes capacidades. Na prática, seria complicado para estabelecer a validade dos atos.

¹⁶¹ Essa diferença etária decorre da classificação utilizada no Direito romano e, posteriormente, no Direito canônico: “o elemento biológico, também presente na concepção de casamento, manifesta o lado prático dos romanos: a procriação. Os cidadãos tinham o dever de casar a fim de procriar, em justas núpcias, crianças que, sendo legítimas, perpetuariam o corpo cívico. O homem deve ser púbere e a mulher núbil – *viripotens* –, isto é, o homem deve ter 14 anos e a mulher, 12”. LEITE, Eduardo de Oliveira. A “*affectio maritalis*” e a união livre: atualidade do direito romano. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990, p. 245-260, p. 250.

No caso da mulher, ela só seria considerada plenamente capaz enquanto atingisse a idade mínima legal e não se casasse, caso contrário, essa capacidade seria restaurada só com a dissolução do matrimônio, fosse por morte do cônjuge, anulação do casamento, divórcio, ou em caso de incapacidade mental posterior do marido. Ou seja, apesar de o casamento ser uma hipótese de emancipação, a premissa não necessariamente se aplicava ao sexo feminino, especialmente se decorresse do matrimônio.

Assim como nas Ordenações a capacidade de testemunhar da mulher dependia da situação, no Esboço, previa-se a possibilidade de permitir o testemunho particular, mas não por instrumento público. Porém, essas legislações diferenciavam-se quanto à flexibilidade, pois, na primeira, lei em algumas situações emergenciais essa capacidade era estendida à mulher, mas não era assim no Esboço.

O Código Civil de 1916 elencava com maior clareza as situações em que havia reciprocidade na necessidade de autorização conjugal. Entretanto, separadamente, havia menos restrições aos homens.

Quanto à capacidade, foi na vigência desse Código que houve a maior alteração legislativa. Além de não diferenciar por sexo a idade dos plenamente e dos absolutamente incapazes, o Estatuto da Mulher Casada revogou a incapacidade da mulher casada. Desse modo, muitas restrições foram revogadas, inclusive a distinção das testemunhas em testamentos.

Esse avanço foi mantido no Código Civil de 2002, preservando a mesma faixa etária para a maioridade civil (apenas reduzindo de 21 para 18 anos) e para a determinação da incapacidade relativa (a partir dos 16 anos) independentemente do sexo. Assim, desde 1962, a emancipação das mulheres, casadas ou não, confere a elas plena capacidade civil.

3 A MULHER NA FAMÍLIA: TRATAMENTO JURÍDICO SOBRE CASAMENTO, SEPARAÇÃO, FILIAÇÃO E DIVÓRCIO

3.1 Ordenações Filipinas

O casamento é uma das instituições mais importantes, considerado “[...] base da família, que, por sua vez é o fundamento da sociedade”¹. Consequentemente, a matéria é bastante regulamentada, inclusive nas Ordenações.

Oscar de Macedo Soares, em comentários à Lei do Casamento Civil, dividiu essa instituição entre três sistemas a serem escolhidos pelo Estado. O primeiro é predominantemente religioso e empresta dos requisitos contratuais apenas o consentimento dos nubentes, considerando que a autoridade competente para celebrar e se manifestar sobre a validade é a religiosa, “limitando-se a legislação temporal a definir-lhes os efeitos puramente civis”².

Já o segundo é um contrato puramente civil, sem intervenção religiosa, permitindo que “do mesmo modo que se contrahe, se dissolve o vinculo do matrimonio pela simples vontade dos conjuges, que nas clausulas do contracto poderão até estabelecer o numero de annos de duração da sociedade!”³.

O terceiro consiste num sistema em que leve os dois pontos em consideração, predominando as regras civis sem desprezo total da religião. Nesse caso, “compete ao Estado regular a forma, as condições, os efeitos e todas as relações jurídicas e moraes que do acto dimanam, mas podem os contrahentes, se o quiserem, realizar os preceitos da religião que professarem”⁴.

Este último costuma ser composto pelo casamento indissolúvel, decorrente da influência religiosa, no qual há um divórcio apenas com a separação de corpos e de bens, somente sendo possível contrair novas núpcias após anulação, nulidade ou morte do outro cônjuge.⁵ As formalidades, todavia, são civis, independentemente de cumpridos os requisitos cerimoniais religiosos.

¹ BRASIL. Legislação brasileira. **Casamento civil**: decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890. Commentado e annotado por Oscar de Macedo Soares. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890, p. 1.

² Ibid., p. 3.

³ Ibid., p. 3.

⁴ Ibid., p. 3.

⁵ Os bigamos, pela regra geral do L. V, T. XIX, eram condenados à morte.

No Brasil, a primeira modalidade, predominantemente religiosa, foi a que vigeu até 1890⁶, quando havia outra subdivisão: 1) casamento católico (“[...], celebrado conforme o Concílio de Tridentino e a Constituição do Arcebispado da Bahia”⁷; 2) casamento misto (entre católico e acatólico, celebrado de acordo com as formalidades do Direito Canônico); 3) casamento conforme as premissas de outras religiões⁸.

Visando a aceitação e inserção na sociedade dos estrangeiros, bem como para estimular a vinda de imigrantes, os quais possuíam religiões diferentes da oficial, fez-se necessária a edição da Lei do Casamento Civil⁹, instituindo a obrigatoriedade do casamento civil, ao mesmo tempo em que se permitia a liberdade religiosa.¹⁰ Pelo art. 1º dessa Lei, os nubentes precisavam de “autorização das pessoas, de cujo consentimento dependerem [...], se forem menores ou interdictos”¹¹ (§ 3º) e a idade mínima era de 14 anos para as mulheres e 16 anos para os homens (art. 2º, § 8º).¹²

Conforme as Ordenações, casamentos não precisavam ser feitos por escritura pública se não houvesse tabelião nas proximidades (L. III, T. LIX, § 21). Nesse caso, bastava uma escritura particular assinada na presença dos pais, tutores ou curadores, além de quatro testemunhas. Caso o matrimônio não fosse realizado no período de um mês, para não perder sua validade, deveria ser registrado publicamente (Lei de 6 de Outubro de 1784, § 2º¹³). Esse

⁶ A religião diferente da católica era, inclusive, uma das hipóteses em que os filhos poderiam deserdar os pais “hereges” (L. IV, T. XC, § 7º). Para maiores informações sobre algumas das formalidades religiosas, ver: ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, pp. 832-833.

⁷ BRASIL. Legislação brasileira. **Casamento civil**: decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890. Commentado e annotado por Oscar de Macedo Soares. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890, p. 4.

⁸ O casamento misto e, principalmente o acatólico, eram vistos com receio, pois, “tendo o Brasil uma religião privilegiada e garantida pela lei fundamental, resultava desse inconveniente que os casamentos não contrahidos de accôrdo com os preceitos da religião official, se não eram considerados verdadeiros concubinatos, não gosavam pelo menos do prestígio e confiança que inspiravam os catholicos”. Cf. *Ibid.*, p. 5.

⁹ O primeiro projeto de lei foi apresentado em 19 de julho de 1858, sendo o divórcio um dos pontos mais controversos. Para mais informações sobre os debates e os trâmites legislativos, ver: *Ibid.*, pp. 6-18.

¹⁰ A partir da vigência da Constituição de 1891, porém, passou-se a reconhecer somente o casamento civil (art. 72, § 4º). Cf. *Id.* **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

¹¹ BRASIL. Legislação brasileira. **Casamento civil**: decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890. Commentado e annotado por Oscar de Macedo Soares. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890, p. 20.

¹² Sobre a determinação de idades, “No direito visigotico, não se exigia idade fixa (quantificação) para o casamento; bastava que os esposos fossem habeis para a procriação. Mas **prohibia-se que a mulher fosse mais velha que o varão** (Cod. visig., Lib. III, tit. I, L. 3)”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 83-84, grifo nosso.

¹³ BRASIL. **Lei de 6 de outubro de 1784**. Regula a solemnidade dos esponsaes, e providência acerca das querellas de estupro. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14pa1029.htm>>. Acesso em: 9 mai. 2019.

contrato, como fica claro pela lei que o complementa, são os esponsais, a promessa de casamento que poderia ou não se realizar.

Quanto ao termo inicial para produção de efeitos do casamento,

segundo a Ord. do Liv. IV, tit. 46, § 1º, a comunhão de bens só se iniciava depois de se haver consumado o casamento. O Decreto n. 181, de 1890, art. 57, fixava o dia seguinte ao do casamento, salvo se se não consumasse. O Código Civil afastou a discussão: o regime de bens (em geral), começa da data do casamento, e é irrevogável.¹⁴

Consumado o casamento (“per copula”¹⁵), a mulher era meeira de todos os bens que ambos os cônjuges possuísem (L. IV, T. XLVI, § 1º). Se esta falecesse primeiro, o marido teria, inclusive, o direito de continuar a contar posse velha.

Todavia, alguns casamentos dependiam de autorização do Império. As mulheres (no caso, chamadas de “femeas”) que possuísem quaisquer bens, rendas ou direitos acima de cinquenta mil réis, independentemente do modo de aquisição (doação ou sucessão) deveriam se casar com pessoas que servissem ou fosse do contento do Rei (L. II, T. XXXVII).

Na falta de permissão ou existente a coabitação sem casamento (“[...], havendo ajuntamento carnal com qualquer outra pessoa, vivendo deshonestamente”), a sanção era perder tais posses. A justificativa prevista na própria legislação é que tal proteção seria em prol do próprio Reino, à honra do país e dos descendentes. Essa norma, todavia, não se confunde com eventuais cláusulas de condições à doação.

Igualmente, a pena de perdimento de bens era imposta aos homens (L. V, T. XVI), agravando-se a sanção caso a mulher fosse virgem ou viúva, devendo pagar a ela dote (§ 1º). Entretanto, caso o homem oferecesse casamento e a mulher, bem como “[...] o morador da caza, a quem tal offensa fôr feita”¹⁶ (§ 3º), não haveria sanção. Nos comentários, explica-se que “esta doutrina he melhor, e mais sensata do que a do nosso Cod. Crim. que deixará á vontade do corruptor a escolha do casamento”¹⁷.

A norma, claramente, visava tutelar a integridade moral da mulher, permitindo-lhe a escolha de realizar ou não o enlace matrimonial, geralmente após a aprovação do pai, que exercia o pátrio poder. Tanto é esclarecido no L. V, T. XVII, pois em se tratando de parentes

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 400.

¹⁵ Afinal, nesse contexto histórico e legislativo, “a falta de cópula torna o casamento simplesmente *rato*, e não *consummado*. A prova deste facto faz-se por meio de testemunhas”. Não bastava, porém, que o ato fosse realizado anteriormente às núpcias, mesmo que o casamento legitimasse os filhos anteriores. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 833.

¹⁶ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. V, p. 1166.

¹⁷ Ibid., p. 1166.

(descendentes ou ascendentes), ambos eram condenados a serem queimados e “[...] feitos per fogo em pó”¹⁸. O homem era igualmente condenado à morte se cometesse estupro de qualquer mulher, exceto comprovando-se tratar de prostituta (L. V, T. XVIII).

Em algumas situações, o dever de criação e os custos eram compartilhados entre os pais, conforme a norma geral do T. XCIX, L. IV: “nascendo algum filho de legitimo Matrimonio, em quanto durar o Matrimonio entre o marido e a mulher, elles ambos o devem criar ás suas proprias despesas, e dar-lhe as cousas, que lhe forem necessarias segundo seu stado e condição”¹⁹.

Porém, se os cônjuges se separassem, antes de a criança completar três anos, à mãe cabiam amamentação e cuidados que não causassem despesas, as quais eram de responsabilidade do pai. Caso a mãe não pudesse cumprir sua obrigação por falta de leite, por motivos de saúde, ou “por ser de qualidade” (seja por título de nobreza ou pelo costume herdado de não amamentar), justificava-se que a alimentação também deveria ser custeada pelo genitor. Não importava se o filho em questão era legítimo (*caput*) ou ilegítimo (§ 1º). Se a mãe arcasse com algum gasto nesse período de três anos, tinha o direito de cobrar do pai o ressarcimento (§ 1º).

Não tendo o pai condições econômicas suficientes, os bens do menor cobririam as despesas. Na ausência destes, a responsabilidade incidiria sobre a mãe, considerando suas condições financeiras (§ 2º).

Falecendo o pai e sendo a mãe tutora, seguiam-se as premissas gerais: ela somente teria gastos se os bens da criança não fossem suficientes (§§ 2º-4º). Se não o fossem, ainda lhe caberia o direito de restituição (§ 5º), a não ser que não fizesse protesto algum,

[...] pois sem protestaçaõ a fez, presume-se, que sua tençaõ e vontade foi fazel-a de sua própria fazenda, e não do filho, salvo sendo o filho muito rico, e a mãi pobre, e a despesa grande por respeito da qualidade da pessoa e de seu patrimonio. Porque neste caso a poderá repetir, sem ter para isso feito protestaçaõ.

E fazendo ella alguma despesa com a pessõa do filho com protestaçaõ de a cobrar depois pelos bens do dito filho, poderá tudo cobrar e haver pelos bens delle, salvo a despesa, que fizer em o criar de leite até trez annos.²⁰

Se, por algum motivo, a mãe não tivesse as qualidades morais exigidas e condições econômicas suficientes, o filho seria amamentado por uma ama até completar os três anos. As despesas seriam pagas pelos bens do menor ou, subsidiariamente, da mãe, até cessar a minoridade (L. I, T. LXXXVIII, § 10).

¹⁸ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 1166.

¹⁹ Ibid., pp. 985-986.

²⁰ Ibid., pp. 889-890.

A regra era que a mulher criava os filhos tidos dentro do casamento até os três anos ou enquanto não se casasse novamente (§ 10). Caso os filhos fossem de fora do matrimônio, deveriam ser cuidados pelo pai (§ 11).

Pelo preceito do L. IV, T. CII, § 3º, mulheres não podiam exercer a função de tutora ou curadora mesmo se manifestassem sua vontade nesse sentido. Excepcionalmente, falecendo o pai sem designar em testamento tutor ou curador para os filhos, poderia a mãe ou a avó exercê-lo, conquanto vivessem honestamente, não contraíssem novas núpcias e os bens do menor não fossem em quantia superior a sessenta mil réis. Deveriam prestar contas a cada dois anos (L. I, T. LXII, § 37)²¹.

Além disso, com a morte de um dos cônjuges e havendo filhos ou netos menores, o supérstite tinha até 12 meses para iniciar o inventário, sob pena das sanções impostas no L. I, T. LXXXVIII, § 8º²². Para todos os ascendentes, a regra geral era a exclusão da herança. Sendo do sexo masculino, privava-se do usufruto e, sendo do sexo feminino, retirava-se a possibilidade de ser tutora do menor.

O estado civil da mulher e sua religião também intervinham na sua capacidade em exercer a função de tutora ou curadora.

E tiver mãe.

Pertencendo a mãe a uma religião diferente do filho, será admittida à tutela? Barbosa no *com.* n. 2 responde negativamente.

Querendo a mãe do menor ser sua Tutora, he preferida a qualquer pessoa, inclusive a avó ou avô paternos [...], comtanto que seja habil de servir na Tutoria, viva honestamente e se conserve na viuvez.

Cumpre porem notar que a mãe menor de 21 annos, não pode ser Tutora, e menos readquirir a Tutoria completando depois a idade [...].²³

Caso se casassem novamente, deveriam requerer que uma nova pessoa exercesse a responsabilidade, além de devolverem todos os bens do menor e renunciarem²⁴ quaisquer outros direitos e privilégios que obtiveram (L. IV, T. CII, § 3º).

²¹ O mesmo prazo legal era designado a tutores e curadores dativos (L. I, T. LXXXVIII, § 49).

²² O referido § 8º continuava a dispor sobre o prazo que “[...] não o fazendo assi dentro no dito tempo e pelo modo que dito he, o pai ou avô, que o assi não fizer, por esse mesmo feito será privado da herança dos filhos, ou descendentes, que ao tal tempo tiver, para nunca mais em tempo algum lhes poder succeder; e mais se for seu pai, será privado do uso e fructo de seus bens. E se for mãe, ou avó, além da privação da herança, nenhuma dellas poderá ser sua Tutor, nem ter mais seus filhos em sua governança”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. I, p. 210.

²³ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 998.

²⁴ Sobre a renúncia dos direitos das mulheres, estabelecia-se no mesmo § 3º, T. CII, do L. IV que “[...] renunciarão perante o Juiz o beneficio da Lei do Velleano, a qual diz, que nenhuma mulher póde ser fiador, nem obrigar-se por outrem, a qual a Lei lhes será declarada qual he, e o favor, que por ella lhes he dado”. Cf. *Ibid.*, p. 999.

Mesmo se essa mulher ficasse viúva novamente, não poderia recuperar o seu papel anterior em tutoria ou curadoria dos filhos (L. IV, T. CII, § 4º). A justificativa à época era de cunho religioso e moral:

A L. de 9 de Setembro de 1769, roborando esta disposição, e a do § precedente, assim dispôz no § 29:

«Ainda tem sido mais prejudiciaes as desordens causadas pelas mulheres, que ficando viúvas com filhos, ou com netos, se deixão alliciar para passarem a segundas nupcias pelos vadios, e enbiçosos, que não buscão o estado do Matrimonio para os santos fins, que a Igreja ensina, mas sim, e tão somente para se arrogarem á administração, usurpação, e delapidação dos bens das ditas viúvas, e de orfãos seus filhos, ou seus netos.

«Obviando tambem aos quotidianos clamores dos oprimidos com semelhantes casamentos: Estabeleço primeiramente que todas as mulheres, que tendo *filhos* ou *netos* passarem a segundas, ou terceiras nupcias, em idade de ter ainda sucessão, sejam desapossadas dos bens das legitimas paternas, e maternas desses filhos, ou netos, e de quaesquer outros a elles pertencentes; nomeando-se para ellas pela Meza do Dezembargo do Paço um administrador chão, e abonado, no caso de serem menores; e sendo maiores se lhes entregue desde logo tudo, o que lhes pertenceria, se mortas fossem as referidas mãis.²⁵

Numa suposta proteção das mulheres e de seus herdeiros, ela era privada da administração de seus bens ao contrair novos casamentos, os quais eram julgados como contrários aos preceitos morais e religiosos da época, apesar de permitidos no caso da viuvez. O fato de serem legalizados não os impedia de serem discriminados.

Todavia, mesmo quando capaz legalmente, a mulher não era obrigada a ser tutora ou curadora, tendo o direito de escolha. A preferência pela mãe era justificada pelo amor maternal, porém, tratava-se de instituto sujeito a todas as regras gerais, inclusive prestação de contas²⁶ e o dever de possuir bens suficientes ou de prestar caução para administrar os bens do menor²⁷. Com relação às ascendentes, não havendo mãe ou avó vivas, poderia requerer o papel a bisavó.

Todavia, ainda prevalecia a escolha masculina, quando possível. Assim, no caso da avó ou bisavó, seriam preferidos o avô ou bisavô. Além disso, privilegiava-se a linhagem paterna sobre a materna, “[...] ainda que outros sustentem que neste caso deve a Tutoria correr por ambos”²⁸.

²⁵ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 1000, grifos do autor.

²⁶ *Ibid.*, pp. 998-999.

²⁷ Conforme o L. IV, T. CII, § 5º, a regra a todos é que “E não sendo abonado, se jurar aos Santos Evangelhos, que não tem, nem póde achar fiador, tendo feita toda a diligencia em o buscar, se o Juiz houver per verdadeira informação, que elle he pessoa honesta e digna de fé, e que bem rege e governa sua pessoa e fazenda, de que razoadamente se deva e possa fiar a pessoa e bens do orfão, concorrendo todas estas cousas, seja relevado da fiança, e seja constrangido a reger e administrar a dita Tutoria”. Cf. *Ibid.*, p. 1002.

²⁸ *Ibid.*, p. 999.

Outra situação era a curatela dos pródigos e outras pessoas consideradas relativamente incapazes, como o menor de 25 anos (ou 21 após 1831). A ordem de preferência estabelecida no L. IV, T. CIII era primeiro pelo pai (*caput* e § 1º), considerando a esposa apenas se esta preenchesse os requisitos de “viver honestamente, e tiver entendimento e discrição, e quizer tomar carrego de seu marido”²⁹ (§ 2º).

Mesmo que o casamento encerrasse o pátrio poder, este era tão forte que o genitor era priorizado em relação à esposa do considerado incapaz para exercer o papel de curador. Se o pai fosse falecido e a pessoa em questão solteira ou viúva, o encargo era designado ao avô, considerando primeiro o da linha paterna, e, posteriormente, o de linhagem materna (§ 4º).

Na ausência de ascendentes, buscar-se-iam descendentes, mais especificamente filho do sexo masculino maior de 25 anos (ou 21), ou então algum irmão, priorizando o mais velho. Por último, designavam-se outros parentes, partindo dos mais próximos da linha paterna ou, finalmente, uma terceira pessoa idônea (§ 5º).

Enquanto casados, estivesse a mulher “[...] a esse tempo seja em poder do marido, quer apartada delle”³⁰, poderia demandar judicialmente sem a procuração do marido para requerer revogação dos bens que este doasse à barregã³¹ ou “[...] á qualquer outra mulher, com que tenha carnal affeição”³² (L. IV, T. LXVI, *caput*). Vencendo a demanda, possuiria totalmente a propriedade e a administração do bem, sem nada pertencer ao marido, “como se não fosse casada” (L. IV, T. LXVII, *caput*).

E tudo isto, que temos dito na doação, feita pelo homem casado a sua barregãa, haverá lugar na cousa, que por elle á ella fôr vendida, ou apenhada, ou per outro qualquer modo traspasada, ou que a barregãa, fugindo-lhe, levasse furtada, ou roubada; e em estes casos a mulher a poderà demandar e haver, sem por ella pagar preço algum. Porque de presumir he, que a tal alheação foi feita conluosamente, por o marido defraudar sua mulher.³³

Pela expressão final, “defraudar sua mulher”, depreende-se que o benefício estendido à mulher casada decorria do sacramento e das ideias morais em torno do casamento, como os deveres de lealdade recíproca.

O prazo prescricional não fluía durante a convivência, iniciando-se a contagem do prazo de quatro anos contados da morte do marido ou de quando o casal se separasse. Caso a

²⁹ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 1005.

³⁰ Ibid., p. 871.

³¹ Mulher com quem tinha união amorosa não formalizada.

³² ALMEIDA, Candido Mendes de, op. cit., p. 870.

³³ Ibid., p. 871.

mulher falecesse antes, a capacidade era transmitida aos herdeiros, os quais tinham quatro anos após a morte da mãe para demandar judicialmente (L. IV, T. LXVI).

Sobre a doação, dentre as hipóteses de revogação, uma se referia especificamente à mulher que beneficiasse filho do primeiro casamento (L. IV., T. LXIII). Caso ela contraísse segundas núpcias, poderia revogar se o filho realizasse um desses três atos de ingratidão: ato atentatório contra a vida da mãe, agressões físicas ou se ele “ordenou alguma coisa em perda de toda sua fazenda”³⁴. O § 6º era um rol taxativo.

E não poderá revogar essa mãe em outro caso algum a doação, feita a seu filho, por outra causa de ingratidão; por quanto he presumpção de Direito, que, pois ella se casou com outro marido depois da doação feita, facilmente a seu requerimento se moveria a revogal-a: e por tanto lhe foram coarctadas as causas de ingratidão, porque podesse revogar a dita doação.³⁵

A ela, então, não se aplicavam situações como injúria (§ 1º), ações desonrosas (§ 2º), tentativas do donatário de causar-lhe grande perda ou dano, ainda que sem prejuízos reais (§ 3º), tentativas de causar perigo ou dano à vida ou à integridade física do doador (§ 4º) ou por descumprimento de promessa do donatário (§ 5º). As situações designadas à mãe eram mais graves, não sendo suficientes meras tentativas de causar-lhe prejuízo.

Em algumas situações, o marido dependia da outorga da mulher. Por exemplo, poderia se obrigar a prestar fiança, porém, sem o aval da esposa, a parte dos bens que caberiam à meação dela não responderiam à obrigação, nem os bens que pertenciam à mulher em razão dos bens dotais contratualmente estipulados (L. IV, T. LX).

Além disso, ele não poderia vender bens imóveis³⁶ sem a outorga uxória, por meio de procuração ou consentimento expresso por meio de procuração pública, sob pena de nulidade (L. IV, T. XLVIII, *caput*). Do mesmo modo, se o terceiro adquirente, de má-fé, sabia que o homem era casado e relevou a outorga da esposa, perdia o bem e precisaria devolver os frutos recebidos, descontados os custos que teve para obter tais frutos (L. IV, T. XLVIII, § 6º).

Para revogar judicialmente, todavia, primeiro a mulher deveria buscar a autorização do marido, e, sem o consentimento deste, seria emitida uma Carta do Poder Judiciário admitindo a mulher a demandar (L. IV, T. XLVIII, § 2º). Nas próprias normas das Ordenações mencionava-se como era o papel da mulher na família naquela época:

E post que se allegue, que a mulher consentio, e outorgou na venda, ou alheamento caladamente, tal outorga tacita não valha, nem seja algum admittido a allegar, salvo

³⁴ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 865.

³⁵ *Ibid.*, p. 865.

³⁶ Chamados “bens de raiz” e, nesse caso, incluíam as apólices da dívida pública. Todavia, as benfeitorias nos imóveis, bem como as embarcações, eram consideradas bens móveis. Cf. *Ibid.*, p. 835.

allegando outorga expressa, e provando-a; **porque muitas vezes as mulheres por medo, ou reverencia dos maridos deixam caladamente passar algumas cousas, não ousando de as contradizer por receio de alguns scandalos e perigos, que lhes poderiam vir.**³⁷

Este trecho evidencia a inferioridade da mulher no âmbito familiar com relação ao papel de poder do marido, tema que muitas vezes é apenas inferido pelo contexto. Sobre a justificativa desse poder marital:

Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos conjuges. Sem esta criação surgiriam diariamente conflictos que, não achando solução prompta, entreteriam no seio da família perpetua perturbação.

Desta necessidade resultou a formação do *poder marital*. cuja denominação provém de ter sido elle exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exerce-lo. (4)

O marido figura na scena juridica debaixo de três caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como sócio com direitos seus, e finalmente como representante da mulher em tudo que diz respeito aos direitos e interesses particulares della³⁸.

O legislador não apenas reconheceu essa realidade, especialmente considerando o trecho em que se mencionam o medo e a reverência, como utilizou algumas normas em defesa das mulheres para protegê-las diante de tal desequilíbrio. Afinal, conforme os comentários feitos à obra, reconheceu-se que “a mulher ou seus herdeiros podem rescindir o contracto até pelo **mêdo presumido**”³⁹.

Quanto à alienação, não importava se o regime escolhido era “carta de ametade”, dote ou arras⁴⁰ (L. V, T. XLVIII, *caput*). A exceção quanto aos bens dotais era que estes não poderiam ser alienados⁴¹, mesmo com o consentimento da mulher.⁴²

Como a legislação mencionava apenas os imóveis, “desta Ord. e da deste liv. t. 94”⁴³ depreende-se que o marido pode alhear os bens moveis e semoventes sem dependência do

³⁷ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 838, grifo nosso.

³⁸ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Editores Virgilio Maia & Comp., 1918, p. 107, grifos do autor.

³⁹ ALMEIDA, Candido Mendes de, op. cit., p. 838, grifo nosso.

⁴⁰ Sobre o regime de arras: “*Arras* ou *arrhas*, segundo o Direito Romano, era certa quantia, ou bens que o noivo, por contracto dotal, promettia á esposa para seu sustento e tratamento, se ella lhe sobrevivesse. [...] Segundo o mesmo Direito as arrhas perdião-se para a noiva se o noivo faltava ao promettido, e a noiva ou seu pai as restituïo em dobro, se a culpa fosse da parte da noiva”. É o valor que o noivo apresenta para segurança do dote e não podem exceder a 1/3 do dote. Pode ser oferecido pelas noivas aos noivos. Cf. *Ibid.*, p. 835.

⁴¹ Quanto à inalienabilidade dos bens dotais: “[...] entenda-se *immoveis dotaes*, quando não se-dão estimados ao marido *causa venditionis*, [...]. Entenda-se tambem, que são inalienaveis só no *regime dotal*, não no regime de simples separação de bens. Neste ultimo regime os *immoveis dotaes* podem ser alienados pela mólher com outorga do marido”. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 134.

⁴² ALMEIDA, Candido Mendes de, op. cit., p. 837.

⁴³ Estabelecia o L. IV, T. LXIV: “Para que os maridos não dem os bens moveis, ou dinheiro em prejuizo de suas mulheres, mandamos que se os maridos derem, ou fizerem doação em suas vidas de alguns bens moveis, ou dinheiro a algumas pessoas sem consentimento de suas mulheres, que o que assi derem se desconte, quando o

consentimento de sua mulher. A Ord. do t. 64 limita tão sómente o caso de doação dos moveis, salvo sendo remuneratorias”⁴⁴.

Ainda sobre os imóveis, caso fossem recebidos por herança ou testamento, o marido não poderia recusá-los sem aceitação da esposa, com a premissa de que a posse era adquirida pelos herdeiros ou legatários imediatamente após a morte.⁴⁵

O Livro III, Título XLVII, estabelecia “que o marido não possa litigar em Juízo sobre bens de raiz sem outorga de sua mulher”. Era preciso haver procuração ou outorga mesmo em caso de divórcio⁴⁶, a menos que tenha havido a partilha dos bens. Do mesmo modo, a mulher não poderia litigar sem essa mesma autorização por parte de seu marido tratando-se de “bens de raiz seus próprios, ou de foro feito para sempre, ou em certas pessoas, ou arrendamento feito para sempre, ou a tempo certo, sendo o arrendamento de dez anos, ou dahi pra cima”⁴⁷.

Quanto ao regime dos bens, o regime legal estipulado era da “carta de ametade”⁴⁸ (ou “communião legal” ou “comunicação legal”, conforme o L. IV, T. XLVI), no qual os cônjuges se tornavam meeiros de todos os bens, fossem adquiridos ao tempo do casamento ou futuramente.⁴⁹

Caso desejassem outro regime, a lei lhes permitia a faculdade de contratar em modo diverso (L. IV, T. XLVI, *caput*). Embora originalmente as Ordenações permitissem esse contrato por escritura particular (L. III, T. LIX, §§ 11 e 21), as normas foram derogadas pela Lei de 6 de Outubro de 1784.⁵⁰ Quanto aos regimes de bens que poderiam ser estipulados,

Nada se havendo contractado, ou contractando-se o casamento por carta de metade o regimen do casamento he identico.

Se se contracta separação total de bens, differente he o regimen, assim como se se contractasse fixando dote para com um dos conjuges. Differe esse regimen do outro,

Matrimonio entre elles fôr separado, na parte e quinhão do dito marido, ou de seus herdeiros. Porém, **isto não haverá lugar nas doações remuneratorias, ou de esmolas, que o marido fizer, porque as poderá fazer dos bens moveis sem consentimento de sua mulher, salvo se as ditas doações, ou esmolas forem immensas**, porque então ficará seu direito resguardado a mulher, se o tiver, para as desfazer”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, pp. 867-868, grifo nosso.

⁴⁴ Ibid., p. 837.

⁴⁵ Ibid., p. 837.

⁴⁶ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 631.

⁴⁷ Ibid., p. 631.

⁴⁸ Atualmente, representa a comunhão universal de bens. Cf. GUIMARÃES, Elina. A mulher portuguesa na legislação civil. **Análise Social**, vol. XXII (92-93), 1986-3-4, p. 557-577. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32353-38887-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018, p. 558.

⁴⁹ Não era aplicável caso um dos cônjuges fosse escravo. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 832.

⁵⁰ Ibid., p. 832.

somente por que no *dotal*, os bens adquirem certos privilegios que não competem aos outros.

Tambem se pode estipular separação parcial de bens, e neste caso o regimen tornava-se mixto; e os bens ficão sujeitos aos respectivos contractos.⁵¹

O ordenamento vedava o contrato de casamento de arras com quantia incerta, principalmente por câmara cerrada⁵², visando proteger os dois terços dos bens pertencentes aos futuros herdeiros (L. IV, T. XLVII).⁵³

Assemelhando-se à figura do pródigo, o L. IV, T. CVII, regia os atos das viúvas que desbaratavam seus bens, limitando seu direito de propriedade⁵⁴, sob as justificativas do fraco entendimento destas e da defesa do patrimônio dos herdeiros. Apesar disso, não eram inabilitadas a fazerem testamento.⁵⁵

Porque a Nós pertence prover, que ninguem use mal do que tem, querendo supprir a fraqueza do entender das mulheres viuvas, que depois da morte de seus maridos desbaratam o que tem, e ficam pobres e necessitadas, e querendo outrosi prover como seus sucessores não fiquem danificados; mandamos que se fôr provado, que ellas maliciosamente ou sem razão desbaratam, ou alheam seus bens, as Justiças dos lugares, onde os bens stiverem, os tomem todos, e os entreguem a quem delles tenha carrego, até verem nosso mandado, e a ellas façam dar mantimento, segundo as pessôas forem, e os encarregos que tiverem.

E façam-o saber a Nós, para mandarmos prover nesses bens, em maneira que os que os houverem de herdar, não recebam dano.⁵⁶

Além disso, apesar da nobre atitude do legislador, na realidade, era discriminatória, pois a herança deixava de ser abordada como uma expectativa de direito e era tratada efetivamente como um direito a ser usufruído, restringindo o direito de propriedade da efetiva proprietária pela intenção de resguardar os bens dos futuros herdeiros.

Caso a viúva tivesse sido casada com fidalgo, desembargador ou cavaleiro, a legislação previa prioridade na informação, para que logo interviessem e não houvesse “scandalo de sua geração”⁵⁷. Nesse caso, havia ainda a preocupação com a imagem do finado cônjuge pelo título ou cargo nobre que possuía.

⁵¹ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 832, grifos do autor.

⁵² A expressão vem literalmente de porta fechada, oferecendo à futura esposa todos os bens que guarneciam a casa e toda a quantia necessária para subsistência. Cf. *Ibid.*, p. 835.

⁵³ Sobre a vedação a casamento por arras com quantia incerta, justificava-com base na possibilidade de exceder “[...] muito o terço dos bens do doante, ou defuunto, he o que hoje prohibe a Ord. do liv. 4 t. 47 pr.”. Cf. *Ibid.*, p. 835.

⁵⁴ Acerca da limitação do exercício do direito de propriedade, questionava-se que a norma tinha “[...] uma tal latitude que contraria o principio da Constituição, de que o cidadão gosa do direito de propriedade em toda *a sua plenitude*, tendo por tanto o uso e abuso da propriedade, sómente limitado quando importar prejuizo de terceiro”. Mesmo não havendo a constitucionalização do direito civil, este já era um forte direito, que era ainda mais absoluto que atualmente. Cf. *Ibid.*, p. 1016.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 1016.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 1015-1016.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1016.

Essa fraqueza do sexo feminino era mencionada no princípio do T. LXI, L. IV, o qual proibia as mulheres de realizarem fianças ou obrigações por terceiros. Na justificativa da discriminação,

«Este beneficio ou remedio, fundado na fraqueza das mulheres, he conforme á equidade, e está recebido por uso quase geral da Europa com algumas alterações [...]»

«Entretanto bons autores vêm a primitiva razão desta prohibição em uma *subtileza* Romana, que considerou na fiança um negocio *civil* e *viril*, revestido de solemne estipulação, da qual os antigos costumes daquela Nação apartavão as mulheres: e consequentemente lhes parece que a mesma prohibição se deve restringir, e interpretar mui restrictamente, como exorbitante do Direito Natural, que manda observar exatamente as convenções feitas por pessoas de ambos os sexos, e assim entendeu o Ass. De 2 de Dezembro de 1791. [...]».⁵⁸

Às mulheres solteiras ou viúvas, era concedido o chamado beneficio velleano, desobrigando-as, mesmo que as mulheres reforçassem a vontade de realizar o negócio jurídico. Se fosse casada, por ter o apoio do marido, tal beneficio não lhe era estendido (§ 2º).

Outra restrição imposta às viúvas era que, se contraiassem novo casamento após os cinquenta anos de idade e tendo filhos ou netos dignos de sucessão, deveriam resguardar dois terços dos bens que possuísem à época no novo casamento, somente podendo dispor livremente de um terço da sua propriedade, tanto em vida quanto por testamento, sob pena de nulidade (L. IV, T. CV).

Nas notas, explica-se que o objetivo do legislador não era incitar ódio às segundas núpcias, mas somente proteger os filhos e os bens que teriam por receber. Por isso, como após essa idade a biologia impedia as mulheres de conceberem novos filhos, mas não os homens, esse título não se aplica ao viúvo quinquagenário, com ou sem descendentes.⁵⁹

Embora o L. III, Título XXIX, § 2º, dispunha sobre a capacidade de constituir procurador, nas notas, Candido Mendes de Almeida comenta sobre o recebimento de pensão alimentícia da esposa que é abandonada:

A mulher abandonada por seu marido pode receber a sua pensão sem dependencia de procuração do mesmo [...], e bem assim havendo do mesmo previa autorisação. Da mesma sorte pode receber a pensão, se o marido fôr atacado por molestia incuravel que o inhabilite de passar procuração, bem que sendo surdo e mudo pode receber por sua mulher qualquer pensão, administrando elle o casal.⁶⁰

⁵⁸ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 858.

⁵⁹ Ibid., p. 1012.

⁶⁰ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 614.

Além disso, estabelecia-se também a possibilidade de os pais prestarem alimentos aos filhos: “[...], quando o filho pedir ao pai que lhe dê mantimento, segundo a faculdade de seu patrimonio” (Livro III, Título IX, § 4º)⁶¹.

Quanto à administração da herança por parte da mulher, o L. IV, T. XCV intitulava “Como a mulher fica em posse e cabeça de casal por morte de seu marido”. Nas lições de Manuel Antonio Coelho da Rocha,

Chama-se *cabeça de casal* a pessoa, que está na posse e administração da herança, e a quem os coherdeiros vêm pedir as partilhas. Compete ser cabeça de casal: 1º ao conjuge sobrevivente, *Ord L 4 tit 95 pr*; excepto se estavam separados perpetuamente [...]. 2º Na falta de conjuge, compete ao filho, ou coherdeiro, que vivia com o defunto, ou que pelo seu fallecimento tomou conta e posse dos bens. *Ord tit 96 §. 9.* 3º. Se ficam muitos em commum, v g., muitos filhos, o juiz pode designar o mais idoneo. [...] Se cada um dos coherdeiros está na posse de alguns dos bens da herança, é, quanto a estes, considerado como cabeça de casal. O juiz deve pôr em sequestro a herança, em poder de depositario idoneo: a) quando nenhum dos herdeiros vem tomar conta della; b) quando entre elles se receiam rixas, *Ord. L. 4. tit. 95. § 2.*; c) quando o actual cabeça não quer dar, ou retarda as partilhas com duvidas illegaes. *Ord tit. 96 § 12.* A estes extraordinariamente nomeados não competem mais direitos, do que os dos depositarios; e servem de lingua na descripção dos bens, se o inventario não está feito.

[...] Quando o cabeça de casal é menor, como algumas vezes acontece, nelle fica investida a posse dos bens; porém, a administração compete ao tutor debaixo da direcção do Conselho de família.⁶²

Dentre as obrigações, competia ao cabeça de família atuar em duas funções, como administrador e possuidor dos bens. Tratando-se de menor, este teria a posse dos bens, cabendo a administração por seu tutor por meio do instituto do Conselho de família.⁶³

Como administrador, recebe todos os fructos e rendimentos, e satisfaz os encargos ordinarios, com a obrigação porém de dar contas, e trazer ás partilhas ou os sobejos liquidos dos rendimentos, ou os lucros, e bens comprados com estes, á escolha dos coherdeiros, [...]; excepto se for o pae, a quem compete o usufructo. Tem direito a cobrar e pagar as dívidas da herança [...]. Não póde porém vender nem alienar, excepto os fructos, e outros objectos destinados para esse fim [...]. Tem direito a pedir as despesas, que fez, ou dívidas, que pagou dos seus proprios bens, com juros desde a móra: assim como obrigação de indemnizar as perdas provindas de culpa leve. [...]

5.º Como possuidor, póde usar de todas as acções possessorias para obter, conservar e recuperar a posse *Ord L t tit 95 pr* 6.º. Não só lhe compete a posse dos bens hereditarios, mas também dos que têm successor especial, como morgados⁶⁴, se

⁶¹ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III, p. 372.

⁶² COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. **Instituições de direito civil portuguez**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1852, pp. 373-374.

⁶³ *Ibid.*, p. 374.

⁶⁴ Considerava-se morgado “[...] o vinculo, que tem por fim principal a conservação do lustre e nobreza de uma familia: em contraposição a *capella*, cujo fim é a expressão da piedade do instituidor”. Na acepção jurídica, o termo “morgado” pode significar o direito de sucessão em uma relação ou, popularmente, ser utilizado para referir-se ao administrador. Para maiores informações, ver: *Ibid.*, p. 391.

delles ha alguma reposição á herança, em quanto se não fez, ou deposito equivalente.⁶⁵

Não se aplicavam essas disposições ao contrato de arras no casamento, a não ser com relação aos bens que eventualmente eram meeiros por disposição de vontade (L. IV, T. CLVI, § 3º).

Previa este título que haveria esbulho se qualquer herdeiro, legatário ou terceira pessoa tomasse posse de qualquer parte da herança sem o consentimento da esposa. Isso decorre da meação dos bens como efeito do casamento consumado (L. IV, T. XLVI). Contudo, não havia previsão semelhante com reação ao viúvo que fizesse a partilha. Especula-se que o legislador não considerou a hipótese em que o viúvo não administraria os bens partilhados, optando por resguardar somente a viúva que poderia ser prejudicada.

3.2 Consolidação das Leis Civis

Diferenciando direitos reais dos direitos pessoas, pondera Augusto Teixeira de Freitas:

Como o Estado é uma reunião de famílias, como os homens estão ao mesmo tempo na grande associação familiar; esta segunda associação tem suas relações privativas que produzem uma certa classe de obrigações consistentes, já em prestações ou factos que não fazem parte do nosso patrimonio, nem se confundem com as outras obrigações [a fidelidade conjugal, o patrio poder, cohabitação de esposos, não são factos que se possam chamar da nossa propriedade]; já em outras prestações que tem um valor apreciável.⁶⁶

Considerando a importância das famílias no sistema normativo, a parte especial da Consolidação se inicia com os direitos pessoais⁶⁷ (Livro I), abordando primeiro as relações familiares. Esta “[...] 1ª Secção trata dos *direitos pessoas nas relações de familia*, cujas partes constitutivas são o *casamento*, o *patrio poder*, e o *parentesco*; completando-se pela instituição supletiva das *tutelas e curatelas*”⁶⁸.

⁶⁵ COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. **Instituições de direito civil portuguez**. Tomo II. 3ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1852, pp. 374-375, grifos do autor.

⁶⁶ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, pp. LXVII-LXVIII.

⁶⁷ O autor diz que o método das Institutas e dos Códigos modernos apresentam a capacidade jurídica como preliminar aos direitos de família. Na Consolidação, os direitos pessoais se subdividem em duas seções: direitos familiares e demais direitos pessoais nas relações civis. Afinal, para o autor, “os direitos existem por causa das *pessoas*, e onde não ha *pessoas*, não póde haver questão de direitos. Deve-se tratar primeiro e separadamente dos dous elementos do direito – *pessoas* – e – *cousas* –, já que a sua existencia deve ser supposta para todo o direito”. Logo, todos os direitos são considerados pessoais, apenas separando que esta expressão remete ao direito de família, separando-a das demais relações civis obrigacionais. Cf. *Ibid.*, p. CVII, grifos do autor.

⁶⁸ *Ibid.*, p. LXXX, grifos do autor.

O pátrio poder era tão forte e importante que se considerava essencial no elo entre a relação familiar e as normas teóricas sobre o casamento, de modo que “a tutela e a curatela fórmão um appendice da theoria do patrio poder”⁶⁹. Além disso, dentre as pessoas coletivas, encontravam-se “marido e molher [...], que se-considerão como uma pessoa” (art. 40).

Marido e molher : Porque vivem na sociedade conjugal, que é sociedade-universal de bens, ou pelo menos de interesses. Toda a sociedade (á não ter somente existencia entre os socios, como a colonia parciaria —Arts. 633 e 654 Consolid., sociedade em conta de participação, de capital e indústria — Arts. 317 e 325 Cod. do Com.), é *pessoa collectiva*⁷⁰.

O tratamento legislativo diferente para os sexos incidia desde a idade em que adquiriam a capacidade de contrair matrimônio – 14 anos completos para o sexo masculino e 12 anos completos para o sexo feminino.⁷¹ Essa idade foi aumentada, respectivamente, para 16 e 14 anos com a Lei do Casamento Civil de 1890, art. 7º, § 8º), a qual ainda era passível de ser suprida pelos pais e tutores (art. 81) ou Juiz dos órfãos (art. 82).

Sem essa permissão, o menor ou filho famílias seria deserdado e impedido legalmente de pedir alimentos (art. 101). Os arts. 102 e 103 previam, respectivamente, essa sanção aos filhos, de qualquer idade, e às filhas que ainda não completaram 21 anos. Por esse lado, então, conferia-se maior proteção às mulheres, pois as menores de 21 anos não poderiam ser prejudicadas.

Quanto à permissão dos pais, ressalva-se que, apesar da palavra utilizada, a norma não era respeitada na prática, valendo, apenas, a palavra do pai, independentemente da opinião da mãe. Nos comentários do autor à Consolidação, explica-se o fato:

quanto ao consentimento da mãe, entendo, pois, que estão sem vigor aquela Ord., e a citada Lei de 29 de Novembro de 1775. Tal é a intelligencia seguida no Fôro, porque nunca se-tem requerido o consentimento das mãis para casamento dos filhos. [...] Não se-produz argumento, que convença, e contra a censura ahi temos a praxe do Fôro. A praxe é boa, porque, mesmo sob o domínio da legislação anterior á Lei de

⁶⁹ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. CVIII, grifos do autor.

⁷⁰ Id. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 32, grifos do autor.

⁷¹ Sobre a diferença de idade entre os sexos: “Pelo costume antigo o limite era a puberdade, isto é os 12 annos para a mulher e os 14 para o homem, e ainda assim havia uma excepção, pois o impubere proximo a puberdade podia casar-se si *malitia suppleat etatem* e se precedia a licença. Donde resulta que não havia lei que fixasse a idade. Em regra, porém, incluía-se na capacidade que as Ords. liv. 3 tit. '11 § 8 e liv. 4 tit. 81 pr. presumiam nos puberes, a do casamento; e tanto mais, como observa Loureiro, que essa idade marcava entre os romanos a puberdade ou a idade em que os sexos são capazes de gerar (*Frag. 9 Dig. de spons.*) e que o direito canonico concedia-lhes a capacidade physica e moral requerida nos contrahentes.”. Cf. Id. Legislação brasileira. **Casamento civil**: decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890. Commentado e annotado por Oscar de Macedo Soares. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890, p. 50, grifos do autor.

22 de Setembro de 1828, e ao Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842, entendia-se, que o voto do marido preponderava sobre o dissenso da mólher.⁷²

Ainda constava o instituto dos esponsais⁷³, um contrato nominado de promessa de casamento realizado entre pessoas de sexo diferentes sem impedimentos matrimoniais. Esse negócio jurídico permitia às partes avaliarem melhor o compromisso antes de ele ser formalizado⁷⁴, tendo validade por um mês, exceto no caso de formalização por escritura pública (art. 79).

Foi extinto legalmente apenas com a Lei do Casamento Civil de 1890 e, conseqüentemente, no CC/1916, embora ainda constasse formalmente vigente, mesmo que em desuso: “Escripturas de esponsaes simplesmente não se usão entre nós, ellas se fazem por ocasião dos pactos matrimoniaes, quando os contrahentes por qualquer modo exceptuão, ou declarão, o regimen da communhão legal”⁷⁵.

No tocante a esse contrato típico, a capacidade era reduzida para os 7 anos de idade para os promittentes de ambos sexos⁷⁶, devendo o casamento ocorrer posteriormente. Neste contrato, além de previsão de perdas e danos em caso de desfazimento contratual (art. 86), era possível estabelecer o regime de bens.

Na omissão, o regime aplicado era o da comunhão legal⁷⁷, previsto no art. 111, sendo que não se permitia alteração do regime, qualquer que fosse, após a celebração do casamento. Quanto aos outros regimes, explica Augusto Teixeira de Freitas:

Quando convencionárão communhão total de bens, é o caso do *casamento por carte de ametade*, cujo regime é o mesmo da communhão legal; sem prejuizo de qualquer modificação, que se-tenha estipulado, e não altere a natureza do regime.

⁷² BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 110.

⁷³ *Ibid.*, p. 87.

⁷⁴ Acerca dos esponsais, “São um preliminar das nupcias e tem por finalidade assegurar a realisação do casamento, difficultando, pelas solemnidades que os cercam, o arrependimento que não seja fundado em justa causa e ponderosa”. Mesmo se esse matrimônio não se realizasse, gerava o impedimento de os contratantes não poderem se casar com os parentes do outro até o 4º grau por impedimento *publicar honestatis*. Cf. BRASIL. Legislação brasileira. **Casamento civil**: decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890. Commentado e annotado por Oscar de Macedo Soares. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890, p. 20.

⁷⁵ *Id.* Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 37.

⁷⁶ Esclarecendo as diferentes idades para casar e para contrair esponsais: “Por Direito Canonico o varão para podêr contrahir matrimonio deve têr quatorze annos completos, e a molher doze annos completos, salvo quando antes dessa idade constar que tem discrição que suppra a falta della; e **para os esponsaes basta, que os promittentes tenham sete annos completos** – Constit. do Arcebis. da Bahia Liv. 1º T. 63 n. 262, e T. 64 n. 267”. Cf. *Id.* Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 92, grifo nosso.

⁷⁷ Nesse sentido, Augusto Teixeira de Freitas acrescenta à terceira edição de sua obra o comentário que “a communhão tacita universal de bens no casamento, representa nestes a perfeita unidade dos casados. O homem solteiro (Ribas Dir. Civ. Brazil. pag. 36) é um ente incompleto, é pela união com a mólher que elle se completa. A communhão universal de bens (Laffayette Dir. de Fam. pag. 109) reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos conjuges”. Cf. *Ibid.*, pp. 97-98.

Quando convencionárão separação total de bens, isto é, excluirão inteiramente a communhão; o regime do casamento é *dotal*, ou então de *simples separação de bens*. O *regime dotal* distingue-se do *regime de simples separação de bens* em que naquelle os bens do dote ficão *dotaes*; o que exprime privilegios, que se-lhes attribuem; e sobretudo a inalienabilidade, [...].

Quando se convencionárão communhão parcial de bens, por outra, separação parcial de bens, ou exclusão parcial da communhão; o regime é *mixto*, e recebe a applicação das regras ou disposições de cada um dos regimes, de que se-compõe.⁷⁸

Apesar da liberdade de estipular quanto aos bens e “[...] estipular quaisquer pactos e condições; devendo-se guardar o que entre elles [os esposos] fôr contractado”⁷⁹, as limitações consistiam no respeito à moral e aos bons costumes da época, bem como não deviam ofender o poder marital e o poder paternal.⁸⁰

Quanto ao mencionado regime dotal, estabeleciam os arts. 89 e 90 que a mulher poderia realizar promessa de arras ou doação, vetando-se valor incerto, de bens móveis ou imóveis, ou direitos de ações (art. 93), ainda que estivessem sob litígio, ou bens sob enfiteuse (art. 94), limitados a um terço do dote, sob pena de nulidade do valor que excedesse.

O autor precisa a que remetiam os termos utilizados: “*no contrato dotal* – : no contracto antenupcial, em que se estipula o *regimen dotal*. *Dote* em geral é tudo, que a mólher traz para a sociedade conjugal, qualquer que seja o regimen do casamento; e portanto póde haver *dote*, sem que haja *regimen dotal*”⁸¹. Ou seja, dos bens que a mulher acrescentasse ao patrimônio do casal, somente poderia dispor livremente acerca de um terço deste montante.

Outra restrição imposta à mulher constava em decorrência do previsto no art. 115, pois, enquanto no regime de comunhão legal não havia comunicação das dívidas anteriormente contraídas, as posteriores poderiam se comunicar se fossem contraídas por ambos ou somente pelo homem.

Não se dividia o ônus das dívidas feitas pela mulher casada em razão de sua incapacidade relativa e a consequente representação que deveria ser feita pelo marido. A principal exceção consistia na dívida resultante de ato feito em razão de autorização do marido ou nas situações em que se era tida como autorizada.⁸²

Por outro lado, existiam situações em que o marido dependia de autorização expressa da esposa para realizar certos atos jurídicos. Completava o art. 117 que a comunhão legal dependia de haver cópula carnal entre os casados, sem a qual o marido estava legalmente

⁷⁸ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, pp. 95-96, grifos do autor.

⁷⁹ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 42.

⁸⁰ Id. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 96.

⁸¹ Ibid., p. 99.

⁸² Para analisar mais exceções em situações específicas, ver: Ibid., p. 122.

impedido de alienar bens imóveis (arts. 119 e 582, § 2º, especificamente sobre os bens do casal), enfiteuses (art. 119) e “direitos que á bens de raiz se-equiparão”⁸³ (art. 119).

O marido também dependia da outorga uxória para fazer aforamentos ou hipotecar imóveis cuja esposa fosse meeira (art. 120). Caso ela não consentisse expressamente por meio de procuração ou escritura pública, haveria pena de nulidade⁸⁴ do negócio jurídico realizado (art. 121) e a reivindicação dos imóveis alienados (arts. 125 e 579). Além disso, caso fosse fiador, dependeria da concordância da esposa (art. 337), sem a qual não haveria meação da dívida.⁸⁵

Silente a Consolidação quanto aos bens imóveis por ausência de previsão legal⁸⁶, mencionando-os juntamente com dinheiro nos casos de doação, quando esse valor seria descontado da meação do marido (art. 129). Quanto à situação inversa,

Cit. Ord. L. 4º T. 48 princip., e §8.º Não temos lei sobre o direito do marido para alienar bens moveis independentemente do consentimento da molhér. Deprehende-se desta Ord., que só exigio o consentimento para alienação dos bens de raiz; e também da Ord. L. 4º T. 64, que restringio unicamente a alienação de moveis pelo meio da doação. Isto quanto ao regime da communhão: quanto ao regime dotal, Art. 122 e suas Notas.

Cessa a prohibição ao marido de alienar bens de raiz sem outorga da mólher desde a partilha dos bens do casal entre elles por effeito de sentença de divorcio no Juizo Ecclesiastico. Assim separados os bens do casal, a molhér póde livremente contractar sobre os que recebeu em sua meação, e portanto aliena-los, ainda que sejão de raiz.⁸⁷

No caso do regime dotal, os bens dotais eram considerados inalienáveis e não poderiam ser hipotecados mesmo com o consentimento da esposa.⁸⁸ Para realizar sub-rogação, dependia de autorização judicial (art. 122). Por fim, no regime de separação total dos bens, via de regra, “[...] a alienação, que o marido fizér, é inefficaz, não por falta de outorga da molhér, mas porque os immoveis são do domínio exclusivo da molhér”⁸⁹.

⁸³ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, pp. 129-130.

⁸⁴ A nulidade por falta de outorga uxória era considerada relativa, de modo que “[...] ella ou seus herdeiros podem *confirmar* a alienação annullavel, e que só ella ou seus herdeiros podem annulla-la. Antes de a-terem annullado, terceiros não podem allegar a nullidade. É o que resulta do § 3º da Ord. L.4º T. 48 (Consolid. Art. 127). A *confirmação* nestes casos deve ser *expressa* em vista da mesma Ord. pr. (Consolid. Art. 121)”. Cf. *Ibid.*, p. 130, grifos do autor.

⁸⁵ BRASIL. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 124.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 54.

⁸⁷ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 130.

⁸⁸ Todavia, essa inalienabilidade dos bens dotais cessava “[...] com a dissolução do casamento; quer por fallecimento do marido, quer por fallecimento da molhér dotada, quer por sentença irrevogavel que tenha annullado o casamento. Não cessa porém por separação dos conjuges e dos bens em virtude de sentença de divorcio, pois que os conjuges podem reconciliar-se”. Cf. *Ibid.*, p. 134.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 130.

O art. 118 antecipa o que seria futuramente o instituto da união estável ao estabelecer que “resulta a comunhão, ainda que se não prove a celebração do matrimonio, se os cônjuges viverão ambos na mesma casa, em publica voz e fama de casados, por tempo suficiente para a presunção do matrimonio”⁹⁰.

Em situação de igualdade, estabelecia o art. 144 que “tanto no regimen da comunhão, como no dotal, o marido sem procuração da mulher, ou esta sem procuração do marido, não podem litigar em Juizo sobre bens immoveis, allodiaes, ou emphyteucos, nem sobre direitos que tenham a mesma natureza; [...]”⁹¹, sob pena de nulidade. Em caso de serem os requeridos, ambos devem ser citados (art. 145).

A mulher era protegida quanto aos bens, móveis ou imóveis, que seu marido transferisse ou doasse à concubina ou “qualquer outra mulher, com quem o marido tivesse afeição carnal”⁹² (art. 429), podendo demandar judicialmente⁹³ sem autorização dele (art. 147) mesmo que estivessem separados (art. 428), sendo processualmente capazes também seus filhos e herdeiros necessários⁹⁴ (art. 426).

As viúvas acima dos 50 anos poderiam alienar livremente apenas um terço de seus bens caso tivessem descendentes e se casassem novamente (arts. 161, 162, 163). Todavia, essa restrição não se aplicava aos homens.⁹⁵ Por outro lado, constavam dois artigos taxativos com motivos aptos a desfazer doações: um para qualquer pessoa, no art. 421, e um específico às viúvas que contraíssem segundas núpcias, no art. 422.

Comparação dos arts. 421 e 422 – Quadro 5⁹⁶

(continua)

Art. 421. São causas de ingratição para revogar-se a doação:	Art. 422. Mas se a doação fôr feita a algum seu filho por doadora viuva, que depois tornou a casar, só poderá ser revogada nos casos seguintes:
--	---

⁹⁰ Após o Concílio de Trento vetou-se o reconhecimento desses casamentos presumidos, mantendo, porém, o reconhecimento dos casamentos putativos. Cf. BRASIL. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, pp. 53-54.

⁹¹ Ibid., p. 61.

⁹² Ibid., p. 160.

⁹³ Esta ação poderia ser proposta enquanto os cônjuges vivessem juntos (art. 1327) ou no prazo de quatro anos após a separação ou morte do marido (art. 1328).

⁹⁴ O prazo prescricional também era de quatro anos, contados da morte da mulher (art. 1329).

⁹⁵ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 153.

⁹⁶ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, pp. 158-159, grifo nosso.

Comparação dos arts. 421 e 422 – Quadro 5

(conclusão)

§ 1.º Se o donatario em presença, ou ausencia, do doador, o injuriou gravemente.	
§ 2.º Se o ferio, ou lhe pôz as mãos com animo de o injuriar e deshonrar.	§2.º Se lhe pôz as mãos irosamente.
§ 3.º Se lhe machinou grande perda ou damno em seus bens, posto que não levasse a efeito o projecto.	§ 3.º. Se lhe machinou a perda de todos os bens.
§ 4.º Se attentou contra a vida do doador.	§ 1.º Se o donatario attentou contra sua vida.

Fonte: autoria nossa

É perceptível a diferença quanto à gravidade do dano para ensejar a revogação. Na regra geral, fala-se em ânimo de injúria ou desonra, a simples vontade de causar dano ou grande perda de bens, enquanto que quanto à viúva, elencavam-se violência física e efetiva perda de todos os bens.

Conforme visto, vigia à época o poder marital ou pátrio poder, sendo que a mulher somente teria esse poder, tendo a chamada posse de “cabeça de casal”, quando do falecimento do marido (arts. 149, 150).

Todavia, os arts. 166 e 167 incumbiam aos dois cônjuges a criação⁹⁷ e a alimentação dos filhos, exceto no caso de pobreza ou impossibilidade do pai no caso de separação. Em sentido inverso, os pais também poderiam requerer aos filhos a prestação de alimentos quando não pudessem se manter por meios próprios (art. 171).

Caberia a criação exclusiva por parte da mãe dos seus filhos próprios (chamados de “filho de leite”) com até três anos de idade na incidência de uma das duas situações taxativas previstas no art. 188: se o pai da criança tiver falecido e enquanto a mãe não se casar, ou se o matrimônio tiver sido desfeito por qualquer motivo, não importando ser o filho natural ou espúrio (art. 219)

Caso a mãe não conseguisse amamentar, haveria responsabilidade solidária do pai com a alimentação do filho (art. 189), a não ser que este não tivesse condições de prover (art. 190). Ainda assim, a mãe não tinha poder sobre o filho ou a filha (art. 195).

⁹⁷ A educação compreendia os estudos até de bacharelado, mesmo que maior de idade o filho, mas não abrangia o doutorado. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 701.

Caso o filho tivesse bens, a mãe poderia cobrar todas as despesas realizadas para sua criação (art. 191). Caso o filho tivesse mais de três anos, porém, ela só teria o direito caso fosse a tutora ou a curadora (art. 192), exceto na hipótese de o filho ser rico e ela pobre (art. 193).

Havia ainda outra distinção: a mãe era obrigada a amamentar o filho de até três anos, fosse natural ou espúrio (art. 219). Porém, apesar de não ser mencionada na lei, o autor acresceu aos comentários a informação de que só poderia cobrar do pai as despesas feitas com o filho natural reconhecido em escritura pública, ao passo que não era possível fazê-lo com relação ao filho espúrio.⁹⁸

Em situação semelhante à da esposa, o pátrio poder não poderia ser exercido pelos avós ou quaisquer outros ascendentes (art. 225). Quanto à avó, esta não tinha a permissão legal para requerer ser tutora nem curadora dos netos (art. 227), mas poderia ser indicada por testamento (art. 241).

Em regra, o art. 262 vedava às mulheres serem tutoras ou curadoras. No caso da mãe ou da avó, na ausência de previsão expressa em testamento, somente poderiam sê-lo se provassem viverem honestamente e não tivessem casado pela segunda vez (art. 245, § 1º), ainda que fossem viúvas (art. 250). Para tanto, deveriam “[...] obrigar-se perante o Juiz a administrar com fidelidade e zelo as pessoas e bens de seus filhos e netos; e a pedir, antes que se casem, a nomeação de outros Tutores ou Curadores”⁹⁹ (art. 246). A prestação de conta da mãe ou da avó deveria ser realizada a cada dois anos, enquanto que nos demais casos, a cada quatro anos (art. 301).

Outro tratamento desigual com relação à esposa constava no art. 312, o qual elencava a ordem de pessoas aptas a serem curadoras dos loucos e dos pródigos. Esta figurava em

⁹⁸ A legislação ainda discriminava diferentes tipos de filiação ilegítima (art. 207). Era chamado de filho natural aquele cujos pais não possuíam parentesco nem impedimentos para contraírem núpcias (art. 208). Compreende-se que não precisavam estar legalmente casados, o que se confirma com a leitura do art. 215. Caso houvesse algum impedimento, o filho seria considerado espúrio (art. 209) ou bastardo. Por sua vez, “os filhos legítimos são taes pela *presumpção da paternidade – is pater est, quem jutoe nuptioe demonstrant* – Trabalha-se com esta presumpção, quando a paternidade é denegada, combinando-a com a *presumpção de prenhez* no seu maximo e minimo termo, como póde-se vêr no Esb. do Cod. Civ.”. A prova dessa filiação natural, no caso de dúvida ou de ocultação da maternidade (art. 214), é feita com o reconhecimento do pai por meio de escritura pública ou em testamento (art. 212) e da mãe com a certidão de batismo (art. 213). Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 171, grifos do autor.

⁹⁹ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, pp. 94-95.

primeiro lugar (§ 1º), considerando que fosse “honesta e discreta, se quizér aceitar o encargo”¹⁰⁰.

Todavia, era tolhida de sua liberdade com a contradição apresentada no artigo seguinte, a partir do qual todas as pessoas dos parágrafos do art. 312 poderiam se escusar da curatela, exceto a esposa do curatelando (art. 313). Conforme as notas de Teixeira de Freitas, só seria escusada se não atingisse a idade mínima legal de 21 anos, de modo que não seria escolha sua, mas uma imposição.¹⁰¹

3.3 Esboço

No Esboço, definia-se família como “[...] o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que são neste Código considerados como *parentes*^{102,103} (art. 139), *lato sensu*, e “o complexo de indivíduos de um e outro sexo, que vivem na mesma casa, ou em diversa, sob a protecção de um pai de família”¹⁰⁴ (art. 140), quando havia referência a pessoas determinadas.

Conforme o art. 437, são atos jurídicos¹⁰⁵ presentes nas relações familiares: esponsais e pactos nupciais, casamento, emancipação, reconhecimento de filhos naturais, adoções, além de aceitação e exoneração de filhos naturais.¹⁰⁶

Inicialmente, já são perceptíveis dois elementos: a sociedade conjugal ser formada por homem e mulher, bem como a existência dos poderes paternal e marital. Os filhos gerados dos casamentos válidos (não nulos nem anuláveis) ou putativos eram legítimos¹⁰⁷ (arts. 155 e 156, mesmo considerando o matrimônio após o nascimento). Sobre o poder do pai:

¹⁰⁰ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 116.

¹⁰¹ Id. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 218.

¹⁰² Os parentes eram assim os contados até o 10º grau (art. 154).

¹⁰³ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 103, grifos do autor.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 103.

¹⁰⁵ Acerca dos atos jurídicos, “[...] são *declarações de vontade*, tem por *fim immediato* crear, modificar, ou extinguir, direitos, porque neste sentido se exprime a vontade dos agentes. Ha duas classes principaes, que são *contractos* e *testamentos*; e só e relação á estas duas classes é que os Codigos tem traçado disposições elementares, como se não houvessem outros actos juridicos. Esta imperfeição, e estreiteza de vistas, é o que fica sanado com as regras geraes da presente 3ª Secção concernentes aos *actos juridicos*; regras que já participão de outras superiores sobre os *factos voluntarios*, [...]”. O art. 437 estabelece como atos jurídicos nos direitos de sucessão hereditária: testamentos e codicilos, bem como aceitação e abstenção de heranças. Cf. *Ibid.*, p. 270, grifos do autor.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 270.

¹⁰⁷ Eram ilegítimos os filhos naturais e de “coito damnado” (adulterinos, incestuosos e sacrílegos, aqueles com ao menos um dos pais tendo feito voto de castidade – arts. 171 e 174). “Todos os que não fõrem de *coito*

Art. 1510. Os direitos que ao pai competem, como chefe da família, sobre a pessoa e bens de seus filhos legítimos, até que estes fiquem maiores, ou se emancipem, constituem o *pátrio poder* ou *poder paternal*.

Os filhos, enquanto dura o pátrio poder, têm a denominação de *filhos-famílias*.¹⁰⁸

O pátrio poder ou poder paternal apenas cessava pela incidência de uma das hipóteses taxativas previstas no art. 1512, quais sejam: morte do pai (§ 1º), “pela profissão do pai em instituto monástico aprovado pela Igreja Catholica (Arts. 42 n. 4º, e 135)”¹⁰⁹ (§ 2º), pela perda¹¹⁰ (§ 3º) ou suspensão de tal poder¹¹¹ (§ 4º), se o casamento dos pais fosse anulado sem ser putativo ou, o sendo, o pai tivesse agido de má fé (§ 9º), ou quando o filho-família atingia a maioridade (§ 5º), emancipava-se (§ 6º), falecia (§7º) ou exercia profissão em instituto monástico com aprovação da Igreja Católica (§ 8º).

Eram aceitos os casamentos de pessoas que tivessem outras religiões além do catolicismo¹¹², contudo, ainda havia grande influência da religião, conforme se verifica no art. 1259, pois o casamento feito por contrato civil fora do território nacional entre católicos, sendo um ou ambos brasileiros, somente produziria efeitos no Brasil se fosse celebrado novamente perante a Igreja Católica.

Havia uma seção com artigos direcionados especificamente à “celebração do casamento á face da Igreja Catholica”, entre os arts. 1261 e 1272, outros dois sobre a “celebração do casamento com autorização da Igreja Catholica” (arts. 1273 e 1274), além da “celebração do casamento sem autorização da Igreja Catholica” (arts. 1275-1298). Na primeira seção, reconheceu-se outra grande influência: a do pátrio poder, pois, conforme o art. 1264, § 1º, não poderiam se casar

os menores sob o pátrio poder sem consentimento expresso por escripto de seu pai, pena de poderem ser por elle desherdados, e de ficarem privados do direito de pedir-lhe alimentos, além da pena já decretada no Art. 70. Esta disposição só se

damnado serão havidos por *filhos naturaes*” (art. 169). Cf. TEIXÊIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 115.

¹⁰⁸ Ibid., p. 630, grifos do autor.

¹⁰⁹ Ibid., p. 631.

¹¹⁰ A perda do pátrio poder era prevista no art. 1513: “Incorrerá o pai na perda do pátrio poder: 1.º Se habitualmente maltratar os filhos, negando-lhes alimentos, ou commettendo contra elles crueldades, excessos, ou violencias, que ponhão em perigo sua vida, ou possão causar-lhes grave damno. 2.º Se os expuzer, ou de caso pensado os abandonas não lhes deixando soccorros, nem os tendo confiado ao cuidado de alguém. 3.º Se pela sua depravação induzir os filhos ao mal, prostituir as filhas; ou tentar prostitui-las, ou concorrêr para sua substituição”. Cf. Ibid., p. 632.

¹¹¹ A suspensão do pátrio poder era prevista no art. 1515 “Suspende-se o pátrio poder nos seguintes casos sómente: 1.º Alienação mental do pai, declarada em Juizo (Arts. 41 n. 3º, e 78 á 100). 2.º Audencia do pai, declarada com presumpção de fallecimento (Arts. 244 á 271)”. Cf. Ibid., pp. 632-633.

¹¹² Ibid., p. 109.

refere á filhos legitimos, e aos naturaes reconhecidos por seu pai (Arts. 156 e 170).¹¹³

O artigo mencionava apenas o pai. Afinal, embora as Ordenações mencionassem os pais, na Consolidação o autor já havia se manifestado como, na prática, somente era considerada a opinião do genitor. Não se previa a possibilidade de a mãe suprir o consentimento na ausência deste, somente se fosse tutora ou curadora do menor (art. 1265). Caso o pai, o tutor ou o curador não fornecessem a autorização, esta poderia ser requerida judicialmente perante o Juiz dos Órfãos (art. 1265).

Além disso, se o matrimônio não fosse realizado no período de um ano após a emissão do alvará que o autorizava, seria necessário “correr novos banhos”, os quais poderiam ser dispensados se houvesse urgência na realização do casamento, sendo uma das hipóteses em decorrência de o pai de um dos nubentes precisar realizar viagem que não pudesse ser adiada (arts. 1239 e 1294). Novamente, não há qualquer menção que privilegiasse a mãe dos contraentes.

Outra influência da religião e da moral incidia ao se separar a filiação, e, conseqüentemente, o parentesco, entre legítimo e ilegítimo.

*O parentesco legitimo sómente é o que constitue a familia. O parentesco illegitimo, embora tolerado, é o fructo de uma falta, de uma conducta reprehensivel; e pois os que d'elle procedem só podem formar uma familia á parte. Assim o exige a moral, a religião, e o bem da sociedade. O Codigo aceita esse parentesco reprehensivel como um facto inevitavel, attribuindo-lhe alguns effeitos civis; mas não o confunde com os laços que tem consagrado, e á que só defere os direitos de familia em sua plenitude.*¹¹⁴

Os filhos legítimos ou naturais, desde que reconhecidos pelo pai¹¹⁵, tinham como domicílio o do genitor (art. 182), pois “o pai é o chefe da familia, exerce o patrio poder, é o representante *necessario* do filho menor; e dahi vem o domicilio tambem *necessario* desse filho menor (Arts. 176 n. 1º e 181 n. 2º)”¹¹⁶.

Priorizava-se o domicílio paterno, afinal, se os pais fossem casados, o domicílio do marido também determinava o da esposa (art. 176). O domicílio da mãe somente determinaria o dos filhos se o pai não fosse conhecido ou se já fosse falecido ao tempo de nascimento dos descendentes (art. 183).

¹¹³ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, pp. 546-547, grifo nosso.

¹¹⁴ Ibid., p. 115, grifos do autor.

¹¹⁵ Considerava-se a existência de apenas um pai, sequer considerando a possibilidade da filiação socioafetiva. Cf. Ibid., p. 126.

¹¹⁶ Ibid., p. 126, grifos do autor.

Essa relação dos poderes patriarcal e marital era reforçada nos negócios jurídicos e na responsabilidade civil. Primeiro, dentre os elementos que cerceavam a liberdade dos agentes, pois

Art. 492. A *intimidação por ameaças* não affectará a validade dos actos, senão quando as *injustas ameaças* fôrem taes, em relação á pessoa do agente violentado, sua idade, sexo, disposições phisicas e moraes, e quaesquer circumstancias na occasião do acto, que naturalmente devião infundir-lhe um temor razoavel de expôr-se ao mal promettido.¹¹⁷

Todavia, “o temor reverencial, ou dos descendentes para com os ascendentes, da mulher para com o marido [...]”¹¹⁸ (art. 495, § 3º) não era considerado como intimidação apto a invalidar o negócio jurídico.

Em segundo lugar, sobre a responsabilidade civil, era considerada pessoa responsável pelos danos causados a terceiros (art. 842, § 4º), “o pai por seus filhos menores de sete annos (Art. 449 n. 1º) legitmos ou illegitimos, que habitarem em sua companhia; ou a mãe na falta do pai”¹¹⁹ (art. 843, § 1º), bem como “o marido pela sua mulher, com quem viver”¹²⁰ (art. 843, § 4º).

Imediatamente após o casamento iniciavam-se os direitos e os deveres conjugais¹²¹ (art. 1299). Dentre essas consequências, estabelecia o art. 1300 que “o marido é o chefe da familia, e representante necessario de sua mulher (Arts. 42 n. 2º, 44 n. 4º, 48 n. 1º, e 130). Os direitos que lhe competem sobre a pessoa da mulher, e quanto aos bens da sociedade conjugal, constituem o *poder marital*”¹²². Desta previsão decorriam a incapacidade relativa da mulher casada e o domicílio necessário da esposa definido pelo do marido.

Caso o cônjuge fosse estrangeiro e não tivesse domicílio no Brasil, as ações pessoais referentes a direitos e obrigações eram regidas pelas leis brasileiras (art. 1301), porém, sendo objeto os bens, a legislação aplicada seria a do domicílio do marido (art. 1302).

Quanto ao regime de bens, era permitida a liberdade de contratação pelos nubentes (art. 1237) que não tivessem impedimentos para se casarem (art. 1238), sob pena de nulidade (art. 1239). O instituto dos esponsais continuava previsto (art. 1248), mas não era essencial (art. 1260). Celebrado o matrimônio, porém, o regime de bens escolhido não poderia ser alterado, revogado nem modificado (arts. 1251 e 1252).

¹¹⁷ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 309, grifos do autor.

¹¹⁸ Ibid., p. 311.

¹¹⁹ Ibid., p. 386.

¹²⁰ Ibid., p. 386.

¹²¹ Dentre eles, a fidelidade, cuja infração poderia ensejar demandas “[...], civilmente por acção de divorcio, criminalmente, por accusação de adultério” (art. 1304). Cf. Ibid., pp. 556-557.

¹²² Ibid., pp. 555-556, grifos do autor.

Apesar da aparente liberdade, o código previa apenas dois regimes de bens (art. 1315): comunhão de bens (arts. 1330-1342; em regra universal, mas podendo ser parcial, conforme art. 1344) ou separação de bens (arts. 1343-1352), o qual se subdividia em simples (arts. 1351, 1353-1361) ou dotal (arts. 1343, §§ 3º e 5º, 1345, 1362-1377).

No caso da comunhão de bens, o marido detinha o direito de administrar, alienar e penhorar todos os bens do casal (art. 1336), exceto: se um dos cônjuges fosse menor e tivesse se casado sem autorização do pai (§ 1º), em alguns atos do marido menor de idade (§ 2º), ou tratando-se de apólices ou dívidas públicas, as quais não poderiam ser alienadas ou penhoradas sem outorga uxória, pois eram submetidas às regras dos imóveis (§ 3º e art. 1337).

Neste regime, a regra do art. 1341 estabelecia que mesmo os bens incomunicáveis¹²³ eram administrados pelo marido, “[...] observando-se quanto á esta administração o disposto sobre a [administração] dos [bens] *proprios* da mulher no regimen da simples separação de bens”¹²⁴. O legislador, com base no poder marital, conferiu ao homem a administração dos bens, considerando que a esposa, ao optar pelo regime da comunhão e não separar seu patrimônio, não desejaria (ou não poderia) exercer essa administração.

Já nos regimes de separação de bens, simples ou dotal, havia maior independência e proteção conferidas à mulher. Apesar de competir ao marido administrar todos os bens que constituíssem o dote da mulher, percebendo os frutos (art. 1352, § 1º), o domínio e a posse eram da esposa, a não ser que esta declarasse expressamente em contrário (art. 1352, § 3º).

Os bens considerados extra dotais eram livremente administrados pela mulher, exceto quanto aos imóveis e apólices da dívida pública, posto que precisavam da outorga marital (art. 1352, § 2º). Caso o regime fosse o da separação simples, ela poderia fazer procuração para que o marido os administrasse como um mandatário (arts. 1358 e 1359).

Os bens recebidos pela mulher após o casamento poderiam ser condicionados à cláusula de não serem administrados pelo marido, porém, só seriam efetivamente administrados pela mulher se o marido não oferecesse hipoteca imóvel suficiente ou se, tendo os bens, não quisesse hipotecá-los (art. 1352, § 13).

¹²³ Os bens incomunicáveis eram aqueles que não compunham os bens do casal elencados no art. 1332: “Compõe-se o *activo do casal* de todos os bens de qualquer especie adduzidos pelos conjuges, ou por elles adquiridos á titulo oneroso ou gratuito na constancia do casamento. Exceptuão-se unicamente: 1.º Os bens que á cada um delles, antes ou depois do casamento, houverem sido doados, ou deixados em testamento, com a clausula de não se communicarem. 2.º O direito que cada um dos conjuges tiver á percepção de rendas periodicas, legados annuaes, montes-pios, ou pensões de qualquer natureza; communicando-se unicamente o que tiver vendido na constancia do casamento”. Cf. TEIXEIRA DE FRÉITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 565, grifos do autor.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 567, grifos do autor.

Dentre as obrigações decorrentes do laço conjugal para um e outro sexo, estabeleciam os arts. 1305 e 1306:

Comparação dos arts. 1305 e 1306 – Quadro 6¹²⁵

(continua)

<p>Art. 1305. O marido fica obrigado para com a mulher:</p>	<p>Art. 1306. A mulher fica obrigada para com o marido:</p>
<p>1.º A viver com ella na mesma habitação, e á prestar-lhe ahi todos os recursos para as necessidades da vida; ainda que a mulher não tenha trazido bens alguns, e ainda que por enfermidade ou por outro motivo fique impossibilidade de prestar serviços domesticos, ou de regê-los.</p> <p>Se o marido faltar á esta obrigação, a mulher terá direito para requerer arbitramento judicial de alimentos, e para havê-los do marido, conforme se regular no Código do Processo.</p>	<p>1.º A viver com elle na mesma habitação (Art. 176 n. 1º), e á seguir-lo se elle mudar de domicilio ou de residencia; salvo se houver fundado receio de algum perigo de vida, ou perda de saúde.</p> <p>Se a mulher faltar á esta obrigação, o marido poderá requerer as diligencias policiaes necessarias, e terá direito para negar-lhe alimentos.</p>
<p>2.º Á intentar pela mulher, ou com ella, as acções que lhe competirem, prestando igualmente todo o necessario para as despesas judiciaes dessas acções, assim como das criminaes em que a mulher fôr accusada.</p> <p>Se o marido faltar á esta obrigação, a mulher tambem terá direito para requerer arbitramento judicial dessas despesas, e para havê-las do marido, conforme tambem se regular no Código do Processo.</p>	<p>2.º Á não exercer acto algum da vida civil, em Juizo ou fóra d'elle, por si ou por procurador, sem assistencia do marido, ou sem a sua autorisação especial por escripto, ou supprimento desta pelo Juiz do domicilio conjugal; com excepção dos casos em que neste Código, ou se presume a autorisação do marido, ou não se exige a sua autorisação, ou só se exige a sua autorisação geral, ou só a autorisação judicial.</p> <p>A falta dessa assistencia ou autorisação do marido, ou da autorisação judicial, induzirá nullidade; mas não poderáõ alega-la ou</p>

¹²⁵ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, pp. 557-558.

Comparação dos arts. 1305 e 1306 – Quadro 6

(conclusão)

Art. 1305. O marido fica obrigado para com a mulher:	Art. 1306. A mulher fica obrigada para com o marido:
	demanda-la, senão o marido, ou a propria mulher, ou seus respectivos herdeiros
<p>3.º Á não poder estar em Juizo, como autor ou como réo, em qualquer acção civil, execução, ou outro processo, á respeito de immoveis, e direitos reaes sobre immoveis, sem procuração da mulher; e se ella a recusar, ou estiver impedida, sem autorisação do Juiz do domicilio conjugal.</p> <p>A falta dessa procuração, ou autorisação judicial, induzirá nullidade do processo; mas esta nullidade não poderá ser alegada ou demandada, senão pela propria mulher, ou por seus herdeiros.</p>	

Fonte: autoria nossa

Percebe-se como a legislação, refletindo o contexto histórico e social, impunha ao marido o papel de provedor, pagando inclusive custas judiciais, enquanto atribuía à esposa o papel de cuidadora do lar¹²⁶, seja por seu próprio esforço ou coordenando os trabalhadores que fizessem esse trabalho.

Reforçava-se também o poder marital, pois era obrigação da esposa mudar-se juntamente com o marido, sendo que se permitia ao cônjuge a utilização das forças policiais caso a esposa se recusasse, bem como a sua incapacidade para exercer muitos atos civis sem a autorização do marido.

Nas situações em que tal permissão era necessária, o marido poderia revogá-la a qualquer tempo, resguardando direitos de terceiros (art. 1312). Porém, caso a esposa tivesse realizado ações sem o consentimento, era possível que o marido o fizesse posteriormente, ratificando os atos da mulher (art. 1313).

¹²⁶ Afinal, viu-se como era necessária a autorização do marido para que a esposa pudesse exercer profissão.

Tratando-se das ações judiciais, o art. 1311 estabelecia as regras para o suprimento judicial da autorização uxória ou marital, sendo ouvida a parte recusante antes de proferir a decisão.¹²⁷ Nesses casos, os atos jurídicos realizados pela esposa só obrigariam o marido se o casamento fosse pelo regime da comunhão (art. 1314). Apesar de fornecer a capacidade à mulher, por um lado, por outro, protegeu o homem que não consentiu com a realização de tais atos.

No art. 1317, todavia, a legislação previa uma proteção patrimonial à mulher que tivesse bens próprios, os quais não poderiam ser utilizados como o dote¹²⁸ prometido por seu pai ou sua mãe ao futuro marido (art. 1317).

A mulher casada era presumida como autorizada pelo marido (art. 1307):

- 1.º Se ella exercer publicamente alguma profissão ou industria, como a de diretora de collegio, mestra de escola, parteira, atriz, dansarina (não a de commerciante); casos em que entender-se-ha que está geralmente autorizada pelo marido para todos os actos e contractos concernentes á sua profissão ou industria, emquanto não houver reclamação por parte do marido, annunciada ao publico, ou judicialmente intimada á quem com ella tiver de contractar.
- 2.º Nas compras de cousas moveis, que a mulher fizer á dinheiro de contado.
- 3.º Nas compras á fê de preço de objetos proprios do consumo domestico. Não se presumirá portanto autorisação do marido, quando a mulher comprar á fê de preço joias, moveis preciosos, e fazendas ou roupas de luxo.¹²⁹

Embora a regra fosse a manifestação marital expressa para exercer profissão, para algumas eram presumidas autorizadas (§ 1º), bem como para os negócios civis inerentes ao cuidado do lar (§ 3º) e para as compras de bens de baixo valor (§§ 2º e 3º), as quais não prejudicariam o patrimônio conjugal.

Havia, ainda, quatro situações taxativas nas quais a mulher não precisava de qualquer outorga marital (art. 1308):

- 1.º Nos litígios da mulher contra o marido, ou do marido contra a mulher.
- 2.º Quando a mulher fôr accusada em causas criminaes, posto que o marido tenha obrigação de prestar-lhe os meios necessarios para sua defesa judicial.
- 3.º Quanto aos bens paraphernaes, ou outros cuja administração a mulher tenha reservado em seu contracto de casamento, nos actos e contractos relativos á essa administração.
- 4.º Quando a mulher fizer suas disposições de ultima vontade, ou quizer revogalas.¹³⁰

¹²⁷ Atos semelhantes eram realizados quando o marido, no regime da comunhão total de bens, desejava alienar ou transferir bens imóveis e a esposa não consentia (arts. 1337 e 1338).

¹²⁸ Para os fins da legislação, “todos os bens adduzidos pela mulher para sustentação dos encargos matrimoniaes constituem seu *dote*, qualquer que seja o regimen de bens do casamento; ou esses bens tivessem sido seus proprios, ou lhe tivessem sido doados por seu pai ou mãi ou por ambos, ou por parentes seus, ou por pessoas estranhar, ou por seu proprio marido” (art. 1316). Cf. TEIXEIRA DE FRÉITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 561, grifos do autor.

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 558-559.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 559.

Demandando contra o marido ou tendo que se defender judicialmente dele, não se poderia exigir a autorização de quem seria o outro polo no processo (§ 1º), nem para se defender criminalmente de qualquer pessoa (§ 2º), para administrar bens não comunicados com os do marido (§ 3º) ou para realizar testamento ou codicilo (§ 4º). Nesses casos, a mulher casada não precisaria de qualquer autorização, expressa ou tácita, do marido.

Caso a mulher fosse comerciante, nos termos do Código Comercial de 1850, bastaria a autorização geral do marido, não sendo “[...] a mulher considerada como commerciante, senão quando tiver commercio separado, e não quando fôr empregada em trabalhos do commercio do marido”¹³¹ (art. 1309).

Em outras situações, batava a autorização do Juiz competente no domicílio do casal, conforme o rol taxativo do art. 1310:

- 1.º Quando fôr curadora do marido alienado, ou ausente; observando-se á tal respeito o que se dispuzer quanto á esta curatela.
- 2.º Nos casos de ausencia do marido em lugar não sabido.
- 3.º Nos casos de ausencia do marido em lugar sabido, tratando-se de negócios que não admittem demora.
- 4.º Nos casos do Art. 70, por ser menor o marido, ou a mulher, e terem-se casado sem as autorisações necessárias.
- 5.º Nos casos dos Arts. 72, 73, e 74, quanto aos actos que os menores casados não podem praticar.¹³²

Eram situações específicas que exigiam a autorização judicial, quando a mulher exercia a curatela do marido (§ 1º), na ausência legal deste (§ 2º), nos casos de urgência para realização de negócios jurídicos (§ 3º) e quando o marido, ou ambos, eram menores de idade (§§ 4º e 5º). No caso do § 4º, é perceptível a importância do pátrio poder sobre os filhos menores, pois, nessa situação, sobrepunha-se ao poder marital com relação às mulheres casadas menores de idade.

Todavia, no tocante à adoção, o Esboço foi omissivo quanto ao consentimento. Questionava Pontes de Miranda:

No art. 372 declara-se que não se póde adoptar sem o consentimento da pessoa, debaixo de cuja guarda estiver o adoptando, menor ou interdicto. Se o adoptando fôr mulher casada? O Código Civil não previu o caso. Póde aceitar a adopção, *contra* a vontade do marido? O *Esboço* de Teixeira de Freitas, art. 1.627, dispunha: “Não podem aceitar a adopção:... 4º. As mulheres casadas sem assistencia ou atorização de seu marido, ou supprimento de autorização pelo juiz”. Devemos entender: póde impugná-la se houver motivos para isto, mas, se a despeito da impugnação, se consummar, falta-nos qualquer pena. Não deixa de ser absurdo que a lei exija a

¹³¹ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esboço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 559.

¹³² *Ibid.*, p. 560.

autorização marital para aceitar legados ou heranças e admita a adoção, de que póde resultar herança.¹³³

A partir de uma interpretação sistemática, seria esperada essa limitação de atos da mulher. Todavia, na omissão legislativa, a supressão de direitos deveria ser interpretada de modo restrito, e não expansivo. Ou seja, a mulher não poderia ser prejudicada por uma norma omissa, defendendo-se, no caso, que não seria necessária a outorga marital.

O Esboço previa o divórcio e a separação judicial dos bens, vetando contratos particulares que proibissem essa separação (art. 1378). Tratava-se de mera separação de corpos e bens (art. 1379), pois o vínculo conjugal cessava apenas com a nulidade do casamento ou com a morte de um dos cônjuges. A dissolução era explicitamente vetada nos arts. 1417 e 1418, inclusive não reconhecendo aquelas que fossem feitas em outros países se aplicassem as leis brasileiras, não podendo os cônjuges contraírem novo matrimônio enquanto os dois estivessem vivos.¹³⁴

Todavia, para se conferir o divórcio ou a separação de bens, era necessária a concordância de ambos os cônjuges por meio de processo judicial (art. 1380), fosse o casamento com (arts. 1381-1385) ou sem (arts. 1386-1396) autorização da Igreja Católica.

Além disso, para a concessão do divórcio pelas leis civis, além da anuência do Ministério Público (art. 1392), deveria incidir uma das hipóteses do art. 1386, como adultério¹³⁵ (§ 1º), tentativas contra a vida do outro (§ 2º), lesões físicas (§ 3º) ou injúrias graves repetidamente (§ 4º). No primeiro caso, a graduação para concessão do divórcio era diferente entre os sexos. Para comprovar o adultério do homem, era necessário que este tivesse “concubina teúda e manteúda”¹³⁶, enquanto que para a infidelidade da mulher, eram consideradas “quaesquer que seião as circumstancias”¹³⁷.

Sendo concedido o divórcio, o casal era separado e havia o “deposito da mulher em casa honesta dentro dos limites de sua jurisdição” (art. 1388, *caput*). O vocábulo utilizado pelo legislador implica que não havia qualquer opção por parte da mulher, a qual seria depositada em novo lar. Financeiramente, o ex-marido deveria pagar alimentos à ex-esposa e

¹³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 417-418, grifos do autor.

¹³⁴ Do mesmo modo, previa o art. 1422: “O *fallecimento presumido* do conjuje ausente ou desaparecido (Art. 269) não habilita o outro conjuje á contrahir segundo casamento. Emquanto não se provar o fallecimento do conjuje ausente ou desaparecido por qualquer das fôrmas indicadas nos arts. 241 e 242, seu casamento não se reputará dissolvido”. Cf. TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 600, grifos do autor.

¹³⁵ Estabelecia o art. 1396: “Se a acção criminal de adulterio preceder á acção civil de divorcio por esta causa, observar-se-ha o disposto nos Arts. 835, 836, 837, e 838. Se preceder porém a acção de divorcio por adulterio, aplicar-se-ha o disposto nos Arts. 840 e 841”. Cf. *Ibid.*, p. 590.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 587.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 587.

aos filhos com os quais não residisse, bem como arcar com as custas necessárias para o processo de separação (art. 1388, § 3º).

Todavia, estabelecia o art. 1390 que “se a mulher, antes do final julgamento da acção de divorcio, sair do deposito designado pelo Juiz (Art. 1388 n. 1º), e sem que por este fosse ordenada a remoção; poderá o marido requerer, para que ella seja privada da pensão arbitrada para seus alimentos e despesas da acção”¹³⁸. Além de a mulher não poder escolher onde ficaria ao menos no decorrer no processo judicial, ainda seria prejudicada pelo poder marital do ex-marido, o qual seria desincumbido dos deveres de prestar alimentos e pagar as custas processuais.

Concedido o divórcio, os efeitos se iniciariam no dia em que se começasse a cumprir a sentença proferida pelo Juízo Eclesiástico ou no dia em que a sentença do Poder Judiciário transitasse em julgado (art. 1397) e eram os seguintes:

- 1.º Cada um dos conjuges poderá fixar seu domicilio ou residencia onde lhe aprouver, ainda que seja em paiz estrangeiro; mas, se tiver filho ou filhos á seu cuidado, não poderá transporta-los para paiz estrangeiro sem autorisação do respectivo Juiz dos Orphãos.
- 2.º Sómente o conjuge culpado continuará na obrigação de prestar alimentos ao conjuge innocente, se este não tiver meios de alimentar-se; subsistindo neste sentido a disposição do Art. 1305 n. 1º.
- 3.º O marido poderá exercer todos os actos da vida civil sem alguma dependência do consentimento da mulher, ou da autorisação judicial; ainda mesmo que demande em Juizo á respeito de immoveis, ou de direitos reaes sobre immoveis.
- 4.º A mulher poderá tambem exercer os actos da vida civil, exepuado porém o de estar em Juizo como autora ou ré sem assistencia do marido, ou sem a autorisação especial, ou supprimento desta pelo Juiz do domicilio ou residencia do marido (Arts. 131 n. 3º, e 1306 n. 2).¹³⁹

Pela leitura do dispositivo, fica claro como o divórcio não encerrava o laço matrimonial¹⁴⁰ e muito menos o pátrio poder, o qual era apenas reduzido, mas não abolido. Afinal, embora a mulher pudesse escolher seu próprio domicílio ou residência, ainda dependeria da anuência do ex-marido (referido na lei apenas como “marido”) ou precisaria de supprimento judicial de sua incapacidade relativa.

Após o divórcio, o cônjuge declarado vencedor, ou seja, aquele que não descumpriu os deveres conjugais, poderia requerer a separação judicial de bens (art. 1401). Todavia, “sómente a mulher, e não o marido, terá direito para requerer separação judicial de bens que

¹³⁸ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, pp. 588-589.

¹³⁹ Ibid., pp. 590-591.

¹⁴⁰ Tanto que ainda subsistia o dever da fidelidade conjugal, mesmo que um dos motivos da separação fosse justamente o adultério: “Art. 1399. Posto que em virtude do divorcio os conjuges vivão separados, subsistirão entre elles os direitos e obrigações quanto á suas pessoas, de que se tratou no Cap. 3º § 1º deste Titulo, no antecedente. **Subsistirá portanto a obrigação de fidelidade reciproca, e poderá ser criminalmente accusado pelo outro aquelle que commetter adulterio** (Art. 1304 e 1386 n. 1º)”. Cf. Ibid., p. 591, grifo nosso.

não seja consequência da sentença proferida em acção de divórcio”¹⁴¹ (art. 1403) e deveria decorrer de uma dentre três hipóteses taxativas¹⁴².

Embora pareça um benefício à mulher, na verdade, a permissão era pela mera manutenção de seus bens, tanto que no art. 1414 se menciona “a separação judicial dos bens da mulher”¹⁴³. Afinal, dependendo do regime, a esposa poderia conservar a administração de alguns bens, mas perdia a de outros (senão de todos) para o cônjuge, embora o inverso não acontecesse. Assim, não seria justo que perdesse seus bens nos casos de má administração do marido (art. 1403, § 3º) ou que este respondesse por insolvência (art. 1403, § 1º) ou por falência comercial (art. 1403, § 2º). Ainda assim, o art. 1404 restringia quais bens seriam afetados:

se o regimen do casamento fôr o de communhão de bens, a separação requerida pela mulher só comprehenderá os bens não communicados com o marido, ou porque á ella forão doados ou deixados com esta clausula (Art. 1332 n. 1º), ou por se ter assim estipulado no contracto de casamento ou qualquer outro anterior á celebração do casamento.¹⁴⁴

Se o regime fosse o da separação, também não poderia requerer a separação dos bens comunicados, apenas dos bens dotais e dos extra-dotais dos quais o marido tivesse a administração por alguma das hipóteses estudadas, seja por mandato ou penhora de imóveis suficientes (art. 1405).

A combinação dos arts. 1409 e 1410 conferia garantias à mulher, pois não se aceitava como prova o juramento do marido (art. 1410), sendo que para finalizar o processo de separação de bens, o marido deveria prestar fiança, penhor ou hipoteca de imóveis suficientes, ou comprovar que já o fizera por meio de certidão (art. 1409).

Como efeitos da separação dos bens, a esposa recebia “[...] todos os seus bens próprios¹⁴⁵, e quantias que lhe pertencerem; podendo executar o marido, segundo as leis gerais das execuções de sentenças” (art. 1412, § 1º). Além disso, os bens adquiridos depois eram incomunicáveis (art. 1412, § 2º), assim como cada um responderia pelas dívidas posteriormente contraídas (art. 1412, § 7º). Essa separação de bens tinha como dever a

¹⁴¹ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 593.

¹⁴² As situações elencadas no art. 1403 eram: “1.º Insolvabilidade do marido, manifestada por execuções ou embargos de seus credores, e sobretudo por concurso de preferéncia entre elles. 2.º Abertura de fallencia do marido commerciante. 3.º Receio de insolvabilidade ou fallencia do marido, e perigo de perder seus bens pela má administração do marido, ou por arriscadas especulações deste, ou pela complicação de seus negócios”. Cf. *Ibid.*, p. 593.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 597.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 593.

¹⁴⁵ Sobre a devolução dos bens próprios da mulher, determinava o art. 1413 que “Se o marido administrar, depois de effectuada a separação, os bens separados da mulher; são applicaveis as disposições dos Arts. 1358, 1359, 1360, e 1377”. Cf. *Ibid.*, p. 597.

contribuição dos cônjuges para as necessidades dos filhos que tivessem em comum (art. 1412, § 6º)

Já o § 3º do art. 1412 previa que a mulher tinha restituída sua capacidade “[...] **para os actos da vida civil sem dependencia de autorisação ou assistencia do marido, ou de autorisação judicial**; salvo quanto á alienação de bens immoveis ou constituição de direitos reaes sobre immoveis, e para estar em Juizo como autora ou ré”¹⁴⁶.

Apesar da alegada capacidade, ainda restavam alguns atos nos quais era considerada relativamente incapaz. Todavia, era-lhe atribuída maior liberdade com relação aos bens móveis de qualquer valor.

No caso de viuvez, era vetado à mulher contrair novo matrimônio enquanto estivesse grávida (art. 1454) ou por pelo menos dez meses após a anulação ou dissolução do primeiro casamento, para se ter certeza que não estava grávida do primeiro marido (art. 1455), sob pena de perder o “[...] direito de succeder aos descendentes que tiver ao tempo de seu novo casamento, e aos seus ascendentes, á menos que por elles não seja instituida herdeira”¹⁴⁷ (art. 1456).

3.4 Código Civil de 1916 e legislações esparsas

No primeiro Código brasileiro a vigor, conforme a classificação de Eduardo Espinola, “pertencem à classe dos direitos de familia as relações entre os conjuges e as relações de parentesco e afinidade”¹⁴⁸, os quais abrangem outros institutos, como

[...] o modo por que se constitui a familia legitima, que é o casamento; a sociedade conjugal – relações pessoais e patrimoniais entre os conjuges; a dissolução da sociedade conjugal; as relações entre os pais e os filhos legitimos¹⁴⁹. e o patrio poder; a filiação ilegítima¹⁵⁰ em relação aos pais; a adoção¹⁵¹; os alimentos; a tutela e a curatela.¹⁵²

¹⁴⁶ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 596, grifo nosso.

¹⁴⁷ Ibid., p. 613.

¹⁴⁸ ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 627.

¹⁴⁹ Pelo art. 352, os filhos legitimados pelo casamento eram equiparados aos legítimos.

¹⁵⁰ Sobre a discriminação dependendo do tipo de filiação, “A tendencia do direito moderno é no sentido de se favorecer quanto possivel a sorte dos filhos illegitimos, sejam simplesmente naturais ou espurios. A nossa legislação civil está aquem da evolução atestada pelas leis mais recentes em quasi todos os países. Mas a Constituição de 1937, ao declarar que – aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legitimados – faz crêr que, em breve, teremos novas leis que atenuem as injustiças constantes do Codigo Civil, inspirando em preconceitos já hoje injustificaveis”. Cf. ESPINOLA, Eduardo, op. cit., p. 640.

¹⁵¹ Acerca do instituto da adoção: “Quem não tenha prole legitima ou legitimada, pode adotar, se fôr maior de cinquenta anos. E’ necessario que o adotante tenha, no mínimo, dezoito anos mais que o adotado. Este ocupa o lugar do filho; a adoção continua a produzir os seus efeitos, ainda quando sobrevenha algum filho ao adotante,

Com relação ao papel do homem na família, Lafayette Rodrigues Pereira justificava que “e’ a organização do poder marital feita no interesse da família. Devendo ter unidade, é **confiado ao marido, geralmente mais apto para a direcção dos negocios**”¹⁵³. Além disso,

O capitulo sobre patrio poder ainda apresenta certas durezas patriarcales e a interpretação dos tribunales tem fortalecido a rotina.

[...]

Dos dezoito artigos sobre patrio poder, quasi todos foram modificados, mas não se fez mais do que aparar o seiscentismo das Ordenações Filipinas: [...].

A multiseccularidade de uma pratica quasi exclusiva da communhão universal de bens, de typo germanico, e o patriarcalismo romano deixaram nos paes portugueses, e menos, porém ainda muito, nos brasileiros, a noção de que a família é o pae, de que os bens são do pae, do marido, do “chefe de família”. Morta a mulher, não fazem inventarios, e só o fazem por intimação do juiz. Desta mentalidade, em que se misturaram as desvantagens da dureza da *pátria potestas* e os inconvenientes (certamente menores que as conveniencias moraes), da completa communhão de bens entre conjuges, resulta a absorpção do patrimonio da mulher e dos filhos pelo marido e pelo pae.

Era de esperar que o Codigo Civil corrigisse ou tentasse corrigir este estado de coisas. Não no fez. E onde o fez, a applicação judiciaria, rotineira, mais patriarcalista do que o proprio legislador, insinua, quanto pode, novos esteios á atrasada construcção do patrio poder.¹⁵⁴

Mesmo após essas críticas, o autor ainda considerava que, com relação ao direito anterior, dentre as instituições que foram abrandadas estava a alteração dos “[...] conceitos despoticos de patrio poder e de poder marital”¹⁵⁵.

Todavia, alertou que o direito obrigacional teve muito mais mudanças do que o direito de família, pois as inovações nesta área ocorreram, principalmente, em situações de âmbito com conteúdo mais econômico do que moral. Cita, a exemplo do Título II:

- a) fixou-se na data do casamento o inicio do regime de bens, tido, pelo Codigo, como irrevogavel (art. 230);
- b) tornou-se explicita a obrigação do marido de prover á familia (art. 233 n. V);
- c) regulou-se a obrigação alimentar do marido quando a mulher abandona o lar (art. 234);
- d) adoptou-se a providencia do art. 236;
- e) desde que a mulher tomou posse e assumiu o exercicio de cargo publico, ou se entregou á profissão exercida fóra do lar conjugal, considera-se tacitamente autorizada a isto (artigo 243 paragrapho único);
- f) deu-se á mulher, que exercer profissao lucrativa, o direito de praticar todos os actos inherentes ao exercicio e á sua defesa, bem como a dispôr, livremente, do producto do seu trabalho (art. 246);
- g) a mulher casada pode exercer, sem necessidade de autorização marital, os direitos que lhe competirem (arts. 393 e 185) sobre os filhos de leito anterior (art. 248 n. I);

salvo se concebido antes da adoção”. Cf. ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 640.

¹⁵² Ibid., p. 628.

¹⁵³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Anotações e adaptações ao codigo civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Editores Virgilio Maia & Comp., 1918, p. 108.

¹⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 202-203, grifos do autor.

¹⁵⁵ Ibid., p. 402.

- h) o marido não pode usar da acção para annullar as alienações illegaes por elle mesmo feitas (art. 249); extendeu e precisou os poderes da mulher no caso de vir a dirigir e administrar o casal (art. 251 paragrapho único);
- i) estatuiu o que se prescreve nos arts. 252-254.
- j) exigiu registro ás convenções antenupciaes, para que valessem em relação a terceiros (art. 261), o que não dispunham os Decretos n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 3 § 9, e n. 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 31.¹⁵⁶

Sobre este mesmo Título II, Paulo de Lacerda comentou que apesar de não alterar em demasia as disposições anteriores, “[...], disciplina melhor a matéria, estabelecendo preceitos novos, que elevam mais a posição da mulher no casal, cuja chefia até lhe outorga, em certos casos”¹⁵⁷.

Ponderando sobre a influência da moral, Spencer Vampré mencionava a demanda por mais direitos das mulheres e da igualdade entre os filhos¹⁵⁸, porém, alertava como o Código deveria refletir a sociedade, ao invés de impor mudanças drásticas.¹⁵⁹

O pátrio poder era exercido com relação aos filhos legítimos, legitimados¹⁶⁰, legalmente reconhecidos e adotivos¹⁶¹ enquanto menores (art. 379), só sendo exercido pela mulher na falta ou no impedimento do marido (art. 380) ou sendo o cônjuge sobrevivente (art. 382).

Em consonância com a Lei do Casamento Civil de 1890, não se mencionou o instituto dos esponsais no CC/1916, pois se considerava que a manifestação de vontade

¹⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 195-196.

¹⁵⁷ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. XXXVIII.

¹⁵⁸ Dentre as demandas, elencou o autor: “Estão a pedir a autonomia da mulher productora, o divorcio, a investigação da paternidade, a igualdade de direitos dos filhos legitimos e illegitimos, a protecção da mulher attingida em sua honra, a reorganisação da familia e da sociedade sobre base mais economica que moral do que religiosa ou politica, como até agora tem acontecido”. Cf. VAMPRÉ, Spencer. **Interpretação do código civil (com prefácio de Clovis Bevilacqua)**. São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1919, p. 108.

¹⁵⁹ Ibid, pp. 107-108.

¹⁶⁰ Sobre os diferentes tidpos de filiação, “E’ legitimado, em tudo equiparado ao legitimo, o filho concebido ou nascido antes do casamento dos pais. A filiação é ilegítima, quando o filho nasce fóra da união conjugal. E’ simplesmente *natural*, quando entre o pai e a mãe não existe impedimento de casar; é *espurio* se o casamento se não pode verificar, por ser casado um deles, ou por parentesco; no primeiro desses casos é *adulterino* o filho; no segundo *incestuoso*. O filho simplesmente ilegítimo ou natural pode ser reconhecido; não assim o adulterino ou o incestuoso (art. 358 do Codigo). Em certos casos, o filho natural (não o *espurio*) pode pleitear o reconhecimento da filiação, contra os pais ou seus herdeiros”. Cf. ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 639, grifos do autor.

¹⁶¹ Quanto ao pátrio poder com relação aos filhos adotivos, “Declara-se, no art. 392 IV, que a adopção extingue o patrio poder, quando, em verdade, na systematica do Codigo Civil, só o desloca; e melhor o diz o art. 378: ‘o patrio poder. que será *transferido* do pae natural para o adoptivo’”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 451, grifos do autor.

deveria ser realizada no momento da cerimônia de casamento, e não em um contrato estipulado anteriormente.¹⁶²

O vínculo da adoção só era dissolvido (art. 374) pela vontade dos agentes (inciso I) ou por ingratidão do adotante (inciso II), embora o Código não definisse o que poderia caracterizar essa ingratidão. Entendia-se que “considerado e apreciado gramaticalmente o termo ‘ingratidão’, não ha como enxergal-a no caso em que a filha adotiva é levada a cortar relações com seus paes, por determinação e vontade do marido”¹⁶³.

Eduardo Espinola acrescentou informações sobre o papel da mulher na família e a tendência a sua alteração:

As relações pessoais, embora tenham por pressuposto a igualdade entre os conjugues, são orientadas pelo pensamento de conservar a unidade da familia, para o que, em certos casos, se faz mister a existencia dum chefe, tornando-se indispensavel, algumas vezes, uma diversidade de atribuições e a prevalencia do chefe, que é o marido, no que tange à condição e representação social da familia, às decisões que respeitem aos interesses da mesma.

Principalmente depois da guerra européia de 1914-1918 se verifica uma tendência bem pronunciada para igualar a situação dos conjugues na sociedade conjugal¹⁶⁴. Alguma coisa se tem conseguido nas leis mais recentes de varios países, sem que, na quasi totalidade deles, se haja atingido a completa equiparação em suas proprias relações e nas relações entre eles e os filhos¹⁶⁵.

Reforçava-se a ideia de que era necessário apenas uma pessoa para dirigir a família e que, em razão do sexo, o homem era o considerado mais apto, tendo poderes sobre a esposa e os filhos.

Apesar do pronunciamento em 1939 sobre a tendência da igualdade entre o marido e a esposa, no Brasil, essa disposição se concretizou apenas com o Estatuto da Mulher Casada, em 1962, e, posteriormente, com a Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, conhecida como Lei do Divórcio. O Código Civil de 1916 ainda continha muitas diferenças com relação ao sexo:

O marido, como chefe da familia, é o seu representante legal, administrador dos bens comuns; fixa o domicilio da familia, provê à sua manutenção.

¹⁶² Como os sponsais foram extintos, não se cogitava “[...] ação visando compelir o noivo arrependido ao cumprimento da promessa de casamento, o que seria, na verdade, contrário à ordem pública. Com efeito, o consentimento do matrimônio e isento de toda a coação, podendo, até aí, o nubente desfazer o compromisso, retirando a sua palavra. Ele é livre de manifestar o seu arrependimento e pode fazê-lo até o instante da celebração do ato. Entretanto, o outro noivo que fez despesas, na previsão do matrimônio projetado, é justo seja ressarcido dos prejuízos sofridos”. Cf. OLIVEIRA, José Lopes de. **Curso de direito civil: direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980, p. 11.

¹⁶³ BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 106.

¹⁶⁴ Sobre as alterações legislativas oferecendo maior liberdade às mulheres na Itália, na Argentina e no Chile, ver: ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, pp. 633-634.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 633.

O nosso direito reconhece a autoridade do marido ainda quanto ao exercício do patrio poder.

A autorização marital é necessária, não somente para que possa a mulher praticar os atos que o marido não pode praticar sem a outorga uxoria (alienar e gravar bens imóveis, pleitear sobre tais bens, prestar fiança, fazer doação com os bens comuns), mas ainda para o exercício da profissão, aceitar tutela, curatela, mandato, aceitar ou repudiar herança, contrair obrigações de certo vulto.

O nosso Código, como se vê, mantém restrições aos direitos da mulher casada, que já não se encontram nos sistemas legislativos mais evoluídos.¹⁶⁶

As relações familiares possuem natureza¹⁶⁷ pessoal e patrimonial.¹⁶⁸ Considerava-se o casamento como elemento principal para constituição da família, sendo indissolúvel¹⁶⁹ e restrito às figuras de um homem e de uma mulher.¹⁷⁰

Pontes de Miranda cita como alterações com relação às Ordenações Filipinas a legitimação dos filhos adulterinos com o casamento dos pais, o direito à ação de alimentos (art. 405), a permissão de ingresso para ação investigatória de paternidade (art. 363) e “[...] só se impediu a de maternidade quando tenha por fim atribuir prole ilegítima á mulher casada e incestuosa á solteira (art. 364)”¹⁷¹. Além disso,

prestigiou-se o *facto* do casamento, em se declarar que – não só será legítimo o filho nascido do casamento *annullado*, ainda que sem declaração de putatividade, ou *nullo* mas *putativo* (art. 337, que manteve o direito anterior), – como também, se fôr sem as condições de putativo, será *certa* a filiação paterna ou materna (art. 397), se declarado *nullo* o casamento (*certeza* da filiação, note-se, e não *legitimidade*)”.¹⁷²

¹⁶⁶ ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 635.

¹⁶⁷ Sobre as relações familiares, “Os direitos de família puros teem caráter pessoal, são relações jurídicas entre pessoas, sem qualquer consideração de indole patrimonial; são inestimáveis em dinheiro, inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis. As relações incluídas no direito de família, que apresentam caráter patrimonial, denominam-se direitos de família aplicados, porque consistem numa aplicação especial dos direitos reais ou dos direitos obrigacionais aos fins considerados na instituição da família. Dos direitos privados, somente os direitos estritamente pessoais, inerentes à pessoa, direitos que se dizem sobre a própria pessoa (à vida, à integridade física, à honra, ao nome, à própria imagem) e os direitos puros de família não teem caráter patrimonial”. Cf. *Ibid.*, p. 643.

¹⁶⁸ Acerca dessa distinção, “Estabelecida a sociedade conjugal pelo casamento, desenvolvem-se nela relações de caráter pessoal e de caráter patrimonial. As relações pessoais são, nos pontos fundamentais, reguladas pela lei civil, por normas de direito absolutamente coactivo, que não permitem qualquer modificação procedente da vontade dos conjuges. As relações de caráter patrimonial são, em parte, deixadas à consideração e regulação dos interessados, como acontece em relação ao regime dos bens”. Cf. *Ibid.*, p. 633.

¹⁶⁹ Sobre a indissolubilidade do casamento: “O vinculo matrimonial, em nosso direito, só se dissolve pela morte de um dos conjuges, ou pela nulidade ou anulação do casamento. A sociedade conjugal, porém, além desses casos em que se rompe o proprio vinculo matrimonial, pode terminar pelo desquite, amigavel ou judicial. A nossa lei civil não admite o divorcio absoluto, com a dissolução do vinculo (as Constituições de 1934 – art. 144 – e de 1937 – art. 124 – declaram indissolúvel o casamento). São hoje em pequeno numero os sistemas legislativos que mantem o principio da indissolubilidade do vinculo”. Cf. *Ibid.*, p. 637.

¹⁷⁰ Por exemplo, a adoção somente era concedida a duas pessoas se fossem marido e mulher (art. 370).

¹⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 201-202.

¹⁷² *Ibid.*, p. 202, grifos do autor.

A indissolubilidade, na vigência deste Código, era reforçada pelas Constituições de 1934 (art. 144), 1937 (art. 124), 1946 (art. 163) e 1967 (art. 167, § 1º). recebendo proteção especial do Estado.¹⁷³

Pelo parágrafo único do art. 315, “o casamento valido só se dissolve pela morte de um dos conjuges”¹⁷⁴. Com relação a essas considerações, Ruy Barbosa ponderou acerca das aparentes contradições do casamento, ao mesmo tempo indissolúvel e dissolúvel. Porém, “[...], o que faz o projecto, é observar a distincção natural entre a sociedade conjugal e o vínculo do casamento, alludindo á dissolubilidade de uma e á indissolubilidade do outro”¹⁷⁵.

Segundo o autor, a solução seria substituir a expressão “dissolução do matrimônio” por “dissolução da sociedade conjugal”, posto que o primeiro é indissolúvel e, o último, solúvel.

A partir da Lei do Divórcio de 1977, permitiu-se a dissolução do casamento válido pelo divórcio, sendo o fato reforçado na Constituição de 1988, conforme o art. 226, § 6º: “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”¹⁷⁶. Após a alteração pela Emenda Constitucional nº 66/2010, passou a constar apenas que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”¹⁷⁷.

Apesar de ser indissolúvel o casamento pela ordem constitucional, o Código Civil dispunha no art. 315 que a sociedade conjugal se dissolvia pela morte de um dos cônjuges (inciso I), em decorrência da nulidade ou da anulação do casamento (inciso II) ou pelo desquite¹⁷⁸, fosse amigável ou judicial (inciso III).

¹⁷³ A Constituição de 1891 era omissa quanto ao instituto, mencionando-o apenas no art. 72, § 4º, sobre seu reconhecimento puramente civil.

¹⁷⁴ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 137.

¹⁷⁵ NERY, Fernando. **Ruy Barbosa e o código civil ou o código civil brasileiro**: crítica e defesa. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931, pp. 13-14.

¹⁷⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

¹⁷⁷ Id. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1. Acesso em: 08 fev. 2019.

¹⁷⁸ O inciso I do mesmo art. 219 dispunha sobre identidade, honra e boa fama do cônjuge, de modo que “a dissolução da sociedade conjugal, que o decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, chama de *divorcio*, passa a ser chamado de *desquite*, e a expressão aspera ‘*posse dos filhos*’, cuja dureza Duarte de Azevedo notára no seu parecer, é trocada pela mais branda ‘*protecção á pessoa dos filhos*’”. Cf. LACERDA, Paulo de, op. cit., p. XXXIX, grifos do autor.

Uma das hipóteses de casamento anulável, configurando erro essencial sobre a pessoa do cônjuge¹⁷⁹, era se o marido não soubesse do “defloramento da mulher”¹⁸⁰ (art. 219, IV). O prazo prescricional para propor a ação era de 10 dias, contados do dia do matrimônio (art. 178, § 1º).

Havia tanta relevância jurídica em relação ao tema do defloramento que, caso a mulher fosse menor, (inciso I) a legislação considerava que sua honra tinha sido afetada e concedia-lhe o “[...] direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quizer reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente á condição e estado da offendida”¹⁸¹ (art. 1.548, *caput*). Essa mesma sanção era aplicada a quem violentasse ou ameaçasse mulher honesta (inciso II), seduzisse mulher com promessa de casamento (inciso III) ou a raptasse (inciso IV).

Para propor a ação de desquite, a legislação continuava a limitar situações taxativas (art. 317), sendo: adultério¹⁸² (inciso I, com a discussão de culpa)¹⁸³, tentativa de causar morte do cônjuge (inciso II) ou lhe injuriar gravemente (inciso III), ou abandonar o lar conjugal por mais de dois anos ininterruptamente (inciso IV). Acrescentou-se a possibilidade de os cônjuges consentirem com o desquite dois anos após o matrimônio (art. 318)¹⁸⁴.

Todavia, a diferença com relação às normas anteriores permissivas do desquite é que não se fazia distinção dos atos nem do grau dessas situações para homens ou mulheres. Caso o desquite fosse judicial, a mulher “inocente¹⁸⁵ e pobre” teria direito a receber pensão alimentícia do marido (art. 320).

¹⁷⁹ Dentre as hipóteses de erro essencial sobre a pessoa do cônjuge, “Autoriza a anulação do casamento o fato de um jovem, iludido, ter-se unido a uma mulher com má reputação, ou o de uma mulher que, ilaqueada na sua boa fé, se consorcia com um ladrão contumaz. Também existe erro essencial sobre a honra e boa fama no consórcio da mulher com marido que veio a descobrir entregar-se à prática do homossexualismo”. Cf. OLIVEIRA, José Lopes de. **Curso de direito civil: direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980, p. 87.

¹⁸⁰ Justificava-se que constituiria falta de “[...] indício de honestidade e recato na jovem solteira, qualidade essencial, presumindo-se que o marido não contrairia o casamento se a soubesse [...]”. Cf. *Ibid.*, p. 93.

¹⁸¹ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 333.

¹⁸² “Art. 319. O adultério deixará de ser motivo para desquite: I. Se o autor houver concorrido para que o réu o cometesse. II. Se o cônjuge inocente lhe houver perdoado. Parágrafo único. Presume-se perdoado o adultério, quando o cônjuge inocente, conhecendo-o, coabitar com o culpado”. Cf. BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁸³ Ressaltava Achilles Bevilaqua que o adultério no âmbito cível não poderia ser conceituado com o mesmo rigor aplicado na seara criminal. Cf. BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 96.

¹⁸⁴ Contudo, consentindo as partes e “Ratificado o pedido de desquite, perante o juiz, torna-se irrevogável, não sendo mais lícito a uma das partes retroceder, embora o acordo ainda não esteja definitivamente homologado”. Cf. *Ibid.*, p. 97.

¹⁸⁵ Discutia-se a culpa pela causa do divórcio, sendo que essa atribuição era utilizada para definir judicialmente “[...] a quota com que, para criação e educação dos filhos, deve concorrer o conjugue culpado, ou ambos, se um e outro o forem” (art. 321). Cf. LACERDA, Paulo de, *op. cit.*, p. 137.

Caso a mulher fosse considerada culpada, perdia o direito de utilizar o sobrenome¹⁸⁶ do marido (art. 324). Para Achilles Bevilaqua, nesse caso, não era possível a manutenção mesmo em caso de acordo, “[...] porque a proibição não foi estabelecida sómente no interesse deste, mas também no de terceiros, que ficam assim avisados do desquite, e ainda no interesse da família do marido e da sociedade”¹⁸⁷.

Além disso, a guarda dos filhos pertenceria ao cônjuge inocente (art. 326), porém, sendo ambos culpados, a mãe teria a guarda das filhas menores e dos filhos até os seis anos (§ 1º), que depois dessa idade passariam à guarda do pai (§ 2º).

Publicado o Estatuto da Mulher Casada, não havia mais essa limitação de idade. Assim, caso ambos fossem culpados, os filhos ficariam sob a guarda da mãe até atingirem a maioridade, salvo se o Juiz compreendesse que haveria prejuízo moral aos filhos (§ 1º).

Acrescentou-se a possibilidade de nenhum dos pais terem condições para exercer a guarda dos filhos. Nesse caso, a guarda competiria a um familiar idôneo da família de qualquer um dos cônjuges, sem preferência, assegurando aos pais o direito de visita (§ 2º).

Se a mulher se casasse novamente, não perderia a guarda dos filhos, a não ser que se provasse que o novo marido não os tratava adequadamente (art. 329). Entretanto, contraindo novas núpcias, perdia o pátrio poder sobre os filhos da primeira união, recuperando-o somente com a morte do primeiro marido (art. 393).

Esta situação foi alterada somente em 1962, quando o Estatuto acabou com a perda do poder sobre os filhos do casamento anterior, “[...], exercendo-os sem qualquer interferência do marido”¹⁸⁸ (art. 393).

Quanto à capacidade para casar, a idade mínima era de 16 anos para as mulheres e 18, no caso dos homens (art. 183, XII)¹⁸⁹. Sendo um dos nubentes menor de 21 anos, era necessário o consentimento do pai e da mãe (art. 185), não apenas do genitor. Se injustamente denegado, o Juiz poderia suprir (art. 188).

¹⁸⁶ Sobre o direito ao nome: “Se bem que, nos arts. 240, 324, 667, o Código Civil se refira ao nome, não regulou o *direito ao nome*. A construção jurídica ainda não se fez no direito brasileiro; é lacuna da lei e mesmo da doutrina”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 407, grifos do ator.

¹⁸⁷ BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 98.

¹⁸⁸ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

¹⁸⁹ Alterou-se a idade mínima anterior (art. 7º, § 8º), aumentando em dois anos para cada sexo, porém, mantendo essa distinção. Cf. Id. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890**. Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

A partir da data da celebração, o casamento já produzia todos os efeitos previstos em lei¹⁹⁰, como reconhecimento de família legítima, legitimando os filhos em comum (art. 229), e o início do regime de bens. Esse regime poderia ser escolhido¹⁹¹ dentre comunhão universal¹⁹², comunicação parcial, separação, ou dotal, conquanto não prejudicasse “[...] os direitos conjugues ou os paternos”¹⁹³ (art. 257, I) e não afrontasse a lei (art. 257, II). Após a celebração, não poderia ser alterado (art. 230).

Estabeleciam-se, ainda, deveres recíprocos (art. 231) de fidelidade (inciso I), vida em comum no domicílio conjugal (inciso II) e sustento, guarda e educação dos filhos (inciso III). Quando aos direitos e deveres, eram diferentes para os homens e para as mulheres.

Ao marido, cabia a representação legal da família (art. 233, I), sendo reconhecido como o chefe da sociedade conjugal (art. 233, *caput*). Consequentemente, era o administrador “[...] dos bens communs e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regimen matrimonial adoptado, ou do pacto antenupcial”¹⁹⁴ (II), incluindo os bens dotais (art. 289, I), embora a posse e a propriedade fossem comuns na constância do casamento (art. 266).

Essa administração não era livre, sendo que em algumas situações o marido dependia da autorização da mulher para realizar atos jurídicos (art. 235). Caso ela não autorizasse, poderia o Juiz suprir judicialmente (art. 237), porém, não obrigaria os bens dela (art. 238).

O marido exercia também o direito de fixar ou alterar domicílio da família (art. 233, III), a qual tinha o dever de sustentar (V). Com relação à esposa, ele tinha o direito de autorizar que esta exercesse profissão ou que estabelecesse residência diferente (IV). A exceção era quanto à profissão lucrativa, para a qual a mulher teria “direito a praticar todos os atos inerentes ao seu exercício e à sua defesa, bem como a dispor livremente do produto de seu trabalho” (art. 246).

Com a vigência do Estatuto da Mulher Casada, o art. 246 foi complementado na parte final e acrescentado o parágrafo único:

¹⁹⁰ Mesmo nulo ou anulável, reputavam-se vigentes os efeitos aos cônjuges que estivessem de boa fé e aos filhos (art. 221).

¹⁹¹ Quanto à faculdade de escolher o regime de bens, “O direito portuguez, como o brasileiro, deixa inteira a liberdade aos nubentes, para estipularem o que lhes aprouver acerca de seus bens”. Era possível, inclusive, misturar regras de diferentes regimes no pacto. Cf. BEVILAQUA, Clóvis. **Soluções práticas de direito**. Direito civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1930. v. 3, p. 47.

¹⁹² Na omissão, aplicava-se a comunhão universal (art. 258), embora a lei estabelecesse obrigatoriamente o regime da separação em alguns casos (incisos I-IV).

¹⁹³ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 125.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 120.

o produto do seu trabalho assim auferido, e os bens com êle adquiridos, constituem, salvo estipulação diversa em pacto antenupcial, bens reservados, dos quais poderá dispor livremente com observância, porém, do preceituado na parte final do art. 240 e nos ns. II e III, do artigo 242.

Parágrafo único. Não responde, o produto do trabalho da mulher, nem os bens a que se refere êste artigo pelas dívidas do marido, exceto as contraídas em benefício da família.¹⁹⁵

Inicialmente, limitou-se o livre produto do seu trabalho, porém, o protegeu das dívidas contraídas somente pelo marido, permitindo que os frutos do labor da mulher respondessem, apenas, caso essa dívida fosse em prol de toda a família.

Outra importante alteração ocorreu no art. 233:

Comparação do art. 233 – Quadro 7

(continua)

Código Civil de 1916	Estatuto da Mulher Casada
Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:	Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos (arts. 240, 247 e 251). Compete-lhe:
II. A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adaptado, ou do pacto antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I, e 311).	II - a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto, antenupcial (arts. 178, § 9º, nº I, c, 274, 289, nº I e 311);
III. direito de fixar e mudar o domicílio da família (arts. 46 e 233, nº IV).	III - o direito de fixar o domicílio da família ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao Juiz, no caso de deliberação que a prejudique;
IV. O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do tecto conjugal (arts. 231, nº II, 242, nº VII, 243 a 245, nº II, e 247, nº III).	

¹⁹⁵ BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

Comparação do art. 233 – Quadro 7

(conclusão)

V. Prover à manutenção da família, guardada a disposição do art. 277.	IV - prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277.
---	---

Fonte: autoria nossa

Reconheceu-se a importância da colaboração da mulher nos interesses dos cônjuges e de seus descendentes (*caput*), embora ainda estabelecesse o homem como chefe da sociedade conjugal. Apesar de mantida a chefia da sociedade conjugal pelo homem, José Lopes de Oliveira defendia que não vislumbrava superioridade, pois a esposa era-lhe auxiliar e colaboradora. Tentava, assim, defender as contradições entre manter o poder ao marido enquanto era atribuído um papel mais ativo à mulher:

Com efeito, a independência recíproca dos cônjuges acarretaria a anarquia, o desmando na direção dos negócios domésticos, comprometendo, de certo, a ordem interna da família tão necessária à realização da alta finalidade do matrimônio.

Quando o Código conferiu ao marido a chefia da sociedade conjugal, não lhe outorgou um direito absoluto de direção, o que seria manter a mulher naquela mesma situação de inferioridade a que fora relegada pelas legislações inspiradas no Código napoleônico.

A mulher, a consorte, é companheira do marido, coparticipante dos destinos da [...] É por exigência da unidade na direção da família que a lei faz do marido o chefe da sociedade conjugal, o que não significa que o marido seja patrão da mulher, não obstante dever-lhe esta obediência. Mas o dever de obediência não significa nem submissão da mulher à vontade despótica do marido, nem supressão de qualquer vontade da mulher que, sendo colaboradora sua, participa do governo do lar, opinando, sugerindo, apontando soluções.¹⁹⁶

Acrescentou-se ao art. 233 a previsão que já existia de a esposa poder ter domicílio diferente do marido (inciso III) e permitiu grande independência às esposas ao revogar o antigo inciso IV, retirando a necessidade de o cônjuge autorizar toda e qualquer tipo de profissão, não só as lucrativas.

Por outro lado, quanto às obrigações da mulher, caso esta abandonasse o lar conjugal sem justo motivo, recusando-se a voltar, cessaria a obrigação do cônjuge de sustentá-la. A lei permitia, ainda, ordenar judicialmente “[...], em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher”¹⁹⁷ (art. 234).

¹⁹⁶ OLIVEIRA, José Lopes de. **Curso de direito civil: direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980, p. 122.

¹⁹⁷ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 120.

Casada, a esposa assumia o nome do marido¹⁹⁸ e o papel de companheira e auxiliar nas tarefas domiciliares (art. 240). No caso de desquite, sendo a mulher condenada culpada, uma das penas era a perda do nome adquirido (art. 324).

O art. 240 foi alterado pelo Estatuto da Mulher Casada, mantendo a utilização do nome do marido, substituindo o termo “auxiliar” por “colaboradora” e acrescentando o dever de “velar pela direcção material e moral” da família.¹⁹⁹ Já com a Lei do Divórcio, retirou-se a obrigatoriedade de assumir o nome do marido, sendo considerado uma mera faculdade conforme o parágrafo único que foi acrescentado.²⁰⁰

A esposa somente teria o direito de dirigir e administrar os bens do casal em alguns casos, pois, em regra, “o patrio poder é exercido pelo marido como chefe da família; a mulher só o exerce na falta ou impedimento do marido. Ela, porém, o perde, quanto aos filhos do leito anterior, vado concerne aos direitos patrimoniais, que são os suscetíveis se contrai novas nupcias”²⁰¹.

O pátrio poder, então, era exercido pelo marido, enquanto chefe da sociedade conjugal e da família, sendo atribuído à esposa na sua falta ou impedimento (art. 380). Apenas após a vigência do Estatuto designou-se o pátrio poder aos pais, “[...], exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade”. Todavia, não houve alteração no termo utilizado.

As hipóteses taxativas para exercício do pátrio poder pela esposa constavam no art. 251, quando o marido estivesse desaparecido (inciso I), preso por período superior a dois anos (inciso II), ou quando este fosse declarado interditado judicialmente (inciso III). Sobre essa permissão legal no Código,

Impellido pelo espirito liberal, elle formula preceitos que já estavam praticamente nos costumes, e attende ás necessidades novas, sufficientemente caracterizadas. Assim, **o exercício do patrio poder outorgado á mãe**, em falta ou no impedimento do pai, **era um facto, carecendo apenas da sancção da lei; o patrio poder deferido á mãe illegitima também estava na realidade da vida**, e até conseguira acobertar-se com uma interpretação generosa do decreto n. 181, de 24 de janeiro de

¹⁹⁸ Quanto ao regramento do nome do marido, “**99. Direito ao nome.** – Não mereceu nenhuma referencia especial do Codigo Civil o direito ao nome (*Namenrecht*). Mas, nos arts. 240 e 324, em se tratando de mulher casada, allude-se ao nome, [...]”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 192, grifos do autor.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

²⁰⁰ Id. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

²⁰¹ ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, pp. 640-641.

1890; a investigação da paternidade natural, em certos casos, era uma necessidade que todos reconheciam; [...].²⁰²

Além disso, “o pae, ou mãe, que, ao tempo da morte, não tiver o patrio poder, fica privado de nomear tutor (art. 408). Não se cogitou dos avós destituídos da tutela. Também elles perdem aquelle direito de nomeação testamentaria de tutor”²⁰³.

Do mesmo modo que o marido necessitava da anuência da esposa para realizar certos negócios jurídicos, para alguns atos a autorização do marido era necessária (arts. 242 e 1.299, para aceitar mandato), para outros ela se presumia autorizada (art. 247) e, numa terceira categoria, poderia não precisar de anuência alguma (art. 248).

O art. 242 (“a mulher não pode, sem autorização do marido”²⁰⁴) teve cinco incisos revogados pelo Estatuto da Mulher Casada: “IV. Aceitar ou repudiar herança ou legado. V. Aceitar tutela, curatela ou outro munus público. VI. Litigiar em juízo civil ou comercial, a não ser nos casos indicados nos arts. 248 e 251. VII. **Exercer profissão** (art. 233, nº IV). [...] IX. Aceitar mandato (art. 1.299)”²⁰⁵. Ou seja, a partir de 1962, a mulher não precisava da outorga marital para realizar esses atos.

Caso os negócios do marido estivessem em desordem, a mulher poderia requerer judicialmente a separação do seu dote (art. 308), o qual poderia administrar, mas não alienar (art. 309). Mesmo “a separação de corpos preliminar do desquite não põe a termo a administração dos bens da mulher, pelo marido”²⁰⁶.

Havendo dissolução da sociedade conjugal, o marido deveria restituir o dote da mulher dentro período de um mês (art. 300). Com relação aos bens parafernais, ela tinha livre administração, uso e disposição, sem poder, todavia, aliená-los se fossem imóveis (art. 310).

As doações feitas ao casal, salvo disposto em contrário, eram consideradas distribuídas igualmente entre ambos (art. 1.178). Mas, tratando-se da doação de um dos cônjuges adúlteros, poderia ser anulada pelo outro ou por seus herdeiros, no prazo de dois anos após a dissolução da sociedade conjugal (art. 1.177).

A Ord. do Liv. IV, tit. 66, só se referia á doação do marido á concubina ou barregã. O Código Civil, art. 1.177, refere-se a conjuges, de modo que se opera mais esta generalização ou symetrização dos sexos perante o direito. Mas foi incompleta a

²⁰² LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. LX, grifo nosso.

²⁰³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 418.

²⁰⁴ LACERDA, Paulo de, op. cit., p. 121.

²⁰⁵ BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 18 out. 2018, grifo nosso.

²⁰⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Soluções práticas de direito**. Direito civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1930. v. 3, p. 19.

providencia: no art. 248 deu-se á mulher a reivindicação dos bens communs moveis ou immoveis doados, ou transferidos, á concubina, sem que isto se dissesse quanto á acção do marido se alienados pela mulher, o que poderá acontecer em muitos casos, dos quaes é principal o do art. 251 paragrapho unico I, IV”²⁰⁷.

Data venia, esta discrepância pode ser depreendida da desigualdade na administração e consequente disposição dos bens do casal, pois, em regra e dependendo do regime de bens, a mulher não tinha muitos bens próprios para poder administrar, utilizar e dispor.

A sociedade conjugal passou a ser dissolvida, além das hipóteses do art. 315, pela separação judicial, inserida pela Emenda Constitucional nº 9/1997²⁰⁸, a qual alterou a redação do art. 175 da CF/1967, e posteriormente reforçado pelo art. 2º da Lei do Divórcio, embora o casamento válido fosse dissolvido somente “pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio”²⁰⁹ (parágrafo único).

A separação, conforme o art. 3º da Lei, findava “[...] os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”²¹⁰. Era concedida após dois anos do casamento com a concordância dos dois cônjuges, mas, ainda se discutia culpa, pois uma das penas impostas à mulher vencida (ou que entrasse com a ação) era o retorno ao nome de solteira (art. 17). Fora dessas situações, ela poderia optar pela continuação ou pela alteração (arts. 17, § 2º, e 18).

Sobre o divórcio, Pontes de Miranda comenta que há maior estabilidade jurídica onde a religião prepondera, havendo menor estabilidade conforme aumenta a influência da moral.²¹¹ Justifica essa afirmativa utilizando o divórcio como exemplo:

Verificamos isto no Código Civil brasileiro? O primeiro exemplo, que nos lembra é o do divórcio *a vinculo*. A despeito das discussões favoráveis, nada logrou. Não o quis o *Esboço* de Teixeira de Freitas (art. 1.379), nem os Projectos de Coelho Rodrigues (art. 2.111) e de Bevilacqua (artigos 385, 386), nem, tão pouco, o *revisito* (art. 394). Não podia ocorrer diferentemente: onde deixava o divórcio *a vinculo* de

²⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 397-398.

²⁰⁸ Após a Emenda, já era permitido o divórcio direto, porém, apenas após cinco anos do casamento. Cf. BRASIL. **Emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977**. Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 7 fev. 2019.

²⁰⁹ Id. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Isto não quer dizer, todavia, que a influência religiosa seja necessariamente uma vantagem, pois “a intervenção das convicções religiosas – sendo a religião o processo adaptativo dotado de maior efeito de estabilização – tem, no direito, estas consequências de recuo no tempo: um simples dispositivo legal, que devera obedecer a sugestões jurídicas ou políticas, e não a sugestões religiosas, puxa o direito civil para quem do Século XVI”. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., pp. 393-394.

ser impedido, profligado, pelo catholicismo, obstava-o o positivismo comtiano, cuja influencia, no fim do Imperio e começo da Republica, foi profunda nas classes dirigentes e nos factores do movimento republicado. De qualquer modo, era intervenção religiosa na elaboração da lei. Se aquelles, em cujo espirito predominavam as concepções materialistas, oriundas de Recife, em cuja Faculdade de Direito Haeckel e os biologos alemães constituíam o fundo commum da philosophia vigente, ousaram, no Congresso, defender o divorcio, combateram-no, renhidamente, os catholicos e os positivistas comtianos, entre estes, se bem que attenuado no seu comtianismo, Clovis Bevilacqua, que ainda reputa ‘assustadora’ a tendência dos países para o divorcio.²¹²

Permitiu-se que o divórcio dissolvesse o casamento civil apenas com a Emenda Constitucional nº 66/2010²¹³.

No CC/1916, havia algumas normas específicas com relação ao segundo casamento, principalmente impondo restrições às mulheres. Era impedida de casar²¹⁴ “a mulher viúva ou separada do marido por nulidade ou anulação do casamento, até dez meses depois da viuvez ou da separação judicial dos corpos, salvo se, antes de terminado o referido prazo, der à luz algum filho”²¹⁵ (art. 183, XIV).

Desse modo, “restam dissymetrias já absurdas: o pae viuvo, que se casa, não perde o usufructo dos bens do filho do leito anterior, mas perde-o a mãe viuva que contráe nupcias (art. 393, 389), desigualdade esta que destôa do criterio igualizador do artigo 225”²¹⁶. Apesar de suprimidas muitas das disparidades com o Estatuto da Mulher Casada e com a Lei do Divórcio, o CC/1916 ainda manteve tratamentos diferentes a depender do sexo.

3.5 Código Civil de 2002 e legislações esparsas

A família, na vigência da Constituição de 1988, é considerada base da sociedade e é protegida pelo Estado (art. 226, *caput*). Dentre as finalidades, visa proteger as crianças e os

²¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, pp. 391-392, grifos do autor.

²¹³ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010**. Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1. Acesso em: 08 fev. 2019.

²¹⁴ Além disso, “o raptor não pode casar com a raptada enquanto esta se não ache em lugar seguro, fóra de seu poder. E’ impedido de casar o conjuge adultero com o seu co-reu, condenado como tal; assim igualmente o conjuge sobrevivente com o condenado, como dellinquente no homicidio ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte”. Cf. ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 630.

²¹⁵ Esse inciso foi alterado pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 1919, passando a ser esta a nova redação, sem alterar o sentido da norma: “A viuva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nullo ou ter sido annullado, até dez mezes depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal, salvo se antes de findo esse prazo dêr á luz algum filho”.

²¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., p. 394.

adolescentes oferecendo todos os meios necessários para seu adequado desenvolvimento (art. 227).

Outra influência no Código Civil provém da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres (art. 5º, I, CF/88). Por isso, muitas das disparidades anteriormente estudadas foram revogadas.

Não há mais diferença na idade núbil para homens e mulheres (arts. 1.517 e 1.520) e “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”²¹⁷ (art. 1.511). Por isso, “não há mais preferência masculina sobre tais decisões. Em caso de divergência, a decisão caberá ao Judiciário, atendendo-se sempre o maior interesse do adolescente”²¹⁸.

Dentre os efeitos do casamento, os cônjuges são considerados consortes, igualmente responsáveis pelos deveres de cuidado da família (arts. 1.565, 1.567 e 1.568), tanto que não se mencionam mais o pátrio poder nem o poder marital. No Código Civil de 2002, consta somente a expressão “poder familiar”, designando a divisão de direitos e deveres entre o homem e a mulher.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a expressão utilizada “[...] ainda não é a mais adequada, porque mantém a ênfase no poder. Todavia, é melhor que a resistente expressão ‘pátrio poder’, mantida, inexplicavelmente, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. (Lei n. 8.069/90), somente derogada com o novo Código Civil”^{219, 220}.

Foram mantidos os mesmos deveres e direitos ao cônjuge (art. 1.566) de fidelidade (inciso I), vida em comum no domicílio conjugal (inciso II, não sendo mais delimitado pelo domicílio do marido, conforme o art. 1.569), assistência mútua (inciso II), sustento, cuidados e educação dos filhos (inciso IV), com a novidade de “respeito e consideração mútuos”²²¹ (inciso V).

²¹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019**. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

²¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código civil e legislação correlata da família**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 31.

²¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: **Direito de família e o novo código civil**. Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira (coords.). 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 153-154.

²²⁰ Todavia, até a vigência da Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009, ainda constava a expressão “pátrio poder” no Estatuto da Criança e do Adolescente, quando finalmente foi substituído por “poder familiar”.

²²¹ BRASIL, op. cit.

As doações feitas a quaisquer pessoas são distribuídas por igual (art. 551) e sendo casados, “[...] subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”²²² (art. 551, parágrafo único).

Não há mais esponsais, mas as partes podem realizar pacto antenupcial (arts. 1.653-1.657), conquanto seja feito por escritura pública (art. 1.653). As cláusulas que, porventura, violem à lei, são consideradas nulas (art. 1.655).

São quatro os regimes previstos no Código: comunhão parcial (arts. 1.658-1.666), comunhão universal (arts. 1.667-1.671), participação final nos aquestos (arts. 1.672-1.686) e separação de bens (arts. 1.687-1.688). Na omissão, deixou-se de adotar o regime de comunhão universal, sendo adotado o da comunhão parcial (art. 1.640).

A regra é pela liberdade de escolha ao se estabelecer que “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”²²³ (art. 1.640, parágrafo único). A exceção encontra-se no art. 1.641, o qual elenca um rol taxativo dos casos sobre quando o regime da separação é obrigatório.

Outra alteração foi a possibilidade de modificar o regime de bens durante o casamento ou a união estável (art. 1.639, § 2º, CC/2002, posteriormente reforçado pelo art. 734, CPC/2015).

Quanto aos atos que os cônjuges podem realizar livremente (art. 1.642) ou independentemente da autorização do outro (art. 1.643), não há mais distinção a depender do sexo, sendo que a esposa somente dependerá da autorização do marido nas mesmas situações em que ele depender da anuência dela.

Talvez um dos grandes méritos do atual Código Civil, tenha sido afastar toda uma terminologia discriminatória, não só com relação à mulher, mas também com referência à família e à filiação.

[...]

Não há como deixar de reconhecer que, na nossa realidade social, o viés patriarcal da família subsiste. O patrimônio ainda está nas mãos dos homens. Os filhos ficam sob a guarda materna e o pai é o devedor de alimentos. Assim, dispensar o adimplemento das obrigações assumidas na separação para a sua conversão em divórcio foi um duro golpe em prejuízo às mulheres. A vontade de obter o divórcio

²²² BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

²²³ Ibid.

levava o devedor de alimentos a adimplir a dívida. Impunha também a partição do patrimônio comum que, via de regra, está em mãos masculinas.²²⁴

Maria Berenice Dias questiona a igualdade formal do Código Civil e o problema da igualdade material. Afinal, são inegáveis as conquistas das mulheres em terem menos direitos restritos, porém, a situação fática não necessariamente representa essa melhora, acrescentando-se o fato de ainda existirem discriminações quanto ao sexo na legislação.

No rol taxativo de causas suspensivas de quem não pode casar, ainda constam as viúvas ou mulheres cujo “casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal”²²⁵ (art. 1.523, II). Dentro desse período, para poder casar, é necessário provar que não está grávida ou que o filho já nasceu (parágrafo único).

A indissolubilidade do casamento também foi alterada, apesar da redação antiga no inciso II do art. 1.523 supra, o qual não menciona o divórcio, embora já conste como ato que finda a sociedade conjugal e dissolve o casamento válido (art. 1.571, IV, § 1º)

O direito ao nome passou a ser disciplinado (art. 16) e, com o casamento, é possível escolher se os cônjuges querem ou não acrescentar o sobrenome do outro (art. 1.565, § 1º), sem a necessidade de reciprocidade. No caso do divórcio, não se penaliza mais a mulher culpada com a perda do nome do marido. Ao invés disso, convencionou-se casualmente se será mantido ou se os cônjuges voltarão a utilizar o nome de solteiros (art. 1.571, § 2º).

Em que pese a Lei do Divórcio não fazer qualquer menção à discussão da culpa, esse assunto foi mantido no Código:

A desnecessidade de uma causa identificadora para o pedido de separação de há muito vinha sendo decantado pela doutrina, tanto que a jurisprudência passara a dispensar a perquirição da culpa, deixando de identificar o culpado.

Ainda assim foi mantido o instituto e com um colorido bem mais intenso. Foi ressuscitado o elenco de causas que constavam da codificação anterior e que já havia sido derogada pela Lei do Divórcio. Pior, a lei dilatou as hipóteses e atribuiu ao magistrado a possibilidade de identificar novas culpas (art. 1.573).

[...]

De todo inútil, onerosa e dolorosa a pesquisa da culpa. A manutenção do instituto para fins de concessão da separação traz maiores prejuízos à mulher. É bem mais restrita a moral sexual feminina. A liberdade da mulher ainda não foi assimilada, tanto que é rotulada com uma série de qualificativos. Virtude, honestidade, seriedade, castidade

²²⁴ DIAS, Maria Berenice. **A mulher no código civil**. Publicado em 31 ago. 2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 14 mai. 2019, p. 4.

²²⁵ BRASIL. **Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019**. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

e pureza, são atributos que só dizem com o exercício da sexualidade, ou melhor, com a abstinência sexual feminina.²²⁶

O Código Civil de 1916 elencava como causas da ação de desquite (art. 317): adultério (inciso I), tentativa de morte (inciso II), sevícia ou injúria grave (inciso III) e abandono do lar conjugal por mais de dois anos consecutivos (inciso IV).

Ao Código de 2002 foram acrescentadas (art. 1.573) condenação por crime infamante (inciso V) e conduta desonrosa (inciso VI). A única alteração foi quanto ao prazo do inciso IV, reduzindo de dois do abandono do lar para um ano contínuo.

Com isso, manteve-se discussão da culpa. Dentre as consequências, incidiam as perdas do uso do sobrenome do cônjuge inocente, caso este o requeresse (art. 1.578), e do direito de pedir alimentos (art. 1.704), a não ser que não possuísse nenhum parente para ajudar (art. 1.704, parágrafo único).

A separação poderia ser concedida sem a necessidade dessas situações, porém, só poderia ser requisitada um ano após a celebração do matrimônio e dependia da anuência do outro cônjuge (art. 1.574). Um ano após essa separação de corpos poder-se-ia pedir a conversão em divórcio (art. 1.580) e a sentença não faz referência à causa (art. 1.580, § 1º). Para se requerer o divórcio direto, era necessário comprovar separação de fato por período superior a dois anos (art. 1.580, § 2º).

Após a Emenda Constitucional nº 66/2010, todavia, essas disposições foram superadas, permitindo-se o divórcio direto, sem a necessidade do prazo de dois anos ou do procedimento anterior de separação judicial e sem a discussão de culpa pelo fim do casamento. Pode ser feito por via judicial ou, não havendo interesse de incapazes, extrajudicialmente em cartório.

Não se estabelecia mais a guarda dependendo da idade dos filhos, a qual seria atribuída ao genitor considerado mais capaz (arts. 1.583 e 1.584). Com a vigência da Lei nº 11.698/2008²²⁷, a regra passou a ser pela guarda compartilhada. Nesta modalidade, a criança reside com um dos genitores, pois não se confunde com o pouco utilizado instituto da guarda alternada, e tem por fundamento a decisão conjunta dos pais para decisões importantes sobre os filhos.

²²⁶ DIAS, Maria Berenice. **A mulher no código civil**. Publicado em 31 ago. 2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 14 mai. 2019, pp. 4-5.

²²⁷ BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1. Acesso em: 12 fev. 2019.

Sobre a filiação, não há mais qualquer tipo de discriminação legal, possuindo todos os mesmos direitos, deveres e qualificações (art. 1.596). Quanto à adoção, o instituto foi bastante alterado pela Lei nº 12.010/2009, revogando muitas disposições restritivas. Desde a vigência dessa lei, caso seja um casal adotante, não mais se restringem a marido e mulher (art. 1.622, revogado). Logo, é possível haver, além da adoção unilateral, a adoção por casal homoafetivo, sem a exigência de comprovar casamento ou união estável.

A legislação passou a reconhecer a união estável no art. 226, § 3º, da CF/1988 e, posteriormente, reforçou no art. 1.723 do CC/2002, a qual passou a ser equiparada ao casamento no quesito de conceder direitos e de exigir o cumprimento de deveres. Embora a redação legal ainda restrinja a homem e mulher, na prática, há cada vez menos empecilhos à união homossexual. Das relações não eventuais entre as pessoas impedidas de se casarem decorre o instituto do concubinato (art. 1.727).

Outro questionamento que merece ser feito diz com a exclusão do concubinato como entidade familiar (art. 1.727). Nítida a tentativa de negar proteção legal ao que se chama, em sede doutrinária, de concubinato adúltero, impuro ou até de “concubinagem”. Acabou o texto ressuscitando a expressão concubinato, sepultada, em boa hora, pela Lei do Divórcio. Ao se vetar a possibilidade do reconhecimento de tal entidade familiar, se está subtraindo efeitos patrimoniais ao vínculo que, com o respaldo social ou não, existe.

Mas cabe perguntar: quem mantém uniões simultâneas? O homem é que traiu, afrontou o princípio da monogamia, cometeu adultério e deixou de cumprir o dever de fidelidade. Logo, é injustificável que seja beneficiado quem mantém um duplo vínculo afetivo. Questiona-se somente a ele a intenção de constituir família. Presume-se que o fato de manter duas entidades familiares significa que ele não quis formar nenhuma família. Assim, o homem sai do relacionamento sem qualquer responsabilidade e o prejuízo é sempre da mulher. O que parece ser um apenamento é um privilégio que só beneficia o parceiro adúltero que não divide o patrimônio amealhado, muitas vezes, com a colaboração da mulher e nem lhe alcança alimentos.²²⁸

As regras menos rígidas de dissolução do casamento, além de formas com menos rigor para reconhecer a união do casal, traz à tona o reconhecimento da multiparentalidade, reconhecendo paternidade e maternidade socioafetivas sem detrimento da parentalidade biológica. Essas novidades, contudo, não constam no Código Civil, embora seja possível a inclusão legislativa para resguardar o que atualmente é permitido por normativas e decisões dos Tribunais Superiores.

Consequentemente, o poder familiar pode ser exercido por mais de duas pessoas. Os filhos são submetidos a esse poder até atingirem a maioridade (art. 1.630) e, não sendo registrados pelo pai, o poder é exercido somente pela mãe. Não se sabendo sua identidade ou

²²⁸ DIAS, Maria Berenice. **A mulher no código civil**. Publicado em 31 ago. 2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf. Acesso em: 14 mai. 2019, pp. 5-6.

quando esta não puder exercer o poder familiar, nomeia-se um tutor ao menor (art. 1.633). Este poder pode, ainda, ser extinto (art. 1.635), perdido judicialmente (art. 1.638) ou suspenso (art. 1.637).

Sobre a perda judicial do poder familiar, apesar de a maioria das situações não distinguir o sexo, em 2018 foram incluídas a previsão de “homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher” (art. 1.638, I, *a*, e II, *a*), sejam essas ações feitas contra a outra pessoa titular deste poder (inciso I) ou contra descendentes (inciso II).

A previsão, embora geral, possui elementos de proteção à mulher, o contexto da violência doméstica e a discriminação contra à mulher. Afinal, com relação ao feminicídio, ou seja, o homicídio em decorrência da condição de mulher, não há qualquer benefício à genitora que, morta, não terá como exercer o poder familiar.

O poder familiar não depende mais do estado civil dos pais (arts. 1.631 e 1.632). Logo, contraindo primeira ou novas núpcias, ou estabelecendo união estável, nenhum dos pais, em regra, perde esse poder sobre os filhos do casamento anterior, “exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro”²²⁹ (art. 1.636). Constituem o exercício do poder familiar:

Comparação do art. 1.631 – Quadro 8

(continua)

Redação original do CC/2002 ²³⁰	Alteração da Lei nº 13.058/2014 ²³¹
Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:	Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar , que consiste em, quanto aos filhos:
I - dirigir-lhes a criação e educação;	I - dirigir-lhes a criação e a educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;	II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

²²⁹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

²³⁰ Ibid.

²³¹ BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 11 abr. 2019, grifo nosso.

Comparação do art. 1.631 – Quadro 8

(conclusão)

Redação original do CC/2002	Alteração da Lei nº 13.058/2014
III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;	III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
	IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
	V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;	VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.	IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Fonte: autoria nossa

A alteração legislativa de 2014 acrescentou os incisos IV (consentimento para viagem ao exterior) e V (consentimento para alteração de residência para outro município), mantendo os mesmos direitos anteriores. As demais alterações foram para corroborar que esse poder é pleno e não depende do estado civil dos genitores (*caput*) nem do sexo, inserir a alteração da guarda compartilhada (inciso II) e reforçar a representação judicial e extrajudicial dos relativamente incapazes (inciso VII).

3.6 Considerações gerais

Em todos os Códigos estudados, a família possui importante consideração e proteção. Além disso, com exceção do mais recente, os demais abrangiam dois institutos que refletiam por toda a legislação: o pátrio poder e o poder marital.

Nas Ordenações, aquele, inclusive, sobrepunha a este, considerando-se que a curatela de incapazes era oferecida primeiramente ao pai, e posteriormente ao cônjuge. O papel principal no âmbito familiar competia ao homem, sendo que a mulher somente conseguiria ter posse de cabeça de casal com o falecimento do marido.

Do tipo de filiação resultavam diferentes obrigações. Pai e mãe custeavam os filhos legítimos, mas, separado o casal, cabia à genitora todos os cuidados, menos os pecuniários.

Ademais, apenas poderiam ser tutoras ou curadoras do filho se o genitor assim o aprovasse em disposição de última vontade, com a ressalva de não poderem contrair novas núpcias.

Do mesmo modo, viúvas que se casassem após os cinquenta anos somente poderiam dispor da terça parte dos seus bens, o que garantia aos filhos do primeiro casamento a expectativa de herança. Ou seja, embora a legislação não vedasse novos casamentos, por meio da interpretação sistemática percebe-se que eles eram tratados diferentemente em prol do primeiro vínculo. Para possibilitar a revogação de doações feitas aos filhos, estes deveriam realizar atos mais violentos contra a mãe do que comparativamente ao pai.

Conforme a Consolidação, as relações familiares eram compostas fundamentalmente pelo casamento, pelo pátrio poder e pelo parentesco. Não bastasse a consideração de que homem e mulher eram considerados como uma única pessoa, a esposa não tinha a faculdade de recusar a curatela do marido.

A idade núbil era desigual, exigindo 14 anos completos para os homens e 12 para as mulheres, coincidindo com a faixa etária da incapacidade relativa. Apenas com a Lei do Casamento Civil, em 1890, essas idades foram aumentadas em dois anos, embora fosse possível contrair esponsais a partir dos sete anos.

Se o marido transferisse bens à concubina, a esposa poderia pleitear a anulação do ato. Apesar dessa benesse, em outros pontos eram impostas algumas restrições às mulheres, como o fato de só poderem dispor da terça parte dos bens caso tivessem herdeiros necessários, sem que houvesse norma correspondente ao sexo oposto, assim como havia uma regra específica para doações feita por viúvas que se casassem novamente.

Pela proposta do Esboço, seriam acrescentadas as hipóteses de cessação do pátrio poder em decorrência de maioridade civil, perda, suspensão ou anulação do casamento dos pais, mantendo as disposições anteriores em caso de emancipação, exercício profissional (apesar de substituir a profissão lucrativa por profissão monástica, tanto do pai quanto do filho) e morte do genitor.

Ao marido era designado o papel de provedor e, à mulher, o de cuidadora do lar, dependendo da autorização do cônjuge para exercer certas profissões, ou sendo considerada tacitamente autorizada por ele para desempenhar algumas outras. Para alguns poucos atos, a mulher não dependia da autorização do marido: fazer testamento ou codicilo, administrar seus bens parafernais e para litigarem em certas demandas judiciais.

Não se cogitou o fim do matrimônio por meio do divórcio, o qual apenas dissolvia a sociedade conjugal. Para isso, era necessário relacionar às situações taxativas permissivas em lei.

O Código Civil de 1916, a despeito de alguns questionamentos pela igualdade de direitos, manteve muitos dos desequilíbrios mencionados. Conservou idades núbéis diferentes para homens e mulheres, apenas aumentando para, respectivamente, 18 e 16 anos.

A genitora apenas tinha o direito de exercer o pátrio poder se o genitor fosse ausente, impedido ou morto, pois se justificava que apenas uma pessoa deveria gerir a família, sendo o homem considerado o mais apto para tal.

Com o Estatuto da Mulher Casada, algumas dessas disparidades foram revogadas. Uma das principais alterações consiste no reconhecimento da participação da esposa na sociedade conjugal, embora a chefia e a representação legal da família continuassem com o marido.

Manteve a indissolubilidade do casamento até 1977, quando a Lei do Divórcio permitiu que o casamento válido fosse dissolvido tanto pela morte de um dos cônjuges quanto pelo divórcio. Essa lei também facultou a utilização do nome do marido após as núpcias e não mencionava situações necessárias para habilitarem o pedido de divórcio.

O Código ainda estabelecia um rol de motivos para a separação, apesar de já permitir o consentimento, na falta de motivo, após um período mínimo. Neste caso, contudo, ainda havia a discussão de culpa e algumas consequências decorrentes dessa atribuição, como direito de alimentos e guarda dos filhos. O segundo casamento ainda era motivo para impor algumas restrições, como a guarda dos filhos do primeiro matrimônio.

No Código Civil de 2002, muitas das disparidades não constam mais. Não há diferença da idade núbil, aplicando-se a faixa etária de ao menos 16 anos completos para ambos os sexos.

A expressão “pátrio poder” foi substituída por “poder familiar”, ressaltando a igualdade entre os pais. Inovou ao permitir a alteração de regimes durante o casamento, bem como alterou o regime legal para a comunhão de bens, o que influenciou na definição dos herdeiros necessários à sucessão. Outro ponto diz respeito à possibilidade de acréscimo de nome do cônjuge, sendo uma faculdade concedida a ambos os sexos.

Contudo a discussão da culpa no divórcio foi reinserida, o que apenas foi superado com a EC nº 66/2010, sendo que a guarda não depende mais da idade dos filhos e, em regra, é compartilhada, justamente em decorrência do poder familiar.

4 O DIREITO DE SUCESSÃO DAS MULHERES

4.1 Ordenações Filipinas

Após estudar a capacidade e a participação da mulher na família, passa-se ao direito sucessório. Falecendo o marido, a viúva obtinha posse e cabeça de casal¹ (L. IV., T. XCV, *caput*), ou seja, “pessoa que está na posse e administração da herança, e a quem os co-herdeiros vem pedir as partilhas”². Para isso, deveriam morar juntos ao tempo da morte, sendo “teúda e manteúda como marido e mulher”³, sem o qual a nenhum dos viúvos caberia a cabeça de casal⁴.

Concordando d’este modo com o A. no § sobre não ser a da mulher uma posse verdadeira, nem em vida nem por morte do marido, [...] – *o marido por morte da mulher continua a posse velha*, diferentes das que emprega com referencia á mulher, *fica em posse a cabeça de casal*, infere, que ella não tem posse em quanto vive o marido.⁵

O fato de o marido ser o cabeça de casal é herança romana⁶. A recepção e a consequente administração dos direitos do casal pela mulher apenas após a morte do marido eram criticadas por Antonio Ribeiro de Liz Teixeira. Para este autor português,

Tal doutrina não só parece contraria a natureza da communhão, que não he um resultado da renúncia, que a mulher faça do seu dominio e posse, mas tambem contraria á Ord. liv. 4. t. 44. §. 1, que já vimos traspassa ou communica o dominio e posse entre os socios, sem que a sociedade dos conjuges nos bens communicados possa ser excluida ou estabelecer exepção em sentença tão geral; parecendo-nos por consequencia, que a differença dos termos e expressões, que na Ord. se notão, contém apenas variante de linguagem, e não de idéa, sem diversidade d’effeito, e que, assim como a do marido, não he *nova* a posse da mulher, que sobrevive, consistindo o *remedio*, que a lei dá, em declarar a viuva por cabeça de casal em attenção a ser meeira, respeitando-lhe assim a posse para ser ella a que entregue a meação aos herdeiros do defuncto, em vez de receber d’elles a sua; no que ainda nos confirma a linguagem judicial, ou do fôro, que dá promiscuamente, e sem differença

¹ Nas Ordenações Afonsinas e Manuelinas só se ficava em posse e cabeça de casal até que se efetuasse a partilha. Nas Ordenações Filipinas, inspiradas pelas antigas leis romanas, mencionavam-se os direitos aos bens comuns. Todavia, como na prática o prazo para realização da partilha era maior do que o legislador previa, começaram questionamentos sobre a administração do cabeça de casal menor de idade, o que não era incomum. Nesse caso, nele ficava “[...] investida a posse dos bens, porém á administração compete ao Tutor debaixo da direcção do Conselho de Familia (Nesta ultima parte só tem applicação em Portugal)”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 949.

² Ibid., p. 949.

³ Ibid., p. 949.

⁴ Ibid., p. 949.

⁵ LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de. **Curso de direito civil portuguez, ou commentario ás instituições do sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito**: parte primeira: do direito das pessoas. 2ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1848, p. 402, grifos do autor. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320552188&view=1up&seq=1>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁶ ALMEIDA, Candido Mendes de, op. cit., p. 949, grifos do autor.

do sexo, a qualidade de cabeça de casal ao conjuge, que sobrevive, e com os mesmos efeitos.⁷

Apesar de na parte final o autor defender a igualdade dos sexos na herança, não menciona que este mesmo fator é o que influenciava na diferença de tratamento entre o casamento e o direito societário. Por isso, no caso dos cônjuges, a mulher só obtinha o direito de administração após a morte do marido.

Assim, o cônjuge sobrevivente tinha posse da cabeça de casal, sendo o responsável pela partilha aos herdeiros legais e testamentários (L. IV, T. XCVI, *caput*). Os descendentes legitimados eram os filhos legítimos e os naturais “nas condições do Direito Patrio de accordo com aquelle Direito [Romano]”⁸. Os naturais insucessíveis e os espúrios somente eram chamados à partilha se fossem nomeados em testamento. Não bastasse a diferença com base no tipo de filiação, havia, ainda, discriminação dependendo do sexo do descendente.

Falecendo o esposo ou a esposa que moravam juntos, sem herdeiros até o décimo grau nem tendo realizado testamento, o cônjuge supérstite era considerado herdeiro universal (L. IV, T. XCIV). Caso os cônjuges fossem parentes, não deixando testamento, “[...] o sobrevivente toma o seu lugar, segundo o grão de parentesco, que tiver, para excluir os outros parentes mais remotos até o decimo grão”^{9,10}.

Contudo, situação diferente ocorria quando a sucessão envolvia bens doados pela Coroa do Reino. O L. II, T. XXXV, derivado da Lei Mental de D. João I, assim nominada porque não fora escrita, enunciava meios de reaver terras e bens doados a particulares, seja por falta de prudência ou quando fosse conveniente nas situações de crises econômicas.¹¹

Além da diferença a depender do tipo de filiação, mencionava-se apenas o recebimento ao filho legítimo mais velho do sexo masculino, considerando-se apenas a linhagem paterna para a transmissão desses bens (§§ 13-21, 23 e 24). Justificava-se a exclusão feminina com base na sua incapacidade:

⁷ LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de. **Curso de direito civil portuguez, ou commentario ás instituições do sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito**: parte primeira: do direito das pessoas. 2ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1848, pp. 402-403, grifos do autor. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320552188&view=lup&seq=1>. Acesso em: 24 abr. 2019.

⁸ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 954.

⁹ O Decreto nº 1.839/1907 restringiu aos colaterais até o sexto grau. Assim, não havendo testamento, a ordem sucessória era: descendentes, ascendentes, cônjuge supérstite se não eram desquitados, colaterais até o sexto grau, estados ou Distrito Federal ou União dependendo do domicílio ao tempo da morte. Cf. BRASIL. **Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907**. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 24 abr. 2019.

¹⁰ ALMEIDA, Candido Mendes de, op. cit., p. 947.

¹¹ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. II, p. 454.

Se por morte daquelle, que a terra ultimamente houve, não ficasse varão algum legitimo, descendente per linha masculina, e ficasse algum seu descendente legitimo de filha legitima, se este tal poderia haver a terra da Corôa? A qual duvida declarou, **não ser sua tenção tal descendente per linha feminina herdar a dita terra**. Antes acordou, que fosse logo tornada á Corôa sem nenhuma contenda: porque achava per Direito, que pois **a filha**, de que tal legitimo varão descendeu, **não podia haver a dita terra, a sua incapacidade fazia seu descendente a não poder haver**, e segundo Direito commum, a dita terra não podia fazer salto ao seu descendente varão: e por tanto devia ser tornada á Corôa do Reino.¹²

A única possibilidade para a filha receber algum desses bens era se o pai, após assegurar uma doação ao filho legítimo mais velho, doasse para a filha como dote. Porém, caso esta falecesse antes de conceber um herdeiro masculino legítimo, a terra retornaria à Coroa (L. II, T. XXXVI, § 18).¹³

Quanto à esposa, se não fosse nomeada junto ao marido acerca dos bens recebidos pelo Reino, não herdava nem continuava com a posse de tais bens (L. IV, T. XCV, § 1º). Não havia separação em razão do sexo, pois as mesmas regras eram aplicadas aos homens.

Caso alguma mulher recebesse uma doação direta do Reino, ou se fosse realizada por sucessão, a lei exigia que, além da permissão do casamento, o noivo fosse uma pessoa que servisse à Coroa, sob pena de perda do bem, independentemente das cláusulas que constassem no contrato de doação (L. II, T. XXXVII).

Com relação aos demais bens, caso o *de cujos* não tivesse testamento, nem herdeiros descendentes ou ascendentes, a herança era considerada vacante (L. IV, T. XXXVI, § 2º). Porém, havendo herdeiros legais, a vocação hereditária consistia na ordem de preferência dos mais próximos aos mais distantes, e, na mesma linha, dos mais velhos aos mais novos, dos homens às mulheres (L. IV, T. XXXVI, §§ 2º¹⁴ e 4º). Além disso, as normas divergiam dependendo do sexo da pessoa falecida, conforme o L. IV, T. XCVI, §§ 7º e 8º¹⁵:

¹² ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. II, pp. 457-458, grifo nosso.

¹³ No caso mencionado, “[...] ficando por sua morte [da mulher] algum filho, ou neto varão legitimo, descendente della per linha masculina, houvesse elle a dita terra, ou terra em sua vida, e dahi em diante fossem ao seu filho maior ou neto varão, legitimos descendentes per linha direita, e não de outra maneira, se o houvesse ao tempo de sua morte, conforme a dita Lei, e não o havendo tornassem á Corôa”. Cf. Ibid., p. 459.

¹⁴ Redação do § 2º do T. XXXVI do L. IV: “E finando-se o foreiro *abintestado*, não nomeando alguma pessoa ao fôro, e sem herdeiro descendentes, ou ascendente, fique o fôro devoluto ao Senhorio. E ficando por sua morte algum filho legitimo, neto, ou bisneto, varão, deve esse fôro ficar á elle, e bem assi a filha, ou neta, não havendo filho varão, posto que seja mais moço, que a filha, ou neta. E onde houver filho, ou filha, não haverá o fôro neto, nem neta, posto que o neto seja filho de filho mais velho; e onde houver muitos filhos, ou filhas, sempre o maior dos filhos, ou a maior das filhas em falta dos filhos, haja o fôro”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 813.

¹⁵ Ibid., pp. 958-959.

Comparação do T. XCVI, L. IV, §§ 7º e 8º – Quadro 9

L. IV, T. XCVI, § 7º	L. IV, T. XCVI, § 8º
<p>Finando-se o pai, se ficar a mãe viva, sendo casados per carta de ametade, e antes que tenha dado partilha da herança aos filhos, ou outros herdeiros do marido, comprar, ou ganhar com os fructos, ou dinheiro da herança alguma coisa, tendo recebido os fructos, que aos filhos, ou outros herdeiros pertenciam (quer os filhos sejam dante (sic) ambos, quer da parte do morto), deve trazer tudo a partilha, quando lha demandarem, assi o que ficou por morte do marido, como o que depois comprou, ou ganhou, antes de ter partido com os herdeiros do marido a herança, ou fructos della; e isto, quer se ella case, quer não.</p> <p>E se os filhos, ou herdeiros do marido antes quizerem partilha dos fructos e renovos¹⁶ dos bens da herança, não haverão parte dos ganhos e compras, que depois forem feitas. E se quizerem partilha dos ganhis e das compras, não haverão partição dos fructos e renovos, que depois vieram.</p>	<p>E se por morte da mulher ficar marido vivo, e ficarem filhos da parte da mulher sómente, ou outros seus herdeiros, se filhos della não ficarem, será o marido obrigado dar aos filhos de sua mulher, ou aos outros seus herdeiros partilha do que comprar, ou ganhar com os fructos, ou dinheiro da herança, em quanto lhes não der partilha dos bens, ou dos fructos e renovos delles.</p> <p>E dando-lhes sua parte dos fructos e renovos, não será obrigado dar-lhes partilha das compras e ganhos: a qual escolha ficará aos herdeiros do defuncto. E ficando por morte da mulher filhos dentre ambos, guardar-se-ha a disposição do Direito Commum.</p>

Fonte: autoria nossa

A grande diferença, quanto ao homem sobrevivente, é que havendo filhos em comum, este teria o pátrio poder e “[...], na conformidade do Direito Romano que a Ord. manda seguir, tem elle o usufructo dos bens dos filhos, *ex vi* das Ords. do liv. 1 t. 88 § 6, e deste liv. t. 97 § 19 e t. 98 no ultimo §, e por conseguinte não está obrigado a trazer à partilha os rendimentos, i.e., os fructos e renovos”¹⁷.

¹⁶ Eram considerados como renovos “[...], as novidades da terra, os fructos, commestiveis e gados, e o mais que produzem as fazendas, rebanhos e cilhas de colmeias: também se chama os fructos do dinheiro, ou renda pecuniária. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 957.

¹⁷ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. I, p. 959, grifos do autor.

Falecendo a mãe do menor de 25 anos (ou 21, após 1831), o pai seria o responsável pelo inventário e conservaria para si o poder de administrar os bens (L. I, T. LXXXVIII, § 6º), sendo obrigado a conservar as propriedades.

[...], e sómente póde gastar as rendas e novidades dos ditos bens, em quanto tiver seus filhos em poder, e he obrigado a entregar-lhos pelos inventario, quando forem emancipados, ou casarem; porque segundo o filho he casado, he havido por emancipado, e fora do poder de seu pai. Porém, se forem moveis, de que os Orfãos se servirem, ou em seu uso se gastarem, não será o pai obrigado a lhos entregar, senão assi como stiverem.¹⁸

Por “novidades”, entendem-se os frutos. O genitor não seria inventariante nem administrador se possuísse alguma doença mental que lhe diminuísse o entendimento, de modo que seria designado tutor ou curador aos filhos menores (L. I, T. LXXXVIII, § 6º).

Ainda com relação à viúva, caso qualquer um, fosse herdeiro ou legatário ou pessoa estranha, tomasse posse de algum bem sem seu consentimento, ela poderia reclamar esbulho (L. IV. XCV, *caput*).

Porém, quanto à acusação da mulher de adultério e os seus consequentes efeitos sucessórios, caso a mulher fosse acusada desse ato, previa o título XCV, § 5º, do Livro IV, que

E se algum homem accuzasse alguma mulher por adulterio, dizendo ser casado com ella, ou a demandasse por sua mulher em qualquer outro caso, e ella o negase, e por o assi negar, fosse livre, ou absoluta da tal accusação, ou demanda, não poderá ella depois da morte do que a accusou, ou demandou por mulher, pedir parte na sua fazenda como mulher, posto queira provar, que o era ao tempo, que elle a accusou, ou demandou.¹⁹

Embora as hipóteses de revogação da doação para os filhos apresentassem diferenças nos requisitos do pai ou da mãe, para os pais realizarem a deserção de herdeiros aplicavam-se as mesmas normas aos dois genitores (L. IV, T. LXXXVIII, §§ 4º-18).

Ao elencar as hipóteses de deserção, considerando apenas os filhos legítimos e os legitimados, duas situações se dirigiam especificamente às filhas (L. IV, T. LXXXVIII). A primeira era descrita no § 1º, caso a filha menor de 25 anos (ou 21, se durante a vigência da Resolução de 31 de Outubro de 1831) realizasse as ações de “[...], dormir com algum homem, ou se casar sem mandado de seu pai, ou de sua mãe²⁰, não tendo pai²¹, por esse mesmo feito

¹⁸ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. I, p. 209.

¹⁹ Id. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 954.

²⁰ Apesar do disposto na lei, “Por Direito Romano, não era necessario o consentimento da Mãi, nem do Curador”. Cf. Ibid., p. 929.

²¹ Sobre a permissão da mãe de forma subsidiária à do pai: “Essa parte da Ord. se acha revogada pela L. de 29 de Novembro de 1775 art. 2 que exige o consentimento *simultaneo* do Pai e da Mãi”. Cf. ALMEIDA, Candido

será desherdada e excluída de todos os bens e fazenda do pai, ou mãe, posto que não seja por elles desherdada expressamente”²².

Neste ponto, há uma contradição, pois a legislação condicionava a validade da deserdação à formalização em um documento (testamento, escritura ou codicilo), de modo expresso, com base nas hipóteses taxativas e com aprovação dos sucessores, alegando-se que “a simples reconciliação do Testador com o deserddado não invalida a deserdação, uma vez que se não prove revogado o acto, em que tenha sido determinada”²³. Porém, algumas situações eram consideradas de pleno direito, independentemente da vontade do testador (tratando-se da meretriz ou da menor de idade que dormisse com homem)²⁴, e, outras, *pleno jure* bastando que mostrasse a desaprovação²⁵.

A segunda situação é que essa filha prostituta ou que se casou sem consentimento dos pais não poderia ser considerada herdeira caso o falecido tivesse filhos ou filhas legítimos à sucessão que não houvessem cometido tais erros (§ 2º). Apesar de o legislador designar claramente a filha, aplicava-se do mesmo modo a norma ao filho menor de idade²⁶, sob o pátrio poder²⁷, que contraísse matrimônio sem permissão.

A destituição de herança desse título comportava duas exceções: a) se a falta de consentimento fosse injustificada, o Juiz dos Órfãos poderia supri-la, evitando a deserdação;²⁸ e b) se o *de cujos* não possuísse nenhum outro descendente, ou seja, não havendo herdeiros dignos que seriam prejudicados, o ato poderia ser considerado apenas como injúria perdoável (L. IV, T. LXXXVIII, § 2º).

Já no § 3º, T. LXXXVIII, L. IV, mesmo sem a autorização dos pais,

[...], se a filha casasse com homem, que notoriamente seja conhecido, que casou melhor, e mais honrosamente do que seu pai e mãe a podiam casar, não fica desherdada e excluída de todos os bens e fazenda, como acima dito he; mas sómente o pai, ou mãe a poderão deserddar, se quizerem, da ametade da legitima, que lhe pertencia directamente por morte de cada hum delles. E não a deserddando expressamente da dita ametade pela dita causa, haverá livremente sua legitima em todo, como se o casamento fora por consentimento do pai, ou mãe. E isto, quer ao

Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 929, grifos do autor.

²² Ibid., pp. 928-930.

²³ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 928.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid., p. 930.

²⁶ Ibid., p. 928.

²⁷ Havia uma corrente defendendo que o consentimento decorria mais da moral pública do que do pátrio poder. Ibid., p. 930.

²⁸ Ibid., p. 928.

tempo da morte haja outro filho, ou filha legitimo, ou neto de cada um delles, quer os não haja.²⁹

Não bastasse que o marido fosse digno, o termo “mais honrosamente” significa que deveria ser ainda mais digno do que outra pessoa que seria aprovada pelos pais. A falta de deserdação expressa implicaria no reconhecimento de um perdão tácito.

Falecendo os descendentes, a mãe, avó ou bisavó que exerciam o papel de tutora ou curadora e deixaram de fazê-lo por não quererem ou por terem se casado novamente (L. IV, T. CII, § 3º) eram privadas da herança desses descendentes se estes falecessem menores de idade, por conta da incapacidade para testar.³⁰

Todavia, com os demais parentes, somente não herdariam os bens de quem tivessem recusado a tutoria se o menino falecesse antes de completar 14 anos, e a menina antes de completar 12. Após essa idade, receberiam os bens normalmente, mesmo com a recusa da tutoria (L. IV, T. CII, § 6º).

O L. IV, T. XCI, também dispunha sobre a sucessão dos pais no caso de morte dos filhos. O § 1º estabelecia uma norma única para as mulheres:

[...], se o filho, ou filha que tiver bens, que houve do patrimonio, ou herança de seu pai, ou do avô da parte do pai, se finar *abintestado* sem descendentes, e sua mãe lhe succeder nos ditos bens, e ella se casar com outro marido, ou já ao tempo, que succedeu, era casada, se ella do primeiro marido tiver outro filho, ou filhos, irmãos do filho defuncto, haverá sua mãe o uso e fructo sómente dos ditos bens em sua vida; os quaes não poderá alhear, nem obrigar nem haverá o segundo marido parte da propriedade delles. E por fallecimento della os haverão livremente os filhos do primeiro matrimonio, que por fallecimento de sua mãe ficarem vivos, sem os filhos do segundo Matrimonio em os ditos bens poderem succeder, nem haver nelles parte alguma.³¹

Havendo netos oriundos do primeiro casamento, mas sem filhos vivos, aplicavam-se as regras gerais. Mas, se ao tempo do falecimento estivessem vivos filho(s) e neto(s) gerados na primeira núpcia, estes concorreriam na herança dos bens que a falecida tinha herdado do filho morto anteriormente.

Não há norma relacionada ao sentido inverso, restringindo o acesso do pai aos bens do filho. Além disso, apesar de o ordenamento permitir o segundo casamento (após nulidade do primeiro ou pelo falecimento do cônjuge), percebe-se que este não recebia a mesma recepção social, havendo muitas restrições, especialmente considerando os direitos tolhidos com relação aos filhos e aos bens que decorriam do primeiro vínculo conjugal.

²⁹ ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 930.

³⁰ Ibid., p. 999.

³¹ Ibid., pp. 937-938.

No T. CVI do L. IV, porém, encontrava-se uma norma inibindo a discriminação, a difamação e quaisquer sanções pecuniárias de seu segundo marido e das mulheres que se casassem novamente menos de um ano e um dia após a morte do primeiro cônjuge. Esta norma, na época, já era considerada moderna, por abolir antigas penas impostas à mulher como perda da dignidade, tutela dos filhos e propriedades do primeiro casamento.³²

4.2 Consolidação das leis civis

Augusto Teixeira de Freitas define que “a idéa geral da *propriedade* é ampla: ella comprehende a universalidade dos objectos exteriores, corporeos e incorporeos, que constituem a fortuna ou patrimonio de cada um”³³.

*A herança não é sómente um direito real, nem envolve um direito real á parte. A herança é uma continuação do dominio e direitos reaes do morto, que se transmittem para o seu herdeiro. A herança é um patrimônio, uma universalidade de bens, é a propriedade em complexo, contendo não só os direitos reaes como os direitos pessoas activa e passivamente; e desta maneira ella resolve-se em uma quantidade pura, que póde ser negativa ou igual á zero. A herança portanto tem uma natureza commum, que a faz entrar nas duas especies de direitos.*³⁴

A propriedade poderia ser adquirida por ato entre vivos³⁵ ou sucessão legal (propriedade livre ou de usufruto) ou testamentária (propriedade livre, gravada ou com encargos e condições, ou “propriedade rescisível, e annullavel, pelas mesmas causas que podem viciar os titulos entre vivos, além de outras causas privativas”³⁶).³⁷ Conforme o art. 42, classificavam-se três tipos de bens: móveis, imóveis e ações exigíveis.³⁸

A vocação hereditária constava no art. 959, pertencendo a ordem para herdar os bens de quem falece, respectivamente, aos descendentes (§ 1º), aos ascendentes (§ 2º), aos parentes

³² ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, pp. 1014-1015.

³³ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 2ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865, p. XXXVII.

³⁴ Ibid., p. LXXXI, grifos do autor.

³⁵ Neste caso, uma das hipóteses é a propriedade comum (ou copropriedade ou condomínio em geral) no estado conjugal: “I. Com o regimen da communhão legal [Art. 111 Consolid. Neste regimen o marido, sem consentimento da mulher, não póde alienar, hypothecar, e dar de aforamento, os immoveis do casal – Arts. 119 e 120 Consolid.]. II. Com o regimen da communhão convencional [Arts. 88 e 153 Consolid. O mesmo embaraço do caso antecedente]. III. Com o regimen dotal [Art. 88 Consolid.]. I. Dote inestimado [Os bens dotaes são inalienaveis – Art. 122 Consolid.]. II. Dote estimado [Dá á mulher um direito real de hypotheca – Arts. 123 e 1270 § 8º Consolid.]”. Cf. Ibid., pp. CLXXX-CLXXXI.

³⁶ Ibid., p. CLXXXVI.

³⁷ Ibid., p. CLXXXVIII.

³⁸ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 35.

colaterais até o décimo grau (§ 3º) e, somente na ausência de todos esses, o cônjuge sobrevivente (§ 4º), conquanto estivessem habitando a mesma casa ao tempo da morte (art. 973).

Incumbiria ao cônjuge sobrevivente³⁹ o papel de “cabeça de casal”⁴⁰, o que permitia realizar o inventário e a consequente partilha (art. 1141) de bens e coisas⁴¹. Era, então, quando se permitia à mulher ser a responsável pelos bens conjugais.⁴² Caso o falecido não fosse casado, ainda que notoriamente conhecidos seus herdeiros colaterais, a herança seria considerada jacente até estes se habilitarem.

Apesar de não haver distinção entre os sexos, priorizavam-se familiares, mesmo que longínquos, ao cônjuge. Na ausência destes ou se estes repudiassem o legado, considerava-se a herança jacente, e, posteriormente, vaga ou vacante⁴³. Assim, os bens passariam para o domínio do Estado, em conformidade com o disposto nos arts. 52, § 2º⁴⁴, 959, § 5º, 974, 1231 e 1232.

Dependendo do tipo de filiação, poderia haver diferença no recebimento da herança. Pelo art. 960, § 1º, eram considerados descendentes sucessores os filhos legítimos⁴⁵ e os ilegítimos naturais (art. 961), aqueles decorrentes de relação entre pessoas que não possuíam impedimentos matrimoniais.

³⁹ Para tal, assim como estabelecido nas Ordenações, o casal não poderia estar separado ao tempo da morte: “Qual o conjuge, á quem pertence ficar em posse e cabeça de casal? Vid. Arts. 148, 149, e 150, *supra*. Dizendo a Ord. L. 4º T. 95 princ. – *vivia em casa teúda e manteúda* –, segue-se, que não compete ser cabeça de casal á viúva sobrevivente, se vivia separada do conjuge falecido”. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 663, grifos do autor.

⁴⁰ Não se diz responsável pela família porque podem não haver filhos ou outros herdeiros diretos, conforme se extrai do art. 1142: “Havendo testamento, cumprir-se-hão suas disposições, salvo o direito dos herdeiros necessarios; e ao testamentario compete proceder a inventario, administrar os bens, e dar partilhas, na falta do conjuge, ou herdeiros descendentes ou ascendentes, **a que pertença ficar em posse e cabeça de casal**”. Cf. Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 406, grifo nosso.

⁴¹ Os bens compreendiam “[...] os moveis, semovente, e de raiz, e *cousas* as açções, os direitos, etc.”. Cf. ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV, p. 956, grifos do autor.

⁴² Sobre a posse da mulher do cabeça de casal: “O que vivo ficar he o cabeça do casal, e sendo a mulher, deve na conformidade da Ord. deste liv. t. 95 pr., residir em casa *teúda e manteúda*, pois se a viuva residir fora e separada não pode ser cabeça de casal e inventariante. Se pelo contrario fôr outro o possuidor dos bens, será este o cabeça do casal e inventariante. Se excede de um o numero dos que se achão de posse dos bens communs, o Juiz deverá designar para esse fim o mais idoneo”. Cf. *Ibid.*, p. 955, grifos do autor.

⁴³ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 558.

⁴⁴ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, pp. 24-25.

⁴⁵ Com relação a estes, não havia muitos empecilhos. “Os filhos legitimos com direito igual succedem á seu pai, ainda que este os-tivesse de diversas mãis; e á sua mãe, ainda que esta os-tivesse de diversos pais [...]. Procede o mesmo quanto aos filhos illegitimos successiveis, por outra, quanto nos filhos naturaes reconhecidos nos termos do Art. 212”. Cf. Id. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, pp. 559-560.

Com relação aos filhos naturais, o recebimento da herança dependia de quem havia falecido. No caso do pai, aplicava-se no art. 962, e, no caso da mãe, o 963.

Comparação dos arts. 962 e 963 – Quadro 10⁴⁶

Art. 962. Concorrendo filhos naturaes com filhos legitimos, o reconhecimento do pai feito por escriptura publica antes do seu casamento é indispensavel para que os naturaes possam ter parte na herança paterna.	Art. 963. Quanto à herança materna, os filhos naturaes são admittidos á sucessão, mostrando-se habilitados pela certidão de baptismo, sem dependerem de escriptura de reconhecimento. (Arts. 213 e 214).
---	--

Fonte: autoria nossa

O legislador estabeleceu requisitos diferentes para os filhos naturais. Falecendo o genitor, além do reconhecimento por meio de escritura pública, deveria o descendente se habilitar para receber a herança (art. 964).⁴⁷

Por outro lado, falecendo a genitora, exigiam-se menos requisitos, bastando a certidão de batismo. Acrescenta Augusto Teixeira de Freitas:

Como a Lei de 2 de Setembro de 1847 só trata da filiação paterna (Vid. Not. ao Art. 213), é forçoso concedêr, que pelo nosso actual Direito os filhos naturaes, tenham ou não, *sido reconhecidos por sua mãe, succedem á esta; ou sós, ou concorrendo com filhos legitimos; ou nascêssem antes do casamento de sua mãe, ou ao tempo de sua viuvêz. É uma concessão que repugna!*⁴⁸

Pelo comentário final do autor, interpreta-se o questionamento acerca das diferenças de procedimentos em decorrência do sexo do falecido. Pode-se defender que essa diferenciação, por lógica, decorre da certeza da maternidade⁴⁹ e da presunção de paternidade, não se vendo motivos para que se dificultasse a percepção da herança materna. Do mesmo modo, deveria criticar-se o fato de os filhos do genitor terem que se habilitar mesmo com o reconhecimento de filiação.

⁴⁶ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, pp. 562-565.

⁴⁷ No caso de filhos de escravas alheias, para que succedessem o pai, era necessário que a escrava estivesse alforriada ao tempo do falecimento. Cf. *Ibid.*, p. 587.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 565, grifos do autor.

⁴⁹ Apesar dessa certeza, ao menos assim considerada atualmente, pondera: “Abundamos (com uma ou outra reserva) em todas estas considerações, porque em nosso entendêr, e de accôrdo com a doutrina dos Escriptores Francêzes, até se-deve prohibir, quando o reconhecimento do filho natural fôr feito só pelo pai, que se-declare o nome da mólher de quem elle o-teve, á menos que esta não o-tenha já reconhecido; devendo-se reputar essas declarações, como não escriptas, nas escripturas de reconhecimento paterno. Se assim penso, como poderia approvar a determinação da Ord. de 13 de Julho de 1849, que manda abrir discussão em Juizo sobre a verdade da qualificação dos filhos propriamente naturaes, o que não é mais do que exigir a prova de quem é sua mãe, ou de que esta não tinha impedimento para casar?”. Cf. *Ibid.*, p. 569.

Todavia, nos comentários à terceira edição, o autor esclarece que a expressão “repugna” havia sido mal interpretada, esbravece⁵⁰ sobre o problema na interpretação e explica que se referia, na verdade, à igualdade entre os filhos reconhecida pela lei:

Na sua observação ao Art. 959 negou-se-me a liberdade de aportuguezar uma preposição latina, e agora nega-se-me a liberdade de pensar! Uma censura razoavel não enfraquece o imperio da lei, quanto mais que a minha repugnancia refere-se á concurrencia de filhos naturaes com legitimos na herança materna, e não ao modo possivel de provar a maternidade. Se ha legitimidade para os filhos, a coherencia ao menos impõe distincção no saliente effeito da successão hereditaria.⁵¹

Atenta-se ao fato de que o autor não criticava a igualdade conferida na vocação hereditária entre os filhos legítimos e os naturais quando o *de cuius* era do sexo masculino, problematização somente no tocante aos herdeiros da genitora.

Outra diferença por base no sexo encontrava-se no art. 970: “para garantia dos filhos do primeiro matrimonio, a mãe deverá dar fiança aos bens da herança do filho fallecido, se taes bens fôrem moveis, ou dinheiro; mas o pai não será obrigado a prestar fiança alguma”⁵².

Se fosse contraído segundo matrimônio antes de falecer um dos filhos, o pai ou a mãe só teriam usufruto dos bens herdados (art. 966), os quais não poderiam ser alienados nem hipotecados (art. 968). Eles não se comunicavam com os bens conjugais da segunda núpcia e somente eram transmitidos aos outros filhos do primeiro matrimônio, em desfavor aos filhos do segundo casamento, os quais não herdariam esses bens (art. 969). Então, o art. 970 se refere à prioridade de proteção dos filhos do primeiro matrimônio, exigindo fiança da mãe, mas não do pai.

No caso de aforamentos vitalícios, sem nomeação, preteriam-se as mulheres, estabelecendo a ordem dos descendentes considerando primeiro os filhos legítimos, e, dentre estes, o mais próximo, o mais velho⁵³ e herdeiros do sexo masculino excluía a vocação das herdeiras (art. 976, § 1º), aplicando-se a mesma regra aos ascendentes, na ausência de descendentes legítimos ou naturais (§ 3º).

⁵⁰ O autor se exime da culpa quanto às interpretações errôneas alegando que “Se os argumentos de paridade do final da Not. da 1.ª Edição forão um tanto infelizes, a culpa não é nossa, é de quem não procura entende-los. O deduzido do Decr. de 11 de Agosto de 1831 sobre o reconhecimento em testamento dos filhos illegitimos de qualquer especie é tao obvio, que não foi dispensado pelo illustrado autôr do Commentario da Lei de 2 de Setembro de 1847 na observação, [...]”. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 569.

⁵¹ Ibid., p. 565.

⁵² BRASIL. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 348.

⁵³ Mesmo no caso de gêmeos, a certidão de nascimento deveria constar tal fato, indicando claramente quem nasceu primeiro. Cf. Id. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 580.

No tocante à sucessão hereditária, estabeleciam-se três incapacidades e, conseqüentemente, três capacidades testamentárias:

A 1ª *incapacidade* é a do nosso Art. 982, – *incapacidade de succedêr ab intestado* –, negação da – *capacidade de succedêr ab intestado* –, regulada nos Arts. *Supra* 959 á 987 com suas peculiares limitações:

A 2ª *incapacidade* é a – *incapacidade testamentaria activa* –, negação da – *capacidade testamentaria activa* –, reguladas nos Arts. 993 á 998 *infra*:

A 3ª *incapacidade* é a – *incapacidade testamentaria passiva* –, negação da – *capacidade testamentaria passiva* –, reguladas nos Arts. 999 á 1024 *infra*.⁵⁴

Quem pudesse fazer testamento, também tinha capacidade para fazer codicilo (art. 1078). Não poderiam testar homens com menos de 14 anos e mulheres com menos de 12 (art. 993, § 1º) e os filhos-família mesmo com o consentimento do pai (art. 993, § 2º). Caso o filho-família fosse militar e tivesse completado 14 anos, poderia testar livremente sobre os bens referidos no art. 183, § 1º, independentemente do consentimento do pai (art. 1069).

Era permitido dispor somente de um terço dos bens, devendo dois terços serem resguardados aos herdeiros necessários, (art. 1008), os quais poderiam ou não serem incluídos nessa terça parte (art. 1009). Caso o testador soubesse dos herdeiros, mas não respeitasse as suas quotas-partes, todo o disposto sobre essa quantia a mais era considerada nula (art. 1010).

Com relação aos arts. 982, § 8º, e 983, eram deserdados os filhos-família que tivessem se casado sem permissão dos pais (mais especificamente do pai, como visto), a qualquer idade se homem (art. 1016, § 9º) ou antes dos 21 anos completos se mulher, ou “por se-têrem deshonestado”⁵⁵. Contudo, essa restrição poderia ser retirada com relação às filhas, perdando suas injúrias, conquanto não existissem outros descendentes legítimos. Não havia previsão semelhante com relação aos filhos.

Dizia o art. 984 que “havendo outros filhos legítimos, não podem os pais contra a vontade d’elles instituir herdeira a filha incurso na pena de desherdação”. Na terceira edição da obra, o autor justifica essa restrição ao fato de que “[...] os filhos devem ser solidarios nas injurias feitas ao pai quando este é homem justo”⁵⁶.

Logo, defendia-se a honra do “homem justo”, não deixando que ele próprio ou seus filhos perdoassem a injúria ou o casamento sem permissão realizados por uma filha, a não ser que esta núpcia tenha sido realizada “[...] com marido notoriamente conhecido por melhor, do que fora aquelle, com quem o pai podê-la-hia casar”⁵⁷ (art. 985), caso em que, querendo o pai,

⁵⁴ BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, pp. 585-586.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 589.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 589.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 590.

somente poderia deserdá-la expressamente em metade do montante a que teria direito (art. 986).

A filha-família também poderia ser deserdada se, “[...] antes de ter vinte e um annos, com injúria a seus pais e parentes⁵⁸, se deixar corromper, tendo copula com algum homem”⁵⁹ (art. 1016, § 8º). Não havia previsão semelhante para o filho-família, sendo uma norma voltada exclusivamente à mulher e de cunho moral.

O casamento sem permissão elencava idades distintas a depender do sexo. Para as filha-família, ensejavam a deserdação se o matrimônio fosse contraído antes de completarem 21 anos “[...] ou por se-têrem deshonestado (Arts. 101, 103 e 1016 §§ 8º e 9º)”⁶⁰ (art. 982, § 8º). Já para os filhos-família, não havia restrição de idade (art. 1016, § 9º). Nos dois casos, tanto a falta de consentimento dos pais quanto a ausência de suprimento judicial para o casamento conduziam à mesma penalidade.

Para que a filha fosse deserdada, o pai deveria propor uma ação, a qual poderia ser revogada se o pai a perdoasse posteriormente (art. 1017). No caso da incidência do art. 982, § 8º, era igualmente necessário que não tivessem outros herdeiros legítimos ao tempo da sucessão (art. 983).

A idade mínima para ser testemunha em testamento era de 14 anos completos para os homens e 12 anos completos para as mulheres (art. 1063, § 1º). O pátrio poder era, inclusive, empecilho em algumas situações quanto a quem poderia testemunhar em testamentos (art. 1063, §§ 4º, 5º e 6º).

No codicilo, poderiam ser testemunhas homens ou mulheres, desde que com 14 anos completos (art. 1080). Em cidades grandes, exigiam-se quatro testemunhas, e, nas localidades menores, bastavam três (art. 1082), sem distinção de sexo. Nesse caso, houve um aumento da idade para a capacidade da mulher, igualando-a à do homem.

Para a validade do testamento público (art. 1054, § 4º) e do testamento cerrado (art. 1060, § 2º), eram necessários cinco homens, maiores de 14 anos, como testemunhas. Para o testamento nuncupativo, as seis testemunhas exigidas poderiam ser homens ou mulheres.

⁵⁸ Essa parte é posteriormente suprimida e não há comentários explicando o motivo. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 611.

⁵⁹ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 367.

⁶⁰ Id. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 589.

Entende-se que essa flexibilização ocorreu justamente por conta do caráter mais precário desta forma de declaração de vontade, geralmente feita às pressas.⁶¹

No caso dos testamentos militares feitos “[...] em campanha, ou cercados em Presídios e Fortalezas” (art. 1065) ou durante conflitos de batalhas (art. 1066), bastavam duas testemunhas, não importando se homens ou mulheres. Porém, conforme a descrição do artigo, percebe-se que foram estabelecidas situações específicas e urgentes.

O art. 40, sobre as pessoas singulares e coletivas, elencava como pertencentes ao segundo grupo “marido e mulher, irmãos em uma herança”⁶². Isso se deve porque os irmãos em herança se achavam em comunhão “[...] *pro indiviso*; e toda a comunhão, de bens, ou de interesses, casual ou convencional, também considera-se *pessoa colectiva*”⁶³. Ante o exposto, extrai-se que não havia diferença no quinhão entre herdeiros dependendo do sexo, e que a mulher não deixaria de receber se houvesse algum homem na mesma linha sucessória.

Possibilitavam-se duas modalidades para realizar a partilha: judicial ou amigável, sendo este último cabível quando não havia herdeiros menores (art. 1144). A modalidade amigável poderia ser feita por escritura pública e termos judiciais ou escrituras particulares nos casos previstos em lei (art. 1145), em situação precursora às atuais possibilidades de exercício do testamento extrajudicial.

Com relação a quem se escusasse de exercer tutela de menor, não havia mais discriminação quanto ao sexo de quem recusou tal múnus. Assim, independentemente, sendo parente próximo, não se herdaria os bens caso o menor falecesse antes dos 14 anos se homem, ou 12 anos se mulher (art. 255).

Quanto à partilha, havia duas previsões específicas para a mulher. Se o regime do casamento era da comunhão de bens, a viúva tinha a “[...] obrigação de partilhar com os filhos, ou outros herdeiros do conjuge falecido, os rendimentos dos bens da herança”⁶⁴ (art. 1163). De modo semelhante, caso ela adquirisse outros bens com os rendimentos ou dinheiro

⁶¹ Sobre o testamento nuncupativo “[...] (*testamento verbal*, como denominação algumas legislações) só é tal, e valido, para sêr legalmente reduzido, quando feito *de viva voz* em *artigo de morte*. [...] É pois abusiva a pratica de reputarem-se *testamentos nuncupativos*, e reduzirem-se, disposições escriptas por falecidos, e ás vezes escriptas muito antes dos fallecimentos”. Cf. BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 630, grifos do autor.

⁶² Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 15.

⁶³ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 32, grifos do autor.

⁶⁴ Id. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 412.

herdados, os herdeiros tinham o direito de escolher entre “[...] exigir, ou a partilha dos próprios rendimentos, ou a dos bens com elles adquiridos”⁶⁵ (art. 1164).

Com relação ao viúvo, estipulava o art. 1165⁶⁶ que este só partilhava “[...] os rendimentos dos bens indivisos, ou os bens novamente adquiridos á custa da herança, quando os herdeiros não fôrem seus filhos, havidos de sua mulher fallecida”⁶⁷. Ou seja, além de restringir aos bens indivisíveis ou adquiridos por conta da herança, os viúvos não partilhavam rendimentos com os filhos em comum (justamente pelo exercício do pátrio poder⁶⁸), enquanto a mesma prerrogativa não assistia às viúvas, as quais partilhavam com quaisquer herdeiros.

4.3 Esboço

Diferentemente das concepções adotadas na Consolidação, no Esboço, Augusto Teixeira de Freitas definiu que coisas eram os objetos materiais suscetíveis a uma medida de valor (art. 317) e que

para este Projecto não há *cousas*, que, no dizer de Bentham, não sejam *cousas*. Entende-se por *cousas* sómente os objetos corpóreos, e fique portanto em esquecimento a divisão que fez o Direito Romano, e que fazem todos os Codigos, de *cousas corporeas* e *cousas incorporeas*, attribuindo á palavra um sentido amplissimo, e fazendo-a compreender tudo quanto pode ser objeto de direitos na opinião de alguns (Maynz *Dir. Rom.* § 113), ou pelo menos tudo quanto faz parte integrante do patrimonio na opinião de outros (Pellat *Propriété* n. 6 Not.).⁶⁹

As coisas e outros objetos materiais não suscetíveis de medida de valor (art. 318), bem como os objetos imateriais que possuíssem uma medida de valor (art. 319) eram classificados como bens, dividindo-se em nacionais ou particulares (art. 320).

Os bens que não fossem nacionais, eram particulares (art. 345), tanto móveis (arts. 387-394) quanto imóveis (arts. 395-405). Os bens das heranças vacantes, chamadas de

⁶⁵ BRASIL. Legislação do Brazil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857, p. 412.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 412.

⁶⁷ Na terceira edição, o autor modificou a parte final de acordo com o comentário que trazia à primeira edição, substituindo por “[...]; porém, se os filhos fôrem de ambos, guardar-se-ha a disposição do Direito Commum”. Cf. BRASIL. **Consolidação das leis civis**. 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876, p. 677.

⁶⁸ Na ausência do pátrio poder, estabelecia-se o seguinte: “Como porém se-deve entender quanto aos filhos isentos do patrio poder, á quem já pertence o usufructo de seus bens? Segue-se neste caso o Direito Romano, não tendo o filho emancipado direito alternativo para pedir a partilha dos bens comprados, ou adquiridos, pelo pai, ou a dos fructos da herança, e podendo somente exigir a partilha destes. Tal é a decisão do Repert. das Ords. Tom. 3º pag. 900 á 903, quér o filho tenha sido emancipado pelo pai depois do fallecimento da mãe e antes da partilha, quér já estivesse emancipado antes do fallecimento da mãe. Não deixa de havêr incoherencia em negar ao filho emancipado o mesmo direito alternativo, que se-dá á herdeiros estranhos; porém a razão da diferença acha-se no mesmo Direito Romano, que concedia ao pai uma parte dos fructos dos bens do filho, ainda mesmo que o tivesse emancipado. Não é assim pelo nosso Direito, que faz cessar o usufructo paterno, logo que o filho se-emancipa – Art. 175 Consolidação”. Cf. *Ibid.*, p. 677.

⁶⁹ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. **Esboço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 213, grifos do autor.

heranças vagas, eram considerados bens gerais pertencentes ao Estado (art. 336, § 9º).
Compunham os bens nacionais (art. 326)

- 1.º As cousas publicas (Art. 274 n. 1º).
- 2.º Os bens da Corôa (Art. 274 n. 5º).
- 3.º Os bens geraes (Art. 274 n. 2º).
- 4.º Os bens provinciaes (Art. 274 n. 3º).
- 5.º Os bens municipaes (Art. 274 n. 4º).⁷⁰

Enquanto elaborava o Esboço, com o objetivo de ajudá-lo a elaborar o primeiro Projeto de Código Civil brasileiro, o autor percebeu que

[...] a herança apresentava natureza comum às duas espécies de direitos subjetivos [direitos reais e direitos pessoais], devendo entrar em ambas; o mesmo acontecia com o concurso de credores e com a prescrição, o que conduzia à necessidade de um terceiro livro na parte especial, onde se contivessem as disposições comuns aos direitos reais e aos direitos pessoais, e que se dividiria em três títulos: o 1º, concernente à herança; o 2º, ao concurso de credores; e o 3º, à prescrição.⁷¹

Essa terceira seção não foi prevista inicialmente e, após seus estudos, o jurista passou a defender a unificação do direito privado, regulamentando o direito civil e o direito comercial. A Seção de Justiça do Conselho de Estado concordou, porém, o Governo Imperial vetou esta ideia. Assim, “[...], em 1872 – depois da negativa formal de **TEIXEIRA DE FREITAS** de ultimar o Esboço de Projeto de Código Civil, por estar convencido da necessidade dos dois Códigos que propusera –, foi rescindido o contrato por ele firmado com o Governo”⁷².

Deste modo, esta última seção, a qual incluiria a herança e a sucessão legal nos direitos pessoais⁷³, não foi sequer redigida ou publicada⁷⁴, motivo pelo qual não será feita esta análise neste subitem.

⁷⁰ TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 213., p. 225.

⁷¹ ALVES, José Carlos Moreira. O papel de Teixeira de Freitas na formação do direito brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 34, 2010, p. 141-151. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/34/revista34%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/34/revista34%20(10).pdf). Acesso em: 25 jun. 2019, p. 143.

⁷² Ibid., p. 145, grifos do autor.

⁷³ Com relação a essa parte final do trabalho, “[...], o terceiro– que não chegou a ser redigido, abrangeria as disposições comuns aos direitos reais e aos direitos pessoais (herança, concurso de credores e prescrição)”. Cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Augusto Teixeira de Freitas**. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 7 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66526/69136>. Acesso em: 25 jun. 2019, p. 314.

⁷⁴ Conforme carta enviada a Martim Francisco, sucessor no Ministério da Justiça a Nabuco de Araújo, enviada em 20 de novembro de 1866, escreveu Teixeira de Freitas: “Em manuscripto acham-se em meu poder, quasi limpos, duzentos e tantos artigos sobre hypotheca, antichrésse, e penhor, que encerram o penultimo folheto dos *Direitos Reaes*; e, carecendo ainda de aperfeiçoamento, todo o restante do Projecto, materia do ultimo folheto, contendo a legislação sobre herança, concurso de credores, e prescripção, como poderá V. Exa. verificar pela taboa synthetica em que o seu digno antecessor, o snr. Conselheiro Nabuco, mandou imprimir”. Cf. VAMPRÉ, Spencer. **Interpretação do código civil (com prefácio de Clovis Bevilacqua)**. São Paulo: Livraria e Officinas Magalhães, 1919, p. 227, grifos do autor.

4.4 Código Civil de 1916 e legislações esparsas

O direito hereditário ou das sucessões trata de um meio de aquisição de direitos e obrigações por meio da transmissão *mortis causa*. Para Clóvis Bevilacqua, esse ramo “[...] é o complexo dos princípios segundo os quaes se realiza a transmissão do patrimonio de alguém que deixa de existir. Essa transmissão constitui a *sucessão*; o patrimonio transmitido denomina-se *herança*; e quem a recebe se diz *herdeiro*”.⁷⁵ Já nas lições de Eduardo Espinola,

A sucessão *mortis causa* pode ser *singular*, ou *universal*; nesta se compreende a universalidade dos bens de uma pessoa, isto é, seu patrimonio⁷⁶, ou uma quota parte dessa universalidade. *Sucessores universais* são os *herdeiros legítimos* e os instituídos em testamento, a título universal (*herdeiros testamentarios*).⁷⁷

Logo, a sucessão poderia ser legal ou por disposição de última vontade (art. 1.573). Nesse sentido, dispunha o art. 1.572: “aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentarios”⁷⁸.

No casamento por comunhão universal, devia-se respeitar a meação do supérstite⁷⁹ (art. 262). Havendo herdeiros necessários, só era possível dispor livremente sobre metade⁸⁰ do patrimônio (arts. 1.576, 1.721). Respeitando a legítima, o falecido poderia realizar diversas disposições, como estabelecer condições de inalienabilidade, declarar os bens incomunicáveis ou atribuir-lhes à administração da mulher herdeira (art. 1.723). Compreende-se que o legislador se referia à esposa.

Se o testador fosse casado, não poderia nomear sua concubina⁸¹ como herdeira ou legatária (art. 1.719, inciso III)⁸². Não se fazia menção em sentido inverso, tendo por testadora a mulher. Sobre este inciso, comentou Clóvis Bevilacqua:

⁷⁵ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1932, p. 12, grifos do autor.

⁷⁶ Nesse caso, “o testamentario que recebe todos os bens, não havendo herdeiros necessarios, chama-se **testamentario universal** e é equiparado ao cabeça de casal”. Cf. BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 372, grifos do autor.

⁷⁷ ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 688, grifos do autor.

⁷⁸ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 337.

⁷⁹ Sobre a meação do cônjuge sobrevivente, “[...] é a metade dos bens realmente existentes, ao tempo do fallecimento do consorte; porque esse é o patrimonio do casal, a massa dos bens communs. [...] Para o calculo da meação da viuva não se poderia adicionar aos bens existentes, a importancia das doações feitas por adeantamento de legítima”. Cf. BEVILAQUA, Clóvis. **Soluções práticas de direito**. Direito civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1930. v. 3., pp. 269-270.

⁸⁰ Nas Ordenações Filipinas, eram dois terços.

⁸¹ Quanto à situação inversa, “E a mulher, que vive com um homem em intima união, mais ou menos duradoura, é concubina, se a união não tem a consagração da lei”. Cf. *Ibid.*, p. 54.

Realmente a doação, *inter vivos*, do homem casado á concubina, póde ser annullada pela mulher, ou seus herdeiros, até dois annos, contados *da dissolução da sociedade conjugal* (arts. 178, § 7 n. VI, e 1.177). Suppõe a lei, evidentemente, que essa doação tenha sido feita na vigencia da sociedade conjugal. Mas o desquite dissolve essa sociedade entre conjuges; portanto, não se refere ao desquitado o preceito do art. 1.719, III do Codigo Civil, porque cessou, com o desquite o motivo da prohibição. E, não havendo fundamento para a prohibição da liberalidade *inter vivos*, não poderá haver para a liberalidade *mortis causa*. Depois, os desquitados, estando legalmente separados, de pessoas e de bens, gozam de inteira independencia na sua vida juridica, salvo quanto á celebração de novo casamento. Portanto não lhes concerne a prohibição do art. 1.719, n. III do Codigo Civil.⁸³

Manteve-se a posse de cabeça de casal ao cônjuge supérstite para a realização da partilha, permitindo continuar a posse da herança se o regime fosse da comunhão de bens (art. 1.579⁸⁴). No caso da mulher sobrevivente, o casal teria que conviver ao tempo da morte (art. 1.579, § 1º)⁸⁵, embora não havia previsão semelhante no caso do marido vivo.

O Estatuto da Mulher Casada acrescentou uma parte final ao § 1º, passando a ser esta a redação: “se porém o cônjuge sobrevivo fôr a mulher, será mister, para isso que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, **salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela**”⁸⁶.

Ao se falar sobre o inventariante ou testador,

No [Código] brasileiro, emprega-se para designar taes funções a velha expressão *cabeça de casal*, que já se usara no art. 1.579. Mas, neste artigo, tinha toda propriedade, porque se tratava de conjuge sobrevivente; no art. 1.769, não. O testamenteiro exercerá as funções que exerceria o *cabeça de casal*, – não no será, porém, porque tal expressão não pode, sem quebra do significado proprio, referir-se a outra pessoa que não seja o conjuge supérstite.⁸⁷

Responsável pelo Código, Clóvis Bevilacqua sustentava a sucessão legítima em três elementos: individual (afeição à família), familiar (ambiente no qual obteve apoio para adquirir os bens, logo, com quem gostaria de dividi-los) e social (sentimento de solidariedade). O ambiente familiar era descrito da seguinte maneira:

⁸² Explicava-se pela “atenção à moralidade da família”. Cf. ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, p. 690.

⁸³ BEVILAQUA, Clóvis. **Soluções práticas de direito**. Direito civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1930. v. 3., p. 54, grifos do autor.

⁸⁴ Redação do art. 1.579: “Ao conjuge sobrevivente, no casamento por comunhão de bens, cabe continuar, até á partilha, na posse da herança, com o cargo de cabeça do casal”. Cf. LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 338.

⁸⁵ Logo, não poderia “[...] ser inventariante dos bens do casal o conjuge que havia requerido, contra o outro, fallecido, a separação de corpos”. Cf. BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 340.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sôbre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019, grifo nosso.

⁸⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 483.

O marido adquire pelo trabalho; a mulher conserva pela economia sensata; e os filhos, sabendo que em secundar o labor de seus progenitores, ao mesmo tempo, cumprem um dever de gratidão e se esforçam em proveito próprio, constituem-se auxiliares prestimosos para a criação e consolidação do patrimônio da família.⁸⁸

Por isso, estabeleceu-se no Código a ordem dos herdeiros aptos à sucessão, iniciando com os mais próximos, que excluíam os mais remotos. Assim, quanto à vocação hereditária, previa-se a seguinte ordem de preferência (art. 1.603): descendentes (inciso I), ascendentes (inciso II), cônjuge supérstite (inciso III), colaterais (inciso IV) e, finalmente, o estado, o Distrito Federal ou a União (inciso V, art. 1.619), pois, na falta de cônjuges e herdeiros sucessíveis, ou quando estes renunciassem, e não havendo testamento, a herança era considerada vacante (art. 1.591). Clóvis Bevilacqua ressaltou que não havia nenhuma distinção de sexo.⁸⁹

Para o cônjuge suceder, não poderiam estar desquitados ao tempo da morte (art. 1.611). Comentava Achilles Bevilacqua que não importava, nesse caso, o regime de bens do casamento⁹⁰. Todavia, o Estatuto da Mulher Casada incluiu dois parágrafos ao dispositivo, diferenciando os direitos, condicionando-os ao tipo de regime de casamento:

§ 1º O cônjuge viúvo se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filho dêste ou do casal, e à metade se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do "de cujus".

§ 2º Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habilitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.⁹¹

Quanto aos parentes colaterais, eram chamados até o sexto grau (art. 1.612), de modo que os mais próximos excluíam os mais remotos (art. 1.613). Após a alteração pelo Decreto-lei nº 9.461/1946⁹², restringiu-se aos colaterais até o quarto grau.

A filiação implicava em quotas-partes diferentes, embora o *caput* do art. 1.605 equiparasse os filhos legitimados, naturais reconhecidos e adotivos aos filhos legítimos, para fins sucessórios. Do mesmo modo, diferenciavam-se os irmãos bilaterais dos unilaterais.

⁸⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1932, p. 66.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 94.

⁹⁰ BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931, p. 347.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

⁹² Id. **Decreto-lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946**. Dá nova redação ao art. 1.612, do Código Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9461-15-julho-1946-418156-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 mai. 2019.

Todavia, em nenhuma dessas classes de filiação se mencionavam distinções entre homens e mulheres. Dentro da mesma linha, todos sucederiam por cabeça (art. 1.604).

Com relação aos filhos adotivos, existiam algumas regras próprias. Por mais que a adoção transferisse o pátrio poder, na ausência de descendentes na sucessão, os pais biológicos receberiam toda a herança do adotado, não o adotante (art. 1.609, *caput*), o qual só receberia na falta de outros ascendentes biológicos (parágrafo único). Além disso, o adotado não participava da sucessão da família do adotante (art. 1.618).

O Código Civil, art. 1.605, colloca o filho adoptivo na classe dos descendentes successiveis. Se, porém, concorrer com legitimo superveniente á adopção, tocar-lhe-á, sómente, metade da herança cabível ao legitimo (art. cit. § 2º).

Não succede, porém, o filho adoptivo: a) nem aos ascendentes de seu pae civil; b) nem á mulher deste, se tambem ella não o acceitou expressamente na qualidade de filho.

Quanto a saber se os filhos e mais descendentes do adoptado concorrem á successão do adoptante, parece-me indiscutivel que sim. Não tem applicação ao caso o artigo 376 do Código Civil, porque o adoptivo é filho do adoptante.⁹³

Quanto aos filhos espúrios, incestuosos e adulterinos, não sucediam aos pais por força do art. 1.605. Todavia, os filhos de mães sem impedimentos legais para contrair matrimônio com homem casado, eram considerados herdeiros da mãe, mas não do pai.⁹⁴

A idade mínima para testar (art. 1.627, I) ou fazer codicilo (art. 1.651) era 16 anos, sem qualquer distinção de sexo. Antes dessa idade, não seria possível convalidar o documento (art. 1.628). A mesma idade era exigida para ser testemunha em testamento (art. 1.650, I) e, novamente, não havia restrição quanto às testemunhas elegíveis (arts. 1.632, II, 1.638, IV, 1.645, II), aceitando tanto homens quanto mulheres desde que possibilitados nos termos da lei. Os testamentos ordinários poderiam ser públicos (art. 1.632-1.637), cerrados (1.638-1.644) ou particulares (1.645-1.649), permitindo-se o nuncupativo somente no caso do militar em combate ou ferido (art. 1.663).

A deserção deveria ser feita expressamente em testamento (art. 1.742), cabendo contraprova pelo herdeiro ou por quem aproveitasse (art. 1.743) e decorria de situações previstas em lei. Eram causas permissivas ao ascendente contra o descendente que incidissem nesses atos (art. 1.744): realizar ofensas físicas (inciso I), proferir injúria grave (inciso II), a “deshonestidade da filha que vive na casa paterna”⁹⁵ (inciso III), a existência de relações ilícitas com padrasto ou madrasta (inciso IV), bem como o “desamparo do ascendente em

⁹³ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1932, p. 126.

⁹⁴ A investigação do genitor, nessa situação, era até proibida. Cf. *Ibid.*, p. 129.

⁹⁵ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916, p. 366.

alienação mental ou grave enfermidade”⁹⁶ (inciso V), reforçando o dever de cuidado dos filhos para com os pais. Havia, ainda, uma hipótese específica de deserdação da filha, com cunho moral (art. 1.744, III).

As mesmas hipóteses taxativas aplicavam-se, como possível, aos descendentes para deserdarem os ascendentes (art. 1.745), com exceção do inciso III supra.

Também poderiam ser excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários (art. 1.595) que fossem autores ou partícipes em assassinato ou tentativa de homicídio do *de cujos* em sucessão (inciso I), que praticassem crime contra sua honra (inciso II), ou “[...] que, por violência ou fraude, a inibiram de livremente dispor dos seus bens em testamento ou codicillo, ou lhe obstaram a execução dos actos de ultima vontade”⁹⁷ (inciso III).

A partilha deveria ser judicial se houvesse divergência entre os herdeiros ou se houvesse menores envolvidos, senão, poderia ser realizada extrajudicialmente (arts. 1.774 e 1.775). Era expressamente vedado contratar sobre herança de pessoa viva:

153. Herança de pessoa viva. – Não póde ser objecto de contracto a herança de pessoa viva (*pactus de succedendo, de non succedendo*). São excepções ao art. 1.089. a) se em contractos antenupciaes (Clóvis Bevilacqua. ao art. 1.089; contra Pontes de Miranda, *Direito de Família*, § 65, nota 17); b) podem os paes, por acto entre vivos, partilhar os bens com os filhos (art. 1.776).⁹⁸

Apesar de o ordenamento vedar, algumas situações permitiam essa disposição. Nesses casos, os descendentes deveriam trazer à colação os bens e dotes recebidos em vida pelo *de cujos* (arts. 1.786 e 1.787), a não ser que, no momento em que foram recebidos, já houvesse sido determinado que eram de sua parte e conquanto não excedessem à metade dos bens que o doador possuía à época (art. 1.788).

4.5 Código Civil de 2002 e legislações esparsas

O Código Civil de 2002 manteve as sucessões legal e por meio de disposição de última vontade (art. 1.786), bem como a livre disposição de apenas metade do patrimônio, no caso existirem herdeiros necessários (arts. 1.789, 1.846 e 1.857, § 1º).

⁹⁶ LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro**: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916.

⁹⁷ Ibid, p. 341.

⁹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928, p. 275, grifos do autor.

A primeira divergência com relação ao Código anterior é que, em regra, não é mais possível estabelecer cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade dos bens deixados por testamento (art. 1.848, em contraposição ao art. 1723 do CC/1916).

Na ausência de herdeiros necessários (art. 1.845), ou quando todos estes renunciarem à herança, e sem o falecido ter realizado testamento, aguarda-se a habilitação de possíveis sucessores até um ano depois de iniciadas as diligências, a herança ser declarada vacante (arts. 1.819 e 1.820) e, após cinco anos, os bens são incorporados ao domínio do município dos bens, ou do Distrito Federal ou da União (arts. 1.822 e 1.844).

Na exposição de motivos da Comissão do Anteprojeto de Código Civil, listaram-se dentre as diretrizes,

*e) O tratamento dado ao cônjuge, não desquitado, conferindo-lhe a posição de herdeiro necessário, chamado à herança ao lado dos descendentes ou ascendentes do «de cujos», ou isoladamente, quando com essas categorias de herdeiros não concorra. Nesse sentido, atendeu-se à modificação operada no regime legal de bens (Cfr. Arts. 2.037 *usque* 2.045).*

f) Maior amparo aos filhos ilegítimos, aos quais tocarão dois terços da herança cabível a cada um dos legítimos.

[...]

h) Novas normas no que se confere à situação do filho adotivo e do adotado, conforme se trate de adoção plena ou restrita, quer em relação aos seus ascendentes naturais, quer no tocante à pessoa do adotante.⁹⁹

A alteração do regime de bens legal implicou algumas alterações para proteção do cônjuge supérstite. Até o CC/1916, na omissão, o regime de bens era o da comunhão universal, embora os casais pudessem dispor livremente e optar por outro regime.

Já no CC/2002, prevalece a comunhão parcial (art. 1.640). Nesse regime, os bens adquiridos após o casamento ou união estável (arts. 1.725 e 1.790) são presumidos como obtidos pelo esforço comum do casal. Por esse motivo, comunicam-se (arts. 1.658, 1.662) e são os dois meeiros quanto a esses bens.

Como, em regra, não há mais a meação de todos os bens do casal, pois dependem de quando e como foram adquiridos, a ordem da vocação hereditária foi alterada para permitir a inclusão do cônjuge concorrendo com os ascendentes e com os descendentes quando não for meeiro:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

⁹⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos. **Anteprojeto de código civil**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1972, p. 30, grifos do autor.

- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;¹⁰⁰
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.¹⁰¹

Para o cônjuge ter seu direito reconhecido, além de se considerar o regime de bens, é preciso comprovar que o casal não estava separado judicialmente ou de fato há mais de dois anos, “salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”¹⁰². Porém, independentemente do regime de bens, o supérstite adquire direito real de habitação no imóvel de residência da família e, na ausência de descendentes e de ascendentes, torna-se herdeiro universal (art. 1.838).

Os colaterais mencionados no inciso IV do art. 1.829 continuam restritos ao quarto grau (art. 1.839), conforme a redução feita pelo Decreto-lei nº 9.461/1946 e os mais próximos excluem os mais remotos (art. 1.840), sem qualquer distinção de sexo.

Todavia, os companheiros eram prejudicados na sucessão. Conforme o art. 1.790:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

- I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
- II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;
- III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;
- IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.¹⁰³

Como esse Código passou muitos anos em discussão no Poder Legislativo, o tema retrocedeu com relação às leis nº 8.971/1994, a qual “regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão”¹⁰⁴, e 9.278/1996, que regulamentou o art. 226, § 3º, da CF/1988. Nessas leis, foram conferidos os direitos de meação dos bens adquiridos por esforço comum na constância da união estável, a não ser que as partes dispusessem em contrário, prestação de alimentos, direito real de habitação, usufruto de um quarto ou metade dos bens, havendo, respectivamente, descendentes ou ascendentes do *de cujos*, bem como, na ausência destes, receber toda a herança.¹⁰⁵

¹⁰⁰ A fração, nesse caso, é determinada pelo art. 1.837: “concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau”. Cf. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁰⁵ Em 2017, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recursos extraordinários, julgou esse art. 1.790 inconstitucional pelo retrocesso conferido às uniões estáveis, equiparando os companheiros aos cônjuges para fins sucessórios, independentemente da orientação sexual do casal. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Extinguiu-se a expressão “posse de cabeça de casal”. Afinal, com o fim do poder marital e do pátrio poder, substituídos pelo poder familiar, não havia mais o “cabeça de casal”, sendo possível designar apenas a administração da herança. A ordem de preferência, prevista no art. 1.797, elenca, respectivamente: cônjuge ou companheiro se conviviam ao tempo da morte (inciso I), herdeiro na posse e administração dos bens, cabendo ao mais velho, no caso de duas ou mais pessoas na mesma situação (inciso II), testamentário (inciso III), outra pessoa designada pelo Juiz (inciso IV). O cônjuge supérstite continuou como o principal administrador, acrescentando o reconhecimento do companheiro ou da companheira.

Importante o fato de se especificar que são herdeiros necessários somente os já nascidos ou concebidos quando aberta a sucessão. Afinal, com a difusão de técnicas reprodutivas, são possíveis concepções *post mortem*. Todavia, esse novo herdeiro, nascendo com vida, não tem o direito sucessório. Assim, evitam-se meios de prejudicar herdeiros por má-fé, com novos sucessores, bem como confere-se segurança jurídica às partilhas por se destinar a pessoas certas.

A regra ainda é pela exclusão do concubino ou da concubina se o testador era casado, “[...] salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos”¹⁰⁶ (art. 1.801, III). O filho em comum deles, todavia, possui capacidade sucessória passiva (art. 1.803).

Esse dispositivo apenas reforça que não há mais tipos de filiação incapazes para suceder, pois “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”¹⁰⁷ (art. 1.596). Todavia, essa igualdade ainda encontra restrições, pois os filhos ainda recebem quotas diferentes dependendo se são unilaterais ou bilaterais (arts. 1.841 e 1.842).

O reconhecimento da multiparentalidade, considerando filiações biológica e afetiva, influencia no direito sucessório, agregando novos herdeiros necessários. Embora não esteja explicitamente previsto no Código Civil¹⁰⁸, é uma realidade e, por enquanto, tem seus procedimentos regulamentados pelo Provimento 63, de 17 de novembro de 2017, do Conselho

Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório. Publicado em: 10 mai. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Desde 2009, com o acréscimo do § 8º ao art. 57 da Lei de Registros Públicos pela Lei nº 11.924, já se permite a inclusão do nome do padrasto ou da madrasta para o enteado ou para a enteada, porém, o reconhecimento socioafetivo.

Nacional de Justiça, pois o procedimento já era realizado judicialmente. Houve, então, uma superação da estrutura tradicional familiar.

Embora a herança de pessoa viva não possa ser objeto contratual (art. 426), a própria pessoa pode adiantar doações. Se expressamente alegar que pertencem à parte disponível dos bens (arts. 2.005 e 2.018), são dispensados da colação. Não são computados como doação os gastos ordinários com os filhos menores relacionados a estudo, sustento, vestuário e eventuais despesas com casamento (art. 2.010). Nas demais situações, para concorrer à sucessão, os descendentes precisam levar esses bens à colação (art. 2.002).

Havendo incapazes na sucessão, a partilha deve ser judicial (art. 2.016) e, para as sucessões abertas antes da vigência deste Código, aplicam-se as regras do CC/1916 (art. 2.041).

A capacidade ativa para testar e para fazer codicilo (art. 1.881) é concedida a partir dos 16 anos completos (arts. 1.857 e 1.860, parágrafo único). Foram mantidos os testamentos ordinários (art. 1.862) público (inciso I), cerrado (inciso II) e particular (inciso III), bem como o veto ao testamento conjuntivo (art. 1.863). Dentre os testamentos especiais (art. 1.886) encontram-se: marítimo (inciso I), aeronáutico (inciso II) e militar (inciso III).

A exclusão de herdeiros e legatários deve ser feita judicialmente (art. 1.815) e as causas permissivas (art. 1.814) são semelhantes às elencadas no art. 1.595 do CC/1916, porém, não mais se limitam ao *de cuius*. No inciso II, a calúnia em juízo inclui também a proferida contra o cônjuge ou ao companheiro e, no inciso I, além destes, foram incluídos os ascendentes e descendentes no caso de autoria ou coautoria em assassinato ou tentativa de homicídio.

Quanto à deserção (art. 1.961), precisa ser expressa em testamento (art. 1.964) e não foram alteradas as hipóteses que permitem os descendentes deserdarem os ascendentes (art. 1.963), quais sejam, ofender fisicamente (inciso I), injuriar gravemente (inciso II), manter “relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta” (inciso III) ou não prestar assistência a “[...] filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade” (inciso IV).

A grande alteração ocorreu no atual art. 1.962, pois o antigo inciso III do art. 1.744 do CC/1916 foi suprimido, não sendo mais causa permissiva o ascendente deserdar a filha que mora em sua casa por desonestidade. Somente será excluído da sucessão o descendente que incorrer numa das situações semelhantes à do art. 1.963, sem qualquer distinção entre homens e mulheres.

4.6 Considerações gerais

O último dos institutos estudado é a sucessão. Nas Ordenações, a morte do marido era a situação que permitia à viúva ter a posse de cabeça de casal, administrando os bens da herança. Levava-se em consideração o tipo de filiação. Caso envolvesse bens da Coroa, somente homens poderiam herdá-los, a não ser que o pai os doasse como dote para uma filha.

O supérstite somente seria herdeiro se o *de cujus* não tivesse nenhum outro parente até o décimo grau e, dentro da mesma linha, a preferência era pelo sexo masculino. Quanto às herdeiras, existiam algumas normas específicas para deserdá-las.

Na Consolidação, não houve muitas modificações. Mantiveram-se a preferência de parentes distantes ao cônjuge na linha sucessória, a posse da cabeça de casal ao supérstite, distinção da herança dependendo da filiação e algumas regras específicas voltadas à deserdação das filhas. Por exemplo, o casamento sem consentimento resultava em deserdação dos filhos se se casassem antes dos 21 anos, mas para as filhas, não havia limite etário.

Outra diferenciação por sexo consistia na partilha de bens e rendimentos, de modo que a viúva era obrigada a repartir em mais situações do que o viúvo.

Quanto ao Esboço, estudou-se que Augusto Teixeira de Freitas optou por fazer um terceiro livro, o qual incluiria o Direito sucessório. Todavia, estes artigos nunca foram redigidos.

No Código Civil de 1916, o regime legal ainda era o da comunhão, de modo que o supérstite tinha seu direito de meação garantido nesses casos. Quanto à livre disposição na existência de herdeiros, o montante disponível aumentou de um terço para metade dos bens.

Vetou-se ao homem casado nomear a concubina em disposição de última vontade, porém, não dispôs com relação à mulher casada, embora saiba-se que a esposa ainda não detinha o mesmo acesso a bens que o marido. Além disso, a posse de cabeça de casal era concedida à mulher somente se o casal convivesse ao tempo da morte, não havendo nenhuma norma com relação ao sexo masculino.

A vocação hereditária passou a constar o cônjuge, conquanto o casal não estivesse desquitado, antes dos colaterais, limitados até o sexto grau e, posteriormente, ao quarto. O tipo de filiação ainda interferia na sucessão, pois nem todos tinham o direito de receber e, dentre os que herdavam, a quota-parte poderia ser diferenciada. A deserdação deveria ser expressa e optou-se por manter uma situação específica para a filha.

Já no Código Civil de 2002, há uma dilação maior antes de declaração de vacância da herança e, desde o anteprojeto, destacou-se o papel de herdeiro necessário ao cônjuge ou ao companheiro e aos filhos ilegítimos.

Na primeira situação, explica-se pelo fato da alteração do regime legal de bens da comunhão universal para a comunhão parcial, na qual o casal não necessariamente tem direito a meação. Todavia, assegurou-se o direito de concorrência ao supérstite com os descendentes e com os ascendentes. Não há mais distinção por sexo nas linhas sucessórias, nem a figura da posse de cabeça de casal, falando-se apenas em administração da herança. Permite-se a inclusão de concubino ou concubina do testador casado se já havia separação de fato há mais de cinco anos com o respectivo cônjuge.

Com relação aos filhos, não há mais qualquer discriminação quanto à filiação, sendo todos considerados herdeiros necessários. Contudo, a lei ainda confere diferentes quotas-partes, priorizando os filhos bilaterais.

A deserção ainda precisa ser expressa, mas não há mais nenhuma situação específica às mulheres, aplicando todas as hipóteses independentemente do sexo.

CONCLUSÃO

O estudo do Direito pela perspectiva da mulher permite diversas abordagens. Neste trabalho, analisaram-se legislações e doutrinas para verificar quais distinções existiam entre homens e mulheres na legislação civil que vigeu ou vige no Brasil.

Iniciou-se o primeiro capítulo com o histórico dessa legislação, desde as Ordenações do Reino, sendo a terceira a Filipina, explicando a atualização feita pela Consolidação das Leis Civis, passando ao primeiro projeto de código brasileiro com o Esboço, para, finalmente, serem promulgados os dois Códigos Brasileiros, em 1916 e o atual em 2002.

Posteriormente, analisaram-se as questões das mulheres pela perspectiva constitucional, incluindo as oito Constituições brasileiras. Viu-se desde a preferência da descendência do trono para o sexo masculino e o dote pago às princesas da Constituição de 1824. Em 1891 já se previa a igualdade formal, embora perceba-se como não influenciou diretamente as normas vigentes à época.

A CF/1934 instituiu o direito ao voto das mulheres e vetou a discriminação por sexo, a diferença salarial pelo mesmo motivo e o trabalho feminino em indústrias insalubres. Em 1937, o texto se assemelha ao de 1891 sobre igualdade, porém, concedeu a licença-maternidade sem prejuízo salarial.

Com a redemocratização em 1946, o texto constitucional foi ampliado novamente, adicionando o direito a assistência médica e higiênica às gestantes. A CF/1988 ampliou ainda mais o rol de direitos fundamentais, incluindo previdência e assistência sociais, além de disciplinar a igualdade de direitos e deveres conjugais, influenciando o CC/2002.

Por fim, o capítulo abordou aspectos introdutórios para o estudo da condição jurídica da mulher, examinada nos três capítulos seguintes. Os assuntos foram divididos conforme afinidade, separando-se, ainda, cada um dos cinco códigos cronologicamente.

Nesses capítulos, verificou-se a tendência de igualar a maioria civil independentemente do sexo, porém, o mesmo não acontecia quanto à incapacidade relativa, estabelecendo a incapacidade absoluta por menos tempo às mulheres do que aos homens. Esta situação se resolveu somente em 1916, considerando a mesma idade de 16 anos para separar as incapacidades.

Já a incapacidade da mulher casada não consta exclusivamente no Código Civil de 2002, tendo sido aplicada até 1962. Essa incapacidade era um reflexo do poder marital. Além disso, contrariava a regra de que com o casamento havia a emancipação, no sentido de que não existia a aquisição da plena capacidade para as mulheres.

Para fazer procuração, a capacidade da mulher era vinculada à do marido ou do viúvo (Ordenações, Consolidação) e estabeleciam-se valores diferentes de doação a depender do sexo (impondo um limite menor às mulheres; Ordenações, Consolidação).

O pátrio poder foi sensivelmente alterado, até ser abolido. Durante a vigência do CC/1916, o Estatuto da Mulher Casada atribuiu o papel de colaboração da mulher na sociedade conjugal, remanescendo a chefia com o homem. Todavia, desde 2002, o termo utilizado é “poder familiar” e é exercido conjuntamente pelos pais.

A filiação influenciava no dever de custeio dos pais e nas questões sucessórias (Ordenações, Consolidação), cogitando-se no Esboço a possibilidade de interferir na responsabilidade civil. Apesar de atualmente todos os filhos serem herdeiros necessários, alguns ainda recebem quotas-partes diferentes. Quanto à deserdação, todavia, todos estão sujeitos às mesmas regras, sem situações específicas para as filhas.

A dissolução do matrimônio dependia de situações taxadas na lei antes de se permitir a separação consensual, mesmo que ainda houvesse atribuição de culpa. Com a Lei do Divórcio de 1977, a dissolução do casamento válido decorria da morte de um dos cônjuges ou do divórcio, sem que se discutisse culpa. Entretanto, o CC/2002 não só repetiu o disposto no Código anterior, como ampliou o rol taxativo.

Por outro lado, esta Lei alterou a disposição sobre a perda do nome do marido e o Código Civil posterior ampliou o regramento, possibilitando que qualquer um dos cônjuges possa acrescentar o nome do outro, sem reciprocidade obrigatória.

A alteração do regime legal de bens repercutiu no Direito sucessório. Afinal, até o CC/1916, na omissão, aplicava-se o regime da comunhão parcial de bens, de modo que o cônjuge supérstite não era considerado herdeiro necessário porque já recebia metade dos bens do casal. Entretanto, com a adoção do regime legal da comunhão de bens no CC/2002, essa meação total cessou, de modo que os viúvos foram acrescentados como herdeiros necessários concorrendo com os descendentes e com os ascendentes.

Sobre a deserdação, não há mais nenhuma situação em que se discrimine as filhas, sem que houvesse norma correspondente aos filhos.

Apesar do grande número de avanços legislativos e de alguns retrocessos, como o caso do divórcio em que a discussão da culpa foi extinta e posteriormente readmitida, ainda existem alguns resquícios da desigualdade em decorrência do sexo. A anulação de negócios jurídicos pode ser alegada por conta desse fator. Dentre as pessoas que podem se escusar de serem tutoras, em primeiro lugar na lista constam as mulheres casadas.

Com essas avaliações, analisando as principais alterações, percebe-se que a época em que mais houve mudanças foram desde o Estatuto da Mulher Casada, com contribuição da Lei do Divórcio, até o Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. O papel de Teixeira de Freitas na formação do direito brasileiro. *In: Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 34, 2010, p. 141-151. Disponível em: [http://www.idclb.com.br/revistas/34/revista34%20\(10\).pdf](http://www.idclb.com.br/revistas/34/revista34%20(10).pdf). Acesso em: 25 jun. 2019.

ALVES, José Carlos Moreira. Panorama do direito civil brasileiro: das origens aos dias atuais. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, 1993, p. 185-238. DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p185-238>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67220>. Acesso em: 15 mai. 2018.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 05 ago. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>.

BEVILAQUA, Achilles. **Código civil brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1931.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da família**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1932.

BEVILAQUA, Clóvis. **Licções de legislação comparada sobre o direito privado**. 2ª ed. revista e aumentada. Bahia: Livraria Magalhães, 1897.

BEVILAQUA, Clóvis. **Soluções práticas de direito**. Direito civil. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1930. v. 3.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro, São Paulo, Bello Horizonte: Livraria Francisco Alves, 1908.

BRASIL. Comissão de Seguridade Social e Família. **Projeto de lei nº 7.119, de 2017**. Confere nova redação ao artigo 1520 da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, de modo a suprimir as exceções legais ao casamento infantil. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1650318&filename=Tramitacao-PL+7119/2017. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Constituição de 1937. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acesso em: 18 jul 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824).

Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – redação original. Código Penal.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3.725, de 15 de janeiro de 1919. Faz diversas correções no Código

Civil e manda fazer do Código corrigido uma edição de cinco mil exemplares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL3725-1919.htm. Acesso em: 21 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867.** Regula o Juízo Arbitral do Commercio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM3900.htm. Acesso em: 25 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946.** Dá nova redação ao art. 1.612, do Código Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9461-15-julho-1946-418156-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 22 mai. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942.** Declara o estado de guerra em todo o território nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.** Promulga a lei sobre o casamento civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D181impresao.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 18 jul. 2018.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977.** Dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 7 fev. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc66.htm#art1. Acesso em: 08 fev. 2019.

BRASIL. Legislação brasileira. **Casamento civil:** decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890. Comentado e anotado por Oscar de Macedo Soares. Rio de Janeiro: B. L. Garnier Livreiro-Editor, 1890.

BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis.** Annotada por Martinho Garcez. 5ª ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis.** 2ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1865.

BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis.** 3ª ed. mais augmentada. Rio de Janeiro: Livreiro Edictor do Instituto Historico, 1876.

BRASIL. Legislação do Brasil. **Consolidação das leis civis**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1857.

BRASIL. **Lei de 20 de outubro de 1823**. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brasil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 02 jan. 2019.

BRASIL. **Lei de 22 de setembro de 1828**. Extingue os Tribunaes das Mesas do Desembargador do Paço e da Consciencia e Ordens e regula a expedição dos negocios que lhes pertenciam e ficam subsistindo. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38218-22-setembro-1828-566210-publicacaooriginal-89826-pl.html. Acesso em: 05 fev. 2019.

BRASIL. **Lei de 6 de outubro de 1784**. Regula a solemnidade dos esponsaes, e providência acerca das querellas de estupro. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14pa1029.htm>. Acesso em: 9 mai. 2019.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994**. Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8971.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005**. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei no 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.376, de 30 de dezembro de 2010.** Altera a ementa do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014.** Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019.** Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/10556-1850.htm. Acesso em: 13 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm. Acesso em: 07 fev. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Comissão de Estudos Legislativos. **Anteprojeto de código civil.** Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1972.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. I.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. II.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal.** 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. III.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. IV.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal**. 14^a ed. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Philomathico, 1870. L. V.

COELHO DA ROCHA, Manuel Antonio. **Instituições de direito civil portuguez**. Tomo II. 3^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1852. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1571.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2019.

COLLECÇÃO das leis do imperio do brazil de 1831. Primeira parte. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no código civil**. Publicado em 31 ago. 2010. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_código_civil.pdf. Acesso em: 14 mai. 2019.

DOMINGUES, José. **As ordenações afonsinas: três séculos de direito medieval [1211-1512]**. Tese de doutoramento pela Universidade de Santiago de Compostela em 2007. 1^a ed. Portugal, Sintra: Zéfiro — Edições e Actividades Culturais, Unipessoal Lda., 2008. ISBN: 978-972-8958-66-4978-972-8958-66-4.

ESPINOLA, Eduardo. **Breves anotações ao código civil brasileiro: lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916**. Bahia: Joaquim Ribeiro; Duas Americas, 1918.

ESPINOLA, Eduardo. **Introdução ao estudo do direito civil**. Volume I. Introdução ao estudo do direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GUIMARÃES, Elina. A mulher portuguesa na legislação civil. **Análise Social**, vol. XXII (92-93), 1986-3-4, p. 557-577. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32353-38887-1-PB.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2018.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 3^a ed. rev. e atual. pela NBR 14.724, de 30/12/05. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LACERDA, Paulo de. **Código civil brasileiro: lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916 precedida de uma synthese historica e critica**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A “affectio maritalis” e a união livre: atualidade do direito romano. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 27, n. 105, jan./mar. 1990, p. 245-260.

LIZ TEIXEIRA, Antonio Ribeiro de. **Curso de direito civil portuguez, ou commentario ás instituições do sr. Paschoal José de Mello Freire sobre o mesmo direito**: parte primeira:

do direito das pessoas. 2ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1848. Disponível em: <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=ucm.5320552188&view=1up&seq=1>. Acesso em: 24 abr. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Augusto Teixeira de Freitas**. Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 7 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66526/69136>. Acesso em: 25 jun. 2019.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

NERY, Fernando. **Ruy Barbosa e o código civil ou o código civil brasileiro: crítica e defesa**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931.

OLIVEIRA, José Lopes de. **Curso de direito civil: direito de família**. 3ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1980.

ORDENAÇOENS do senhor rey D. Affonso V. Coimbra: Na Real Imprensa da Universidade, 1792. L. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1961. v. 1.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Anotações e adaptações ao código civil por José Bonifacio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Editores Virgílio Maia & Comp., 1918.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Código civil e legislação correlata da família**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria, Papelaria e Litho-Typographia Pimenta de Mello & C., 1928.

PORTUGAL. **Carta constitucional de 29 de abril de 1826**. Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2019.

PORTUGAL. **Código civil portuguez aprovado por carta de lei de 1 de julho de 1867**. 2ª ed. oficial. Lisboa: Imprensa Nacional, 1868. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2019.

POVEDA VELASCO, Ignácio Maria. Ordenações do Reino de Portugal. *In: Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo*, v. 89, 1994, p. 11-67. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v89i0p11-67>. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67236/0>. Acesso em: 11 abr. 2018.

REIS, Marcos Vinicius de Freitas; SOUTO, Josias Freitas. A relação igreja-imprensa: o nascimento da imprensa católica no Brasil no século XIX. *In: Diversidade Religiosa*, João Pessoa, v. 6, n. 1, p. 152-182, 2016. ISSN 2317-0476. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/dr/article/download/31334/16497>. Acesso em: 11 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Julgamento afasta diferença entre cônjuge e companheiro para fim sucessório**. Publicado em: 10 mai. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=342982>. Acesso em: 10 jun. 2019.

TEIXEIRA DE FRÊITAS, Augusto. **Esbôço**. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860.

VAMPRÉ, Spencer. **Interpretação do código civil (com prefácio de Clovis Bevilacqua)**. São Paulo: Livraria e Oficinas Magalhães, 1919.

ZARIAS, Alexandre. A família do direito e a família no direito: a legitimidade das relações sociais entre a lei e a Justiça. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 25, n. 74, p. 61-76, Out. 2010. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092010000300004>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092010000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 out. 2017.