
P a r e c e r e s

Extingue-se a acção de desquite pela morte de um dos conjuges ?

Dr. João Arruda

A DIFFICULDADE DA MATERIA

Por mais de uma vez tem apparecido em meu escriptorio ésta duvida. A frequencia da consulta explica-se por ser sabido que de um caso destes me occupei no fôro, tendo sido brillantemente debatido o assumpto pelo Egregio Tribunal com audiencia do douto ministro o ex. sr. Costa Manso (Rev. dos Tr. 42/43). Respondo sempre concisamente que não, por ter a acção de desquite outros effeitos, alem da separação de corpos, effeitos denominados pelo illustre jurista *secundarios* (cit. Rev.). Estas consequencias denominadas pelo illustre juiz secundarias são: alteração do regimen dos bens, posse dos filhos e uso do nome de familia. Baudry, citado pelo eminente magistrado, diz que o fim da acção de desquite é pôr termo á “situação pessoal tornada insupportavel”, e que o “desquite não tem por fim salvaguardar interesses pecuniarios” (III/238). Baudry no ponto que acaba de ser citado apresenta o art. 244 do Cod. Nap. com a redacção modificada pela lei de Abril de 1886 solvendo, em França, ésta *antiga controversia*. Eis as palavras de Dalloz a tal

respeito: “Cette disposition a été introduite par la loi du 18 avr. 1886 pour mettre fin à UNE ANCIENNE CONTROVERSE sur la question de savoir si les héritiers d’une partie avaient le droit de poursuivre l’instance en divorce commencée” (Rep. ed. de 1912, divorce n.º 496). A diferença entre o antigo artigo 244 do Cod. Nap. e o modificado revela-se na edição do Código Civil de Dalloz (Griollet, Vergé e Bordeaux). Não posso pois compreender como sustentou o ex. sr. ministro Costa Manso que, desde 1860 (Rev. dos Tr. 42/43), era a jurisprudência francesa pela extinção: porque então a lei de 1886, que tinha por fim pôr termo a uma *antiga controversia* na tela judiciária, segundo Dalloz? Não é crível fizesse o parlamento francez uma lei para resolver o que tinham já resolvido os tribunales.

Como porém não por accordãos deve se guiar o Juiz, mas pela lei, investigarei qual o melhor alvitre, quando se dá a morte de um dos conjuges, pendente a acção de desquite. Vou occupar-me com a

ORIGEM DA SOLUÇÃO AFFIRMATIVA

Em meu fraco e desautorizado modo de sentir, acho que foi o Direito Ecclesiastico que, neste ponto, influiu de modo pouco feliz sobre a solução da questão, tendo em consideração no desquite somente o ponto de vista religioso, ou de simples separação de corpos (*quoad thorum et cohabitationem*).

E’ mesmo o que transparece nas allegações do ex. sr. ministro Costa Manso e nas palavras de Baudry: separação, effeito primordial; e posse dos filhos, destino de bens, nome de familia, honra da mulher em perigo, effeitos secundarios. Em Monte (Dir. Ecclesiastico §§ 1032 a 1036), depois de muitas paginas sobre a separação de corpos, só ha 7 linhas sobre a posse dos filhos!!! Ainda nota-se este remate: “Os filhos nunca devem ficar em poder do conjuge que fôr *infiel* (Cap.

ult., *de convers, infidel.*)”. Assim pois mãe adúltera, perversa, capaz de torturar e corromper os filhos, mas catholica, e pae de exemplar procedimento, mas que não seja fiel ao papa, e a posse será para a mãe!!!... A par da influencia religiosa, a doutrina contrária tem por si o *simplicismo*, tão fatal ás controversias juridicas. Os mazorros não raro se deixam seduzir pelas apparencias. Diga-se a um apedeuta, *al popolo non dotto* (Cogliolo, Fil pag. 80), que uma herança composta de moveis e semoventes é um immovel (Codigo Civil, art. 44 n.º III); que o nascituro (o *ventre* como se diz no fôro) pôde litigar (Cod. Civil, art. 4); que um morto pode ser declarado fallido (L. n. 5746 de 9 de Dezembro de 1929, art. 5); que a injuria e a calumnia podem ser commettidas contra memoria de um morto (quando os charros do fôro andam a repetir que *mors omnia solvit* aphorismo “*la consolazione e l’orgoglio del branco dei legulei ignoranti*”, segundo Cogliolo á pag. 75 de sua Fil.); “*e si vedrà ch’egli rimane meravigliato di queste regole, tanto sonno tecniche e lontane dal pensiero comune*” (Cogliolo, pag. 80), e taes soluções parecerão mesmo *ridiculas* aos imperitos e profisionaes ignaros.

Perigo, e grande, é o encarar os problemas juridicos *superficialmente*. Assim, ainda neste caso que occupa minha attenção, surgiu a difficuldade de condemnação em custas, difficuldade que se reproduziu no Supremo (Rev. dos Tr. 42/217). No processo em que trabalhei houve discrepancia entre os juizes, votando o ex. sr. ministro Pinto de Toledo no sentido de ser condemnado o autor a todas as despezas judiciais (Rev. dos Tr. 42/43). Outra foi a solução do Supremo (Rev. dos Tr. 42/217): julgou applicavel a regra relativa ás custas *ex causa*. Esta solução conciliadora prevaleceu tambem no Tribunal Paulista (Rev. dos Tr. 42/44).

A par porém da superficialidade dos ignorantes audazes, ha sempre no debate da questão a influencia sinistra dos principios canonicos (Colin e Capitant, vol. I, pags. 192 e 201). E’ assim que na edição da obra de Zachariae por Crome e Barassi, é dicto que, com a morte de um dos conjuges, não

mais ha o casamento, e portanto impossivel se torna a permanencia no fôro da acção de divorcio; “Il divorzio non è più possibile, dacchè il vincolo del matrimonio è già stato spezzato dalla morte” (Zachariae e Crome, Vol. III pag. 124 § 448. O especioso argumento parte do falso supposto ecclesiastico de que o casamento é *simples regulamentação do instincto genesiaco*. Manifesta-se com o mesmo modo de argumentar Mazzoni, apresentando a solução affirmativa como sendo a que tem predominado (l’opinione prevalente). Diz que deve cessar a acção ainda quando haja *interesses pecuniarios dos herdeiros*. “Quand’anche vi avessero un interesse pecuniario” (L. VII pag. 368). Sobre a honra do morto, nem uma palavra. E’ sempre a idea de que casamento é *simplesmente modo de regulamentar o instincto sexual*.

Mas a opinião abraçada pelos annotadores de Zachariae e por Mazzoni tem contra si luzeiros do fôro de França, o que explica a lei de 18 de Abril de 1886, pondo termo á duvida que surgiu na tela judiciaria. São, entre muitos, segundo as notas a Zachariae por Crome: Zachariae, Vazeille, Durantou, Delvincourt, Merlin. Si estes foram pela affirmativa, pela negativa o foram Dalloz, Demolombe e Laurent (Zachariae e Crome, nota 2 ao § 448).

Antes de passar adeante, direi que, na Italia, foi controvertido si *unicamente* aos proprios conjuges era dado pedir o desquite, ou si tambem ao representante de algum delles, quando incapaz (Mazzoni, loco citado e pag. 395). No Direito Patrio, não existe esta questão (Codigo Civil, art. 316 § unico): é motivo para maior sympathia pela solução negativa, visto como não desaparece um dos litigantes com a morte de um dos conjuges.

DESLIGADO DE AUTORIDADES

Deixando a autoridade dos arestos e dos luminares da sciencia juridica, buscarei a solução que me parece mais conforme ás conveniencias sociaes.

Como é sabido, os tribunaes, não só brasileiros, mas mesmo os francezes, têm grande antipathia ao desquite. O elemento sexual, que a Igreja poz, não em primeiro logar no casamento, mas eliminando os demais, é o unico que constitue sua idea fixa. No artigo sobre o divorcio que se encontra no Diccionario de Bergier, é sempre o descaminho, a aberração do instincto sexual que dá o theologo para origem do pleito. Ha todavia os interesses *pecuniarios*, como sejam resolver certas disposições de pactos ante nupciaes (Cod. Civil, arts. 320, 321 e 322) referentes ao caso de dissolução do casamento por um ou outro motivo, disposições que, si não forem interpretadas na acção de desquite, forçarão os interessados a recorrer a outros processos. Si para os mysticos são pontos de importancia secundaria relativos a bens transitorios desprezíveis, para a maioria dos homens são importantissimos. Ha o direito da mulher ao uso do nome que não é uma simples vaidade, como entendem os imbuidos na doutrina da humanidade, mas que muito vale para quasi todos os homens (Cod. Civil, art. 324). Ha finalmente a *posse e educação* dos filhos, cuja importancia capital não nega ninguem hoje em boa fé ser de grande interesse para a sociedade. Encerrada a lide de desquite, não será difficil nascer outra de suspensão ou cassação de patrio poder. Foi precisamente o que succedeu no pleito a que estou fazendo allusão: seguiu-se á acção de desquite uma de suspensão do patrio poder do conjuge sobrevivente, acção que foi julgada procedente.

O Direito Romano muito se occupou com a transferencia das acções aos successores. Firmou que as que são penas e as *quae vindictam spirant* transmittem-se aos herdeiros, si ja propostas ao tempo da morte do autor (Mackeldey, Manual § 208). Não é criterio bastante, porque, alem de theorico, não acode á hypothese de ser a acção proposta não pela propria pessoa, mas por terceiro (Codigo Civil, art. 316 § unico).

Os interesses sociaes, a consideração de que, si o elemento religioso foi o principal factor da evolução juridica

nos tempos primitivos, quando campeava a brutalidade sexual, hoje o é o *economico*, embora nenhum delles coefficiente unico, a attenção á *educação* publica pelo Estado, a observação de que a *honra* representa nos tempos modernos papel importante na vida dos povos cultos, são os factores que o interprete deve ter deante de si para boa intelligencia das leis que protegem as relações da vida juridica da familia moderna.

A lei de Abril de 1886, em França, representa, a meu ver, passo á retaguarda, não tendo o legislador francez tido em vista a evolução da familia moderna, e complexidade das relações sociaes nos povos cultos, a substituição do factor *religioso* pelo *economico* e a necessidade de, com a technica juridica, diminuir ou reduzir ao minimo os processos, principio de economia inspirado nas leis que regem a technica judiciaria, segundo Ihering (Espirito, Vol. IV, pags. 234 e segs.).

NOVISSIMA VERBA

Como acabo de mostrar, difficil questão é ésta, e, do mesmo modo que ésta, quantas outras são solvidas por palpíte, em *adivinhações mais ou menos felizes*, para me servir da conhecida expressão de Cogliolo. Quanto audaz ignorante ha de ter achado *ridiculo* haver eu pedido prosequisse uma acção de desquite uma vez morto um dos conjuges! Quanto collega desleal ha de ter feito côro com a massa rude e ignara! Nem deterá a ignorancia e a deslealdade o facto de terem os luzeiros da cultissima Magistratura posto em evidencia a difficuldade da questão. A isto porém já me acostumei. Quando, em 1886, eu exercia a vara de Direito de Araraquara no termo de Jaboticabal (ha, pois, quasi meio seculo), appareceu a despacho um processo de *permuta de bens entre tutor e pupillo*. Em poucas linhas, indeferi o pedido, logo que me trouxe o escrivão os autos. Pasmado do escrivão, que não conhecia a O. L. I, T 88 § 29 nem os arts.

146 e 147 do Código Criminal então em vigor! Fui julgado, na pequena povoação, um *ridículo inovador*, com pretensões a extinguir o processo que era no termo denominado uma remoção de bens (ou *remonção*, como diziam no lugar). O interessado ia recorrer do despacho que julgava disparatado. Felizmente chegou casualmente de Araraquara o honrado e illustrado dr. Cesario Bastos (quicá hoje esquecido deste incidente), e disse aos sertanejos que a unica solução juridica era a que eu dera ao caso, e que o recurso traria somente perda de dinheiro e de trabalho. Eguaes a ésta quantas críticas tenho tido na minha já longuissima vida forense. Já é tempo de eu não me indignar com as criticas feitas, segundo a phrase do douto professor Falcão Filho, do alto dos tamancos dos ignorantes atrevidos.

N. da R.: — Respeitada a ortografia do autor.