

*Iniciou a “Revista da Faculdade de Direito”, no fascículo IV do volume XXX, de 1934, a publicação de theses e dissertações dos antigos alunos, trabalhos inéditos preciosísimos pelo valor dos autores que se tornaram, depois, figuras notáveis do Brasil.*

*Primeiro, sahiram trez dissertações de Ruy Barbosa. No fascículo I, do volume XXXI, de 1935, mais duas — uma de Lafayette Rodrigues Pereira, outra de Eduardo Prado.*

*Com o presente fascículo é divulgada uma dissertação de direito civil, de Francisco Antonio Dutra Rodrigues, quando estudante ainda. Interessante documento da formação cultural do saudoso cathedratico de Direito Romano.*



*Francisco Antonio Dutra Rodrigues*

Dissertação

de

Direito Civil

do

N.º 33.

# Dissertação

## Theses

- 1<sup>o</sup> Qual a differença entre o matrimonio rato e o consummado, quanto aos effeitos juridicos?
- 2<sup>o</sup> A copula anterior ao matrimonio, ou violentada, produce o effeito de consumo mal.º?
- 3<sup>o</sup> Presumer-se ha a copula, pela simples cohabitação do conjugio na mesma casa?
- 4<sup>o</sup> Quando os actos em que o matrimonio não apenas rato e considerado consummado, para certos e de terminados fins?

## I

Como no desenvolvimento das theses dadas para a dissertação temos de nos occupar com questões de natureza diversa, pede o methodo, que diversamente dellas tratadas. Quanto as 1<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup> theses dellas trataremos conjunctamente por communiçãõ de materia.

Logo em 1.<sup>o</sup> lugar se estabelecermos a differença entre o matrimonio rato e o consummado, começaremos por definir o matrimonio = a associação permanente entre o homem e a mulher instituida por Deus, para procreação da prole, e auxilio mutuo. Ha a distinguir no matrimonio tres elementos, o natural - o religioso. e o civil. O elemento natu-

nal consiste na união de duas pessoas de se-  
xo differente, para o fim de procrearem,  
era este o unico elemento que o direito  
romano require para o matrimonio.

O elemento religioso consiste n'essas so-  
lemnidades prescriptas pelo santo Conc.  
Trid. Ses. 24 de reformat. e com as quaes a  
Igreja costuma sanctificar o matri-  
monio, a fim de que elle assumna a ca-  
tegoria de sacramento. O elemento ci-  
vil comprehende as leis, que segundo a  
sociedade civil devem reger o matrimonio  
mão considerado como contracto; o ele-  
mento civil abrangge todos esses pactos  
ante matrimoniaes, que algumus vezes  
se costumão dar para regular a fortuna.

ma dos conjuges. O nosso Direito Civil exige como requisitos necessarios, para a validade do matrimonio, como contracto, affim dos principios gerais que regem os contractos, aquelles mesmos requisitos que o Direito Canonico exige; e matrimonio por essas duas vertentes se toma o caracter de um contracto, elle não passa a mais do que de celebracão do Sacramento. Filiosamente a nossa legislacão foi previdente, por quanto, prevendo elle abandonado, em que os conjuges deixariam as suas fortunas, abitando-se de sobre ellas cõti-pulacões, estabeleceu no L.º 1.º in principio, que quando as partes nada cõti-pulacões se entendesse que ellas accetavam o principio da Com.

manhas de bens. O elemento civil pois  
entre nós quasi que se occupa exclusiva-  
mente com as onças solennizadas  
religiosas, de que se occupa o Direito Ca-  
nonico. Olhando se pois o elemento  
religioso abarvado no civil, e sendo aquelle  
que mais sobesabe n' elle, nós apenas con-  
sideraremos como elementos essenciaes ao  
matrimonio o natural e o religioso.

Assim como uma sociedade se se julga  
perfeitamente constituida, quando se  
tem realisado todos os seus elementos  
constitutivos, assim tambem a socie-  
dade conjugal se se julga. Perfeitamen-  
te estabelecida, quando se houverem rea-  
lisado os dois elementos O elemento na-

Natural simboliza a parte material do ma-  
trimônio, a união dos corpos, assim co-  
mo o elemento religioso symboliza a  
parte espiritual, a união das almas. Para  
que o matrimonio se julgue completo,  
se considere consummado, é preciso que  
intervenha ambos os elementos; quando  
poorem apenas se encontrar no matrimo-  
nio o elemento religioso, isto é, quando os  
conjuges se acharem simplesmente liga-  
dos pelo sacramento, sem que entre elles te-  
nhão havido a copula, isto não é ma-  
trimônio. A lei não nos de conside-  
rar o elemento natural violado, em depen-  
dente do religioso, por que nesta hypothese  
não ha matrimonio, mo de excepção alguma,



ha apenas concubinato, tolerado, mas não protegido pelas nossas leis. Quanto aos, effectos juridicos, que provem do matrimonio consummado, e quanto aos que provem do matrimonio apenas rato, temos a dizer: que, desde que é consummado o Matrimonio se realisam todas aquellas consequências que d'elle derivão, tanto como um sacramento, quanto como um contracto civil. O Matrimonio apenas rato produz as mesmas consequências, que derivão do laço espirital que une os Conjuges. Assim, por exemplo, basta que seja rato o matrimonio para que entre os consanguineos de um conjugue, e os de outro exista o parentesco de affirm dote.

É preciso porém, que o matrimonio seja consummado, para que se realizem os seus efeitos materiais, isto é, a aquellos que procedo principio da Communhão de bens, a qual só existe, como se declarou a Crd. de 1768, quando o matrimonio está consummado.

Quos ha porém em que o matrimonio não se dáõ efectos juridicos, relativos ao bens. Assim, por exemplo, o legado que for devida a uma pessoa, com a condição de se lhe ser entregue, quando ella se casar: thõ devida ser, assim que o matrimonio estiver rato, embora elle por morte, ausencia ou outro qualquer impedimento fortuito, não possa jamais ser consummado. Assim o refer. entre outros praxistas, Struchio v. 2. Cap. 22 §. 3.

Ha tambem um caso em que o matrimonio

meo. ratio se considera ex uno eodemque modo,  
e é que, mencionando o matrimonio in, o seu  
lo mãe pode alienar os seus immoveis, sem  
o consentimento da mother; parece uns  
mala esta disposição, porém a Ord 24 J4 8  
& ultimo expressamente a menciona, jus-  
tificando pelo principio de que se ella não  
existir o homem pod'ia casar-se, e depois  
de fraudar a mother. Algumas considera-  
ções teriamos ainda a fazer, porém não de-  
jando tornar longo este trabalho, passa-  
mos a 2º theu.

## II

Temos agora de tratar de duas questões  
distintas, a saber: de as Capulas anteriores  
ao matrimonio, ou voluntades e condi-  
ções. Trataríamos em 1º lugar da Capula

asertamos. Muito se deba tem o Juro e con-  
sultos de he esta quectad. Allivi nos ve.  
Mrs Jousreio, Mello Trive: Lee Taveira e  
tre outros. Existem taveira que se a copula  
posterior consumma o matrimonio. Para  
isto sustentam se fundam ellos em uma gra-  
tante interpretacao da Ord 14 de 1811, que diz  
que o matrimonio se e' consummado, sendo o  
celebrado, segundo os ritos da Igreja, e ha ent.  
copula carnal. Dizeem elles mais, que se a  
copula conjugal, a copula havida entre ma-  
rito e mulher, produz o effeito de consummar  
o matrimonio, por quanto a outra e uma  
copula fornicario. Comquanto meui va-  
lios os sejão as auctoridades que vimos de  
citar, ~~mas~~ menores e duvidas de Gamina Hal-  
lasco, Almeida e Souza, Colho da Rocha, e

a da mesma Eschuela de Cadix, que susten-  
ta, que tanto a copula anterior, como a  
posterior consummada, o matrimonio. E  
esta tambem a opiniao que adoptamos, por  
quanto mais valioso nos pareceem os ar-  
gumentos de que a sustentamos. Lembramos,  
além de citar um caso julgado no sentido  
da sua opiniao, meo caso, que exigindo  
a Ord. H. H. B. 1.<sup>o</sup> que haja copula entre os  
conjuges para que o matrimonio seja  
consummado, sem distinguir a copula  
anterior da posterior, nos devemos julgar  
consummado o matrimonio entre duas  
pessoas, que provaram que foram recebidos  
em matrimonio, segundo os ritos da Igre-  
ja, e que provaram bem que entre ellas  
houve copula carnal, por que onde a lei

não distingue, mas não devemos distinguir.  
Ainda se dá se um argumento a par-  
tir da l.º 2.º § 3.º 1.º, que dá a capsula forni-  
caria, de qui procreas fithos, e que faz de-  
grada de matrimônio na o effeito de legiti-  
mar estes fithos. Se não nos é claro de que  
se dá, sem effeito juridico a um a capsula de  
ta natureza, também não será, que nos lhe  
demos este effeito, quando a propria l.º a  
crio o exerce-lo. Esta opinio é conforme  
o direito Romano, que segundo a Bul-  
taunta extra de Beneficio VIII o matrimoni-  
posterus entre pessoas que copulante, produce  
o effeito de fazer seguir em todas as outras  
anteriormente havidos entre os conjuges.  
Esta opinio é conforme se também com  
os costumes piblicos, a não ser ella verda-

deira perguntamos com que fim um indi-  
viduo de Casaria a hora da morte com u-  
ma mulher com quem tinha o arido ser  
conculmato, tendo sabido certosa, de que  
nunca mais podera haver entre elle e a tal  
pessoa conjuntamente carnal. Passamos  
agora a tratar da Copula violentada  
Que tentamos que a copula violentada  
nao consumma o matrimonio; por que  
a violencia e uso abuzo, e o Direito resel-  
lando os abuzo nao thus pode dar effectos.

A sociedade Matrimonial se funda  
na uniao e no amor, e sendo a violencia  
contraria ao amor, a violencia e repellida  
pella propria natureza da sociedade con-  
jugal. Pelo Direito Canonico a noiva  
tem o direito de bur ante os seus primos

nos meios do said casamento recusar-se a  
copular, isto tem por fim fazer com que a mo-  
rta experimentando n'esse tempo a vida de  
Casado, veja se se acha com aptidão para ella,  
e no caso de se não achar, possa recether-se  
para o algum clauetro, ou de morrendo pa-  
ra o mundo, viva para Deus. Pelo motto  
Disiute os Conjuges, pelo facto de casamento  
adquirem direitos reciprocos sobre os corpos  
uma dos outros. O malthus tem o direito de  
cozgir de sua mulher o debito matrimonio.  
Final, por em não se obrigal-a ao pagamento,  
é devido se possa dar o facto de que uma  
mulher se negue caprichosamente, ou por  
excesso de feudo a copular com seu mar-  
ido, prejudicando assim os seus interesses,  
por quanto, como sabemos, sem a copula



mas ha communhão de bens, entao o lego-  
lador estabelece, que quando um matrimonio  
nào divisse de seu consorcio por culp.  
de um dos conjuges, fosse julgado com o  
effeito de consorcio em favor do qual  
o conjuge que tinha estado sempre pro-  
pito para copular.

### III

Sustentamos que para provar a copula,  
é sufficiente a simples cohabitacão dos  
conjuges na mesma casa. Esta é a opi-  
nião mais seguida entre os Jurisconsultos,  
e que tem por fim evitar processos esca-  
balosos. Opinião por elle Strouco, que o  
declara já ter visto julgada, Barbosa,  
Borges Carneiro, Almeida e Lacerda au-  
tor. Contra opinião Gusmano e Barbosa

Citado no Report. das Ord. N.º 3 pag. 452,  
e Sabell. de matrimonio N.º 32, citado por  
Almeida e Sousa. Este Sabell. apreen-  
ta dois dos meios de provas - se. que entre  
os conjugues houve Copula, Tais como: exam-  
pões de ev. Confessões dos Conjugues, su-  
mor do leito, Testemunhas do Conju-  
ge. e por em facilmente quanto attenta  
foris a honestidade publica não seria  
Tais processos, por isso sustentamos que  
desde que hou ver a copula não se deve  
presumir a Copula, e tam em te quan-  
do se provar que era impossivel que  
esta tivesse lugar, por uma causa  
qualquer se deve julgar que ella  
não existe. Logo em te Com. men  
Tão os Juris consultos esta hiposi.

Cas; Uti in Strouca sustentata que odo  
procedi, amdo. mesmo que o marido  
seja Septuagenario Barbosa destitui-  
que diversas enfermidades no marido,  
que probem dar ou não a presumpção  
da Capela em cujo desenvolvimento  
por demais longo não entramos e  
mo. concluso

S. Paulo 14 de Outubro de 1863

N.º 33 Francisco Antonio Dutra Rodriguez