

# DIREITO CIVIL

DA POSSE DOS FILHOS,  
MENORES, na instancia  
do Divorcio litigioso.

I. O decreto de 1890, ao instituir no direito patrio o chamado casamento civil, assim dispõe quanto á protecção da pessoa dos filhos menores, dado o divorcio litigioso: — A sentença, pronunciando a «definitiva» separação dos corpos, mandará entregar os filhos communs e menores ao conjuge reconhecido innocente. Abrem-se, porém, duas excepções: pela primeira, poderá a mãe, culpada embora, conservar comsigo os filhos, sem distincção de sexò, até á idade de tres annos; —na segunda, fica sempre salvo aos paes concordarem particularmente sobre a posse dos filhos, como lhes parecer melhor, em beneficio destes. São estes os dispositivos dos artigos 90, 97 e 98, entre si combinados.

Daqui resulta, se os conjuges nada tiverem combinado, respeitante á «posse» de seus filhos menores, poderão estes pela sentença do divorcio litigioso ser entregues ao conjuge reconhecido innocente,

ou ainda mesmo á mãe culpada os filhos menores até á idade de tres annos.

II. Entendem alguns que a sentença do divorcio litigioso, sem embargo de combinação contraria havida entre os conjuges, póde dispor da posse dos filhos menores do casal em favor do conjuge innocente. Essa interpretação carece de assento juridico. O art. 98 do decreto de 1890 é bastante amplo, abrangendo o caso de nullidade ou de annullação do casamento, como ainda o de divorcio litigioso. Redundante seria, si preceituasse para o caso unico do desquite amigavel, que previsto já fôra no art. 85 § 3.º, com o exigir, entre os documentos instruintes do processo do divorcio por mutuo consentimento, a declaração do accordo que houverem tomado os divorciandos sobre a posse dos filhos menores existentes. Accresce que para a entrega dos filhos menores do casal, sobreleva-se o interesse destes; e seus progeitores, mais do que outrem, estão em condições de avaliar qual mais proveitosamente resguarda a criação e a educação da prole, se a protecção conferida a seu pae, se a dispensada por sua mãe: a lei manda attender, principalmente, ao beneficio dos filhos (art. 98 citado).

III. Como quer que seja, a posse, ou a protecção legal da pessoa dos filhos menores, admittida por nosso direito vigente e tradicional, não é «a provisoria» que a legislação franceza admite, eis que se abre a instancia do divorcio, mas «a definitiva» provinda da sentença do divorcio litigioso. Antes que esta se pronuncie, não ha cogitar da posse dos filhos menores. A separação provisoria dos corpos produz apenas dous effeitos: permite á mulher o abandono do lar conjugal, e lhe torna opportuna a concessão de alimentos provisionaes durante o percurso da acção.

Emquanto sentença não houver, conserva-se intacto e intangível o patrio poder, que entre os seus direitos consagrados conta o de conservar os filhos menores na companhia, sob a guarda e sujeição do pai.

IV De disposição alguma do decreto n. 181 de 1890, regularmente se pôde tirar a illação de que o nosso direito permitta outra «posse de filhos menores», a não ser a decretada por sentença no divórcio litigioso. O art. 97, assento da materia, é remissivo á disposição do art. 90 que torna dependente de uma sentença em desquite litigioso a entrega dos filhos menores ao conjuge innocente. E nisso o direito actual continuou a tradição do direito anterior.

V Pelas Ordenações do Reino (IV, 99 princ.) enquanto durasse o matrimonio entre marido e mulher, elles ambos deviam criar o filho, ás suas proprias despezas. E só no caso de «apartado o matrimonio» por alguma razão sem fallecimento de algum dos conjuges, devia a mãe criar o filho até «idade de tres annos de leite». E ensina Seixas (*Divorcio*, § 129) que os filhos, estabelecido o divorcio, deviam acompanhar o conjuge innocente; competindo essa designação ao juiz de orphãos. Sempre a entrega dos filhos menores, quer ao conjuge innocente, quer á mãe, culpada embora, ficava subordinada a uma sentença que puzesse remate á acção do divorcio. Não conhecia, nem auctorisava o nosso direito anterior ao decreto de 1890 a pretendida «posse provisoria» dos filhos menores, aberta ou seguida a instancia do divorcio litigioso. A protecção pessoal de taes filhos, era, como ainda o é, consequencia exclusiva da sentença final.

VI. Essa regra tradicional, e que nunca soffreu solução de continuidade, ainda foi recebida pelos pro-

jectos do código civil, até este momento apresentados.

«Julgado» o divórcio (art. 723), o projecto Felício dos Santos dispunha no art. 725: havendo filhos menores, o juiz resolverá a respeito delles, si os conjuges não accordarem. E em commentario explica:— «Julgado o divórcio é aos conjuges que compete providenciar sobre os filhos. Embora desavindos e separados, como si casados não fossem, não se deve suppôr ter-se extinguido nelles o amor pelos filhos; é a elles, pois, que pertence accordar sobre o destino dos menores, si devem ficar com o pai ou com a mãe, si com um e com outro, e como cumpre serem tratados e educados. Só na falta de accôrdo entre os pais é que intervirá o juiz e providenciará a respeito»

O projecto Coelho Rodrigues, que nessa parte presidiu á elaboração do decreto n. 181 de 1890, que trasladou, quasi de palavra em palavra os dispositivos dos arts. 2121, 2101 § 3, 2107 e 2120 para os seus arts. 97, 85 § 3.º, 90 e 96 mandava observar no divórcio litigioso, e quanto á «posse dos filhos», as seguintes regras: «A sentença do divórcio litigioso mandará entregar os filhos menores ao conjuge innocente» (art. 2107);—«se o culpado fôr a mãe, ainda nesse caso, poderá conserval-os (os filhos menores) até a idade de tres annos sem distincção de sexos». Nem remotamente se quiz alludir á tal «posse provisoria».

Os arts. 333 e 334 do projecto Bevilacqua (redacção final), no capitulo.— Da posse dos filhos—, dispõem que sendo o desquite litigioso, a posse dos filhos menores caberá ao conjuge innocente. Se ambos culpados, a mãe terá o direito de conservar em sua companhia as filhas, emquanto menores, e os filhos até

a idade de seis annos serão entregues á guarda do pae. Entretanto havendo motivos ponderosos, poderá o juiz,—no interesse dos filhos—, regular por modo differente a situação destes em relação aos paes.

A orientação do direito não divergiu, no ponto controvertido, do regimen conservado pelo decreto n. 181 de 1890. A posse dos filhos menores, para um ou outro conjuge divorciando, não é consequencia necessaria da separação provisoria dos corpos; mas determinação da sentença que julga o divorcio litigioso.

VII. No dominio do direito estrangeiro. Na França, *«le principe, c'est que l'administration des enfans doit être laissée au père, et cela quel que soit son rôle dans l'instance, quelles que soient les charges qui sont relevées contre lui. Por excepção, si l'intérêt des enfans paraît le réclamer, cette administration peut cependant lui être enlevée pour passer aux mains de la mère, soit d'une tierce personne désignée à cet effet. E esclarece A. Carpentier (Du divorce): l'administration des enfans pourra être transférée des mains du père en d'autres mains, dit l'article 267, toutes les fois que cette traslation sera sollicitée pour le plus grand avantage de ces enfans.*

Pelo Codigo Hespanhol, art. 73, um dos effeitos da «sentença» do divorcio é — *quedar ó ser puestos los hijos bajo la potestad y proteccion del cónyuge no-cente: nada provendo quanto á «posse provisoria.»*

A legislação belga deixa a solução do caso á jurisprudencia.

Consoantes as disposições do codigo Portuguez, art. 1207, cabe ao conselho de familia resolver sobre o modo de providenciar a respeito dos filhos, se os

conjuges se não accordarem amigavelmente á cerca d'isso. E «quando os filhos ficarem ao cuidado e guarda de um dos conjuges, nem por isso se terá por desonerado o outro das obrigações, nem por privado dos direitos paternaes, n'aquillo que não se oppuzer ao desempenho do encargo, especialmente attribuido ao outro conjuge» (art. 1212).

Italia. Carlo Scotti, reproduzindo as disposições do Codigo, escreve: — *nel pronunziare poi la «sentenza definitiva» di separazione, il tribunale deve dichiarare quale dei coniuge debba tenere presso di se i figli, e provvedere al loro mantenimento, educazione, ed istruzione*; podendo acontecer que o tribunal por *gravi motivi* confie a extranhos a guarda dos filhos.

O codigo allemão, art. 1635, confia á protecção do conjuge innocente os filhos communs e menores. Se ambos os conjuges forem reconhecidos culpados, a mãe compete o cuidado das filhas e dos filhos até que estes attingam a idade de sete annos, epoca em que serão entregues ao pae.

Em summa, é difficil, confessa Roguin, classificar essas legislações, tão varia é a latitude que por ellas se outorga á magistratura, quanto á protecção da pessoa dos filhos; sendo, porém, certo que sómente a franceza explicitamente ora auctorisca «a posse provisoria.»

VIII. Em contraposto ao espirito e letra do decreto n. 181, uma «praxe», desacertadamente inventada e por alguns juizes seguida ás cegas, procura enxertar no pedido de divorcio litigioso o effeito de dar a um dos divorciandos a «posse provisoria» dos filhos communs e menores; quando a lei cura apenas da «posse decretada por sentença», e como se regular fosse ampliar por analogia disposições derogatorias ao

direito commum, em materia de ordem publica, qual o patrio poder

Felizmente na jurisprudencia decisões se encontram, abonando a verdadeira doutrina. Exemplos: um accordam dá Relação de Petropolis, em 31 de Outubro de 1899, declarando que «em vista da expressa e clara decisão do art. 90 da lei n. 181, a entrega da filha commum, e menor, do casal divorciando só poderá ser ordenada por sentença do divorcio ao conjuge innocente «sendo que até essa occasião o pae» conserva o pleno exercicio do patrio poder; — um accordam do Tribunal de Justiça de S. Paulo, em 25 de Junho de 1895, decidindo «que na constancia do matrimonio o patrio poder só pode ser exercido pelo pae e perdura emquanto não é dissolvido por algum dos modos estabelecidos em lei, qualquer que seja a idade do filho:» sendo «razão de decidir a disposição da Ordenação, Livro 4.º, Titulo 81, porque os direitos que em seu conjuncto formam o patrio poder, ou dizem respeito á pessoa do filho—familias, ou são referentes aos bens; disposição que não soffreu alteração pelo decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 quando dispoe sobre o divorcio litigioso, dando providencias sobre a collocação dos filhos, e que devem ser guardados pelo juiz da sentença.» E conclúe — «na pendencia da lide, agitada a acção do divorcio, o patrio poder continúa a ser exercido pelo pae em toda a sua integridade, uma vez que nas questões que affectam o estado da pessoa a causa se diz *re integra* até final julgamento, pois que só pela sentença pode cessar o exercicio de um direito preexistente ao Decreto n. 181 e que por este não soffreu alterações.» Em subsequente accordam, confirmativo do anterior, se pronunciou o mesmo Tribunal, em 6 de Março de 1896: «nada havendo o decreto n. 181 de 24 de janeiro de 1890 providenciado quanto á *posse proviso-*

*ria dos filhos* durante a acção do divorcio, sem prejuizo dos direitos que formam o conjuncto do patrio poder, podem os juizes e tribunaes sem offensa dos mesmos direitos, em casos especialissimos, como medida provisoria e com vantagem dos proprios filhos, tendo em attenção *o poder dos factos que então devem prevalecer sobre o vigor dos principios*, confiar a um ou outro conjuge a posse dos mesmos filhos durante a lide »

IX. Parece á primeira vista que esta ultima decisão, auctorizando em *casos especialissimos*, a «posse provisoria», pendente a lide, contraria o asserção de que o nosso direito reconhece apenas a «posse definitiva» emanada de uma sentença em divorcio litigioso. Ponderada, porém, a materia, se verifica existirem *casos especialissimos*, quaes o de soffrer o pae molestia contagiosa, qual o de ser vicioso, qual o de viver em mancebia, casos esses e outros semelhantes, que o incapacitam para exercer, em vantagem dos filhos, o patrio poder. Taes casos podem occorrer em relação á mãe sobrecarregada do dever de criar os filhos menores de tres annos de idade; em relação ao outro conjuge, a quem aliás a lei assegura a posse da prole de mais de tres annos de idade; sem que dahi se concluir possa, n'um caso que a mãe não tenha em geral a obrigação, ainda quando culpada, de criar o filho menor de tres annos, n'outro caso que o pae não possa fazer valer o direito de, conjuge innocente, conservar a guarda e cuidado de seus filhos menores de vinte e um annos de idade.

O que se contesta á «praxe» tendente a introduzir nos tramites juridicos do divorcio a «posse provisoria», é que seja semelhante medida um effeito natural da separação provisoria dos corpos entre os conjuges; que o juiz possa, á vista de uma banal, se não ca-

luminosa reclamação da divorcianda requerente, e sem que factos comprovados e graves motivem tamanha violencia, despojar do pae de familia o direito de ter em sua companhia, guarda e sujeição os filhos menores do casal, direito que perdura, emquanto não suspenso ou retirado nos termos estabelecidos por lei.

X. Na doutrina e jurisprudencia do direito civil francez, anterior á lei de 1886, muito se divergiu em controversia analoga. O codigo civil nada dispunha quanto á collocação dos filhos menores, quer durante a lide do divorcio (separação de corpos), quer consequente á sentença que o pronunciava. Que inferir deste silencio da lei? Acertado seria estender á separação dos corpos (o divorcio, no sentido do decreto n. 181) as regras que o direito edictava para o divorcio com ruptura do vinculo? Respondia F Laurent, e por argumento irrefutavel:—*La séparation de corps, à la différence du divorce, laisse subsister le mariage et tous les effets du mariage, à l'exception de ceux qui tiennent à la vie commune. Or, la puissance paternelle ne tient pas à la vie commune, car l'article 372 dit que le père «seul» l'exerce pendant le mariage. Le père continuera à l'exercer après la séparation de corps; il peut invoquer le texte de la loi; il faudrait une «disposition formelle» qui déroge à ce texte, pour lui enlever la puissance qu'il tient de la loi. Où cette exception est-elle écrite? On invoque l'article 302 placé au chapitre du divorce. Mais peut-on appliquer une disposition, qui suppose la dissolution du mariage, à un état de choses où le mariage subsiste? Les dispositions que dérogent au droit commun s'étendent-elles par voie d'analogie, alors surtout que le droit commun règle une matière d'ordre public, telle que la puissance paternelle?*

VI. Com as devidas remodelações, a argumentação juridica de Laurent póde ser invocada para esclareci-

mento do art. 90 e correlatos do decreto n. 181 que regula entre nós o chamado casamento civil. Se da posse dos filhos menores do casal divorciando se fez pelo art. 90 uma dependencia, um effeito peculiar á sentença no divorcio litigioso, como, sem contravir aos direitos reconhecidos do patrio poder sómente naquelle caso e para aquelle caso restringidos, como inventar uma «posse provisoria» contra a integridade de um direito commum, ad instar da «posse definitiva», a unica de que cogita o decreto? Não se póde applicar, por analogia, um direito derogatorio ao preceito commum, fóra dos casos restrictos a que, precisa e formalmente, aquelle mesmo direito contrahiu o dispositivo de excepção.

Será uma lacuna inadvertida do decreto? Parece que não. O silencio do legislador foi proposital. E «caso omisso fica omisso e não comprehendido», conforme a regra do assento de 21 de Janeiro de 1615.

BRASILIO MACHADO.

---