



DO DESQUITE DE CONJUGES DE NACIONALIDADE DIVERSA

MULHER, brasileira - MARIDO, estrangeiro.

LEI APPLICAVEL

A Eduardo Espinola.

I

Carecedora de fundamento juridico, ademais de illogica, é a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, em o recente accordam proferido na *Appellação* 14.832, negando á *brasileira*, casada com *estrangeiro*, o direito de desquitar-se por consentimento mutuo.

O criterio a que se soccorre aquelle notavel collegio, para razão do seu *veredictum*, não se affaz aos principios do nosso direito, applicaveis á materia.

Por tirarmos a limpo que assim é, cumpre encarar o problema sob triplice ponto de vista; pois, a sua complexidade, e a relevancia que o caracteriza, fazem-no penetrar, por um lado, a esphera do direito civil, indo ter, por outro, á do direito constitucional patrio, para, alfim, interessar intimamente o direito internacional privado.

Sob qualquer desses aspectos, é relevante a sua importancia.

E é dentro nos ensinamentos dessas disciplinas juridicas, sem contraverdade nem preconceitos; sem forcejar

vêr em o nosso direito o que elle não preceitua, antes repelle; sem absorvêr os direitos de uma pelos de outra pessoa; dentro do que se encerra nessas tres disciplinas, é que se nos facultará a unica solução compossivel com as nossas leis.

Si se nos impõe regular pelos principios do direito internacional privado as relações juridicas, cada vez mais intensas e extensas, que nos dominios d'elle se vão multiplicando; recusar a alguem um direito, que lhe a sua lei nacional assegura, por maior que seja a sabedoria do julgador, e mais alto vão a sua cultura e espirito de justiça; chame-se AFFONSO DE CARVALHO ou POLYCARPO DE AZEVEDO, dois luminares da nossa magistratura, tal recusa é uma injustiça.

Si houvessemos de exprimir, numa fórmula concisa e exacta, o conteúdo do voto vencedor, na *Appellação* a que nos reportamos, sem quebra da grande admiração e do subido respeito, que nos merecem os seus prolores, diriamos que elle abertamente fére, e fére duas vezes o nosso Codigo Civil: *contravindo* ao disposto no artigo 8.º de sua Introducção; *negando* á mulher brasileira o direito de desquitar-se por consentimento mutuo, *legitimo direito seu*, estatuido pelo artigo 318 do mesmo Codigo.

II

A base, em que nos vamos firmar, é o mesmo artigo 8.º da Introducção ao Codigo Civil, na clareza crystallina da sua redacção. Necessita nos atenhamos fielmente ao que se nelle dispõe: nem pretendel-o restringir, que restricções não comporta, nem tentar exorbital-o, buscando dar-lhe ampliações que recusa.

O não se conformar a esses limites é a causa das demasias de uns e dos recúos de outros juristas, em especial naquillo que entende com a materia de que dissertamos.

Logo de comêço, ponha-se em linha de conta não vale invocar, no caso, o que vem prescripto em a generalidade das legislações européas; pois si, frequentemente, a invocação de preceitos seus sérve de informar e confirmar disposições do direito patrio, hypotheses surgem, em as quaes, como na presente, o nosso direito e o das nações da Europa discordam: pelo Codigo Civil Brasileiro, como pelos codigos civis daquelles paizes, a lei nacional da pessoa é a lei pessoal; mas ao contrario delles, consoante o nosso, o casamento não confére a nacionalidade do marido á mulher.

Vem a dizer que, casada com estrangeiro, a brasileira permanece brasileira; ficam, portanto, a se defrontar, na constancia do matrimonio, duas leis pessoas distinctas: a do marido e a della.

Para certeza disso, bastante é ter á mão e passar diante dos olhos o artigo oitavo, de que já fizemos menção, e reza: *A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de familia, as relações pessoas dos conjuges e o regimen dos bens no casamento, sendo licito quanto a este a opção pela lei brasileira.*

Em tamanha maneira é claro o pensamento ahi expresso, tão sobeja é a insophismabilidade da sua nitidez, que não nos é dado atinar em como um jurista, da valia de POLYCARPO DE AZEVEDO, houvesse chegado a affirmar, por illação daquelle dispositivo, que ao desquite de marido *estrangeiro* de mulher *brasileira* se deve applicar a lei nacional do marido, como chefe da sociedade conjugal.

Mas, donde poude vir a essa conclusão o douto magistrado? Em que passo daquelle artigo se lhe puderam deparar as premissas afiançadoras de um tal asêrto? *Pessoa*, cuja lei nacional que attender, dir-se-á, porventura, que o é somente o marido? Não o será tambem a mulher? . E não ha que observar, egualmente, o que a favor della prescreve a lei, que é o seu estatuto pessoal? . .

Não nos parece exista, em qualquer parte do Código Civil, topico estabelecendo a extranha, a singularissima doutrina de que, pelo casamento, a *pessoa* da mulher se absorve pela *pessoa* do marido, de tal modo e tão em absoluto, que, ao se referir á *lei nacional da pessoa*, o mesmo equivalha a dizer *lei nacional do marido*.

Dada a clareza do artigo, a que alludimos, nenhuma força de raciocinio haverá, no terreno da logica, capaz de legitimizar semelhante illação.

Somos dos que acompanham o ministro JULIO DE FARIA, quando no seu voto dissidente accentúa que a conclusão do voto vencedor lhe parece forçada, senão falsa, uma vez que se constitue de premissas irrefutavelmente errôneas. Razão ainda lhe sobra, ao deixar dito que “a insistencia dos juizes brasileiros, lamentavelmente obstinada, posto que honesta, provem da leitura de escriptores europeus, notadamente civilistas, os quaes, não se desgarraram de preconceitos deixados por antigas legislações, deante das quaes a mulher se considerava em posição manifestamente inferior na sociedade conjugal”

De facto, é tão somente esse preconceito o que a muitos dos juristas patrios lhes saltêa o espirito, perturbando-lh’o ao proclamarem elles, como verdade juridica, a inverdade de que a mulher brasileira casada com estrangeiro *segue a condição do marido*. Isso, effectivamente, se dá, mas pelo commum da nações da Europa, sendo que alli segue ella a condição do marido, porque, em se casando, toma-lhe a nacionalidade.

Mas, posta a questão nos exactos limites do direito patrio, falsa é a conclusão, porque deflúe de premissa irrefutavelmente errônea: a de que a brasileira segue, no casamento, a condição civil do seu marido.

E’ irrefutavelmente errônea essa premissa: si verdade é que, para o direito europeu, *o seguir a condição do marido* significa *tomar-lhe a nacionalidade*, não tomando a

brasileira, pelo casamento, a *nacionalidade do seu marido estrangeiro*, não fica subordinada á sua condição civil.

Parece que, até ao applicar textos clarissimos de nosso direito, ao que elles prescrevem, preferimos as disposições do direito de outros povos, inapplicaveis entre nós.

E' o systema do padronato: em tudo havemos mistér um padrão.

III

Não ha pôr em duvida que o preceito, por que se orienta o voto vencedor, inexistente no direito civil patrio. Explicita ou implicitamente, não se contem nelle. Registam-n'o, sim, os codigos civis de quasi todos os paizes europeus, e é o de que *a mulher adquire, pelo casamento, a nacionalidade de seu marido*.

O ministro AFFONSO DE CARVALHO, subscrevendo em longo voto a mesma these do voto vencedor, e numa explanação brilhante, casada a finura do escriptor á sciencia do juiz, não logra, todavia, dar melhor amparo á doutrina juridica do accordam.

Vêmol-o asseverar ser certo que a mulher brasileira de marido portuguez “conserva a sua propria nacionalidade, que é a brasileira, e pode portanto requerer o desquite amigavel, mas sempre subentendido que seu marido esteja livre de entrar nesse accordo”

Logo: a mulher brasileira que “conserva a sua propria nacionalidade” e fica desse modo sujeita á lei brasileira apezar de ser portuguez o seu marido, só poderá requerer o desquite por consentimento mutuo, si o permite a lei portugueza, que absolutamente não é a sua lei pessoal.

Essa é, nada mais nada menos, a conclusão, a que nos encaminham os argumentos daquelle emerito ministro.

Ha mais. em passo pouco adeante, reiterando o seu modo de vêr a favor da doutrina vencedora, observa que, “em primeiro lugar, se o estrangeiro sente um desejo pre-

mente de desquitar-se, de accordo com sua mulher; se elle quer realisar a separação a todo transe, a todo custo, collocando esse desejo acima dos sentimentos de nacionalidade, nada lhe custa abraçar a lei brasileira como se naturalisar brasileiro. Gosará assim das vantagens e beneficios da nossa lei”

Mas não podémos consentir com tal argumentação, que o que ella quer dizer é apenas isto: a realisação de um direito, que o Codigo Civil Patrio attribue á mulher brasileira, a fruição desse direito, por parte della, — seu legitimo titular —, pende de uma *condição suspensiva*: que o seu marido *estrangeiro* se naturalise *brasileiro*. Onde, porém, das nossas leis tal condição se estabelece?

Ahi se nos démonstra como, ao invés de chegar-se e se aterem ao que é de nosso direito, e despeados de quaesquer preconceitos, julgar em conformidade do que em a nossa lei civil se dispõe, não raro della se desgarram não poucos dentre os nossos mais illustres magistrados, para, em tanta e tamanha contradicção com o nosso Codigo Civil, deixal-o á margem, e seguir o que noutros se prescreve.

Sustenta o ministro POLYCARPO DE AZEVEDO que a doutrina do accordam é a que melhor se harmonisa com a nossa lei, é a que resolve com melhor fundamento e nas bases da constituição da familia brasileira o problema do conflicto das leis pessoases.

E, por consolidar base á sua affirmação, abriga-se a MACHADO VILLELA. O qual, “em o seu magnifico livro sobre *O Direito Internacional Privado no Codigo Civil Brasileiro*, citando varias opiniões em sentido diverso, allude afinal ao systema da lei pessoal do marido, como a que melhor se harmonisa com o direito brasileiro, sendo a respectiva doutrina baseada no preceito de que o marido é o chefe da sociedade conjugal”.

Em verdade, a MACHADO VILLELA, dentre os tratadistas contemporaneos de direito internacional privado, poucos ha que se lhe emparelhem, e nenhum que o sobreceda em autoridade.

Mas a lição desse tratadista mui longe está de ter o character absoluto, que lhe empresta e nella quer vêr o ministro POLYCARPO DE AZEVEDO.

A passagem que, com mais fidelidade, nos põe ao corrente do pensamento do notavel autor portuguez acerca do caso, é a que buscámos, mas não vimos transcripta no voto daquelle magistrado; e assim se nos offerece, a paginas 214, do livro citado: “se na direcção e govêrno da familia, e portanto na disciplina das relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges, se vê a necessidade de um regime de unidade, que só pode haver applicando a essas relações a lei de um dos conjuges, o mesmo já não acontece quando se trata de modificar o estado de conjuge, pois que tratando-se, não tanto de um problema de direcção da familia, mas de interesses pessoaes dos conjuges, não ha motivo para subordinar a mulher ao marido ou o marido á mulher, devendo prevalecer o principio da egualdade entre elles.”

Donde se vê que a doutrina de MACHADO VILLELA não se accomoda á estreiteza de limites por que a interpreta o ministro POLYCARPO DE AZEVEDO.

Nella se discriminam duas hypotheses, nitidamente distinctas: a primeira é a do governo e direcção da familia, no que entende com a disciplina das relações pessoaes e patrimoniaes dos conjuges, e como a unidade de regimen, necessaria nesse terreno, só se pode conseguir applicando a essas relações a lei de um delles, deve-se applicar o estatuto pessoal do marido, a segunda hypothese, resultante da doutrina em apreço, é a que se verifica, quando se cogita da modificação do estado de conjuges; e como se trate, menos de um problema de direcção da familia do que de attender aos interesses pessoaes dos conjuges, o principio director é o da egualdade entre marido e mulher.

Logo: no divorcio, tratando-se, como effectivamente se trata, de *uma modificação do estado dos conjuges*, e nessa hypothese, sendo *principio director* o da egualdade entre marido e mulher, fica ella sujeita ás prescrições da sua lei nacional, e não ás da lei nacional de seu marido.

No caso vertente, não colhe, portanto, invocar a autoridade de MACHADO VILLELA, por basear um ponto de vista repellido pela licção desse autor.

E de que a these sustentada pelo ministro POLYCARPO DE AZEVEDO é infensa aos ensinamentos desse tratadista, mais convencidos ficamos, mais se convencerá quem nos lêr, advertindo no que aquelle escriptor deixa exarado a paginas 592, do segundo volume do seu *Direito Internacional Privado*. Referindo-se ao legislador internacional da Convenção da Haya em 1902, diz que o seu pensamento foi, certamente, o de collocar ambos os conjuges num mesmo plano de egualdade, de modo a evitar que, na dissolução ou interrupção da sociedade conjugal, a lei da mulher tivesse de ser sacrificada á lei do marido ou vice-versa; e o unico meio de dar realidade a esse pensamento será applicar, não a lei do marido nem a da mulher separadamente, mas cumulativamente a lei de um e de outro e formular a solução que caiba simultaneamente dentro das duas leis.

Passando em seguida a apreciar essa doutrina, precisamente se expressa: “E esta é a doutrina que mais se conforma com as necessidades da organização da familia e com as tendencias do direito moderno.

“No direito actual, ainda é o marido quem dá unidade á familia, e, por isso, nas grandes questões de interesse da familia, deverá certamente preponderar a applicação da sua lei”.

“Mas quando se tratar, não dos interesses superiores da familia como uma forma de associação humana, onde deve manter-se a unidade de regime, como, por exemplo, nas relações entre marido e mulher, mas dos interesses pessoaes dos conjuges, como acontece com o direito de pedir o divorcio ou a separação, já não ha motivo para subordinar a mulher ao marido ou o marido á mulher, ambos devem ser egualmente protegidos, a lei de protecção de cada um delles é a sua lei nacional, e, por isso, a solu-

ção legitima é a que resulta da applicação simultanea das duas leis.”

Ora, ahí está: em abono da these POLYCARPO DE AZEVEDO, na qual se contem todo o voto vencedor, acaso poderá invocar-se a MACHADO VILLELA, como o faz aquelle ministro?

Ninguem poderá buscar-lhe a doutrina, para justificativa da illogica decisão do accordam que nos occupa.

A doutrina do internacionalista portuguez está em concordancia com a de EDUARDO ESPINOLA, jurisconsulto e tratadista nosso, cuja autoridade sae acima de qualquer commentario.

Para este, “a lei do divorcio é a lei nacional de cada um dos esposos, solução que devemos acceitar sem vacillação, porquanto, além de conceitualmente verdadeira, eminentemente logica, é a que melhor resguarda os interesses de ordem publica, defendidos por lei” (1)

Entretanto, essa solução, saltando á evidencia do disposto no artigo 8.º da Introducção ao Codigo Civil, é justamente a que foi postergada pelo accordam.

Ante o que, ficamos em duvida sobre si os seus dignos signatarios têm ou não por desprezível o nosso direito, quando nas hypotheses em que elle e o estrangeiro se defrontem . .

V

Jamais fôra demasia o repetir que a doutrina, com fôros de victoria no Tribunal de Justiça de São Paulo, não se exprime por um conceito logico, inferido daquillo que vem claramente estatuido pela nossa lei: é, antes, um preconceito juridico, que se alimenta da obstinação, por parte de alguns dos nossos melhores juizes em applicar, no Brasil, principios de direito estrangeiro, que chocam, flagran-

(1) Direito Internacional Privado. pag. 489.

temente, dispositivos insophismaveis do nosso direito codificado.

Esforçando-se por alicerçar na letra e no espirito do Codigo Civil Patrio a sua opinião, discordante desse Codigo, o ministro POLYCARPO DE AZEVEDO, assevera ser certo que dos artigos d'elle, “referentes aos direitos e deveres do marido e aos direitos e deveres da mulher se collige claramente que, sendo aquelle o chefe da sociedade, competindo-lhe a representação legal da familia e os demais direitos enumerados no artigo 233, e assumindo a mulher pelo casamento, com os appellidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da familia, claro é que a lei pessoal a que se refere o artigo 8.º da Introducção ao alludido Codigo, deve ser a do marido, quando haja diversidade entre a lei deste e a de sua mulher.

Accrescenta, pouco depois, que de accordo com os dispositivos do nosso Codigo Civil, não obstante admitir-se que elle revogou a lei de 1860, está a prevalencia da lei nacional do marido, e principalmente o principio, por elle proclamado, de que o marido é o chefe da sociedade conjugal.

Não tem, comtudo, a menor consistencia juridica a argumentação do illustre magistrado.

Melhor do que nós e por nós, dil-o-á a lição de CLOVIS, o Mestre.

A paginas 117 do Primeiro Volume do seu *Codigo Civil Commentado*, informa-nos que “No Projecto da Camara, por suggestão do Conselheiro ANDRADE FIGUEIRA, havia um dispositivo, o paragrapho unico do artigo 8.º do titulo preliminar, assim concebido: “Os filhos durante a menoridade, e a mulher casada, emquanto durar a sociedade conjugal, *seguirão a lei nacional do pae e do marido*”

E observa que isso, por ser a restauração da lei de 1860 sob uma forma, incontestavelmente, menos accetavel, encontrou sérias objecções. Mas esse dispositivo do

parapho unico do artigo 8.º foi supprimido por proposta do Senado, cuja emenda merecia realmente ser adoptada, por ser inconstitucional o disposto naquelle parapho.

A' pagina seguinte, n.º 10, sustenta o Mestre que “a brasileira casada com estrangeiro em face da nossa Constituição, não perde a sua nacionalidade, e, portanto, não pode seguir outra lei, que não seja a brasileira.

Como se admittir, pois, que, tal qual o quer o ministro POLYCARPO DE AZEVEDO, haja, em assumpto de divorcio ou desquite entre marido *estrangeiro* e mulher *brasileira*, “prevalencia da lei pessoal do marido”, tanto mais quanto, como nos dá CLOVIS, “a capacidade para dissolver o vinculo matrimonial é estabelecida pelo estatuto pessoal”, e o estatuto pessoal da brasileira casada é a lei nacional della, que não a de seu conjuge?

Bem certo é RODRIGO OCTAVIO, outro dos nossos juristas de tomo, em o seu *Droit International Privé dans la Législation Brésilienne*, partindo do principio de que pela lei pessoal do marido se regem as relações communs entre os conjuges, entende que a essa lei ficará sujeita a mulher brasileira, no concernente ao divorcio.

Si bem de RODRIGO OCTAVIO, esse entender não se conforma ao que vem explicito no artigo 8.º da Introducção ao nosso Codigo Civil.

Por isso, dado o que se preceitua alli, não colhe invocar a lição desse escriptor em abono do criterio que, contra aquelle Codigo, foi seguido pelo voto vencedor.

Advirta-se, outrosim, neste factio: si o marido é o chefe da sociedade conjugal, claro é que só á existencia dessa sociedade, só á sua constancia e duração, só aos seus encargos e relações juridicas, é que se prende o exercicio de semelhante chefia.

Fundada nos principios do direito civil patrio, é a observação de PONTES DE MIRANDA (1), dissentindo de

(1) Direito da Família, pag. 492, n. 18.

RÓDRIGO OCTAVIO: “A mulher assume, de feito pelo casamento, com os appellidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da familia (Codigo Civil, art. 240) e o seu domicilio será o do marido, salvo se estiver desquitada, ou lhe competir a administração do casal (art. 36, § unico), o que não quer dizer que siga a lei pessoal do marido. Para que a brasileira seguisse a lei pessoal do marido seria preciso que perdesse a nacionalidade brasileira, e esta, deante do texto da Constituição da Republica, não a pode perder a mulher pelo simples facto de se casar com estrangeiro”.

Vê-se, do que vimos allegando, cada vez mais evidenciar-se injusta a doutrina consubstanciada no accordam, objecto destas ligeiras notas.

Patente é a sua injustiça. Doutrina contraposta a um dispositivo expresso ao direito patrio, que vem a ser e é o artigo 8.º da Introducção ao Codigo Civil Brasileiro.

VI

A doutrina, que o accordam consagra, allegando observancia aos principios do direito internacional privado, é, simplesmente, a transgressão do direito constitucional brasileiro.

A critica bem se lhe ajusta.

Affirma o ministro POLYCARPO DE AZEVEDO que “a analyse dos dispositivos do nosso Codigo Civil mostra que elle não declarou expressamente qual a condição civil da mulher brasileira que se casa com estrangeiro”.

E assim é: porque nem mesmo fôra de necessidade estipular, numa declaração expressa, aquillo que sobresae, absolutamente claro, dos termos da lei.

Dê vez que, no art. 8.º da Introducção a esse Codigo, se prescreve que a lei nacional da pessoa rége a sua capacidade civil, sem nada especificar, ou levantar quaesquer

restricções; de vez que foi supprimido o paragrapho unico a esse artigo, que sujeitava a brasileira casada com estrangeiro á condição civil de seu marido; todo dispensavel seria, como redundancia, lançar em declaração expressa que a condição civil da mulher brasileira não é a condição civil de seu conjuge estrangeiro.

Ha, por exemplo, e o digamos de relance, o codigo civil allemão, que, respeito ao instituto do divorcio, estabelece, de modo inequivoco, que o regulará a lei nacional do marido ao tempo do inicio da demanda. *Für die Scheidung der Ehe sind die Gesetze des Staates massgebend, dem der Ehemann zur zeit der Erhebung der Klage angehört.* (1)

E', porém, uma disposição que se não poderia trasladar ao direito civil brasileiro, salvo em contravindo nosso direito constitucional.

Com effeito; sentenciar que ao desquite de conjuges, *estrangeiro* o marido, *brasileira* a mulher, se deve applicar a lei nacional do marido na qualidade de chefe da sociedade conjugal, nada mais será e nada mais é do que investir contra normas cardeaes da nossa Constituição.

Pois, para que a lei nacional do marido estrangeiro regulasse o desquite da mulher brasileira, fôra necessario que ella seguisse a condição civil d'elle. E, para tanto, imprescindivel seria que, por força de seu casamento, a mulher brasileira tomasse a nacionalidade de seu conjuge, perdendo a nacionalidade do Brasil.

Acontece, entretanto, que a nossa Magna Carta não regista o casamento da mulher brasileira com estrangeiro como um entre os casos de desnaturalisação, que taxativamente estabelece.

Mas, apezar disso, o Tribunal de Justiça de São Paulo, decidindo que *ella segue a condição civil de seu marido estrangeiro, por ser elle o chefe da sociedade conjugal*; e sendo certo que *seguir-lhe a condição civil* importa

(1) Art. 17. 1.ª alinea.

o *tomar a nacionalidade delle*, a conclusão unica, a que chegamos, é que o facto de a mulher brasileira se casar com estrangeiro é um novo caso de desnaturalisação, que aquelle egregio Tribunal acaba de accrescer aos casos taxativos da Constituição Federal.

Resta-nos a impressão, devéras surpreendente, de que o *ser chefe da sociedade conjugal* possa constituir uma tal ou qual especie de *tabú juridico*, cujo sacratismo de tal monta é, que attinge os extremos de impellir, compulsoriamente, aos dominios jurisdiccionaes de uma lei estrangeira, pessoa de nacionalidade brasileira incontestavel.

VII

A despeito da injuridicidade do accordam que commentamos, anima-nos a esperança e ha comnosco a certeza de que a frequencia da hypothese provocará uma analyse mais profunda e mais ponderada da materia; e a denegação de justiça á mulher brasileira, pelo facto de os tribunaes violarem abertamente um direito seu, como se dá nesta especie, impressionando o espirito justo dos nossos magistrados, reagindo em o seu raciocinio, os fará recuar da inconsequente interpretação, das illações illogicas, que a mais larga parte delles vem dando e inferindo dos artigos 8.º da Introducção ao Codigo Civil Patrio e 233 do mesmo Codigo.

VIII

No campo do direito internacional privado, assaz criticavel se nos revela a orientação que norteou o accordam.

Aos illustrados ministros que o secundaram, certo se lhes affigurou absurdo o ponto de vista do voto dissidente, proferido pelo seu douto e intelligente collega, ministro ANTONINO VIEIRA, mandando homologar o desquite de marido estrangeiro e mulher brasileira, tendo para esta o valor e as consequencias que a nossa lei lhe dá, e valendo,

para aquelle, como uma solução de facto, em obediencia á sua lei nacional, que não admite o desquite.

E que outra cousa haveria a fazer, senão isso?

Não se pode fugir ao facto de que, em virtude da reciprocidade, que é o caracter fundamental do casamento como instituto juridico, a dissolução do vinculo matrimonial ou somente a cessação da sociedade conjugal, decretada por tribunal competente, segundo a lei de um dos conjuges, basta para o desligar de seu conjuge, seja vincularmente ou seja só para effeitos patrimoniaes.

A lição é de ZITELMANN (1), dos mais minudentes e escrupulosos tratadistas da materia.

Elle é quem dest'arte nos doutrina. "Si, por exemplo, a lei nacional do marido considerar efficaz a sentença de divorcio, e não assim a lei nacional da mulher, não obstante isso, tambem quanto a ella, se deve reputar dissolvido o casamento. E isso deve ser, não em consequencia da sentença, á qual, relativamente á mulher, nenhuma efficacia se poderá reconhecer; mas porque, em virtude da reciprocidade do casamento, tendo-se tornado inexistente o vinculo matrimonial para o marido, essa inexistencia acarreta consigo, necessariamente, a inexistencia daquelle vinculo tambem para a mulher".

Por que não se nos venha a irrogar a pecha de haver adulterado a passagem, ao traduzil-a, vamos trasladar aqui o original allemão: *Ist z. B. das Scheidungsurteil nach dem Heimatrecht des Mannes wirksam, nach dem der Frau an sich nicht, so muss die Ehe trotzdem auch für die Frau erloschen sein, nicht infolge des Scheidungsurteils, das ja nicht als für die Frau wirksam annerkant ist, sondern weil das Nichtmehrgebundensein des Mannes wegen der Gegenseitigkeit der Ehe notwendig auch das Nichtmehrgebundensein der Frau nach sich zieht.*

E', justamente, por fôrça da reciprocidade, caracter essencial do casamento como vinculo juridico, que a lição

(1) Internationales Privatrecht, II, pag. 764-765.

de ZITELMANN tanto se applica ao caso em que a sentença de divorcio seja valida, segundo o estatuto pessoal do marido, e pelo da mulher o não seja, como á hypothese, em que a lei da mulher o considere valido, e tal o não repete a lei do marido.

De igual modo, attendivel e de seguir-se será essa doutrina, quando já não se cogitar do divorcio a vinculo, mas de figura attenuada do desquite, nos termos do Código Civil Brasileiro.

Requerido, entre nós, pelo conjuge brasileiro e o seu conjuge estrangeiro, o desquite por consentimento mutuo, direito que a lei patria do primeiro expressamente lhe assegura no dispositivo do artigo 318 do nosso Código Civil, ensina com acerto o ministro ANTONINO VIEIRA que não ha como deixar-se de o decretar, na fórmula requerida pelo conjuge nacional do Brasil; “pois a nossa lei não pode desatender a um brasileiro, que vem pedir applicação de um dispositivo criado para favorecel-o, somente porque a lei estrangeira o veda ao outro conjuge”

E por nossa vez addiremos, na conformidade da doutrina de ZITELMANN, cuja applicação se ajusta ao caso decretado o desquite por consentimento mutuo, modalidade vedada ao conjuge estrangeiro pelo seu estatuto pessoal, extinguir-se-á a sociedade conjugal; cessará a communi-
dade de vida entre os esposos. Mas, não será isso porque se attribúa efficacia á sentença, tambem no que respeita a esse conjuge: sel-o-á, sim, por effeito da reciprocidade dos vinculos constitutivos da sociedade conjugal.

A qual sociedade immediatamente cessa, desde que um dos conjuges della se desliga, *invocando e realisando* um direito reconhecido pela sua lei.

Será possivel ao outro conjuge permanecer vinculado a uma sociedade conjugal, que não mais existe? E' que a desvinculação (1) de um conjuge fatalmente acarreta, comsigo, a desvinculação do outro.

(1) “das Nichtmehrgebundensein”

IX

Inda que o ministro ANTONINO VIEIRA não fôsse pela applicação conjuncta de uma e outra lei dos conjuges, sobre nos parecer melhor a solução, que elle aponta para o desquite por consentimento mutuo entre a mulher brasileira e marido estrangeiro, é perfeitamente defensiva na esphera do direito internacional privado.

E será ainda ZITELMANN (1) quem nol-o vá demonstrar, neste passo da sua obra: “para que se dissolva o casamento, sob o ponto de vista do direito internacional privado, basta se verifique *um* só dos requisitos estabelecidos por qualquer dos respectivos estatutos pessoaes, basta, em particular, que a sentença de divorcio, seja proferida segundo o que se dipuzér num desses estatutos”

O que assim vem expresso no texto original: *vom völkerrechtlichen Standpunkt aus genügt es für die Ehelösung gegenüber beiden Ehegatten, wenn nur der nach einem der beiden Personalstatuten erforderliche Tatbestand verwirklicht ist; insbesondere genügt die Annerkennung des Scheilungsurteils nach einem der beiden Personalstatuten beiden Parteien gegenüber.*

Propôsto perante o fôro brasileiro, por mulher brasileira e marido estrangeiro, o desquite por consentimento mutuo, e irrecusavel o direito de ella usar dessa forma de desquite, os nossos tribunaes não n’o poderão repellir.

Ou respeitam e asseguram o gôso de um direito liquido á pessoa do seu legitimo titular, e se decreta o desquite requerido; ou, violando aquelle direito, recusa-se o desquite.

E ter-se-á commetido uma denegação de justiça.

(1) Op. e p. cits.

A solução adoptada pelo accordam leva ao seguinte resultado não é a lei nacional da mulher brasileira que regula as causas e modalidades do seu desquite, si estrangeiro fôr o marido; porque *ella segue a condição civil d'elle, chefe da sociedade conjugal*. Mas, si egualmente, não as regula a lei pessoal do marido estrangeiro, porque, *apezar de casada com elle, a mulher brasileira conserva a sua nacionalidade*, dentre as duas leis nenhuma ha que se applique á especie.

E ahi está como a solução victoriosa redundando em insolução da hypothese.

De modo irrespondivel, se nos patenteia o illogismo do voto vencedor.

Si é certo que, conforme a doutrina por elle perfi-lhada, a brasileira, mulher de estrangeiro, segue-lhe a condição civil, em virtude de o marido ser o chefe da sociedade conjugal, e, por isso, não pode desquitar-se por mutuo consentimento, quando o estatuto pessoal d'elle o prohiba; por quê, si *a mulher segue a condição civil de seu conjuge*, autorizando a lei deste o divorcio vincular, os nossos tribunaes não reconhecem validas, quanto a ella, as sentenças estrangeiras que decretam semelhante forma de divorcio?! .

E' que o preconceito da inferioridade juridica da mulher, ao qual muito a proposito alludiu o ministro JULIO DE FARIA, e pelo geral domina a opinião dos autores neste assumpto, prepondera ainda no espirito do egregio Tribunal de Justiça de São Paulo.

X

Quando esse Tribunal insiste em prestigiar uma doutrina, falsa perante a legislação brasileira, essa mesma doutrina é repudiada pela França, cujo codigo civil a prescrevia.

NIBOYET (1) refere a grande reforma, ainda o anno passado havida naquelle paiz, tendo-se modificado o artigo 19 do seu codigo civil, segundo o qual a mulher franceza, casada com estrangeiro, seguia a condição civil do marido, ficando entretanto franceza, si o casamento não lhe conferisse a nacionalidade de seu conjuge.

Primeiro, entraram os feministas a sustentar, em nome da dignidade da mulher, que aquelle artigo a sacrificava ao culto de principios anachronicos. Logo depois, ajuntou-se á campanha outro argumento, e esse de grande poder persuasivo, pelo seu pezo indiscutivel: o numero enorme de mulheres em França, principalmente depois da guerra; ultrapassa, em muito o dos homens.

Não só por evitar o celibato, como no intuito de assegurar a assimilação dos immigrants, é forçoso incital-as a esposarem estrangeiros.

Talvez tivessem escrupulo de o fazer, si de taes casamentos adviesse, como consequencia, o perderem ellas a nacionalidade franceza.

Afim de obviar a essa difficuldade, a Lei de 1927 lhes facultou o conservarem a sua nacionalidade, embora casando-se com estrangeiro. Só a perderão, si declararem, expressamente, que querem adquirir a do marido.

O cotejo mostra que, emquanto um tribunal brasileiro, dos mais respeitaveis pela cultura e integridade, desattende a um facto advindo da Constituição Federal e do Codigo Civil Brasileiro, qual é o de que a brasileira casada com estrangeiro não pode seguir, e effectivamente, não segue a condição civil do marido, porque não lhe adquire a nacionalidade; a França, onde isso effectivamente se dava, repelle semelhante doutrina, cuja persistencia os tempos de hoje viriam tornar ruinosa aos interesses capitaes da sua nacionalidade.

Mas, cá no Brasil, contra os interesses fundamentaes da nacionalidade brasileira, que agora, mais que dantes,

(1) Précis E'lémentaire de Droit International Privé, 1928, p. 68.

é dever nosso fortalecer, garantindo os seus direitos e vantagens aos nossos patricios, e liberalizando-a a quantos, preenchendo os requisitos necesarios, estejam nas condições e queiram adoptal-a, decreta-se judicialmente que a *mulher brasileira segue a condição civil de seu marido estrangeiro, por ser elle o chefe da sociedade conjugal.*

Factos imperiosos da vida hodierna levam a nação franceza, tradicionalista ferrenha, que só imitamos fóra de hóra, a remover do seu direito uma velharia, accomodando-o ás condições do presente. Do mesmo passo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, recuando, ao invés de applicar os principios do nosso Codigo Civil, — expressão dos sentimentos liberaes do paiz, — pretere o direito constitucional e civil patrios, para se obstinar na adopção de um preceito, além de collisivo das nossas leis, anachronico e injusto, que o codigo civil francez, evoluindo, acaba de abandonar

XI

A solução mais acertada, que poderíamos dar á especie em apreço, é a que os votos vencidos logicamente defenderam, oppugnando a doutrina vencedora, uma doutrina negatoria de disposição positiva do Codigo Civil Patrio.

No desenrolar dos factos, que são a moldagem do direito; dos factos, que annullam preconceitos e prescrevem velharias, já bem perto vem o amanhã victorioso para a opinião, hoje vencida, que os illustres ministros ADALBERTO GARCIA, ANTONINO VIEIRA e JULIO DE FARIA, defendendo a nossa lei, em defeza della sustentaram.

Dos pontos de vista de ANTONINO VIEIRA, entre outros, um ha que merece retenhamos: homologando-se o desquite por consentimento mutuo, entre mulher bra-

sileira e marido *estrangeiro*, para a mulher, terá o valor que lhe dá a sua lei, valendo como uma situação de facto, para o marido.

Talvez a muita gente pareça absurda a solução.

Julgamol-a, senão perfeita, inteiramente defensavel.

Ademais, em materia de direito internacional privado, onde as divergencias constituem normalidade, só por meio de tratados se poderá apparellhar solução perfeita para as numerosas hypotheses, que surgem na orbita dos diversos institutos juridicos” . . . *allein dieses Ziel ist ohne völkerrechtliche Verträge überhaupt nicht ganz zu erreichen*” (1).

Preconisar uma solução imperfeita pode ser absurdo, convenhamos; mas denegar justiça é uma iniquidade.

A pluralidade de leis, no terreno das relações juridicas entre subditos de Estados differentes, é a razão de ser do direito internacional privado. E muita *situação de facto*, ha que surge, inevitavelmente, quando uma mesma relação juridica incide sob leis contradictorias de paizes differentes.

Ter-se-á, então, que procural-as compôr, buscando, nas divergencias de uma e de outra, as prescripções entre si mais conciliaveis, para as applicar *conjunctamente* á hypothese *sub judice*; isto é: applicando a cada parte, na solução da pendencia entre ambas, o recurso que, dentro da sua respectiva lei, menos se choque com o que a lei da outra parte dispuzer.

XII

De applicação conjuncta de uma e outra lei, optimos exemplos nos ministra o Supremo Tribunal Federal, em casos de homologação de sentenças estrangeiras, que decretam o divorcio a vinculo entre marido estrangeiro e

(1) Walker — Internationales Privatrecht pg. 586.

mulher brasileira: homologa-as somente para os efeitos patrimoniaes, quanto ao conjuge brasileiro.

O marido obtem na sua Patria a decretação do divorcio a vinculo, attendida a lei d'elle, porque vigente é lá o principio de que a sua condição civil é seguida pela mulher. No Brasil, porém, o Supremo Tribunal Federal restringe, no que á mulher concerne, os efeitos da sentença ás proporções do simples desquite, nos termos precisos do nosso Codigo Civil: méra separação de corpos e de bens, sem dissolver o vinculo matrimonial.

Apresenta-se-nos, pois, uma *situação de facto*, resultante da applicação dos dois estatutos pessoas divergentes, conciliando-se-lhes os efeitos até onde fôr possivel conciliar-os.

Entendem alguns que só é possivel a applicação conjuncta das leis pessoas de um e outro conjuge, quando coincidam.

Cáe, todavia, essa opinião; visto como, coincidindo, não se dará conflicto de leis. E fóra d'elle, não haverá que resolver nenhum problema de direito internacional privado.

Seja-nos licito tomar a palavra a ESPINOLA, e com elle dizer que situações de facto surgem, “cuja realidade não ha amor á logica que faça desaparecer”.

O surgirem como resultado de uma solução imperfeita, é menos mal que, não resolvendo a hypothese, denegar justiça.

Si, no desquite de marido *estrangeiro* e mulher *brasileira*, tão de attender é uma como outra lei dos conjuges, claro está deverão ellas ser applicadas conjunctamente, conciliando-se os seus dispositivos, até onde a natureza do caso o permitta.

Tão attendivel é a lei nacional do marido *estrangeiro* como o estatuto pessoal da mulher *brasileira*.

XIII

Rematando, seja-nos sempre presente á memoria a ponderação do ministro ADALBERTO GARCIA, ao lembrar que os juizes ou tribunaes brasileiros não poderão diminuir a mulher brasileira, sacrificando-a em sua nacionalidade, com a imposição forçada do estatuto pessoal do marido estrangeiro.

Franca, 5 de Agosto de 1928.

M. F PINTO PEREIRA.

Livre Docente de Direito Internacional Publico e Privado.

