O VELLEIANO

E A

INCAPACIDADE CIVIL DA MULHER

APRESENTADO AO

2.º CONGRESSO LATINO AMERICANO

REUNIDO EM MONTEVIDÉO

PELO

Dr. João Evangelista Sayão de Bulhões Carvalho

Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros

Rio de Janeiro

Typ, do Jornal do Commercio de Rodrigues & C.

190

FR 342 C331v



u? mot. 792938 Cod. boorson: 792938-10

O VELLEIANO

EA

INCAPACIDADE CIVIL DA MULHER

APRESENTADO AO

2.º CONGRESSO LATINO AMERICANO

REUNIDO EM MONTEVIDÉO

PELO

Dr. João Evangelista Sayão de Bulhões Carvalho, 1914

Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros

RIO DE JANEIRO
Typ. do Jornal do Commercio de Rodrigues & C.

1901

OXYTHETHY O

DIEDENA PENDENANANAN

UNIVERSIDADE DO BRASHL SECAO RECISTRO ANO 1964 N. F4

O Velleiano e a incapacidade civil da mulher

O Senatusconsulto Velleiano deve desapparecer do Direito e com elle devem ser igualmente abolidas todas as restricções á capacidade civil da mulher.

I

Para os que pensão que o Direito, sendo destinado a reger a vida das sociedades existentes, nada tem com as instituições condemnadas á morte, parecerá que nem vale a pena fallar mais do velho e decrepito Senatusconsulto Vellejano.

Pera os espíritos conservadores da tradição juridica, educados no respeito á autoridade dos antepassados, conforme a disciplina da escola Sabiniana, parecerá, ao contrario, inconveniente a discussão do merito de um instituto, cuja longevidade de mais de dezoito seculos afigurase-lhes a melhor prova do valor e utilidade dos serviços por elle prestados na ordem social e juridica.

A uns e a outros responderei que esse antigo Senatusconsulto romano nem é, como talvez pensem os primeiros, um caput mortum, uma especie de mumia destinada ao muséo das antiqualhas jurídicas; nem é, como talvez entendão os segundos, uma veneranda reliquia, que deva ser conservada ainda no santuario do Direito, onde, durante perto de 2.000 annos, foi consagrada pelo culto dos sacerdotes da Justiga.

No Brazil conserva elle a mesma força e vigor que tinha quando entrou para as Ordenações do Reino de Portugal, que são ainda a principal

fonte do nosso Direito Civil.

Não ha entre nos escrevente de cartorio que ignore a fórmula de termo de renuncia do Velleiano, que apparece nos inventarios, quando a mãi assume a tutella dos seus filhos ou a avó, dos seus netos.

O nosso regulamento commercial de 1850, que é uma excellente lei de processo, hoje também applicada no foro civil, confirma certamente a inexistencia desse Senatus consulto no Direito Commercial. Mantém relativamente a mulher commerciante a exclusão do beneficio Velleiano, que a jurisprudencia dos romanistas classicos indicados por Voecio (Ad Pandectas, Liv. 16, Tit. I, n. II) instituira para a mulher mercadora- que publica mercatrix est- de accordo com os estatutos dos Imperadores Deocleciano e Maximiano, no Codigo (Liv. 4, Tit. 25, Const. 4) e a doutrina de Ulpiano no Digesto (Liv. 14, Tit. 1, Frs. 16 e 21) quando a mulher exercia a profissão de patroa de barco -magister navis. ou de tabernaria no balcão de uma casa de negocio, porque as regras da acção exercitoria, erão em geral as mesmas da acção institoria.

Confirmando porém todas as antigas franquezas da mulher commerciante, o nosso regula-mento commercial reconheceu expressamente a sujeição das mulheres não commerciantes á humilhante protecção do beneficio Velleiano, dando lhe sempre o direito de invoca-lo, ainda quando tives sem intervindo nas transacções mer-

cantis.

Em um estudo de codificação recente e semiofficial, terminado e publicado no fim do anno passado, por uma commissão de jurisconsultos passato, foi ana commissato de futescinado nomeada pelo Governo para a revisão do pro-jecto do Codigo Civil do Dr. Bevilacqua, lê-se ainda o seguinte texto no artigo 1.767--Conz excepção das mulheres casadas, todas as mais podem-se obrigar por fiança.

Texto que, se fosse convertido em lei, daria ao Velleiano uma feição tão nova quanto imprevista e causaria certamente a admiração dos jurisconsultos romanos. Não poderião conceber filiação juridica das idéas, de onde nasceu esse producto, que parece ter sido gerado pelo velho Senatusconsulto romano em união adulterina

com a mulher casada.

As restricções da capacidade jurídica da mulher casada vém do Direito Romano e são applicaveis ao contrato em geral. Nada têm de commum com a restricção da capacidade de intervir como fiadora, instituida pelo Velleiano para todas as mulheres casadas, solteiras ou viuvas. Converter a restricção da capacidade resultantes do poder marital em incapacidade especial relativamente á fiança é uma novida-de, que se póde denominar o Velleiano das mulheres casadas, excluindo do auxilio ou beneficio do velho Senatusconsulto as solteiras e as viuvas. Outra differença bem notavel deste novo Velleiano do antigo é que se applicaria sómente á fiança, ao passo que o do Senatusconsulto ro-mano tinha applicação a toda especie de negocios em que a mulher ficasse sujeita á obrigação de outrem. In omni genere negotirum et obligationum intercedere mulieres prohibentur—explicão as sentenças de Paulo Liv. 2, Tt. 11, § 1. Omnis oranino obligatio Senatusconsulto Velleiano comprehenditur, sive re sive verbis, sive quocunque alio contractu intercesserint—confirma a mesma doutrina Ulpiano no digesto, liv.16, tit. I, Fr. 2, § 4. Tem lugar e Senatusconsulto quer a mulher transferisse a obrigação de outrem para si, quer nella participasse, quer se constituisse desde o começo em obrigação no interesse de outrem—assim estatue o Imperador Alexandre no Codigo, liv. 4, tit. 29. Const. 4.

II

Ainda quando já estivesse a vida inteiramente extincta no corpo desse instituto juridico depois de tão longa existencia, talvez sem igual na historia, tendo attingido á cerca do dobro da idade do legendario Mathusalem, conviria sempre fazer-lhe a autopsia para descobrir o segredo anatomico e physiologico de um organismo, que sobreviveo a tantas transformações das sociedades humanas e porque veio emfim a perecer, depois de haver resistido a tantas revoluções e

mudanças no mundo civilisado.

No seu livro sobre a Medicina, conta Celso que dous mestres da arte de curar, Erasistrato e Herophilo, entendião que os condemnados á morte deverião ser entregues ao escapelo dos cirurgiões, para que estes descobrissem no ultimo alento dos seus membros o segredo da vida revelado pela intima relação dos orgãos. A horrivel idéa dessa operação en anima vili é justamente condemnada por Celso. Creio, porem, que poderia ser applicada sem deshumanidade em uma instituição de Direito condemnada pelo progresso da jurisprudencia. O momento supremo da vida prestes a desapparecer, em que os orgãos conservão ainda a integridade da sua estructura, continuando a viver por phenomenos reflexos sem a consciencia da vida, parece a occasião mais propicia de descobrir a razão da existencia e a causa da morte.

Falta-me infelizmente o tempo para a minuciosa analyse, que tornaria esse estudo realmente interessante. Já foi bem tarde e por assim dizer á ultima hora que tive idéa de escrevê-lo em satisfação do compromisso tomado com o illustre Ministro do Uruguay pelo meu collega e particular amigo Dr. Sá Vianna, emerito Secretario do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros. Tive de fazer este trabalho longe dos meus livros e da commodidade do meu gabinete de estudos, debruçado sobre uma

mesinha, onde mal cabe o papel que estou escrevendo.

Não obstante tudo isto, oreio que a operação que vou tentar, por maiores que sejão os de-feitos do operador, ha de despertar algum in-teresse, revelando as consequencias logicas da abolição do Velleiano.

Tem passado despercebidas.

Pensão muitos que não ha mais do que rezar um parce sepultis sobre a sepultura, onde deve jazer para sempre o corpo do venerando pa-triarcha dos Senatusconsultos romanos, sem procurar saber porque elle viveu mais de dezoito seculos, nem porque morreu ou está a ponto de morrer depois de tão longa vida. Nada entendo de medicina, e por isso não sei se é possivel morrer simplesmente de velhice, sem outra causa de morte. Posso, porém, dizer que pelo menos em Direito Romano é regra elementar que as instituições fundadas nos principios da justiça e da equidade são impereciveis semper firma aigue immutabilia permanent e que as outras instituições sujeitas á acção destruidora ou transformadora do tempo devem se fundar sempre em alguma utilidade geral ou pelo menos conforme ao interesse do maior numero—quood omnibus ant pluribus utde est. (Digesto. Liv. 1, Tit. 1, Fz. 11; Instituta, Liv. 1, Tit. 2, § 11).

Assim, morrendo, o Senatusconsulto Velleiano tornou bem patente que não se fundára nos principios immutaveis e impereciveis do Direito, mas é certo tambem que, vivendo dezoito seculos como lei de tantas nações diversas, elle tornou igualmente patente que se fundára em utilidade geralmente reconhecida ou de accordo com interesses poderosos e com forca para manter e assegurar a sua dominação. Que interesses serião esses ? Seria o da protecção da mulher, á qual se concedia pelo Senatusconsulto Velleiano o que Domellus denomina auxilium ou beneficium de accordo com a technica dos jurisconsultos romanos ?

A mulher de hoje é talvez mais fraca do que a mulher romana, e não é com certeza menos digna de protecção do Direito e do favor da Lei. E' tambem certo que a sua condição insensivelmente mudou; mas o circulo das suas aspirações é ainda muito largo do que o traçado pelo Direito, sendo ainda este pouco menos estreito do que era ha mil oitocentos annos quando o Senado Romano promulgou o Senatusconsulto, cujo texto cheio de circumloquio e de pedanterias formalistas se acha litteralmente copiado no Digesto em um fragmento do commentario de Ulpiano ao Edicto do Pretor (Digesto, Liv. 16, Tit. 1, fls. 2, § 1).

Não teria esse Senatusconsulto relação proxima ou remota com o estado social da mulher ? Seria uma lei de favor, ou privilegio arbitrario ?

Se assim fosse, nem teria valor em Direito, como explica Ulpiano relativamente ás Constituições por elle denominadas pessoaes- nec ad exemplum trahuntur... personam non egreditur

(Digesto, Liv. 1, Tit. 4, fls. 1, § 2). Como uma lei dessas poderia ter transposto as fronteiras da cidade romana para servir de modelo a todas as nações do mundo civilisado

durante perto de dous mil annos ?
Esse instituto ligava-se intimamente a condição civil da mulher, como os Romanos ex-pressamente declarárão no texto do Senatusconsulto e nos commentarios dos jurisconsultos. A sua abolicão logicamente significa, portanto, que essa condição civil já não deve ser a mesma perante a razão universal, que aceitára o Velleiano como a lei protectora da incapacidade feminina. Não é logico que, sendo condemnado por esse motivo á morte o Velleiano, se conservem ainda todas as outras restricções á capacidade civil da mulher, que fazião parte da familia desse velho guarda da servidão femi-nina disfarçado sob a falsa apparencia de protecção da lei á sua fraqueza. Deixo a outros discutirem perante a sociologia moderna o merito de taes restricções condemnadas hoje pelo sentimento juridico. Não sahirei das jazidas subterraneas de Roma, por onde passou outr'ora o espirito humano, que illumina hoje o mundo. Procurarei os vestigios apagados do Direito ho-dierno no meio das magestosas ruinas da civilisação antiga, nos caminhos cobertos pela poeira dos seculos, por onde a razão humana seguio em progresso incessante até a claridade, que res-plende no firmamento do seculo vinte da éra christa. Não é preciso ser um pharol do Direito, como chamavão a Irnerius os seus discipulos na escola de Bolonha. Basta a restea vacillante da luz de uma lanterna sobre as origens das leis protectoras da fraqueza feminina por meio de restricções da capacidade civil para descobrir que ellas tiverão razão muito diversa, como já notara Ortolan na sua Explicação Historica da Instituta de Justiniano. E infelizmente verdade o que disse o professor Moleschott no Senado italiano, quando affirmou que ellas tinhão a sua principal origem em uma covardia viril.

O que parece ter suscitado a idéa do Sanatus consulto Velleiano foi apenas a causa apparente ou occasional da sua promulgação. Tem realmente com elle relação muito remota, ligando-se a muito differente origem. Conta Ulpiano que os Imperadores Augusto e Claudio havião publicado editos prohibindo ás mulheres casadas assumir o encargo das obrigações do marido. Era a applicação logica dos principios do Direito Costumeiro, que prohibião doações entre o ma-

rido e a mulher.

A razão desse Direito Costumeiro fora evitar que o amor conjugal não degenerasse em discordia de interesses contrarios ou em explorações ambiciosas. A jurisprudencia desenvolvêra logicamente o espirito do Direito Costumeiro na sua applicação pratica, estendendo a nullidade a todos os contratos entre marido e mulher, que dissimulassem doações. A nullidade, porém, não podia ser declarada senão diante de prova muitas

vezes difficil da simulação.

A habil casuistica romana exerceu-se admiravelmente na pesquiza e indicação desses indicios da simulação em grande numero de textos, que formão o liv. 24, tit. 1 do Digesto. Havia casos em que o indicio era tão claro que a simulação parecia a todos evidente. Assim era quando a mulher assumia sem interesse proprio o encargo das obrigações do marido. Desse acto resultava bem manifesta a intenção de doar parte dos seus bens ao marido, sujeitando-os ao pagamento das suas dividas. E' provavel que muito antes dos editos de Augusto e Claudio a jurisprudencia já tivesse considerado nullas taes obrigações como encobrindo doações si-muladas. Estando a mulher sujeita ao poder marital, que segundo o rigor das leis romanas a collocava na posição de filha submissa ao poder paterno, é muito provavel que o abuso se manifestasse da parte do marido, provocando por isso a formal prohibição da lei.

Foi certamente por esse motivo que depois que o Senatusconsulto Velleiano ampliou a prohibição a todas as obrigações assumidas pela mulher no interesse de outrem - tam pro viris quam pro feminis - quando o caso se realizava entre marido e mulher, a sancção do

Direito era diversa.

Quando a mulher intercedia pelo marido o contrato era nullo de pleno direito e jámais po-

deria ser confirmado.

Havia segundo Cujas dous casos em que a intercessão da mulher era nulla de pleno direito : quando em favor do marido (Novella 134, cap. 8) e quando não provada por instrumento publico revestido da assignatura de tres testemunhas. Em todos os outros casos a mulher só tinha uma excepção e uma acção contra a execução da obrigação.

Nem poderia mais usar desses recursos se, passados dous annos, confirmasse a primeira obrigação, salvo o caso de ter sido a intercessão em favor do marido, que em tempo algum poderia ser validada (Codigo Liv. 4, Tit. 29, Consti. 22).

Tudo isto era muito de accordo com a logica juridica sempre observada pelos jurisconsultos romanos e tambem conforme ao systema de jurisprudencia por elles firmada na pratica do Direito Costumeiro, que prohibia doações entre marido e mulher.

O que parecia menos de accordo com a applicação logica e systematica do Direito, que tanto distinguia a jurisprudencia romano, era considerar-se inexistente a obrigação natural em todos os casos de intercessão da mulher, quer em favor do marido, quer de outro. No Digesto, Liv. 12, Tit. 6, Fr. 40, dá-se uma explicação mais pratica do que scientifica, dizendo-se que a excepção perpetua concedida pelo Senatus-consulto Velleiano extinguia a obrigação natural nos casos de intercessão das mulheres.

Nesse proprio texto porém se reconhece que o mesmo não se dava com a excepção tambem perpetua do Senatusconsulto Macedoniano, que deixava subsistente a naturalis obligatio, como explicação Ulpiano e Paulo no Digesto Liv. 41,

Tit. 6 Fr. 9, §§ 4 e 5 Fr. 10.

Procuravão conciliar esta discordancia, dizendo que o Mecedoniano fora estatuido para reprimir a acção do credor e não para favorecer o devedor, que era o motivo do Velleiano.

Tudo isto, porém, estava em desarmonia com os principios fundamentaes do Direito, negando a naturalis obligatio em virtude de um estatuto do Jus Càvile, que logicamente não poderia abolir a naturalis obligatio oriunda do Jus Gentium cenforme a regra de Paulo Digesto Liv. 50. Tit. 17, Fr. 84 § 1. Nem seria possivel negar que, segundo o Jus Gentium, deveria ser valida a obrigação da mulher annullada pelo estatuto civil do Senatusconsulto Velleiano.

Esta anomalia juridica parece ter se constituido em direito positivo como jus singulare-contra tenorem rationes propter aliquam uttilitatem (Paulo Digesto Liv. I, Tit. 1, Fr. 16) para evitar que a prohibição formal e positiva do Senatusconsulto fosse frustrada por meio de um pagamento indevido de uma compensação ou de un penhor da mulher em favor de terceiros, que serião validos, se subsistisse a natu-

ralis obligatio.

IV

Todas essas difficuldades na conciliação dos principios, que não puderão ser resolvidas senão por meio de anomalias jurídicas provierão da iniquidade fundamental dos motivos do Senatusconsulto:

Nem puderão estas prevalecer senão invertendo o sentimento natural da equidade, do mesmo modo que se dera por pretexto a protecção da fraqueza da mulher para restringir a sua capacidade civil. Oum eas virilibus officis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum—dizia textualmente o estatuto do Senado Romano.

Em verdade não havia relação real e juridica entre os motivos dos edictos de Augusto e Claudio sobre a intercessão da mulher nas obrigações do marido e o novo estatuto promulgado pelo Senado sob o Consulado de Marcus Silanus e Velleius Tutor, cujos nomes não figurão nos fastos consulares, sendo por isso incerta a data do celebre Senatuseonsulto.

Póde-se apenas dizer com Pothier que é necessariamente posterior aos edictos de Augusto e Claudio e anterior ao reinado de Vespasiano; porque no Digesto (Liv. 16, Tit. 1, Fr.16. § 1) cita-se a respeito delle a opinião de Gaius Cassius Longinus, que, segundo Pomponio, morrau no

reinado de Vespasiano (Digesto Liv. 1º, Tit. 2, Fr. 2, § 47).

O fundamento expresso do Senatusconsulto, muito diverso do fundamento do antigo Direito Costumeiro sobre as doações entre marido e mulher, era que a intercessão em favor de outrem devia se considerar um officio viril. Paulo explica que esses officios viris prohibidos ás mulheres pelo Senatusconsulto erão os officios civis. E' a opinião de Dornellas que na technica romana os officios viris ou civis comprehendião todos os actos em que os cidadãos intervinhão em ne-gocios de outros e que esses officios também chamados publicos erão os indicados por Ulpiano no Digesto (Liv. 50, Tit. 17, Fr. 2), a judicatura, a magistratura, a advocacia, a intervenção e a procuradoria - nec judices esse possunt nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alios intervenire, nec procuratores existere.

O Senatusconsulto Velleiano expressamente se fundava nessa distincção especial de officios viris tambem chamados officios civis e publicos, dos quaes as mulher s deverião ser afastadas— Peminæ ab omnibus officiis civilibus nel publicio

renotæ sunt.

Domellus classifica como intersentio pro alios a intercessão da mulher prohibida pelo Senatus consulto Velleiano como officio viril ou civil, Hiligero e Voccio põem em duvida esta interpretação do sentido juridico da interventio pro alios mencionado no texto de Ulpiano; mas a interpretação de Domellus é o unico meio de conciliar a ennumeração dos officios civis ahi feita por Ulpiano com o texto do Senatusconsulto copiado pelo mesmo Ulpiano e o texto do Paulo, que considerão a intercessão da mulher prohibida por ser um officio civil ou viril.

Mais difficil do que a classificação e cnumeração dos intitulados officios civis ou viris é dar alkuma justa razão das incapacidades civis da mulhor, creadas sob o fundamento dessas distincções pou co intelligiveis senão enigmaticas. A unica razão que os jurisconsultos romanos repetem com sincera convicção é que essa cistincção de officios tinha o seu fundamento no

Direito Costumeiro-moribus.

Quando, porém, querem indagar os motivos desse Direito Costumeiro, ora confessão francamente que não existe razão de Direito em que elle se funde, como Paulo, a proposito da capacidade para o exercicio da judicatura-nos quianon habent judicium sed quia receptum est ut civilibus officiis non fungantur (Digesto Liv. 5 Tit. 1, Fr. 12); ora indicão algum motivo em que visivelmente não acreditão, deixando por isso de tirar as consequencias logicas, que delle derivão e que não deixarião com certeza de tirar com o costumado rigor logico e systematico da sua jurisprudencia.

Assim no Digesto Liv. 16, Tit. 1, Fr. 2. §§ 20 e 3º Ulpiano apresenta como fundamento das incapacidades civis da mulher a imbecilitas e a infirmitas. A infirmitas de que falla neste texto é certamente a infirmitas consilii, em que elle proprio tambem funda a restituiçã) in integrum dos menores (Digesto Liv. 4, Tit. 4, Fr. 1).

A imbecilitàs poderia ainda significar maior fraqueza mental, senão a falta absoluta do bom senso. Não creio, porém, que se deva tomar em sentido tão grosseiro a expressão de Ulpiano. No livro de Celso sobre a Medicina, a palavra imbecilitas é empregada como significando a fraqueza, a debilidade do corpo, sendo por isso collocados no numero dos imbeciles a mór parte dos habitantes das cidades e quasi todos os homens de lettras : — At imbecilis quo in numero magna pars urbanorum omnesque pene cupidi litterarum sunt.

Se Ulpiano estivesse convencido, como diz, da infirmitas consilii da mulher, deveria tirar desse motivo a mesma consequencia que tirou em relação aos menores, considerando annullaveis por meio da restituição in integrum todos os actos praticados pela mulher, de que lhe pudesse resultar algum prejuizo. Nenhum jurisconsulto romano deduzio tão logica consequencia da supposta infirmitas consilii da mulher. Ao contrario, interpretando restrictamente o texto do Velleiano, reconheceram lhe expressa-mente a faculdade de dar á quem quizesse todo ou parte do seu patrimonio, de dispensar o pagamento do que lhe fosse devido e até de pagar á sua custa as dividas alheias.

Contradicção tão evidente não escapou á critica de Dounellus, parecendo-lhe muito mais prejudicial a mulher pagar a divida de outrem do que obrigar-se por elle, porque dessa obri-gação o maior mal que lhe poderia resultar seria o pagamento da divi la, sendo, portanto, o prejuizo resultante do pagamento, certo, e o da

obrigação apenas possivel.

A explicação dos jurisconsultos romanos é que a mulher se obriga mais facilmente do que dá e que, pagando a divida de outrem, sem estar obrigada, não offende a prohibição do Senatusconsulto, que só lhe veda assumir a obrigação de outrem e não paga-la sem estar a isso obrigada. sendo o pagamento meio de extinguir e não de

contrahir, obrigação.

Como interpretação do texto de Senatusconsulto, esta razão é justa; seria muito iujusto, porém, se a infirmitas consolii da mulher, dada como razão do Senatusconsulto, fosse real. Desta supposta razão da lei não cogitárão jámais para a sua applicasão. Ao contrario, para não equiparar a incapacidade civil das mulheres á dos menores, parece que evitárão applicar-lhes a restituição in integrum, pelo menos expressamente na doutrina da sua jurisprudencia. Entretanto a idéa dessa applicação deveria ser-lhes fatalmente suscitada na pratica do Senatusconsulto Velleiano pela necessidade de restabelecer a obrigação do primitivo devedor, quando havia novação ou substituição artificiosa da muler ao verdadeiro devedor. Nestes casos a jurisprudencia teve de crear uma restitutoria ou ressisoria actió contra o primitivo devedor, quando havia novação ou uma institutoria actio contra o devedor, que se occultava sob a obrigação assumida pela mulher em lugar delle, como explica Mulhenbruch de accordo com a dontrina ensinada no Digesto, Liv. 16, Tit. 1, Fr. 8 §§ 20 7, 9, 11. 12, 14 e 15 e no Codigo Liv. 4, Tit. 29, Conss. 8 e 16.

A applicação da restituição in integrum era, por isso, tão natural e indicada que Voecio e Dounellus sustentão que havia realmente neste caso restituição in integrum fundada na generalii clausula do Edicto do Pretor, cujo texto se acha transcripto no Digesto. (Liv. 4, Tit. 6, Fr. 1, § 1).

E' porém notavel que indicando sempre os jurisconsultos romanos todos os casos de restituição in integrum fundados pela sua jurisprudencia nessa generalis clausula do Edicto do Pretor, ainda os menos importantes, não se re-grão jámais a esse Edicto tratando da restitutoria ou rescisoria resultante do Velleiano, que seria uma das mais importantes applicações da generalis clausula do Edicto do Pretor.

VI

E' tambem certo que a tendencia dos jurisconsultos romanos nunca foi para estenderem a incapacidade civil da mulher. Foi, ao contrario, para restringi-la o mais possivel, preferindo a incoherencia e até a violação dissimulada da lei, a exagerar a injustica por excessivo rigor. Neste caso a facilidade da renuncia de Velleiano e as multiplas excepções ratione causæ e ratione personnæ enumeradas por Muhlenberch, Voecio, Dounellus, Cujas e Pothier deverião ter restringido na pratica a applicação do Velleiano, desde logo considerado inapplicavel ás mulheres mercadoras, apezar de não haver profissão em que a mulher mais facilmente pudesse ser enganada do que a da mercancia, como bem observa Voecio.

VII

Se os jurisconsultos romanos pensassem que não era simplesmente um pretexto a infirmitas consilii indicada como motivo para privar as mulheres das funções civis, havião de sustentar a necessidade da tutela perpetua instituida para as mulheres pelo antigo Direito Civil Romano. Em vez disso, Gains diz com toda franqueza na sua Instituta Liv. 1, § 190 que a pretensa levitas animi imputada á mulher para restringir a sua capacidade é uma razão mais apparente do que verdadeira — magio speciosa videtur quam vera.

A verdadeira razão bem conhecida de Gains era impedir a mulher de dispor de seus bens, convertendo-a em simples usufrutuaria do seu patrimonio sob a fiscalisação de seus presumptivos herdeiros masculinos, que exercião sobre ella a tutela dos agnatos. Foi para combater tamanha injustiça que os jurisconsultos tiverão a idéa do casamento apparente ou simulado (fiducia causa), afim de liberta-la do jugo in-

teresseiro dos agnatas.

Esse casamento simulado é a coemptio fiduciae causa, tão bem explicada por Gains na sua Instituta e por Ulpiano no seu Livro de Regras, que deu ensejo ao celebres gracejos de Cicero na sua oração Pro Cluentio, attribuindo aos jurisconsultos a inversão do texto da lei, porquanto o direito civil sujeitára as mulheres a tutores, mas os jurisconsultos havião descoberto o meio de sujeitar os tutores ás mulheres. Assim era, na verdade. Mas o fim da comedia jurídica representada no casamento simulado não era o ridiculo. Por mais que se prestassem ao ridiculo os senes cemptionales, comprados ou alugados para representarem o papel de marido, lhering, no seu Espirito de Direito Romano, julga meritorios, os seus serviços, libertando a mulher da tutela

dos agnatos, por meio da capitis diminutio resultante do casamento ficticio e da emancipação. Quando os Imperadores Claudio e Hadriano abolirão a tutela dos agnatos e derão á mulher o direito de dispor livremente de seus bens já a libertação social da mulher se havia operado, de facto, pelo esperito liberal dessa ficção dos jurisconsultos, que Cicero fingia não comprehender.

Verdade é que Cicero teve alguma razão de dizer mal dos actos apparentes, criticando na sua oração *Pro Domu* a adopção ficticia do patricio Clodio, seu mortal inimigo, pelo plebeo Fonteius, mais moço que o filho adoptivo, que por esse meio realizára a transitio ad pleben necessaria para que o patricio podesse ser eleito tribuno do povo. Mas, se Cicero tivesse vivido até o tempo de Nerva, de Trajano, de Ha-driano e dos Antoninos, havia de achar certamente admiravel a invenção da adoptio regia, creando a ficção de um filho do Imperador designatus augustæ magestatis heres - distincto do filho familia. Por meio da ficção de uma relação de familia apparente convertia-se o direito hereditario da dynastia reinante na eleição necessaria de homens eminentes adoptados para successores do Imperio; systhema eleitoral engenhosissimo, que se podesse ter sempre applicação que teve no seculo dos Antoninos, resolveria no regimen do absolutismo monarchico o ideal democratico, melhor que o suffragio universal.

A nobre intelligencia dos jurisconsultos romanos servia á liberdade, ainda quando parecia regular a servidão. Ulpiano dizia que os escravos pelo Direito Civil nada erão pro nullis habentur, mas que o Direito Natural affirmava a igualdade humana e que a servidão era comparavel a morte. Reconhecendo embora o facto de sua universidade no Direito positivo como instituição Jus Gentium, ainda assim a jurisprudencia romana sustentava que a escravidão era contraria á natureza - contra naturam.

Concebe-se, pois, que a jurispradencia romana lutasse como lutou por todos os meios ao seu alcance em favor da liberdade da mulher contra os costumes e as leis, que a sujeitavão á ser-

vidão.

No rigor do Direito Civil a mulher não podia constituir familia, que se formava pela agnação dos masculinos, de sorte que só pela sujeição ao poder marital podia a mulher ter parentesco com seus filhos, na qualidade de filha do ma-rido. Mulier fumiliæ suæ caput et finis est (Digesto, Liv. 50, Tit. 16,Fr. 195, § 5). Qui nascentur pairis non matris familiam sequntur (Inst. Liv. 1, Tit. 15, § 1.)

A jurisprudencia, dando preponderancia á cognação constituia para a mulher uma familia vinculada pelos laços naturaes do sangue que pouco a pouco veio a prevalecer sobre a familia formada pelos laços civis da agnação, firmando o principio que o Direito Civil não podia destruir os direitos naturaes do sangue, jura san-guinis nullo jure civile divimi possunt. (Digesto, Liv. 50, Tit. 17, Fr.8). Civilis satio civilia quidem jura corrumpere rotest; naturalia vero non utique. (Iust, Liv. 1, Tit. 15, § 3).

Ao passo que inventava o casamento simulado (judicciæ causa) para quebrar os vinculos da agnação e libertar assim a pessoa e o patrimonio da mulher da tutela dos agnatos, a jurispru-dencia lutava tambem para sustentar a liber-dade e a dignidade da mulher no casamento verdadeiro contra o poder despotico facultado ao marido pelo Direito Civil. Assim, emquanto o Direito Civil submettia a mulher ao dominio absoluto do marido-manu viri-por um contrato realizado na fórma de compra e vendacoemptio-imaginario venditio ou por meio do usucapião annual que servia para acquisição do dominio das cousas moveis, permittindo o re-pudio sempre que o marido quizesse : a jurisprudencia creava o casamento sem a manu pelo simples consenso; evitava o usucapião meio da interrupção da posse pela ausencia da mulher do domicilio conjugal durante tres noites; definia o casamento, não como uma sociedade desigual e sujeita ao repudio caprichoso do marido, mas como o consorcio de toda a vida pela communhão de todos os direitos divinos e humanos-consortium omnis vitæ; divini et humani juris communicatio. (Digesto, liv. 23, tit. 2°, Fr. 1.) Nuptias non concubitus sed consensus facit. (Dig. Liv. 50, Tit. 17,

O Direito Civil privava a mulher do direito de testar para que ella não podesse privar os

agnatos de sua successão.

Dando á mulher o meio de livrar-se dos vinculos da agnação, a jurisprudencia inspirou aos agnatos o interesse de obter por testamento o que não podião mais obter forçadamente pela lei. Dahi resultou, como facilmente se deprehende do texto do Instituto de Gains explicado por Ihering, que os herdeiros legitimos segundo o Direito Civil não se oppunhão a que a mulher fizesse testamento quando realizava a comeptio testamenti faciendi gratia.

Catão, o censor. pela inflexibilidade das suas idéas de dominação masculina, era o fiel representante da dureza quasi feroz dos Sabinos e do Direito Quizitario. Sabino, apresentando-se como o adversario e o perseguidor das mulheres, — mulierum adversarius et castigator—engrossou a vos e encheu os pulmões—magnī voce et bonse lateribus — afim de excitar a indignação da assembléa do povo masculino contra as mulheres, para obter, como obteve, a votação da lei Voconia, limitando a cem mil sestercios o direito de successão das mulheres. Baldado esforço. A lei voconia, que segundo a informação de Tito Livio, deveria assegurar o esplendor e a opulencia dos nobres chefes patricios, deixou de ser executada. Os fideicommissos inventados pela jurisprudencia fazião indirectamente chegar a successão aos incapazes de herdar conforme o rigor do Direito Civil.

IX

Em honra de Catão é justo dizer que elle não procurava occultar o intento de opprimir as mulheres, sob a falsa apparencia de protecção á sua fraqueza e leviandade. Ao contrario, confessava publicamente a força de vontade e a lucidez de intelligencia das mulheres.

Na discussão da lei Oppia, contada por Tito Livio, dísse que por isso mesmo era necessario reprimir a ambição das mulheres, porque se ellas conseguissem igualar em direito aos homens, em breve os havião de supplantar—simul pares

esse caperint, superiores erunt.

A resposta do tribuno Valerio, tambem conservada por Tito Livio, deveria agradar mais ao povo, como agradou, conseguindo a revogação da lei Oppia, que privava as mulheres do uso dos ornatos e dos habitos luxuosos, de sorte que, na espirituosa phrase do tribuno, se permittia aos cavallos o luxo de uma manta de purpura; que era prohibidas ás mulheres. Sobre isso, com muito mais habilidade, dissimulando a mesma intenção dominadora de Catão, o eloquente tribuno Valerio observou que na sua objurga oria Catão fizera de um argueiro um cavalleiro, dando à reclamação collectiva das mulheres contra a privação dos seus ornatos a apparencia de uma sedição, quando certamente fora a intenção dos antepassados romanos, nas suas leis e costumes, fazer da elegancia e dos ornatos o mundo das melheres-munditia et ornatus et cultus hunc mundum mulierum appellarunt majores nostri-para conserva-las mais facilmente na sujeição dessas bonitas cadeias.

A prova de que o tribuno Valerio fallava verdade, está bem patente no titulo do Digesto (Liv. 34, Tit. 2) que, de accordo com as instituições existentes, designa como devendo ser o mund, da mulher — mundus mulieris — o seu boudoir e os objectos do seu toilette. Servidão em gaiola dourada, Mantilhas de renda e pur-

pura para não cubicarem a toga. O mundo das joias e dos enfeites para afastar as mulheres do

mundo dos negocios.

Fraqueza, ignorancia do Direito, inconveniencia de se envolverem mulheres em negocios de homens, são as razões dadas para afasta-las dos chamados officios viris, civis ou publicos. Era bem singular que, em vez de confessar a covardia viril e o temor da competencia feminina, com a franqueza de Catão, se repetisse em Roma nos Edictos dos Pretores, nos Senatusconsultos e na interpretação do Direito Costumeiro esses futeis pretextos, quando a lenda attribuia á Egeria as antigas leis de Numa e a Tanaquil e Tullia o começo e o fim da realeza etrusca: quando a historia da Republica conservava em uma estatua equestre a recordação do heroismo de Clelia e em um templo a pia recordação do serviço prestado pelas matronas romanas á Republica, que os homens não sabião como defender contra a colera de Coriolano.

Hoje ainda se repetem as mesmas pedanterias, em que ninguem mais acredita, quando os Soberanos mais notaveis da Inglaterra, da Austria, da Hespanha e da Russia forão mulheres.

Hoje, como hontem, se repetem sempre as mesmas falsas razões, dissimulando as verdadeiras, que a rude sinceridade de Catão não lhe permittia occultar, assim como fez depois nas suas satyras o poeta Juvenal, que tinha os mesmos sentimentos de Catão contra as mulheres, mas que tambem, como elle, levava a franqueza na enunciação do pensamento até á grosseria, conservando a dignidade do verso pela sinceridade de sua indignação e elevação de seus sentimentos.

Juvenal pinta a figura da mulher romana, não como a de um ente fraco e imbecil, mas dominadora até o sic volo sic jubeo, dictando a lei e conhecendo o direito em todas as suas subtilezas, na pratica e na doutrina, com intelligencia capaz de dar lições ao jurisconsulto

Celso.

Component ipsæ per se formantque libellos principium atque locus Celso dictare paratæ.

Dr. J. E. Sayão de Bulhões Carvalho.

Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brazileiros.

Rio, 28 de Fevereiro de 1901.





