

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

**O DIREITO MATRIMONIAL NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO
XIX: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA**

CURITIBA

2008

BREEZY MIYAZATO VIZEU FERREIRA

**O DIREITO MATRIMONIAL NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO
XIX: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

CURITIBA

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

BREEZY MIYAZATO VIZEU FERREIRA

O DIREITO MATRIMONIAL NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: UMA ANÁLISE HISTÓRICO-JURÍDICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito das Relações Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Samuel Rodrigues Barbosa
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de 2008.

Ao Fabio, André, Gabriel e Bianca,

com todo o meu amor

AGRADECIMENTOS

A presente dissertação, bem como o a minha trajetória acadêmica no Mestrado não teria sido possível sem a presença de algumas pessoas, a quem serei sempre grata.

Agradeço à minha família: meu marido Fábio, pelo companheirismo, estímulo e carinho de sempre; aos meus amados filhos, por todo o tempo em que não pude estar presente, e pela indescritível alegria que sempre me proporcionam. É por vocês que tudo isso vale a pena.

Aos meus pais Aurora e More, por todo o amor, incentivo e apoio incondicional em todos os momentos de minha vida, e por acreditarem e torcerem sempre por mim. Aos meus sogros, Wanilda e Abílio, por estarem sempre presentes e acompanhando com palavras de incentivo cada passo de minha jornada.

Ao meu orientador Ricardo Marcelo Fonseca, por ter aceitado e acreditado no desafio deste trabalho. Sou muito grata pelas enriquecedoras aulas e conversas, e por ter me orientado no caminho da reflexão crítica da História, que foram de fundamental importância para a realização desta dissertação.

Ao professor Luiz Edson Fachin, pela sensibilidade e solicitude de sempre. Foram as suas aulas, ainda em Maringá, que me fizeram despertar para o apaixonante mundo acadêmico.

Aos meus professores de Mestrado, especialmente e Celso Ludwig, que faz com que tudo pareça tão fácil.

À Mara, grande amiga desde os tempos da graduação, que, apesar de distante, ainda permanece sempre presente em minha vida, pela generosidade e o carinho de sempre.

À Sarah Linhares, amiga e irmã de coração, com quem posso contar e compartilhar sempre, por todos os momentos de alegria e estudo.

À querida amiga Andrea Sá, pelas conversas enriquecedoras, o apoio e incentivo de sempre.

Aos queridos amigos Clayde Pace, pelos bons momentos de conversa ao longo do caminho; ao Hermes Blumenthau, pela amizade e as boas recordações.

Aos colegas de Mestrado.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Aos funcionários da biblioteca, especialmente à Rita, Loeri, Edinéia e Wilson.

À CAPES, pelo apoio financeiro.

RESUMO

A presente dissertação teve por objeto o estudo histórico-jurídico da formação e dissolução matrimonial no Brasil na segunda metade do século XIX, bem como o papel que as fontes formais representavam perante a doutrina e a jurisprudência neste período. Para este intento, foi realizada uma busca nas normas atinentes à constituição da família brasileira em todo o período estudado, sejam elas jurídicas ou eclesiásticas, concomitante a uma pesquisa jurisprudencial brasileira na segunda metade do século XIX, acerca de temas atinentes às uniões familiares no Brasil (casamento religioso, casamento misto, casamento entre acatólicos, casamento civil, anulação de casamento, divórcio), retiradas de revista de grande circulação nesta época, assim como o estudo da doutrina sobre estes assuntos durante este período. Esta busca teve por objetivo a análise do papel das fontes em nosso país, identificando, para tanto, quais fontes eram efetivamente citadas na jurisprudência e na doutrina na segunda metade do século XIX sobre o direito matrimonial, no intuito de compreender o funcionamento e aplicação de distintas espécies normativas dentro de um mesmo ordenamento jurídico, no âmbito jurídico matrimonial na segunda metade do século XIX.

ABSTRACT

This work consists a historical and legal study of the marriage formation and dissolution during second half of nineteen century. It was intended to verify the paper that the formal sources represented before the doctrine and the jurisprudence in this period. For this purpose, it was made a search in the norms about the constitution of the Brazilian family in the studied period, as legal than ecclesiastics norms, jointly with a deep research about Brazilian's common law effective in second half of nineteen century, concerning subjects related to the familiar unions in Brazil (religious marriage, mixing marriage, marriage between non catholic, civil marriage, cancellation of marriage, divorce). The data came from magazine of wide circulation at this time, as well as the study of the doctrine on these subjects during this period. This search focused the analysis of the impact of the sources in our country, identifying, for in such a way, which sources was cited in jurisprudences and the doctrines from that time, relate to the marriage right. Thus, from this analysis, it aimed understand the dynamics and application of distinct norms concerning the same juridical ordering in the scope of the marriage right in the second half of nineteen century.

Sumário

INTRODUÇÃO	12
1 A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX E A FORMAÇÃO DO DIREITO NACIONAL.....	21
1.1 PASSADO JURÍDICO: A TRADIÇÃO JURÍDICA PORTUGUESA NO BRASIL COLONIAL	22
1.2 DIFUSÃO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA: O ENSINO DO DIREITO NO SÉCULO XIX	36
1.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX	45
2 O CASAMENTO NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: AS FONTES FORMAIS DISPONÍVEIS	55
2.1 A HERANÇA DO DIREITO COMUM SOBRE O CASAMENTO: DIREITO CANÔNICO E OS USOS E COSTUMES DO REINO.....	55
2.2 O CASAMENTO NO IMPÉRIO E A CONSOLIDAÇÃO DE TEIXEIRA DE FREITAS: AINDA SOBRE A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO	62
2.3 CASAMENTO SEGUNDO O DECRETO 1144 DE 1861: TRIPARTIÇÃO DO CASAMENTO, AINDA SOB A INFLUÊNCIA CATÓLICA	70
2.4 DECRETO N. 181 DE 1890 E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1891: ESTABELECIMENTO DO CASAMENTO CIVIL.....	78
2.5 DESAGREGAÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: O DIVÓRCIO NO SÉCULO XIX	84
3 O CASAMENTO NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: PARA UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DA TEORIA DAS FONTES NO BRASIL OITOCENTISTA	92
3.1 O PAPEL DAS FONTES MATRIMONIAIS (LEI, DIREITO CANÔNICO E DIREITO SUBSIDIÁRIO) DIANTE DA DOCTRINA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX	92
3.2 O PAPEL DAS FONTES FORMAIS (LEI, DIREITO CANÔNICO, COSTUMES) DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA	109
4 CONCLUSÃO.....	121

REFERÊNCIAS127

Lista de tabelas

Tabela 1	Relação de doutrinadores citados na Revista “O Direito”	93
Tabela 2	Relação de assuntos conjugais na doutrina do período investigado	100
Tabela 3	Quantidade de fontes formais citadas nos artigos	100
Tabela 4	Relação de assuntos conjugais na jurisprudência do período investigado	109
Tabela 5	Porcentagem dos julgados nos Órgãos julgadores	113
Tabela 6	Quantidade de fontes formais citadas na jurisprudência	113

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto o estudo histórico-jurídico da formação e dissolução matrimonial no Brasil na segunda metade do século XIX e o papel que as fontes representavam perante a doutrina e a jurisprudência neste período. Para tanto, será realizada uma busca nas normas atinentes à constituição da família brasileira de todo este período, sejam elas jurídicas ou eclesiásticas, conjuntamente com uma pesquisa jurisprudencial em nossos tribunais, no âmbito da família brasileira na segunda metade do século XIX, bem como a análise do pensamento dos doutrinadores do direito de família em nosso país, neste período.

Não se trata, no presente caso, de fazer um estudo conceitual do casamento e do Direito de Família, mas, ao contrário, o objetivo será fazer, num primeiro momento, todavia, sem constituir o foco central da pesquisa, uma análise da herança histórica do casamento pelo Direito de Família, ou seja, uma análise da ordem jurídica na história do casamento no Brasil, analisando quais as normas existentes para regular as uniões entre os casais, sejam as Constituições, tanto a Imperial quanto a Republicana, a Consolidação das Leis Civis, realizado por Teixeira de Freitas e, ainda, os decretos publicados durante este período.

Na seqüência, a partir de tal resgate histórico das uniões familiares, e de posse com a legislação específica do período a ser estudado, será realizada uma tentativa de compreensão das razões pelas quais estavam reguladas desta forma específica. Ainda, com a jurisprudência brasileira do final do século XIX, a tentativa será no sentido de verificar a aplicação da legislação familiar no caso concreto e, com isso, qual o seu papel na resolução de conflitos familiares, ou seja, se eram, de fato, aplicadas nos conflitos e litígios familiares, análise esta aliada à reflexão do pensamento dos doutrinadores de direito de família brasileiro desta época, como já destacado.

Feitas tais considerações, cumpre ressaltar que o estudo histórico a ser realizado nesta dissertação tem por pressuposto a idéia de que a história também é feita de rupturas. Em outras palavras, não será feito um estudo histórico linear e homogêneo¹ da constituição do casamento no Brasil, como um processo histórico contínuo, onde o presente é consequência do passado, ao contrário, o estudo, ao se propor a análise das uniões entre casais no Brasil, no período colonial e no período republicano, irá considerar a complexidade, as rupturas² dos momentos históricos nos quais as mesmas estavam inseridas, tentando, se é que isso é possível, analisar a formação da família brasileira com a perspectiva e o olhar daquela época, e não com os olhos do presente, vale dizer, tentar compreender a formação da família não como a entendemos nos dias de hoje, mas como era vista pela comunidade daquele momento histórico específico.

Com isso, o tipo de análise histórica que irá orientar a presente dissertação buscará, em primeiro lugar, afastar o historicismo jurídico (história tradicional), que está atrelado ao positivismo, e que busca justificar o presente como consequência do desenrolar natural dos fatos pretéritos³. O estudo aqui proposto,

¹ Tal perspectiva, de uma história linear e homogênea, segundo Ricardo Marcelo Fonseca geram duas distorções graves: a primeira distorção, afirma referido autor, cria uma empatia com o presente, distanciando-se, com isso, do passado a ser estudado. A segunda distorção consiste em ver a história como um desenrolar natural dos acontecimentos que desembocariam naturalmente no presente momento. (FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e Contrato de Trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002. p. 26-27).

² Este modelo, que vê a história a partir de rupturas de um processo complexo é proposto pela Escola francesa dos “Annales”, a chamada Nova História, que, segundo esclarecimento de Antonio M. HESPANHA, objetiva ultrapassar o positivismo histórico, o estabelecimento de uma história global, a busca de uma história social, e, por fim, olhar a história como uma ciência do presente. (HESPANHA, Antonio Manuel. **Historia das Instituições**. Coimbra: Almedina, 1982. p. 17).

³ Ricardo Marcelo Fonseca, ao tratar do historicismo jurídico, afirma que o mesmo “acaba desempenhando a função de justificar e legitimar o direito de hoje, contribuindo, em certa medida, para imunizá-lo de críticas em prol de uma suposta ‘tradição histórica’”. (FONSECA, Ricardo Marcelo. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, Curitiba - PR, v. 17, p. 570-585, jul./set. 2000. p. 575).

ao contrário desta perspectiva positivista, buscará a análise histórica como instrumento de reflexão crítica.

Por outro lado, também é importante frisar que o Direito constitui um fenômeno social, ou seja, é fruto de uma construção a partir de relações sociais entre personagens inseridos numa determinada sociedade e num tempo específico. Assim, ao se propor o estudo do Direito, este deve ser feito a partir dos pressupostos condicionantes nos quais está inserido. Sobre este assunto, considera Ricardo Marcelo Fonseca que “A análise dos institutos, conceitos ou teorias somente pode ser efetivada a partir de sua inscrição num dado tempo, considerando todos os condicionamentos sociais, econômicos, políticos, mentais, etc., que os circundam, delimitam e condicionam”⁴.

Assim, diante de tais considerações metodológicas, cumpre assinalar que o termo “família” e a sua formação, conforme entendemos hoje, não pode possuir o mesmo significado de tempos atrás, por estarem num contexto social e econômico totalmente dissociados com a presente realidade⁵. Desta forma, ao

⁴ *Ibid.* p. 574. “A história no direito...”. Ainda sobre a importância da inserção do Direito num determinado tempo e local, António Manuel Hespanha afirma que “o direito existe sempre ‘em sociedade’ (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São, nesse sentido, sempre *locais*.” (HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 21).

⁵ Tal consideração é esposada por António Manuel Hespanha, que assim coloca: “Realmente, conceitos como pessoa, liberdade, democracia, família, obrigação, contrato, propriedade, roubo, homicídio, são conhecidos como construções jurídicas desde os inícios da história do direito europeu. Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua constituição *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de casa ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. (...)”

Alguns exemplos desta falsa continuidade. O conceito de *família*, embora use o mesmo suporte vocabular desde o direito romano (*família*), abrangia, não apenas parentelas

contrário de alguns estudos históricos do direito que buscam os precedentes históricos dos institutos “em épocas onde tais instituições pouco ou nada tinham em comum com o modo como elas são encaradas no presente, numa verdadeira subversão de sentido que somente se presta para poder legitimar, pelo procedimento histórico, uma visão do mundo presente”⁶, o presente estudo, como já afirmado acima, se propõe a analisar o direito matrimonial dentro do contexto histórico-jurídico brasileiro da segunda metade do século XIX, considerando todas as suas vicissitudes e peculiaridades⁷.

Por fim, o estudo da história da formação da família no Direito pátrio constitui relevante importância, por dois motivos: em primeiro lugar, ao contrário da história tradicional, que buscou sempre a história dos “grandes acontecimentos” e a vida de “pessoas ilustres”, o objetivo deste trabalho, vem de encontro com a perspectiva da Escola dos “Annales”, que busca o estudo da história das pessoas comuns, do cotidiano, e, no presente caso, da formação da família brasileira. Em segundo lugar, faz-se necessário tal estudo, dada a falta de material doutrinário acerca da história da família na seara do direito, e que constitui, inclusive, um estudo relativamente recente. Friedrich Engels⁸ já dizia, em 1884 que até a década de sessenta do século XIX, tal matéria não era sequer

muito mais vastas, mas também não parentes (como criados ou os escravos [*famuli*]) e até os bens da ‘casa’”. (HESPANHA, **Cultura jurídica...**, p. 26-27)

⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo. “**Modernidade e Contrato...**”. p. 27.

⁷ De fato, segundo Luiz Edson Fachin, “o reconhecimento de que o direito é fenômeno social significa apreender sua inafastável relação com a dimensão fática da qual emerge e, dialeticamente, à qual se dirige a disciplinar”. (FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parabiológico e irmandade socioafetiva. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 267-296, 2008. p. 283).

⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. p. 6-7. Tratando especificamente sobre a família, Engels ensina que o termo “família” foi trazida pelos romanos, e retratava um novo elemento social, onde o chefe da família mantinha a mulher, os filhos e escravos sob o seu poder, que exercia o pátrio poder e o direito de vida e morte sob todos eles. (ENGELS, **A origem da...**, p. 48).

cogitada, somente em 1861, com a publicação da obra “Direito Materno”, de Bachofen, é que o estudo da história da família efetivamente se inicia⁹.

Desta forma, com o escopo de atingir os objetivos aqui propostos, a dissertação será dividida, além da Introdução e das considerações finais, em três capítulos: o primeiro capítulo tratará da cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX e a formação do direito nacional. Para tanto, será estudado e analisado o nosso passado jurídico, buscando a herança do direito português no Brasil colônia, ou seja, verificar como se deu essa implantação do direito oriundo da Metrópole na Colônia, quais as influências recebidas, e, ainda, quais as fontes utilizadas para a solução dos conflitos, se tais fontes foram simplesmente aplicadas ou houve a devida adaptação de acordo com as peculiaridades locais.

Ainda, na segunda parte deste capítulo, buscar-se-á identificar quais foram as efetivas contribuições para a formação dos contornos de uma cultura jurídica nacional, partindo da análise de dois elementos: os juristas de destaque neste período, bem como de sua formação acadêmica, suas obras, e a influência recebida para a formação da produção científica da época. O segundo elemento trata-se do estudo das faculdades existentes na segunda metade do século XIX e a formação dos bacharéis em nosso país e a produção legislativa neste período.

O segundo capítulo será reservado a um resgate histórico das fontes formais matrimoniais na segunda metade do século XIX destinadas a regular a formação e dissolução da família no Brasil. Buscar-se-á não apenas as Constituições Imperiais e da República, a Consolidação das Leis Civis de

⁹ Engels afirma que antes da década de 60, do século XIX “as ciências históricas ainda se achavam, nesse domínio, sob a influência dos cinco Livros de Moisés. A forma patriarcal da família, pintada nesses cinco livros com maior riqueza de minúcias do que em qualquer outro lugar, não somente era admitida, sem reservas, como a mais antiga, como também se identificava – descontando a poligamia – com a família burguesa de hoje, de modo que era como se a família não tivesse tido evolução alguma através da história”. (ENGELS, **A origem da família...**, p.48)

Teixeira de Freitas, mas, principalmente, os decretos legislativos que vieram regulamentar diferentes questões atinentes às uniões familiares na segunda metade do século XIX em nosso país. Tal análise também terá por pano de fundo o pensamento dos doutrinadores e a jurisprudência da época acerca do casamento e sua dissolução.

Neste capítulo também será abordada a influência do direito canônico na regulamentação e formação da família brasileira na segunda metade do século XIX. Neste sentido, buscar-se-á quais as regras impostas pela Igreja para regulamentar as uniões entre os casais no Brasil, qual a postura do Estado perante essa influência e, ainda, o momento da ruptura, ou seja, o momento em que o Estado passou a interferir decisivamente nessa influência eclesiástica.

O retrato das fontes formais no âmbito do direito matrimonial existentes no período estudado, e a maneira pela qual a mesma tratava do assunto em nosso país, servirá para a compreensão e determinação do momento jurídico vivenciado pelo Estado brasileiro, durante esta época.

Por fim, no terceiro e último capítulo será realizada uma busca da jurisprudência na segunda metade do século XIX acerca de temas atinentes às uniões familiares no Brasil (casamento religioso, casamento misto, casamento entre acatólicos, casamento civil, anulação de casamento, divórcio) retiradas de revista de grande circulação nesta época, bem como o estudo da doutrina sobre estes assuntos durante este período. Esta busca terá por objetivo a análise do papel das fontes em nosso país, identificando, para tanto, quais fontes eram efetivamente citadas na jurisprudência e na doutrina na segunda metade do século XIX, sobre o direito matrimonial. Assim, a partir desta análise, buscar-se-á compreender o papel que as fontes tinham na orientação e aplicação do direito no âmbito do direito matrimonial na segunda metade do século XIX.

De fato, tal análise é importante na medida em que se observa, neste período, uma variedade significativa de fontes que regulamentavam e orientavam

a aplicação da disciplina do direito matrimonial brasileiro. Neste sentido, dada a existência desta pluralidade de fontes, e ante a falta de estudos acerca desta peculiaridade jurídica desta época, este trabalho será, também, uma tentativa de identificar e compreender o problema das fontes na segunda metade do século XIX, tendo por parâmetro, como já destacado acima, a jurisprudência e a doutrina coletadas neste período.

Para a realização desta pesquisa, elegeu-se o período relativo à segunda metade do século XIX, como já mencionado em diversos trechos desta Introdução. Tal escolha deve-se, principalmente, a dois fatores: primeiramente, justificando a escolha do termo inicial deste trabalho, foi escolhida a década de cinquenta do século XIX, pois é a partir desta década que, de fato, começam a ocorrer alguns fatos significativos para a cultura jurídica de nosso país, fatos estes que serão analisados com maior cuidado no próximo capítulo, como o fortalecimento das primeiras faculdades de Direito em nosso país, especialmente com a Reforma do ensino, em 1854, o advento do Código Comercial e da Lei de Terras.

O segundo fator, que marca o termo final do período escolhido, ou seja, o final do século XIX se justifica, pois, especialmente no âmbito do direito matrimonial, ocorreram importantes e significativos acontecimentos, tanto no âmbito legislativo, como nas discussões e polêmicas entre os juristas acerca das pressões pela necessidade de rupturas na seara das relações conjugais no Brasil durante todo o período da segunda metade do século XIX. Tais acontecimentos justificam, portanto, a escolha do período a ser analisado.

Ainda, para a realização da análise aqui proposta, a partir da doutrina e da jurisprudência, buscou-se especialmente artigos e julgados na revista “O Direito”, que tem como conteúdo doutrina, jurisprudência e legislação sobre diversos assuntos, bem como a obra de Lafayette Rodrigues Pereira, intitulada “Direitos de família”. A escolha especificamente desta Revista se justifica, pois, além de

ser citada em diversas obras do período, inclusive nas próprias decisões e em outros artigos encontrados na Revista, o fato é que, no século XIX, os periódicos tiveram um tempo muito curto de duração, a exceção da Revista “O Direito”.

De fato, segundo Luiz Antonio Gonçalves da Silva, em artigo sobre as revistas brasileiras de direito afirma que "o caráter efêmero vai ser a maior característica de todas. (...) com uma vida entre um e dez anos de circulação. Este parece ter sido o destino da maioria dos títulos. A Revista *O Direito* vai ser uma exceção. Iniciada em 1873, continuou publicada até 1913”¹⁰. Criada por João José do Monte Júnior, esta Revista, de acordo com Valladão, foi o periódico mais importante do século XIX¹¹, reunindo em seu interior artigos de autores como Francisco Baltazar da Silveira, (Ministro do Supremo Tribunal de Justiça), Tristão de Alencar Araripe, Olegário Herculano de Aquino e Castro e Joaquim Saldanha Marinho. Ainda, segundo Teixeira de Freitas, “O Direito” constitui uma importante fonte jurídica deste período¹².

Ainda, ratificando este entendimento do caráter efêmero dos periódicos no século XIX, José Reinaldo de Lima Lopes, ao tratar sobre a cultura jurídica brasileira e a jurisprudência em nosso país, afirma que:

O que se discutia e como se discutia em juízo? Até a década de 1870 não havia publicação regular e estável do periódico jurídico relevante no Brasil. As leis eram publicadas remetendo-se cópias para as câmaras, guardando original na Coleção de Leis. As câmaras ficavam encarregadas de dar publicidade. A jurisprudência é limitada. Entre 1813 e 1846 publicou-se uma *Gazeta dos Tribunais*, no Rio de Janeiro. Outras publicações de jurisprudência, todas de vida curta, foram *Nova Gazeta dos*

¹⁰ SILVA, Luiz Antonio Gonçalves da. Difusão da doutrina jurídica: as revistas brasileiras de Direito. **Revista de Direito UPIS**, Brasília – DF, Ano I, vol. 1, p. 261-298, janeiro de 2003. p. 266.

¹¹ VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973. p. 88.

¹² MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império**. 2 ed. revista e aumentada. Brasília: Cegraf, 1983.

Tribunais (1848-1849), *Gazeta Judiciária* (1852-1854), *Crônica do Foro* (1859). Mais promissoras foram a *Revista de Jurisprudência e Legislação* (iniciada em 1862 no Rio de Janeiro pelo Instituto da Ordem dos Advogados), e a *Revista Jurídica* (em São Paulo, a partir de 1862). De forma continuada, particular e não oficialmente, publica-se *O Direito* a partir de 1873. Contém legislação, doutrina e jurisprudência e seus editores são magistrados, um advogado do Conselho de Estado e um advogado. Sua apresentação, porém, é muito cautelosa e representativa do pensamento da época: a jurisprudência não pode usurpar o papel da lei, como no Antigo Regime havia frequentemente acontecido¹³.

A obra de Lafayette, da mesma forma, constituiu uma importante fonte de doutrina para os juristas do século XIX, na medida em que se observa a referência a esta obra em vários artigos doutrinários, livros, bem como em quase toda a jurisprudência do período estudado, como será visto no último capítulo.

Por fim, para a realização do estudo aqui proposto, utilizou-se inúmeras citações oriundas do século XIX, que continham a grafia específica deste período. Assim, visando facilitar a leitura e compreensão das referências trazidas no trabalho, optou-se por transcrevê-las diretamente nos moldes da ortografia contemporânea, mantendo todas as demais formalidades do texto original.

¹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. Ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002. p. 333.

1 A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX E A FORMAÇÃO DO DIREITO NACIONAL

O século XIX, no que tange à realidade brasileira, como será visto neste capítulo, apresenta-se muito rico de importantes e significativos acontecimentos. De fato, além da independência do Brasil, no ano de 1822 e a proclamação da República, ocorrida no ano de 1889, encontramos, refletindo no âmbito jurídico, a promulgação de duas Constituições: a Constituição Imperial, em 1824, e a Constituição da República, promulgada em 1891, bem como a promulgação do Código Criminal, no ano de 1830, do Código Comercial, no ano de 1850, e da Lei de Terras, também no ano de 1850. Concomitante a estes acontecimentos, verifica-se, também, a promulgação de inúmeros decretos legislativos regulando situações específicas da sociedade brasileira, bem como o fortalecimento de nossas faculdades jurídicas na segunda metade do século XIX, como será visto neste capítulo.

Todavia, não obstante a importância de tais acontecimentos para o Estado brasileiro, o século XIX se mostra muito peculiar quando buscamos compreender o funcionamento de sua estrutura jurídica, bem como o funcionamento das fontes então disponíveis. Assim, ao que parece, como será visto e trabalhado no decurso da presente dissertação, o período relativo a este século mostra-se como um período de transição, entre o pré-moderno e o absolutismo jurídico¹⁴, em outras

¹⁴ O absolutismo jurídico, termo cunhado por Paolo Grossi, constitui o oposto do pluralismo jurídico, e, segundo Grossi, significa, para o historiador, o “ressecamento: o rígido monismo ditado por imperiosos princípios de ordem pública impede uma visão pluriordenamental e, conseqüentemente, pluricultural, concebendo um só canal histórico de escoamento munido de barreiras tão altas a ponto de evitar introduções e misturas vindas do exterior. A regra, a norma, gera-se somente naquele curso; o regular, o normal, a partir dele se mede. Todo o resto tem duas pesadas condenações: o ilícito, ou, na melhor das hipóteses, o irrelevante”. (GROSSI, Paolo. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). “in” GROSSI,

palavras, o pré-moderno no esforço de modernização jurídica, o que torna o trabalho do estudo, resgate e análise das fontes jurídicas existentes neste período, um pouco mais difícil, pela complexidade que a realidade jurídica se apresenta.

Neste sentido, tendo por pano de fundo as considerações acima destacadas, o presente capítulo servirá para contextualizar a realidade do passado jurídico no Brasil colônia, bem como a questão da cultura jurídica no Brasil na segunda metade do século XIX.

1.1 PASSADO JURÍDICO: A TRADIÇÃO JURÍDICA PORTUGUESA NO BRASIL COLONIAL

O presente tópico terá por premissa o estudo do passado jurídico¹⁵ em nosso país, ou seja, as origens da instalação da ordem jurídica na América portuguesa, com a implantação do direito português no novo Estado recém descoberto pela metrópole. Neste sentido, buscar-se-á como se deu essa implantação do direito português na colônia, quais as influências recebidas, bem como as fontes realmente utilizadas para as soluções dos litígios existentes, e mais, verificar se tais fontes foram simplesmente aplicadas ou houve necessidade de uma adaptação de acordo com as exigências de uma comunidade distinta do reino português. São estas questões, portanto, que constituem o cerne do

Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 127).

¹⁵ Pondera Pontes de Miranda que: “O Direito, no Brasil, não pode ser estudado desde as sementes, nasceu do galho de planta, que o colonizador português, – gente de rija têmpera, no ativo século XVI e naquele cansado século XVII em que se completa o descobrimento da América, – trouxe e enxertou no novo continente. Resta saber se trouxe tudo que tinha, se criou direito novo, ou se, forçado pelas circunstâncias, modificou o que trouxe”. (MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 26). Assim, característica importante a considerar, de acordo com que Pontes de Miranda destaca acima, é que o nosso direito não veio da semente, vale dizer, ele não nasceu das necessidade da sociedade brasileira, ao contrário, nasceu do galho de planta, como o autor coloca, ou seja, veio transportado para a colônia já pronto, e começou a germinar a partir daí.

problema e que será tratado neste tópico, sem a pretensão, todavia, de dar respostas prontas e acabadas para estes questionamentos, mas, ao contrário, procurar, acima de tudo, problematizar, relativizar o que comumente dá-se como certo.

Importante destacar que o estudo do direito português para a compreensão do passado jurídico brasileiro se justifica pelo fato de, no Brasil colônia, apesar de ter tido a influência de três culturas distintas, vale dizer, a indígena, africana e lusitana, é desta última que recebeu a significativa e dominante influência na formação jurídica brasileira. Não poderia ser diferente, pois os dois primeiros grupos, o indígena¹⁶ e o negro¹⁷, estavam na posição de dominados, não tendo

¹⁶ Sobre a existência de um Direito indígena anterior à colonização, Antonio Carlos Wolkmer afirma que a historiografia oficial não reconhece “um Direito próprio, base de suas formas de procedimento no âmbito da propriedade, posse, família, sucessão, matrimônio e delito. Na verdade, a riqueza desses grupos indígenas revela-se na convivência com a pluralidade de valores culturais diversos, organizando suas modalidades de comportamento conforme disposições jurídicas ‘que nada têm a ver com o Direito Estatal, porque são a expressão de um sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais do Estado’”. (WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 51-52). Sobre o assunto ver ainda: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da Conquista à Colonização**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. SOUZA FILHO, Carlos Marés (Org.). **Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 1994.

¹⁷ Com relação ao negro, além de terem sido retirados de sua terra natal, não encontraram, na colônia brasileira, qualquer documento legislativo acerca de garantias ou direitos de escravos, tendo a legislação, ao contrário, só se preocupado em regular a importação de escravos negros, com a edição do Alvará de 29 de março de 1559. “Foi somente nos últimos vinte anos do dito século que se tratou deles na legislação. Os seus inestimáveis serviços nunca mereceram a consideração dos governadores e muito menos da Metrópole; e a Metrópole acordou, quando os negros constituíram um Estado no Estado com a implantação da República dos Palmares, e procurou então obter pelas vias legislativas o que as expedições militares não tinham podido conseguir. de fato, foi expedido o Alvará de 10 de março de 1682, determinando várias providências para chamar os quilombolas ao trabalho dos engenhos e das propriedades agrícolas, de onde haviam fugido, e assegurando-lhes a prescrição do domínio dos senhores, no prazo de cinco anos, a contar do dia em que voltassem ao convívio do povo. – Em 1687, ainda, foram ajustadas condições entre o governador de Pernambuco e o paulista Domingos Jorge Velho, para conquistar e destruir os negros levantados dos Palmares” (TRIPOLI, César. **História do direito brasileiro. Época colonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936).

espaço, portanto, para contribuir ou influenciar significativamente no processo de formação do Direito no Brasil, diante do dominador lusitano, que exerceu primordialmente o papel de fonte do direito brasileiro. Neste sentido, a metrópole portuguesa, no início da colonização, impôs aos habitantes indígenas que aqui encontraram todo o seu aparato jurídico, bem como “um direito, uma língua, uma religião, um sistema político, um conjunto de hábitos e costumes sociais, toda uma herança social, toda uma cultura em seu estágio atual de desenvolvimento”¹⁸. Ou seja, uma cultura jurídica imposta ao jovem Estado colonizado.

Assim, devido a essa influência da cultura jurídica advinda por meio da imposição dos colonizadores portugueses, torna-se importante, para a compreensão do passado jurídico em nosso país, buscar entender as origens da formação do direito português.

Dessa forma, do ponto de vista político e jurídico, Portugal, desde o século XIII até meados do século XVIII, se integra ao direito comum¹⁹, o mesmo da ordem jurídica européia. De acordo com Hespanha, esta unidade de direito foi favorecida pela homogeneidade da formação intelectual dos juristas letrados, vale dizer, tal homogeneidade vinha de três elementos: a língua (latim), que “lhes criava, para além daquele ‘estilo’ mental que cada língua traz consigo, um mesmo horizonte de textos de referência (numa palavra, a tradição literária

¹⁸ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 307. Ainda sobre a imposição da cultura portuguesa no Brasil colônia, ensina o autor: “O fato colonial, tanto em matéria de direito como em qualquer outro setor da cultura, impôs, a uma região habitada por povos primitivos de cultura neolítica, toda uma tradição cultural alienígena e todo um sistema jurídico já em adiantado estágio de evolução cultura”. (MACHADO NETO. **Sociologia...**, p. 307).

¹⁹ Segundo Hespanha, o termo “direito comum” tem como característica “a *unidade* – (i) quer enquanto *unifica* as várias fontes do direito (direito justinianeu, direito canônico e direitos locais; (ii) quer enquanto constitui um objeto *único* (ou comum) de todo o discurso jurídico europeu; (iii) quer ainda enquanto ‘trata’ este objeto segundo métodos e estilos de raciocinar *comuns*; (iv) forjados num ensino universitário do direito que era *idêntico* por toda a Europa; e (v) vulgarizados por uma literatura escrita numa língua então *universal* – o latim. (HESPANHA, **Cultura jurídica...**, p. 121).

romana)”²⁰. O segundo elemento constitui da mesma formação metodológica, “adquirida nos estudos preparatórios universitários, pela leitura dos grandes ‘manuais’ de lógica e de retórica utilizados nas Escolas de Artes de toda a Europa”²¹. O terceiro elemento, por fim, se deve ao fato de que o ensino jurídico incidia unicamente sobre o direito romano (Faculdades de Leis) e o direito canônico (Faculdades de Cânones). Assim, se ensinava em toda a Europa centra e ocidental o mesmo direito, “na mesma língua, com a mesma metodologia. É do trabalho combinado destes fatores – a unificação dos ordenamentos jurídicos suscitando e possibilitando um discurso jurídico comum (...) – que surge o direito comum, *ius commune*”²².

Assim, a história jurídica de Portugal constituía-se do direito comum europeu, mais as peculiaridades do direito reinol em algumas áreas específicas. Todavia, apesar da existência dessas áreas, segundo Hespanha, as mesmas “são continuamente corroídas por um discurso jurídico letrado que ia buscar toda a utensilagem doutrinal no direito comum”²³. Não poderia ser diferente, já que o direito romano era a base da formação dos juristas e juízes desta época, o que dá ao direito comum mais uma “natureza doutrinal do que legislativa. Isto é notório quando, a partir da Baixa Idade Média (séculos XIII e ss.) se cria uma espécie de *costume doutrinal (opinio communis doctorum)* que passa a ser decisivo – mais do que as próprias fontes dos direitos dos reinos – na orientação da jurisprudência”²⁴.

²⁰ HESPANHA, **Cultura jurídica...**, p. 122.

²¹ HESPANHA, **Cultura jurídica...**, p. 122.

²² HESPANHA, **Cultura jurídica...**, p. 122-123.

²³ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 139.

²⁴ HESPANHA, **Cultura jurídica...**, p. 123.

Apesar disso, a relação entre o direito nacional e o direito comum, de acordo com Hespanha, vinha prevista nas Ordenações Filipinas (III, 64), no sentido de proteger o direito pátrio (Ordenações e leis extravagantes) do direito comum (Glosa de Arcúcio, Comentários de Bártolo, opinião comum dos doutores). Apesar disso:

a prática invertia totalmente a situação, não apenas por serem muitíssimos os temas que o direito próprio do reino não abarcava, mas sobretudo porque, formados em escolas de direito romano e canônico e dependentes de uma tradição literária própria destes dois direitos, os juristas corroíam continuamente as especialidades do direito pátrio e aproximavam-no progressivamente das soluções doutriniais do direito comum”²⁵.

Neste sentido, percebe-se que, apesar da previsão da tentativa de proteção ao direito pátrio, este era constantemente corroído pelo direito comum, pela própria formação literária dos juristas daquela época, como visto acima. Diante disso, conclui Hespanha que “(...) a principal fonte para o conhecimento do direito efetivamente vigente em Portugal não seja a lei, mas sim a mole imensa de literatura produzida (e não apenas a portuguesa) durante os séculos XIV a XVIII”²⁶.

Diante da existência de tantas ordens jurídicas distintas (direito romano, direito canônico e os direitos próprios²⁷) no mesmo ordenamento jurídico, pode-se dizer que a sociedade europeia, e, portanto, Portugal, nesta época medieval,

²⁵ HESPANHA, **O direito dos letrados...**, p. 139-140.

²⁶ HESPANHA, Antonio Manuel *et al.* Os poderes do Centro. In: HESPANHA, Antonio Manuel (org.); MATTOSO, José (dir.). **História de Portugal: O antigo regime**, vol. 4, p. 141-243. Lisboa: Editorial Estampa, 1998. p. 175.

²⁷ Mesmo os “direitos próprios”, segundo Hespanha, constituíam, “desde logo, uma realidade também plural, já que sob este conceito podem ser subsumidos: (i) os direitos dos reinos; (ii) os estatutos das cidades; (iii) os costumes locais; (iv) os privilégios territoriais ou corporativos”. (HESPANHA, **Cultura jurídica...**, p. 168).

convivia, no âmbito do direito, com o pluralismo jurídico²⁸, que consiste, portanto, na existência de várias ordens jurídicas, de diferentes conteúdos, no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico.

É nesta paisagem jurídica plural que Portugal se instaura no Brasil colonial, ou seja, sob a forma do Antigo Regime, carregando, ainda, de acordo com José Reinaldo de Lima Lopes, “instituições formadas a partir da Idade Média, de caráter feudal ou corporativo; nele sobrevivem distinções de nascimento, estamentos, ordens e corporações”²⁹.

Relativamente à colonização, esta é marcada, inicialmente, com a divisão do território brasileiro em capitanias hereditárias oferecidas aos donatários, por meio das cartas forais³⁰, que conferiam diversos poderes, “assemelhados aos

²⁸ De fato, segundo Paolo Grossi, o medievo, sob o ponto de vista jurídico, consiste numa civilização plural, tendo em vista que se individualizam e convertem em realidade viva uma pluralidade de ordenamentos, ou seja, uma pluralidade de entes produtores de Direito, mas também porque sua construção se levante sobre a pluralidade, é a pluralidade a que confia sua ordem jurídica. (GROSSI, Paolo. **L’ordine giuridico medievale**, 11ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004).

²⁹ LOPES, **O direito na....**, p. 235.

³⁰ Em Portugal, os forais surgiram a partir da falta de unidade do reino, consideradas como verdadeiras constituições políticas municipais, servindo de outorga de concessões aos conselhos, bem como servindo como lei civil ou criminal, com o objetivo de suprir eventuais lacunas de costumes em algumas localidades. As leis gerais, de outro lado, foram decretadas sob o reinado de Afonso II, e, ao contrário dos forais, tinham vigência em todo o território português.

Pontes de Miranda informa que os forais eram de três tipos: “1) Os que regulavam as relações entre as sociedades ou círculos sociais interiores – *conselhos* – e o círculo envolvente, *nação*, representada no Rei e nos agentes do governo geral. São as constituições políticas dos municípios.

2) Os que regulavam relações de ordem civil ou criminal, dados a cada conselho, que se criava, ou ao que já existia, mas no qual faltavam costumes que as regulassem. Proviam à adaptação dos indivíduos à vida social, dentro de cada conselho, e consistiam, pois, em leis civis e criminais *locais*.

3) Os que dispunham sobre os *aforamentos* feitos coletivamente, ou por título genérico, a muitos indivíduos, em número determinado ou não, e nos quais se estipulava o *foro* ou pensão que cada morador devia pagar ao senhor do terreno, quer se tratasse do Estado (*terras da Coroa*), quer do Rei (*reguengos*), quer de particular (*herdamentos*).

senhores feudais, pois, além do papel de administrador, competia-lhe, também, o papel de legislador e de juiz. (...) e confundia-se numa só pessoa as funções de legislar, acusar e julgar”³¹. Aliados aos forais existiam, também, a legislação eclesiástica e as cartas de Doação. É nessa paisagem de feudos particulares, portanto, que marca o nascimento do Brasil colônia, caracterizado, também, pela busca de “trabalhadores na África, diante da destruição dos povos nativos e da conseqüente carência da mão-de-obra agrícola. (...) cuja fonte repousava na autoridade interna dos donatários”³².

Todavia, tal sistema não logrou êxito, devido ao fracasso da maioria das capitânias, momento em que a Metrôpole tratou de implementar o sistema de governadores-gerais. Neste período, além dos Forais e das cartas de Doação, surgiu, também, as “Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, leis e, finalmente, as Ordenações Reais”³³, que continham as compilações de leis e costumes do Reino, englobando as Ordenações Afonsinas, no ano de 1446, Manuelinas, de 1521 e Filipinas, de 1603³⁴, aplicadas, em geral, sem qualquer alteração para a realidade colonial brasileira.

Numa quarta classe poder-se-iam incluir os mistos das leis especiais, em que mais se corrigiam defeitos de adaptação do que se provia à constituição dos municípios, ou ao suprimento da lacuna no direito costumeiro e às relações enfiteúticas ou de *empresamentos*. Retocavam, por bem dizer, as situações jurídicas, quer para coatar a violência e tirania dos senhores, quer para atenuar o desenfreamento ou a barbada dos habitantes”. (MIRANDA, **Fontes e evolução...**, p. 34-35).

³¹ CRISTIANI. O direito..., p. 354.

³² WOLKMER, **História do direito...**, 2003. p. 46. Sobre o assunto, ver, ainda, a obra de SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

³³ WOLKMER, **História do direito...**, 2003. p. 47.

³⁴ Nestas Ordenações “continuaram subsidiários o Direito Romano e o Canônico, e, na falta deles, as opiniões de Acúrsio e de Bártolo de Saxoferrato, *quando a opinião comum dos doutores não fosse contrária*”, nestes termos: “Quando algum caso for trazido em pratica, que seja determinado por alguma Lei de nossos Reinos, ou estilo de nossa Corte, ou costumes em os ditos Reinos ou em cada uma parte deles longamente usado, e tal, que por Direito se deva guardar, seja por eles julgado, sem embargo do que as Leis Imperiaes acerca do dito caso em outra maneira dispõem; porque onde a Lei, estilo ou costume de nossos Reinos dispõem, cessem todas as outras Leis, e Direito. E quando o caso, de que se trata não for determinado por Lei, estilo, ou costume de nossos Reinos, mandamos

Destas três Ordenações, é somente a última, as Ordenações Filipinas³⁵, que vigoraram por muito tempo em nosso país, ou seja, de 1603 até a promulgação do Código Civil, no ano de 1916, assim, existiram por mais de trezentos anos entre nós, sendo, neste sentido, de significativa importância para o processo de compreensão da formação jurídica de nosso país. Todavia, apesar de tanto tempo vigorando no Brasil, houve, durante a sua existência, a edição de inúmeras leis extravagantes, no intuito de suprir as lacunas³⁶, omissões, ante as peculiaridades da Colônia. Este particularismo, segundo Hespanha, não é produto do direito comum, mas, antes, foi provocado diante de um conjunto de fatores

que seja julgado, sendo matéria que traga pecado, por os sagrados Cânones. E sendo matéria, que não traga pecado, seja julgado pelas Leis Imperiaes, posto que os sagrados Cânones determinem o contrario. As quais Leis Imperiaes mandamos somente guardar pela boa razão em que são fundadas. § 1º - E se o caso, de que se trata em pratica, não for determinado por Lei de nossos Reinos, estilos, ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos sagrados Cânones, então mandamos que se guardem as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Lei, quando por commum opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não for determinado, se guarde a opinião de Bártolo, porque sua opinião comumente é mais conforme à razão, sem embargo que alguns Doutores tivessem o contrario salvo se a comum opinião dos Doutores, que depois dele escrevem, for contraria”.. (MIRANDA, **Fontes e evolução...**, p. 41). O autor afirma, ainda, que as Ordenações Filipinas “elaboradas sob dois reis espanhóis reputados intrusos, foram atos de sedução, com que os dois Filipes tentaram cativar a estima do povo português, que governavam, e ao mesmo tempo reagir contra o realce do Direito Canônico, que D. Sebastião tanto favorecera, a ponto de, sem restrições, aceitar em Portugal o Concílio de Trento. Ordenações Filipinas – tentativa, por parte dos Filipes, de parecerem portugueses ou amigos do Povo português + reação contra o predomínio do Direito Canônico”. (MIRANDA, **Fontes e evolução...**, p. 42).

³⁵ Sobre a natureza das Ordenações, afirma José Reinaldo de Lima Lopes que “não se tratava de um código, no sentido moderno, mas de uma consolidação de direito real. As *Filipinas*, especialmente, são criticadas pelas contradições e repetições, perfeitamente compreensíveis quando se sabe que nem pretendiam ser um código (não há partes gerais sobre atos, negócios, pessoas, etc.) nem desejava o rei castelhano impor novidades a Portugal, preferindo manter (consolidando) o que já havia. Daí o respeito à tradição e aos textos legislativos encontrados, que foram mantidos mesmo quando contraditórios, mesmo se levanta a hipótese de omissões e cochilos dos redatores...” (LOPES, **O direito na...**, p. 268-269).

³⁶ De fato, segundo António Manuel Hespanha, o direito privado era minimamente tratado normas lusitanas, orientando-se mais para o “direito público (v. g., para o tratamento das relações entre a coroa e os restantes poderes, designadamente a Igreja, para o regime das doações de bens da coroa, para o regime dos ofícios) era indispensável integrar eventuais dados da legislação portuguesa no contexto conceitual e doutrinal do direito comum”. (HESPANHA, **O direito dos letrados...**, p. 140).

locais, como os aspectos geográfico, ecológico, humano e político. O direito comum, nesta situação, funciona, acima de tudo, segundo o autor, a tornar as distintas fontes numa ordem harmônica, “sem que isso implique que alguns deles devam ser absolutamente sacrificados aos outros (...). pelo contrário, todas as normas devem valer integralmente, umas nuns casos, outras nos outros”³⁷.

De qualquer forma, a legislação portuguesa orientava-se no sentido de beneficiar a Metrópole, focando-se em seus próprios interesses, como observa Wolkmer:

A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetia constantemente na história do Brasil: a dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população. O governo português ultramar evidenciava pouca atenção na aplicação da legislação no interior do vasto espaço territorial, pois seu interesse maior era criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação.³⁸

Já no na segunda metade do século XVIII, ocorre a reforma pombalina, encabeçado por Marquês de Pombal, visando proteger o direito português contra o emprego indiscriminado das normas subsidiárias, projeto este que culminou na edição da Lei de 18 de agosto de 1769, denominada de “Lei da Boa Razão”, introduzindo, portanto, “novos critérios de interpretação e integração das lacunas da lei”³⁹. Para tal intento, referida lei “proibiu a utilização de textos ou de autores caso houvesse preceitos das Ordenações, de leis extravagantes ou de usos do

³⁷ HESPANHA, Antonio Manuel. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno**, vol. 35, p. 59-81, 2006. p. 80-81.

³⁸ WOLKMER, **História do Direito...**, p. 49.

³⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 61-76, 2006. p. 63.

Reino, e determinou que o direito romano só se aplicasse quando conforme a boa razão”⁴⁰.

Neste sentido, a “Lei da Boa Razão” transferiu a doutrina dos juristas para as mãos da legislação, centralizando, portanto, a atividade legislativa na figura do soberano, dando maior legitimidade ao direito pátrio, neste caso, o direito português (Ordenações e leis esparsas), em detrimento do direito subsidiário, vale dizer, os costumes⁴¹ e o direito romano, que deveriam ser utilizados somente em caso de lacuna da lei, conforme a boa razão, e, ainda, com a supressão das glosas de Arcúcio, comentário de Bártolo e as opiniões dos doutores, bem como a aplicação do direito canônico nos tribunais cíveis, visando, também, “direito e juristas a um controle mais estrito da coroa. Tal política desenvolve-se em três fontes de reforma – a da legislação, a do sistema das fontes de direito e a do ensino do direito”⁴².

Dando continuidade ao projeto de reformas e aplicação do direito, encabeçado pelo Marquês de Pombal, foi publicado, no ano de 1772, os novos Estatutos da Universidade, no mesmo sentido da “Lei da Boa Razão, objetivando restringir “o estudo do direito romano (...) introduzindo o estudo do direito pátrio; e, sobretudo, envolvendo todo o ensino jurídico no ideário jusracionalista⁴³, bem como uma orientação pedagógica ‘textualista’ (ou seja,

⁴⁰ MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. “In” SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Augusto Texeira de Freitas e il diritto latinoamericano**. Padova: Cedam, p. 17-39, s/d. p. 18.

⁴¹ Acerca da aplicação dos costumes, após a edição da “Lei da Boa Razão”, Pontes de Miranda esclarece que, para que o costume seja apto a ser aplicado no caso concreto deve “a) a conformidade com a boa razão, que deve constituir o espírito das leis; b) não ser contrário a lei nenhuma; c) ter mais de cem anos”. (MIRANDA, **Fontes e evolução...**, p. 46).

⁴² HESPANHA, **O direito dos...**, p. 140.

⁴³ Sobre a época do jusracionalismo, ver WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Trad. A. M. Botelho Hespánha. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1980. p. 279 e seguintes.

mais voltada para o estudo direto das fontes do que para o das opiniões e comentários)”⁴⁴. Tal reforma no ensino universitário veio complementar, portanto, as idéias de reforma legislativa e de fontes, marcando profundamente a formação jurídica dos novos juristas a partir de então. As reformas pombalinas tiveram, portanto, significativa importância para a cultura jurídica de Portugal, e, por conseqüência, na cultura jurídica brasileira, na medida em que toda a legislação portuguesa era imposta ao Brasil colônia, e, também, a formação de nossos bacharéis se davam na metrópole, já que não existiam cursos superiores na colônia.

Outro importante assunto a ser tratado neste tópico diz respeito ao funcionamento da administração da justiça no período colonial. Assim, no início da colonização, com a implantação das capitanias hereditárias, a jurisdição cível e criminal ficava a cargo de cada capitão-donatário, somado com as atribuições administrativas. Todavia, com o fracasso das capitanias, como visto, foi instaurado um Governo-geral, com sede na Bahia, que gerou, por sua vez o conseqüente enfraquecimento dos poderes locais e fortalecendo, por outro lado, a tentativa de centralização das decisões, que poderiam ser controladas pela Metrópole. Para exercer tal função, foi criado o cargo de ouvidor-geral, constituindo-se num dos cargos mais importantes da época, detendo “um poder quase sem limites, sujeito ao seu próprio arbítrio pessoal; de suas decisões, na maioria das vezes, não cabia apelação nem agravo”⁴⁵.

Todavia, com o aumento das cidades, decorrentes do aumento populacional, houve necessidade de se expandir o quadro de operadores da justiça, expansão esta feita nos moldes da estrutura judiciária da metrópole. Assim, além dos ouvidores-gerais, a primeira instância também era composta

⁴⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 335.

⁴⁵ WOLKMER, **História do direito...**, p. 59.

pelos chamados juízes singulares, eram eles: juízes de vintena, Almotacés, juízes ordinários, juízes de fora, juízes de órfãos, juízes de sesmarias, tendo como auxiliares os escrivães, tabeliães, alcaiates, meirinhos, inquiridores, os quadrilheiros, etc.. Com relação à segunda instância, os denominados juízes colegiados, era composta pelos seguintes Tribunais: Desembargo do Paço⁴⁶, Mesa da Consciência e Ordens⁴⁷, Conselho da Fazenda⁴⁸ e Tribunal da Relação.

O primeiro Tribunal da Relação foi criado pelo Alvará de 07 de março de 1609⁴⁹, na Bahia, constituindo-se em instância superior das ouvidorias e juízes, composto por dez desembargadores, tendo sido implantado de acordo com os moldes da Casa da Suplicação de Lisboa. Segundo Pedro Calmon, seu funcionamento foi temporariamente suspenso em 1625, devido às invasões holandesas, devidamente restabelecida em 1652⁵⁰. Em 1751 foi implantado outro

⁴⁶ Tratando sobre o Desembargo do Paço, Wolkmer afirma que o mesmo “não tinha função específica de julgamento, mas sim de ‘assessoria para todos os assuntos de justiça e administração legal, embora causas de mérito pessoal que houvessem exaurido todos os outros meios de acordo pudessem ser levadas até esse órgão’. De igual modo, cabiam-lhe a elaboração e correção da legislação, a designação, promoção e avaliação do desempenho de magistrados”. (WOLKMER, **História do direito...**, p. 60).

⁴⁷ De acordo com Hespánha *et al*, a Mesa da Consciência e Ordens “foi criado por D. João III (1532) com o objetivo de tratar das matérias que tocassem a obrigação da ‘consciência’ do monarca. (...). O campo das competências desta instituição compreendia, para além do foro da consciência do monarca, a jurisdição sobre os privilégios dos freires, cavaleiros e comendadores das três ordens. Conhecia, em última instância, os seus processos-crime e mesmo as petições de perdão, que não chegavam a correr, neste caso, pelo Desembargo do Paço, sendo presentes diretamente ao rei através da Repartição do Despacho da Mesa da Consciência, o que lhe conferia também estatuto de tribunal de ‘graça’”. (HESPANHA *et al*, **História de...**, p. 149).

⁴⁸ O Conselho da Fazenda tinha por objetivo “agrupar, (...) as funções desempenhadas pelos vedores e tendo por missão a administração da Fazenda real, cabendo-lhe também o conhecimento das apelações e agravos das contadorias dos mestrados, as renovações dos prazos das ordens e a aprovação das habitações”. (HESPANHA *et al*, **História de...**, p. 154).

⁴⁹ Relativamente à instalação do primeiro Tribunal da Relação, é importante esclarecer que, inicialmente, o Tribunal foi criado no ano de 1587, todavia, não chegou a ser implantado, “pois o navio que trazia os dez ministros nomeados acabou não podendo zarpar em Portugal”. (WOLKMER, **História do direito...**, p. 60).

⁵⁰ CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal, 2002. p. 145.

Tribunal de Relação, pelo Alvará de 13 de outubro, agora na cidade do Rio de Janeiro, também composto por dez desembargadores, “incluindo o chanceler. Cinco deles eram de agravo, um ouvidor-geral do crime, um do cível, um juiz dos feitos da coroa e fazenda e um procurador da coroa e fazenda”⁵¹. Outras Relações foram criadas: no Maranhão, em 1812, e Pernambuco, em 1821. Assim, até o ano de 1873, havia tribunais de segunda instância apenas no Rio de Janeiro, Salvador, São Luís e Recife. A partir de 1874 outras Relações foram instaladas: em Porto Alegre, São Paulo, Ouro Preto, Goiás (Vila Boa), Cuiabá, Fortaleza e Belém.

Além dos Tribunais da Relação, de segunda instância, havia a possibilidade, ainda, de uma terceira instância. Tal possibilidade, no entanto, só surgiu com a transferência da família Real para o Rio de Janeiro, em 1808, ocasião em que D. João VI, pela edição do Decreto de 10 de maio de 1808, determinou que a Relação da cidade do Rio de Janeiro se denominasse Casa de Suplicação, substituída, pela Lei de 18 de setembro de 1828, que criou o Supremo Tribunal de Justiça, composto de 17 ministros, eleitos os mais antigos dos desembargadores das Relações. Tinha por função, de acordo com o artigo 164 da Constituição: “conceder e negar revistas, conhecer dos delitos que cometessem seus ministros, desembargadores das Relações, empregados do corpo diplomático e presidentes de províncias, e conhecer dos conflitos de jurisdição entre as relações”⁵².

Assim, portanto, das decisões do Tribunal da Relação cabiam recursos à Casa da Suplicação do Brasil, que, posteriormente, após o advento da Constituição Imperial de 1824, passou a ser denominada de Supremo Tribunal de Justiça, e, em 1890, de Supremo Tribunal Federal.

⁵¹ GARCIA, Rodolfo. **Ensaio sobre história política e administrativa do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956. p. 252.

⁵² LOPES, **O direito na...**, p. 329.

Apesar da importância do conhecimento da estrutura da administração da justiça no período colonial, mais importante, para o estudo aqui proposto, consiste na compreensão da relação dos operadores da justiça com a comunidade local. O primeiro aspecto importante a ser considerado é que, os magistrados vinham, em sua maioria, na metrópole portuguesa, e “revelavam lealdade e obediência enquanto integrantes da justiça criada e imposta pela Coroa”⁵³ Além disso, a Metrópole buscava impedir um contato mais próximo com a população local, de modo a mantê-los fiéis aos seus interesses, para tanto, a estratégia da Coroa consistiu em enviar uma equipe profissional burocratizada para a Colônia, que protegesse seus interesses em detrimento dos interesses locais, haja vista que “não era oportuno à Metrópole que aqui se formasse uma organização independente de governo, que privilegiasse os interesses locais. Pois, por certo, essa organização procuraria, por todos os meios, desvincular-se das diretivas impostas pelo colonizador”⁵⁴.

Além disso, para reforçar a imposição de seus interesses, a Coroa emitia uma série de normas, como, por exemplo, “a designação por apenas um período de tempo num mesmo lugar, as proibições de casar sem licença especial, de pedir terras na sua jurisdição e de exercer comércio em proveito pessoal”⁵⁵. Não obstante tais proibições, os magistrados e desembargadores acabavam, por vezes, desobedecendo tais imposições da Coroa⁵⁶. De fato, o intento de Portugal, em manter os burocratas da Metrópole afastados da população local, não surtiu o efeito esperado, o que não significa, todavia, que este fato tenha ensejado

⁵³ WOLKMER, **História do direito...**, p.63.

⁵⁴ CRISTIANI. O direito..., p. 358. O autor reforça que, de fato, “a Metrópole, para garantir o seu domínio, tratou de enviar à Colônia um corpo burocratizado de agentes públicos. Regra geral, as burocracias procuraram ficar afastadas da população, sem que dela sofressem influências; isto é, com a profissionalização dos cargos públicos, os fatores pessoais foram afastados do centro das decisões”. (CRISTIANI. O direito..., p. 358).

⁵⁵ WOLKMER, **História do direito...**, p.64.

⁵⁶ SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979. p. 140

soluções jurídicas representativas do conjunto da população local, muito pelo contrário, na verdade, o que ocorria, era uma troca de favores, tendo, de um lado, magistrados, interessados em favores e privilégio, e de outro, a elite local, interessada no prestígio e no *status*, aliados a esquemas de corrupção, constituindo-se “um esquema de interesses, de troca de favores recíprocos, pois, ‘os atrativos oferecidos pelos grupos e indivíduos da colônia e os desejos dos magistrados davam início ao processo de interpenetração’”⁵⁷.

1.2 DIFUSÃO DA CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA: O ENSINO DO DIREITO NO SÉCULO XIX

O presente tópico irá tratar, especialmente, da formação de uma efetiva cultura jurídica brasileira⁵⁸ na segunda metade do século XIX, buscando, para tanto, quais foram as efetivas contribuições para a formação desta cultura jurídica em nosso país. Neste intuito, será realizada uma busca das idéias formadores do pensamento jurídico de nossos juristas neste período, a partir da formação acadêmica, ou seja, da influência recebida para a construção científica da época. Neste estudo será importante, também, considerar a existência das faculdades neste período e a formação dos bacharéis em nosso país. Assim, resumindo, para o objetivo deste tópico, serão feitas duas modalidades de análise: os primeiros cursos jurídicos instalados em nosso país, bem como o pensamento jurídico dos juristas que influenciaram e contribuíram significativamente para a construção e

⁵⁷ CRISTIANI. O direito..., p. 359. Para maior aprofundamento, ver, ainda, SCHWARTZ, **Burocracia e...**

⁵⁸ A cultura jurídica que neste tópico nos propomos a buscar, é importante ressaltar, consiste numa cultura jurídica genuinamente brasileira, dissociada da influência estrangeira. Para este estudo, tomamos como parâmetro, especialmente, o estudo de Ricardo Marcelo Fonseca, acerca da cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX: FONSECA, Ricardo Marcelo. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 35, p. 339-369, 2006. Ainda do mesmo autor: A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná**, v. 44, p. 61-76, 2006.

o delineamento de uma cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX.

Neste sentido, para darmos início a tal empreitada, é importante lembrar que, como já tratado no tópico anterior, até a Independência, no ano de 1822, o aparato jurídico foi transferido pela metrópole portuguesa à Colônia, de modo que toda a legislação existente até aquele momento era oriunda de Portugal, basta lembrar que as Ordenações Filipinas, de 1603 ainda continuavam em vigor (e continuaria em vigor por mais de três séculos, resistindo mesmo após a promulgação da República, em 1889, com previsão, inclusive, da Constituição brasileira da República⁵⁹). Assim, a partir da Independência, portanto, o Brasil se viu obrigado a se organizar a partir da legislação portuguesa aqui transplantada por imposição da Coroa. É neste cenário, então, que o Brasil independente começou a dar seus primeiros passos, a construir sua própria história jurídica independente de Portugal.

Todavia, apesar de já independente, o Brasil necessitava de mais tempo para consolidar e construir seu próprio aparato jurídico. Assim, em 20 de outubro de 1823, é promulgada uma lei determinando a observância das Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções até 25 de abril de 1821, enquanto não fosse confeccionado um Código ou até quando tais diplomas normativos não fossem alterados. Ainda, a Constituição Imperial brasileira de 25 de março de 1824, determinou, em seu artigo 179⁶⁰, XVIII, a organização de um Código Civil, fundado nas bases sólidas da justiça e da equidade, reconhecendo as Ordenações

⁵⁹ O artigo 83 da Constituição da República assim dispunha: “Continuam em vigor, enquanto não revogadas, as leis do antigo regime, no que explicita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados.

⁶⁰ A Constituição do Império do Brasil assim prescreveu, em seu artigo 179, nº XVIII: “Organizar-se-á, quanto antes, um Código Civil e um Criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e da equidade”.

Filipinas⁶¹ como um ordenamento jurídico brasileiro até a promulgação de um Código Civil. Tal fato comprova, portanto, que o início do processo de construção jurídica do Brasil independente teve como ponto de partida a cultura jurídica portuguesa existente até então, e o esforço de superação desta dependência, bem como o esforço para o novo Estado independente construir seu próprio aparato jurídico, e, a partir daí, sua própria cultura jurídica.

Tal tarefa de construção de uma cultura nacional, no entanto, parece não ser das mais fáceis. Basta lembrar dois fatores importantes que dificultaram ainda mais esta consolidação cultural em nosso país: em primeiro lugar, vale lembrar, não existia em nosso país nenhuma faculdade de Direito até a Independência; em segundo lugar, e em decorrência do primeiro fator, os nossos bacharéis eram, em sua maioria, formados pela Faculdade de Coimbra. Tais fatores, como será visto com mais profundidade neste tópico, dificultaram a construção de uma cultura jurídica brasileira, ainda na primeira metade do século XIX. Trata-se, neste sentido, de um momento de transição, em que as circunstâncias não se mostram tão favoráveis⁶², o que, no entanto, não constituiu obstáculo insuperável para a busca desta conquista, como veremos na seqüência.

⁶¹ Importante atentar para o fato de que as Ordenações Filipinas vigoraram por mais tempo em nosso país do que em Portugal. De fato, apesar de colônia e metrópole terem caminhado juntas durante um bom tempo, após a Independência da Brasil, ambas começam a trilhar caminhos diferentes. Neste sentido, Portugal, influenciado pelas idéias iluministas da codificação napoleônica, promulga seu Código Civil em 1867. No Brasil, ao contrário, só conseguiu o seu Código Civil meio século depois, com pouca influência da codificação francesa.

⁶² De fato, Ricardo Marcelo Fonseca reflete que, especialmente na primeira metade do século XIX, torna-se difícil definir os contornos de uma “cultura jurídica brasileira”, ao mesmo tempo, pondera que “progressivamente é perceptível o fato de que a tradição européia recebida no Brasil vai sendo progressivamente trabalhada, burilada e adaptada às inúmeras particularidades e contradições vividas pelo jovem Estado, de modo a dar contornos não arbitrários e bastante típicos ao direito. E nem poderia ser diferente: o Brasil entra na época liberal como um país em que busca estruturar-se jurídica e politicamente num contexto de tensão. De um lado, estão presentes as sombras do velho mundo do antigo regime, que, no caso brasileiro, implicam numa estrutura social colonial profundamente centralizada, oligárquica e montada para a exploração a partir do uso massivo do trabalho escravo. No âmbito jurídico, esta estrutura social particular é

De fato, quando o Brasil tornou-se independente não havia, até então, nenhuma faculdade de direito⁶³ instalada em nosso território, ao contrário da América espanhola, que já contava com 23 universidades⁶⁴ Tal fato se deve a interesses da própria Metrópole, que tinha como política uma formação centralizada, já que, o estabelecimento de escolas superiores atrapalharia o seu interesse de uma formação centralizada, ou seja, “o estabelecimento de universidades no Brasil (e, como se vê, de modo particular a criação de faculdades de direito) era considerado uma ameaça ao domínio colonial”⁶⁵.

Assim, logo após a Independência, começou um longo debate legislativo para a instalação de faculdades em nosso país, de maneira a formar uma elite independente desvinculada dos moldes do modelo colonial. Deste modo, a idéia era “substituir a hegemonia estrangeira – fosse ela francesa ou portuguesa – pela criação de estabelecimentos de ensino de porte, como as escolas de direito, que se responsabilizariam pelo desenvolvimento de um pensamento próprio e dariam

recepcionada com a vigência das velhas Ordenações Filipinas e da legislação portuguesa colonial (sobretudo no direito privado)”. (FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369).

⁶³ Na verdade, é só no ano de 1808, em virtude das invasões napoleônicas, quando a família real portuguesa chega e estabelece a corte no Brasil, que foi permitida a instalação de escolas superiores em nosso território, todavia, como será visto na seqüência, a primeira faculdade de direito será instalada somente em 1827, depois longo debate legislativo, após a Independência do Brasil.

⁶⁴ Tal afirmativa pode ser encontrada no dizer de José Murilo de Carvalho: “Em contraste com a Espanha, Portugal nunca permitiu a criação de universidades em sua colônia. Ao final do período colonial, havia pelo menos 23 universidades na parte espanhola da América, três delas no México. Umas 150 mil pessoas tinham sido formadas nessas universidades. Só a Universidade do México formou 39.367 estudantes. Na parte portuguesa, escolas superiores só foram admitidas após a chegada da corte, em 1808. os brasileiros que quisessem, e pudessem seguir curso superior tinham que viajar a Portugal, sobretudo a Coimbra. Entre 1772 e 1872, passaram pela Universidade de Coimbra 1242 estudantes brasileiros. Comparado com os 150 mil da colônia espanhola, o número é ridículo”. (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 23). Sobre o assunto, ver ainda: CUNHA, Luiz Antônio. **A universidade temporã: o ensino superior da colônia à era de Vargas**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1980.

⁶⁵ FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369.

à nação uma nova Constituição”⁶⁶. É neste contexto social, portanto, ou seja, de uma vontade de consolidação de idéias próprias, que, em 1828 se iniciam os primeiros cursos de direito, com o projeto de lei de 31 de agosto de 1826, convertido em lei em 11 de agosto de 1827, dispondo sobre a formação de duas Faculdades⁶⁷ para atender dois conjuntos de população: uma para atender a região Norte, representada pela Faculdade de Olinda, depois transferida, no ano de 1854 para Recife; e uma outra Faculdade para atender a região Sul, localizada na cidade de São Paulo.

É a partir deste cenário, com a instalação de duas faculdades de direito⁶⁸, portanto, que começa a ser delineado os primeiros contornos de nossa cultura jurídica, num processo de lenta, mas insistente transformação. Com efeito, apesar de ter sido dado o primeiro passo de emancipação, na primeira metade do século XIX, de acordo com Ricardo Marcelo Fonseca, a cultura jurídica brasileira era formada “por um punhado de filhos das elites com formação na Universidade de Coimbra e outro contingente (certamente não significativo) de estudantes formados a partir da década de 30 nos jovens e pragmáticos cursos de direito de Olinda e São Paulo”⁶⁹. Assim, a primeira metade do século XIX, na verdade se mostra como um período de transição, onde as coisas já começaram a acontecer,

⁶⁶ SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 141/188. p. 142.

⁶⁷ Segundo Lilia Moritz Schwarcz, das duas faculdades existentes, São Paulo teve uma maior influência no modelo político liberal, já a faculdade de Recife, no final do século XIX, recebeu influência das escolas darwinista social e evolucionista, tendo em vista sua preocupação na análise social, bem como o caráter doutrinador de seus intelectuais. (SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das...**p. 143).

⁶⁸ Segundo Antonio Carlos Wolkmer, a formação dos cursos jurídicos no Brasil tiveram como elementos norteadores o individualismo e o liberalismo econômico: “A implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife, refletiu a exigência de uma sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada burocrático-administrativa, setor que assumiria a responsabilidade de gerenciar o país. (WOLKMER, **História do direito...**, p. 80).

⁶⁹ FONSECA, Ricardo Marcelo. “**A cultura jurídica...**”. p. 71.

há a vontade neste sentido, mas, neste caso o processo é lento. É o caso desses primeiros cursos jurídicos, que estavam, no início, mais preocupados com a formação de uma elite apta a substituir a antiga burocracia oriunda de Portugal do que na formação de juristas preocupados com o social, com os problemas de seu tempo. Neste sentido, acerca da formação do bacharel no Brasil, Sérgio Adorno conclui que:

Desde cedo, os cursos jurídicos nasceram ditados muito mais pela preocupação de se constituir uma elite política coesa, disciplinada, devota às razões do Estado, que se pusesse à frente dos negócios públicos e pudesse, pouco a pouco, substituir a tradicional burocracia herdada da administração joanina, do que pela preocupação em formar juristas que produzissem a ideologia jurídico-política do Estado Nacional emergente⁷⁰.

Assim, ao que parece, na primeira metade do século XIX, os primeiros cursos jurídicos instituídos em nosso país, estavam muito mais preocupados com as necessidades políticas do Estado do que os problemas sociais ou mesmo a formação de juristas que contribuíssem com a formação de uma cultura jurídica genuinamente brasileira, ou seja, sem que a mesma estivesse impregnada das idéias da cultura jurídica européia, especialmente a portuguesa. Neste sentido, conclui Ricardo Marcelo Fonseca que, neste período: “não houve um ambiente intelectual adequado para a formação de uma cultura jurídica nacional sólida e que pudesse afirmar com vigor uma tipicidade que a distinguisse da herança portuguesa”⁷¹.

⁷⁰ ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder. São Paulo: Paz e Terra, 1988. p. 236. Tratando acerca da profissionalização da política, o autor afirma que a mesma: ““a profissionalização da política, principiada no interior das academias de direito, conferiu papel determinante ao bacharel. Operando no contexto de uma monarquia patrimonial, apropriaram-se os bacharéis das oportunidades de acesso e promoção nas carreiras diretivas dos órgãos centrais e regionais do governo” (ADORNO, **Os aprendizes...**, p. 78).

⁷¹ FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369. Com efeito, vários autores têm relatado a forma precária do ensino na primeira metade do século XIX. Neste sentido, afirma Sérgio Adorno: “As permanentes críticas dirigidas contra a má qualidade de ensino e contra a própria habilitação do corpo docente, formuladas até mesmo por acadêmicos que vivenciaram esse processo educativo àquela época, sugerem que a profissionalização

É importante ressaltar que, nesta primeira metade do século XIX, o início das atividades das duas faculdades de direito não foi nada fácil, na verdade, este início foi marcado por vários problemas com instalações, já que a estrutura física constituía-se de casarões muito velhos, ainda, marcado, de um lado, pela falta de respeito dos alunos, e de outro, a falta de autoridade dos professores, num ambiente “marcado sobretudo pela pouca importância de sua contribuição e pela pronunciada influência da igreja”⁷². Apesar dos problemas comuns entre as duas faculdades, enquanto a faculdade de Olinda⁷³ ficou marcada especialmente por preparar e conduzir a formação de doutrinadores no âmbito do direito nacional, a faculdade de São Paulo⁷⁴, por sua vez, foi responsável pela formação de grandes políticos e burocratas do Estado.

do bacharel se operou fora do contexto das relações didáticas estabelecidas entre o corpo docente e o corpo discente, a despeito das doutrinas jurídicas difundidas em sala de aula”. (ADORNO, **Os aprendizes...**, p. 93). Ainda sobre a crítica do ensino neste período, Américo Jacobina Lacombe, citado por Venâncio Filho, assim conclui: “Que as faculdades foram focos de culturas é verdade, como se vê pela ‘Escola de Recife’, que é um fato. Mas nunca *ensinaram*, o que é outra coisa”. (*apud* VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas do bacharelismo**. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 1982. p. 164).

⁷² SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 144.

⁷³ De fato, segundo Lilia Moritz Schwarcz, a faculdade de Olinda, inaugurada em 1828, representou a penetração direta das velhas idéias portuguesas, os costumes, a maioria dos professores, bem como parte dos alunos. Assim, tudo lembrava a escola de Coimbra, inclusive os trajes. A faculdade, com sede inicial em Olinda no início de sua existência, ficou marcada pela pouca importância de sua contribuição e pela influência da Igreja. Ainda, os professores, pela baixa remuneração que recebiam, acabavam relaxando, e ausentavam-se com frequência. As ausências dos alunos também eram frequentes. (SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 144-145).

⁷⁴ Quanto às características das Academias de São Paulo, afirma Sérgio Adorno: “Se a história da Academia de São Paulo faz sobressair a ausência de um efetivo ensino jurídico no Império, que apenas esporadicamente produziu juristas de notoriedade nacional e doutrinadores do Direito, faz também destacar seu lado reverso: foi celeiro de um verdadeiro “mandarinato imperial” de bacharéis. Sob essa perspectiva, o estudo das condições sociais, culturais e intelectuais que principiam a formação do bacharel em São Paulo impõe-se como requisito para deslindar os nexos sociológicos entre os intelectuais brasileiros no Século XIX, a organização da cultura jurídico-política, a profissionalização da atividade política no horizonte do liberalismo e, por fim, a gênese do modelo de cidadania, nessa sociedade, durante a emergência da ordem social competitiva”. (ADORNO, **Os aprendizes...**, p. 79).

Neste sentido, de acordo com as contingências vividas neste início de suas instalações pelas duas faculdades de direito, e pelas inúmeras dificuldades, por que passaram, não é possível visualizar uma cultura jurídica nesta primeira metade do século XIX, que se dissesse divorciada das idéias e influências da antiga Metrópole. Todavia, tal quadro começa a dar sinais de mudança a partir da segunda metade do século XIX, quando da edição da reforma do ensino, em 1854, período marcado também pela transferência da faculdade de Olinda para Recife⁷⁵, quando começam a surgir nomes importantes para a construção da doutrina jurídica nacional⁷⁶, assim sendo, “não será portanto por mera coincidência que o início da segunda metade do século XIX passa a ser apontado como a consolidação e o apogeu do Império, correspondendo também a uma fase de grandes transformações jurídicas”⁷⁷.

Com efeito, a Reforma do ensino instituída em 1854 (Decreto 1386) visou por ordem nos cursos no intuito de conter a desobediência que havia se instalado no ambiente acadêmico, instituiu exames preparatórios, impôs calendários mais rígidos, limitou o número de reprovações, e, visando por fim aos casos de violência registrados no interior das faculdades, “foi instaurado um rigoroso sistema de castigos, podendo a punição ir da simples reprimenda à expulsão de

⁷⁵ De fato, a transferência da faculdade para Recife em 1854 representará “um guinada tanto geográfica como intelectual. É só a partir de então que se pode pensar em uma produção original e na existência de um verdadeiro centro criador de idéias e aglutinador de intelectuais engajados com os problemas de seu tempo e de seu país”. (SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 146-147).

⁷⁶ Sobre o surgimento desses intelectuais conclui Lilia Moritz Schwarcz: “Mas, se a transferência não resultou em um aprimoramento nas instalações, o mesmo não se pode dizer da produção intelectual. É a partir desse momento que se percebe o surgimento de um novo grupo de intelectuais, cuja produção transporá os estreitos limites regionais. (SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 146).

⁷⁷ VENÂNCIO FILHO, **Das arcadas...**, p. 64.

aula pelo lente, ou à prisão correccional pelo diretor”⁷⁸. Outro ponto significativo foi o registro de várias propostas de reforma curricular⁷⁹.

Assim, tais acontecimentos demonstram, portanto, os caminhos traçados que contribuíram para a formação da cultura jurídica nacional, e que, por sua vez, também contribuiu para o surgimento de uma nova figura de intelectuais, mais preocupados com o estudo científico do direito, afastando-se das convicções dos primeiros juristas, influenciados pela orientação religiosa e metafísica. Destes últimos, merecem destaque dois grandes professores da escola de São Paulo: José Maria de Avelar Brotero⁸⁰ e José Maria Correia de Sá e Benevides⁸¹. Na faculdade de Recife, José Soriano de Souza⁸² apesar de ter ingressado na faculdade apenas em 1891, suas teorias assemelham-se ao dos dois professores acima citados, com forte carga de pensamento religioso. Neste sentido, este primeiro período da cultura jurídica brasileira acaba sendo “embutido numa concepção escolástica de direito natural. Nota-se, assim, que a ‘modernidade’

⁷⁸ SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 147

⁷⁹ Como exemplo de tais propostas, tem-se a reforma de 1879 “que estabelece o ‘ensino livre’, abole a obrigatoriedade de frequência e divide o curso em duas seções distintas: ‘sciencias juridicas e sciencias sociais’. A partir dessa data, ao programa de ‘sciencias juridicas’ corresponderiam os cursos de direito natural, romano, constitucional, civil, criminal, comercial, legal, teoria e prática do processo. Já o curso de ‘sciencias sociais’ seria composto pelas cadeiras de direito natural, público, universal, constitucional, eclesiástico, das gentes, administrativos, e diplomacia, história dos tratados, ciência da administração, higiene pública, economia, política”. (SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 147).

⁸⁰ BROTERO, J. M. de A. **Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso de S. Paulo**. Rio de Janeiro: Tipografia imperial e nacional, 1829.

⁸¹ SÁ E BENEVIDES, J. M. C. de. **Philosophia elementar de direito público: interno, temporal e universal**. São Paulo, s/ed, 1887.

⁸² SOUZA, José Soriano de. **Elementos de philosophia do direito**. Recife: Typografia central, 1880. e SOUZA, José Soriano de. **Lições de philosophia elementar, racional e moral**. Recife: João Walfredo de Medeiros, livreiro-editor, 1871.

brasileira, cuja constituição é tão almejada desde a independência, acaba sendo inserida ‘pela metade’⁸³.

1.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX

A segunda metade do século XIX, que marca, efetivamente, o ponto de partida da análise jurídica matrimonial, é palco de uma série de eventos legislativos, ocorridos em distintos ambientes jurídicos, que vão nos afastando, cada vez mais, da influência cultural portuguesa, na medida em que são delineados os contornos de nossa própria cultura jurídica. De fato, encontramos, neste período: a confecção do Código Comercial, em 1850; no âmbito do direito de propriedade: a “Lei de Terras”, também no ano de 1850 e a reforma hipotecária, de 1864; e, no ensino jurídico, a Reforma do ensino, como já tratado no tópico anterior.

Ainda, na segunda metade do século XIX, segundo Lilia Moritz Schwarcz, especialmente na década de 70 deste século, começam a surgir novas idéias no ambiente acadêmico, que vêm de encontro à teoria do direito natural até então difundido, trata-se, portanto, de proposta de uma visão laica de mundo, em oposição ao pensamento religioso⁸⁴, representando, neste sentido, um marco para a história cultural brasileira, na medida em que “representa o momento da entrada de todo um novo ideário positivista evolucionista de base racional”⁸⁵. Vários juristas foram representativos para esta nova geração de idéias como

⁸³ FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369.

⁸⁴ De fato, segundo a autora, “a partir desse momento toma força um movimento de contestação à teoria do direito natural em que a ordem social era compreendida como absolutamente rígida e imutável”. (SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 150).

⁸⁵ FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369.

Silvio Romero, Tobias Barreto, Francisco de Paula Batista⁸⁶, Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues Pereira. Para atestar tal assertiva, será tratado a seguir, em breves linhas, a contribuição na construção da cultura jurídica nacional, bem como o pensamento de cada um desses autores citados.

Assim, damos início a este assunto começando por Tobias Barreto: autor de várias obras de caráter científico e outras de literatura e filosofia, foi combatente declarado da metafísica, conforme depreende-se de suas próprias palavras: “À exceção de meia dúzia de ignorantes ou de preguiçosos que uma vez escondidos e resguardados dentro da toca de uma velha teoria, *feita e acabada*, nunca mais deitam de fora a ôca e encanecida cabeça, ninguém hoje está disposto a perder inutilmente o seu tempo com as infelizes pesquisas da metafísica jurídica”⁸⁷. Na seqüência, critica os autores de direito natural:

É preciso uma vez por todas acabar com semelhantes antigualhas. O direito é uma obra do homem, ao mesmo tempo uma causa e um efeito do desenvolvimento humano. A história do direito é uma das formas da história da civilização.

Os teimosos teóricos de um *direito natural* são figuras anacrônicas, estão fora de seu tempo. Se eles possuísem idéias mais claras sobre a história do *tal direito*, não se arrojariam a tê-lo, ainda hoje, na conta de uma lei suprema, preexistente à humanidade e ao planeta que ela habita⁸⁸.

A partir de tais idéias, é fácil perceber as críticas de Tobias Barreto ao pensamento metafísico e à teoria do direito natural. Tais idéias passam por todo o trabalho do autor. Aliado a este pensamento de superação destes ideais, Tobias

⁸⁶ PAULA BATISTA, Francisco de. **Compêndio de hermenêutica jurídica para uso das Faculdades de direito do Império**. 3 ed. revista e consideravelmente aumentada. Recife: s/ed, 1872.

⁸⁷ BARRETO, Tobias. **Estudos de direito e política**. Rio de Janeiro: Instituto nacional do livro/Ministério da educação e cultura, 1962. p. 77.

⁸⁸ BARRETO, **Estudos de direito...**, p. 84.

Barreto também foi representante também do cientificismo jurídico⁸⁹ que permeou esta nova geração, bem como do evolucionismo (da mesma forma que Sílvio Romero): “O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo, debaixo desta rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwinica. E isto não é somente uma exigência lógica, é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto não há nada mais pernicioso às ciências do que mantê-las inteiramente isoladas”⁹⁰.

Outro autor de destaque no cenário jurídico nacional nesta segunda metade do século XIX foi Silvio Romero. De acordo com Lilia Moritz Schwarcz⁹¹, Silvio Romero foi exemplo de “homem de ciência”, sua produção se destacou pelo radicalismo das posições o apego ao naturalismo evolucionista, em oposição ao positivismo francês, vendo na mestiçagem a solução para uma possível homogeneidade nacional, baseando sua solução na postura teórica, que encontrava no “critério etnográfico” o modo de desvendar os problemas nacionais, apesar de não defender a igualdade das raças. De qualquer forma, é a partir de Romero que o direito passa a combinar com a antropologia, ganha status de “ciência” e tem o direito de falar e determinar os destinos e os problemas da nação. Silvio Romero, é importante destacar, foi um dos representantes dessa geração responsável pela guinada teórica, e que contribuiu, portanto, para a

⁸⁹ Tal afirmativa pode ser retirada do seguinte trecho da obra do autor: “O espírito científico moderno tem um princípio regulador. Este princípio é a Idea do desenvolvimento, concebido como lei, que domina todos os phenomenos sidericos e telhuricos: seres de toda espécie, anorganos e orgânicos, raças, povos, Estados e indivíduos. É em virtude desta mesma lei que o direito, com todas as suas apparecias de contancia e immobilidade também se acha, como tudo mais, n’um perptuo fieri, sujeito a um processo de transformação perpetua. A fixidade do direito, quer como idéia, quer como sentimento, é uma verdade temporária e relativa”. (*apud* FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369).

⁹⁰ BARRETO, **Estudos de direito...**, p. 11.

⁹¹ *apud* SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 153-155.

formação de nossa cultura jurídica. Citação interessante para demonstrar tal afirmativa é o prefácio que o autor escreve no livro de Tobias Barreto:

O decênio que vai de 1868 a 78 é o mais notável de quantos no século XIX constituíram nossa vida espiritual... De repente a imutabilidade das coisas se mostrou... *Um bando de idéias novas* esvoaçou sobre nós de todos os pontos do horizonte... Positivismo, evolucionismo, darwinismo, crítica religiosa, naturalismo, cientificismo na poesia e no romance, novos processos de crítica e história literária, transformação da instrução do Direito e da política, tudo então se agitou e o brado de alarma partiu da Escola de Recife⁹².

Com efeito, este prefácio de Silvio Romero aqui citado, representa muito bem as novas idéias dessa nova geração que vem, portanto, romper com os antigos padrões dos primeiros tempos da instalação das faculdades em nosso país, representando, portanto, uma guinada teórica e cultural para o Brasil neste século XIX.

Francisco de Paula Batista foi outro importante autor e professor da faculdade de Recife, que vai além das teorias do direito natural, porém, não o elimina de todo, o que difere na verdade é o modo como trata o direito natural. Segundo Ricardo Marcelo Fonseca, o que o autor entende por ‘direito natural’, “parece identificar com uma ordem racional e universal, bem aos moldes de uma razão subjetiva moderna que tanto grassava neste mesmo período pela Europa”⁹³. Aliado a esta nova visão laica do direito natural, depreende-se também necessidade do elemento científico na atividade do jurista. Neste sentido, encontramos em todos esses autores, a mudança do referencial teórico deslocando-se “em direção à busca de um parâmetro científico racional, que vai

⁹² SCHWARCZ, **O espetáculo das...**p. 148.

⁹³ FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369. Tal afirmação pode ser retirada do seguinte trecho do autor: “alguns negão a existencia do direto natural, e dizem, que o direito positivo em suas lacunas se completa por si mesmo em virtude de sua força orgânica, derivada dos atributos de sua universalidade e unidade e desta opinião é Savigny no seu tratado de Dir. Rom. 1º §46. Mas o que é o direito em sua universalidade

se afastando, em forte tom polêmico, das teorias anteriores embebidas de uma interpretação teológica da lei natural”⁹⁴.

Augusto Teixeira de Freitas⁹⁵, outro jurista da segunda metade do século XIX, recebeu influência de Savigny e das idéias alemãs. De fato, Teixeira de Freitas é conhecido, até os dias de hoje, como o maior jurisconsulto do Império, pelas suas obras e suas idéias, que influenciaram as codificações e leis esparsas, tanto em nosso país, como nas codificações estrangeiras, dentre elas Argentina e algumas nações latino-americanas, elogiado pelos autores de sua época e os de hoje, como Lafayette, afirmando que os trabalhos deste jurista “pela profundidade das investigações, pela audácia do pensamento e pela riqueza e erudição, competem com o que de melhor se tem publicado no estrangeiro”⁹⁶. Nos dias de hoje, encontramos uma obra, retratando não apenas a vida, mas também as idéias de Teixeira de Freitas, do professor Silvio Meira, sob o título “Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império”⁹⁷. Destaca-se também que, apesar de ter tido formação européia, Teixeira de Freitas conseguiu adaptar e

e unidade, senão o mesmo direito natural?” (BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. p. 44).

⁹⁴ FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369.

⁹⁵ Pontes de Miranda faz um resumo representativo do que significou a figura e a obra de Teixeira de Freitas para a cultura jurídica brasileira do século XIX: “Teixeira de Freitas foi, no século XIX, o gênio do direito civil na América. a *Consolidação das Leis Civis*, cujas notas são magníficas fontes de doutrina, e o *Esboço do Código Civil* representam o que de melhor se tinha, em direito civil, em que apareceram depois de 1860 e – se bem que superior ao Código Civil de 1916 – foi esse projeto malogrado para o Brasil e bem sucedido fora dele, na Argentina, no Uruguai, no Paraguai. Muitas disposições que se acham no *Bürgerliches Gesetzbuch* e no *Zivilgesetzbuch* acham nele, talvez que o soubessem os novos legisladores. (MIRANDA, **Fontes e evolução...**, p. 63.

⁹⁶ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956. p. xxv.

⁹⁷ MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império**. 2 ed. revista e aumentada. Brasília: Cegraf, 1983.

aplicar seus estudos observando, acima de tudo, às peculiaridades da vida brasileira⁹⁸.

De fato, seus trabalhos não se limitaram a mera reprodução estrangeira, ao contrário, foi além, de forma a contribuir para a formação de nossa cultura jurídica. Tal fato pode ser observado em sua explicação na introdução da Consolidação: “Examinar as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões, comparar atentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as conseqüências de umas e outras, eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substância viva da Legislação”⁹⁹. Para a confecção da Consolidação, adotou a sistemática alemã, dividindo o trabalho em duas partes, uma geral e uma parte especial. Todavia, para além da sistemática da legislação portuguesa, a obra de Teixeira de Freitas também foi marcada pela originalidade e visão de futuro presente no Esboço do Código Civil, que, apesar de não ter sido utilizado em nosso país, foi aproveitado em outras nações latino-americanas¹⁰⁰, como já mencionado. Assim, por toda essa significativa

⁹⁸ Segundo Gilberto Freyre tal fato bastaria para que o mesmo fosse considerado, ao lado de José Bonifácio e Villa Lobos “máximos pela sua criatividade e pela sua brasilidade, como autores de obras originais reconhecidas por estrangeiros. (...). Na obra de Teixeira de Freitas, segundo Sílvio Meira, se revela ‘o jurista, o observador, o homem prático’. Creio que poderia ter qualificado o jurista como jurista-sociólogo e como sociólogo do Direito – como futurólogo, até – a quem o tempo social projetado sobre o futuro procurou lidar de modo tão filosófico-científico, como prático. Mas sem que prático significasse para ele apenas atender ao imediatamente útil (...). Para Teixeira de Freitas – o quase sociólogo –, as leis sendo apenas legislativas, acima delas estavam o que chamou ‘atos jurídicos’ que, considerados no contexto de suas idéias, seriam atos jurídico-sociólogos”. (*apud* MEIRA, **Teixeira de Freitas...**, p. xxxi).

⁹⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. x. A Introdução da Consolidação é extremamente rica e profunda, que deixa entrever, portanto, o caráter original de seu trabalho.

¹⁰⁰ Sílvio Meira aponta alguns países que foram influenciaram pelo Esboço de Código Civil em suas codificações: Argentina, Uruguai, Paraguai, Nicarágua, inclusive alguns países da Europa, como Alemanha, Suíça, Itália, bem como países do Oriente, como Japão e China. (MEIRA, Sílvio A. B. O juriconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal. “In” SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Augusto Texeira de Freitas e il diritto latinoamericano**. Roma: Padova: Cedam, p. 71-81, 1983.

contribuição, Teixeira de Freitas foi figura importante para a formação de nossa cultura jurídica.

Outros professores, juristas e doutrinadores foram importantes para o delineamento de nossa cultura jurídica na segunda metade do século XIX, tais como Lafayette Rodrigues Pereira, Perdigão Malheiros¹⁰¹ e Clóvis Beviláqua, que, ao lado dos autores citados, foram importantes pela contribuição que os mesmos ofereceram para a formação dos contornos de nossa cultura jurídica, indo além das influências estrangeiras até então fortemente arraigadas em nosso ambiente jurídico.

Todavia, além da importância da criação das faculdades de direito instaladas na primeira metade do século XIX e os juristas e professores da segunda metade deste século, outro importante fator que deve ser considerado ao tentar compreender a formação da cultura jurídica nacional, consiste no processo de elaboração da legislação neste período, como já mencionado no início deste tópico.

De fato, após a Independência do Brasil, é importante lembrar, foi editada a Lei de 20 de outubro de 1823, determinando que continuassem em vigor as Ordenações, bem como a legislação esparsa, enquanto não fosse confeccionado um Código ou não fossem alteradas. Na sequência, a Constituição Imperial de 1824 determinou a necessidade de confeccionar um código civil e criminal, o quanto antes. Como se sabe, o Código Civil ainda demoraria muito tempo para ser organizado (só em 1916), o Código Criminal, ao contrário, é promulgado em 1830¹⁰², e, em 1850¹⁰³, o Código Comercial. Neste sentido, as

¹⁰¹ Sobre Perdigão Malheiros, escreve Lafayette: “Os diversos escritos do Sr. Perdigão Malheiros recomendam-se pelo estudo consciencioso e aprofundado das matérias, pela justiça das idéias e pela concisão do estilo”. (PEREIRA, **Direitos de...** p. xxv).

¹⁰² Antonio Carlos Wolkmer reflete que o Código Criminal de 1830 “era não só redigido segundo a melhor doutrina clássica penal, como também, se afinava com o espírito liberal

Ordenações, que era para ser algo provisório, continuou entre nós até o início do século XX, com as devidas cautelas ditadas pela “Lei da Boa Razão”, é claro.

Analisando a Constituição Imperial de 1824, fato merecedor de destaque é que, apesar de sua proposta liberal, com influência da Revolução Francesa e do constitucionalismo francês, a mesma não colocou fim na escravidão (implantada em nosso país pelos portugueses, a escravidão só tem fim em 1888), que reduzia (a escravidão) a pessoa “à coisa, a renitência de estruturas arcaicas nas próprias instituições político jurídicas, que se somaram, a cada passo das transformações institucionais brasileiras, com uma forma muito peculiar de adaptação dos princípios liberais advindos sobretudo da França e os Estados Unidos, sempre adequados aos interesses das elites”¹⁰⁴.

Todavia, não obstante a permanência das Ordenações Filipinas entre nós, houve, a partir da Independência, uma crescente produção legislativa regulando as mais diversas relações privadas em nosso país, como, por exemplo, a “Lei de Terras”¹⁰⁵ de 1850, a reforma hipotecária de 1864¹⁰⁶, o decreto 1144 de 1860 (que instituiu o casamento acatólico), e o decreto 181 de 1890, grande marco

da época. Representava um avanço, se comparado aos processos cruéis das Ordenações. (WOLKMER, **História do direito...**, p. 85-86).

¹⁰³ Interessante notar a organização do Código Comercial antes do Código Civil. Tal fato é explicado por Antonio Carlos Wolkmer: “As necessidades imediatas, as atividades negociais e o desenvolvimento comercial fizeram com que a principiante burguesia latifundiária priorizasse a regulamentação da vida econômica sobre a vida civil. Tendo em vista que, para a burguesia, a ordenação do comércio e da produção da riqueza era mais imperiosa do que a proteção e a garantia dos direitos civis, nada mais natural do que o Código Comercial preceder em 67 anos o Código Civil. (WOLKMER, **História do direito...**, p. 88).

¹⁰⁴ FONSECA, Os juristas e a cultura..., p. 339-369.

¹⁰⁵ Sobre a “Lei de Terras”, ver especialmente: FONSECA, Ricardo Marcelo. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil, “in” **Anuario Mexicano de História del Derecho**. Mexico, XVII, 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 97-112.

¹⁰⁶ Acerca desse assunto, é importante a seguinte obra: VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna: um estudo de história do direito**. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

para o direito de família no século XIX. Assim, diante de tanta profusão legislativa, observa-se a formação de contornos próprios à nossa cultura jurídica, distanciando-se cada vez mais da antiga metrópole.

Neste sentido, a profusão legislativa era tamanha que, na segunda metade do século XIX, quando inicia o processo de codificação em nosso território, seria necessário, antes, realizar um trabalho de Consolidação da legislação vigente em nosso país, trabalho este conferido a Teixeira de Freitas, seguido da elaboração do Esboço do Código Civil, iniciado em 1860 por Teixeira de Freitas, mas rescindindo em 1872, sem que o Esboço tivesse sido concluído, apesar de ter servido de inspiração para diversas nações, como já tratado.

Assim, apesar de todo esse esforço de modernização jurídica, não conseguiu-se elaborar uma codificação no século XIX, o que viria a ocorrer somente no início do século XX. Tal fato, todavia, não é motivo para afirmar a permanência estanque da antiga legislação portuguesa em nosso país, pois, como visto, a profusão legislativa no âmbito privado, contribuiu tanto para regular os problemas específicos de nossa sociedade, como para, a partir daí, delimitar os contornos de nossa cultura jurídica na segunda metade do século XIX. Neste sentido, podemos encontrar as efetivas contribuições para a formação da cultura jurídica brasileira a partir de vários profissionais da área jurídica, sejam eles juristas ou professores, bem como as inúmeras leis extravagantes editadas especialmente nesta segunda metade do século XIX.

De qualquer forma, é importante lembrar que, apesar da existência da legislação portuguesa em nosso país, na figura das Ordenações Filipinas, o Brasil começa, a partir da Constituição Imperial, a orientar-se no sentido de modernização jurídica, vale dizer, caminhando rumo ao absolutismo jurídico, já observado nos países europeus e em vários países na América do Sul. Tal fato vem consubstanciado no distanciamento do uso de uma pluralidade de normas,

existente desde o período colonial, para uma concentração de regulamentação jurídica estatal.

2 O CASAMENTO NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: AS FONTES FORMAIS DISPONÍVEIS

No presente capítulo será realizada uma busca das normas que regulamentavam o matrimônio e sua dissolução na segunda metade do século XIX em nosso país. Neste sentido, será importante não apenas as normas jurídicas brasileiras, mas todas as outras que orientavam os julgados da época, sejam normas jurídicas, eclesiásticas ou as provenientes do direito comum. Tal análise se faz necessária já que representa, de alguma forma, o pensamento jurídico predominante na regulamentação da sociedade brasileira neste período. É o que será realizado nos próximos tópicos deste capítulo.

2.1 A HERANÇA DO DIREITO COMUM SOBRE O CASAMENTO: DIREITO CANÔNICO E OS USOS E COSTUMES DO REINO

Antes de adentrarmos no âmbito jurídico familiar da segunda metade do século XIX, torna-se necessário registrar, em breves linhas, as influências deixadas pelo Brasil colonial no interior da seara do direito matrimonial, buscando retratar, para tanto, quais eram os costumes utilizados pela sociedade brasileira deste período, ou seja, qual foi o legado deixado por Portugal para regulamentar e aplicar as regras de direito matrimonial no período que antecedeu o século XIX.

Primeiramente, observa-se que, após o descobrimento e durante o Brasil colônia, o Estado e a Igreja passaram a se ocupar da regulamentação da ordem pública e da ordem privada, ditando regras de conduta e comportamento¹⁰⁷, dizendo, por exemplo, as condutas corretas para uma moça “direita”.

¹⁰⁷ Neste sentido, Américo Martins da SILVA aponta casos em que o Estado e a Igreja efetivamente instituía normas de conduta, por exemplo, no processo de adestramento das

No âmbito jurídico, relativamente à disciplina do casamento, temos as Ordenações Filipinas (que foram promulgadas pelo rei Felipe II da Espanha) desde 1603 até a entrada do Código Civil brasileiro em 1916, ou seja, por mais de 300 anos¹⁰⁸. Segundo Braga da Cruz, citado por Orlando Gomes, as Ordenações Filipinas já nasceram envelhecidas, constituindo apenas atualizações das Ordenações Afonsinas e Manuelinas, verificando, neste sentido, “uma presença da Idade Média nos tempos modernos”¹⁰⁹. Assim, as Ordenações Filipinas continuaram a vigorar mesmo a após a proclamação da Independência, no ano de 1822.

Ao disciplinar o casamento, as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 47) admitiam o matrimônio realizado sob as determinações do Concílio de Trento, e, também, aquele realizado apenas com o consentimento dos nubentes na presença de testemunhas, ainda que não houvesse intervenção alguma da autoridade eclesiástica, disciplina que durou até o ano de 1827, quando foi editado o decreto de 3 de novembro, como veremos a seguir.

mulheres na colônia, ao impor “proibições de todos os tipos, determinando o que era ‘certo’ e o que era ‘errado’ para uma ‘mulher direita’. Um recurso bem prático, usado então, eram as altas multas que o Estado cobrava pelos concubinatos, em contraposição ao baixo preço dos casamentos celebrados pela Igreja. A campanha do ‘certo’ e do ‘errado’, porém, era mais profunda. Basta ver que no Brasil de 1650 não existiam tabus como o da virgindade obrigatória até o casamento. Quebrado em tempos modernos, esse tabu ainda estava por nascer. Em 1600 e até o século XVIII, era difícil achar alguém que se casasse sem antes ter tido relações sexuais. Mas o motivo era bem diferente do atual. É que, naquela época, ter filhos era muito importante. A mulher precisava provar ao homem que era fértil, engravidando antes do compromisso, uma regra consentida por toda a comunidade – inclusive pela Igreja, desde que tudo terminasse em casamentos”. **(A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996. p. 126-127).

¹⁰⁸ Importante atentar para o fato de que as Ordenações Filipinas vigoraram por mais tempo em nosso país do que em Portugal. De fato, apesar de colônia e metrópole terem caminhado juntas durante um bom tempo, após a Independência da Brasil, ambas começam a trilhar caminhos diferentes.

¹⁰⁹ GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro.** Salvador: Progresso, 1958. p. 4.

Não obstante tal determinação, Maria Beatriz Nizza da Silva enfatiza que as leis do reino eram observadas na colônia muito antes da divulgação do Concílio de Trento e, mesmo depois do Concílio tridentino, ainda constituía forte presença na cultura popular da sociedade brasileira. A autora considera, ainda, que “muitos casos de concubinato, para usarmos a terminologia da Igreja, nada mais seriam, aos olhos do povo, do que casamentos de acordo com as leis do Reino”¹¹⁰.

Depreende-se daí, que, apesar da determinação da observância à doutrina tridentina, os costumes da sociedade da época demonstravam que a mesma não era muito disseminada. Apesar disso, as Ordenações, quando tratava da meação e do adultério, discriminava a forma como tinha sido realizado o matrimônio. Neste sentido, com relação à meação, as Ordenações diferenciavam, no Livro IV, título XLVI, § 2º, duas formas de casamento, quais sejam: aqueles em que os cônjuges eram “casados, por palavras de presente à porta da Igreja, ou por licença do prelado fora dela, havendo cópula carnal”; e aquele em que os cônjuges provarem estarem “em casa teúda e manteúda, ou em casa de seu pai, ou em outra, em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, que, segundo Direito, baste para presumir matrimônio entre eles, posto que se não provem as palavras de presente”. Com relação ao adultério, as Ordenações graduavam a pena, de acordo com o tipo de casamento realizado, se “casada de direito”, “casada de feito” e “casada de pública fama”.

Fazendo estudo de fontes primárias, Maria Beatriz Nizza da Silva comprova a existência de práticas matrimoniais realizadas sem a observância do direito canônico, constituindo verdadeiros casamentos sociais, de acordo com as leis do reino. Para tanto, a autora relata um testamento do ano de 1617, nestes termos:

¹¹⁰ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil colonial**. São Paulo: T A. Queiroz/Edusp, 1984. p. 110.

Declaro que fui casada com Francisco Saraspe que Deus tem e dele me ficou quatro filhos a saber Clara e Domingos, Fernando, Pedro e da segunda vez sou casada com Bastião Soares recebida à face da Igreja e dele não tive filho nenhum¹¹¹.

De fato, apesar da exigência da realizar o casamento de acordo com as prescrições do Concílio de Trento, os costumes ainda permaneceram na cultura da sociedade brasileira, que continuaram a realizar o matrimônio segundo as leis do reino. Sobre o assunto, Alexandre Herculano, autor português, em 1866, afirma que:

Só a luz da civilização e o lento efeito dos séculos podem ir gradualmente alterando até os aniquilar os hábitos inveterados de um povo, e isso mesmo quanto não custa quando um grande interesse moral ou material os aviventa e mantém! De que servira, por exemplo, os anátemas fulminados contra os duelos pelos padres de Trento? De que tem servido a penalidade das leis civis contra eles? Tudo isso é letra morta. O duelo estriba-se numa errada aplicação do sentimento da honra, e o sentimento da honra é, depois da religião, o laço moral mais forte das sociedades modernas. Quem anula a idéia é a idéia, não é o preceito. O livro que há de extinguir o duelo, como os outros erros radicados do espírito humano, há de ser o que discute e alumia; não é o que impera e subjuga a vontade, não pela convicção, mas pelo temos da pena.

Assim sucedeu com as decisões de Trento em relação aos consórcios. Os casamentos clandestinos continuaram a ser válidos aos olhos do povo, e essas uniões reprovadas pela lei da igreja repetiam-se freqüentemente¹¹².

Verifica-se, neste sentido, a presença de um pluralismo jurídico no âmbito matrimonial no período colonial em nosso país. Tal afirmativa é de fácil visualização a partir da presença de normas de direito temporal, de direito

¹¹¹ SILVA. **Sistema de...**, p. 111-112.

¹¹² HERCULANO, Alexandre. **Casamento civil**: por ocasião do apusculo do sr. Visconde de Seabra sobre este assumpto, Lisboa: Typographia Universal, 1866. p. 117-118. No mesmo sentido, Lafayette pondera que: “No ensino como na política, é obra lenta e difícil desarraigar hábitos inveterados, extirpar os erros da tradição”. (PEREIRA, **Direitos de...**, p. XX).

eclesiástico, bem como os costumes observados pela sociedade brasileira. Todas convivendo, ao mesmo tempo, dentro do mesmo ordenamento jurídico do Brasil colônia.

Todavia, não obstante a existência dos costumes na sociedade brasileira, de acordo com as determinações do Concílio de Trento, a Igreja firma sua posição no sentido de que o matrimônio deva ser realizado na presença de, pelo menos, duas testemunhas, perante a autoridade do sacerdote, com fundamento na noção de sacramento, que implica, segundo Carlos Celso Orcesi da Costa, na indissolubilidade do vínculo matrimonial, “dado que ao homem não se admite separar o que Deus uniu. Cria-se entre os cônjuges um vínculo permanente e sagrado que, mesmo em caso de rompimento da comunidade conjugal, subsiste até o falecimento de um deles”¹¹³. É fato, pois, a forte presença que os ritos e solenidades representaram para a família colonial brasileira, na medida em que o Brasil colônia deixou, segundo Rosana Amara Girardi Fachin “uma herança cartorial fundada em práticas e normas instituidoras de solenidades e formalidades, quer na vida privada, quer na pública”¹¹⁴.

Apesar da existência do Concílio de Trento, surgiu a necessidade de confeccionar uma legislação eclesiástica brasileira, com as diretrizes da doutrina Tridentina, adaptado, é claro, para o Brasil colônia. A partir daí, então, foi feita as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia. Tal documento legislativo eclesiástico era composto de uma série de ordens e recomendações colocadas em forma de cinco livros e vários títulos. Assim, tendo por diretriz o Concílio de Trento, as Constituições, no Livro I, título 62, parágrafo 260, regulamentou os fins do casamento:

¹¹³ COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio**: constituição, invalidade, dissolução. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 70.

¹¹⁴ FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Foi o matrimônio ordenado principalmente para três fins, sendo três bens que nele se encerram. O primeiro é o da propagação humana, ordenada para o culto, e honra de Deus. O segundo é a fé e lealdade, que os casados devem guardar mutuamente. O terceiro é o da inseparabilidade dos casados, significativa da união de Cristo Senhor Nosso e a Igreja Católica. Além destes fins é também remédio da concupiscência, e assim São Paulo o aconselha como todos que não podem ser continentes¹¹⁵.

De qualquer forma, não obstante a imposição da Igreja, no sentido de que o casamento seja realizado somente sob sua orientação, é só no ano de 1827, com a edição do decreto de 3 de novembro¹¹⁶, que o casamento realizado segundo a orientação do Concílio de Trento foi efetivamente oficializado, reconhecendo definitivamente a jurisdição da Igreja sobre o casamento e sua dissolução. Diante de tal previsão, os casamentos realizados fora dos limites da Igreja não teriam, portanto, validade. Assim, até este momento, apesar do Estado admitir o casamento sob a orientação do Concílio de Trento, havia também a permissão a outras formas de união entre os casais, outras formas de formações familiares, admitidas pelo Estado.

Percebe-se, neste sentido, a grande influência que a Igreja sempre exerceu na vida da sociedade brasileira, inclusive como substituta do Estado, durante todo o período colonial, características estas representativas do medievo, já que, sob o ponto de vista jurídico, segundo Paolo Grossi, o medievo consiste numa civilização plural, tendo em vista que se individualizam e convertem em realidade viva uma pluralidade de ordenamentos, ou seja, uma pluralidade de

¹¹⁵ BRASIL. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro, 1853. Livro I, título 62, parágrafo 260.

¹¹⁶ Tratando da implementação do Concílio de Trento em nosso país, Antônio Chaves, afirma que: “Por lei de 8.4.1969 El-Rei Sebastião ratificou o ato do regente cardeal d. Henrique, de 156, distendendo, por todo o solo português, os decretos do Concílio Tridentino.

Herdeiro dessa monarquia, a legislação do Império também sofreu tal influxo. O Dec. de 3.11.1827 impunha como disposições obrigatórias o Concílio Tridentino e a Constituição do Arcebispado da Bahia, tornando-se a nossa legislação como que um verdadeiro capítulo do Direito Canônico”. (CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 62).

entes produtores de Direito, mas também porque sua construção se levante sobre a pluralidade, é a pluralidade a que confia sua ordem jurídica.¹¹⁷

Assim, portanto, durante o período colonial, apesar de existir a legislação (Ordenações) regulamentando a constituição do matrimônio, consubstanciado nas Ordenações e decretos legislativos, verifica-se, também, a influência das leis canônicas, quais sejam, o Concílio de Trento e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia¹¹⁸, apesar de não haver, ainda, a obrigatoriedade da realização do matrimônio de acordo com as suas prescrições. Tal obrigatoriedade surgiu a partir do decreto de 3 de novembro de 1827, que determinou o processamento das uniões familiares segundo as prescrições do direito canônico.

Assim, até o ano de 1827, as Ordenações aceitavam tanto os casamentos realizados de acordo com o Concílio de Trento, como aqueles realizados apenas com o consentimento dos nubentes na presença de testemunhas, ainda que não houvesse intervenção alguma da autoridade eclesiástica. Neste último caso, portanto, percebe-se a presença dos usos e costumes da época em nosso país, vale dizer, apesar de existir a previsão ditada pelo direito canônico, as Ordenações ofereciam, ainda, a opção dos cônjuges se unirem sem, necessariamente, a intervenção de um pároco.

Neste sentido, observa-se a pluralidade de fontes existentes neste período, na medida em que as regulamentações vinham de vários lugares distintos, seja do Estado, que apenas confere poderes a outros poderes, por meio de decretos, seja do direito canônico, ou mesmo dos costumes oriundos do reino. Estas distintas

¹¹⁷ **L'ordine giuridico medievale**, 11ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004.

¹¹⁸ As Constituições primeiras do arcebispado da Bahia foram publicadas no ano de 1707, e foram a primeira legislação eclesiástica no Brasil, que teve por fim regulamentar as situações de ordens religiosas, como no caso da regulamentação do casamento, por exemplo.

prescrições normativas conviviam, portanto, concomitantemente, no ordenamento jurídico brasileiro durante o período colonial.

2.2 O CASAMENTO NO IMPÉRIO E A CONSOLIDAÇÃO DE TEIXEIRA DE FREITAS: AINDA SOBRE A INFLUÊNCIA DO DIREITO CANÔNICO

A presente dissertação, ao se propor a analisar a formação da família brasileira a partir da segunda meta do século XIX, inicia este tópico, primeiramente, com a tarefa de contextualizar e estudar a Constituição do Império, nas disposições relativas à constituição da família em nosso país, pois, apesar de ter sido outorgada no ano de 1824, esteve vigente entre nós até a promulgação da Constituição da República, em 1891 e, neste sentido, traz importantes elementos no estudo aqui proposto, pelo próprio esforço modernizador, como veremos a seguir. Em segundo lugar, será tratado o estudo das Consolidações das Leis Civis, realizada por Texeira de Freitas, por constituir fonte de doutrina para a aplicação do direito no período, como será estudado na seqüência.

A presente análise se faz necessária, já que a Constituição, sendo a primeira Constituição após a Independência do Brasil, nos oferece a idéia de como o nosso ordenamento jurídico vai se posicionando na regulamentação da família brasileira no século XIX, na realidade do pluralismo jurídico então presente, e, a partir disso, como esta realidade plural se porta diante do esforço modernizador prevista neste diploma legal.

Feitas tais considerações, a primeira Constituição Imperial após a Independência do Brasil, a de 1824¹¹⁹, nos oferece, para o presente estudo, três significativos elementos que merecem destaque. O primeiro aspecto a ser

¹¹⁹ A Constituição Imperial de 1824 foi outorgada em 25 de março de 1824.

considerado é que, como forma de corroborar com a prática já existente no Brasil colonial, a Constituição Imperial adotou o catolicismo como a religião oficial do Império¹²⁰. Tal previsão constitucional demonstra a forte influência que a Igreja mantinha sobre a sociedade brasileira deste período e, portanto, sobre as famílias, que, em sua maioria, se mantinham fiel ao catolicismo. Devido a esta aliança, o registro civil dos brasileiros se dava, desde o período colonial, por meio dos livros eclesiásticos, que registravam o nascimento, casamento e óbito em nosso país¹²¹.

Outro elemento, importante a ser destacado é que não houve qualquer menção, em seus dispositivos, acerca do casamento. Tratou apenas dos cidadãos brasileiros, em seus direitos e garantias, não mencionando nada sobre o matrimônio ou sobre a família, com exceção da família imperial e sua sucessão no poder. Assim, o Estado eximiu-se de regular a matéria, seja dispondo normas sobre sua celebração, ou mesmo colocando a família como uma instituição. Segundo José Sebastião de Oliveira, tal fato se deve por tratar-se de uma Carta Constitucional política, onde “não se considerava tais problemas como

¹²⁰ Art. 5. “A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.”

¹²¹ Tratando sobre o registro dos livres e cativos e a garantia de direitos civis, assinala Hebe M. Mattos de Castro: “(...) a continuidade da união entre a Igreja e o Estado imperial e o reconhecimento do catolicismo como religião oficial dispensariam por quase todo o século a adoção do registro civil como forma de identificação legal do cidadão brasileiro e de garantia de seus direitos civis (inclusive no que dizia respeito ao direito de propriedade consubstanciado nos procedimentos de herança ou matrimoniais). Dessa maneira, manteve-se a prática dos livros eclesiásticos em que, desde o período colonial, assinalavam-se nascimentos, casamentos e óbitos em volumes distintos, de acordo com a condição livre ou cativa dos indivíduos registrados, desobrigando o poder público da incômoda tarefa de legislar sobre uma diferença de condição que os princípios gerais inscritos na Constituição pareciam ignorar. Essa concepção de direito civil e natural de base monárquica e católica foi herdada do Império português, apresentando ainda claras ligações com uma concepção patrimonial do direito e da vida em sociedade. (CASTRO, Hebe M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luís Felipe de (org.); NOVAIS, Fernando (dir.). **História da vida privada no Brasil**. Império: a corte e a modernidade nacional. São Paulo: Companhia das Letras, 337-383, 1997. p. 339).

fundamentais à estrutura e à ordem jurídica e política do Estado”¹²². Ademais, a realidade brasileira convivia, ainda, com o pluralismo jurídico, o que explica, portanto, a falta de previsão constitucional acerca do casamento.

Neste período, portanto, a Igreja tinha por fim a tarefa de regular e celebrar o casamento entre católicos no Brasil, prevendo normas tanto no Concílio de Trento, como no Arcebispado da Bahia. Tratando sobre este assunto, Lafayette Rodrigues Pereira, em obra publicada no ano de 1869 afirma que: “Prevalece, pois, entre nós, a doutrina que atribui à religião exclusiva competência para regular as condições e a forma do casamento e para julgar a validade do ato”¹²³. Ainda sobre este assunto, observa Antônio Chaves que, no Império:

A Igreja estava ligada ao Estado e a religião católica era a religião oficial. As autoridades eclesiásticas participavam da administração do Estado no desempenho dessa função importantíssima que era a celebração do casamento. Não cabia, porém, ao Estado impor, através de normas legais, as condições de validade do casamento, assim como o ritual para sua celebração.

A Igreja elevou o matrimônio à dignidade de sacramento e se atribuiu o direito de regular-lhe as condições de existência, notadamente no pertinente aos impedimentos matrimoniais. A ela competia a exclusividade do casamento e aos seus sacerdotes coube o papel de, nos domínios canônicos civis, dar à unidade pelo matrimônio o caráter de sagração religiosa e de legalidade perante o Estado¹²⁴.

O terceiro e último elemento significativo é que, apesar de não regular a constituição da família, a Constituição Imperial, preocupada em introduzir a codificação em nosso país, previu, em seu inciso XVIII, artigo 179, a elaboração de um Código Civil, nestes termos: “Organizar-se-á quanto antes um Código

¹²² OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 30.

¹²³ PEREIRA, **Direitos de...**, p. 38-39.

¹²⁴ CHAVES. **Tratado de...**, p. 201.

Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”. Diante de tal previsão, fazia-se necessário, o *quanto antes*, iniciar os trabalhos legislativos de confecção de um Código Civil¹²⁵. Até a sua elaboração, no entanto, permaneceriam vigentes as Ordenações Filipinas para regulamentação da vida privada brasileira.

Tal fato demonstra o esforço de modernização jurídica no Brasil, pois, ao contrário de nosso país, em todos os cantos, o movimento codificador já se fazia presente. No Brasil, especialmente por estar vigente uma legislação importada de Portugal durante o período colonial, e, que iria continuar vigente até a elaboração de um Código Civil, era urgente o movimento codificador, símbolo da emancipação da herança colonial portuguesa. Tal entendimento é colocado por Clóvis Bevilacqua, que assim discorre: “No Brasil, além das condições gerais, que, em toda parte, solicitam as codificações, havia condições próprias, que as reclamavam insistentemente”¹²⁶.

Todavia, apesar da previsão constitucional, nosso ordenamento jurídico apresenta-se completamente disperso, sendo necessário, portanto, antes da elaboração de um Código Civil, realizar um trabalho de consolidação das leis civis brasileiras, com o objetivo de unificar, num mesmo diploma, toda a legislação esparsa existente até aquele momento, é o que se fará na seqüência.

Neste sentido, ao analisar a Constituição Imperial relativamente à normatização da formação da família brasileira, encontramos, primeiramente, o Estado estreitamente ligado à Igreja católica, seja adotando a religião católica como oficial, seja deixando que o direito canônico se ocupasse de regulamentar o casamento entre católicos no país, caracterizado, por sua vez, pelo esvaziamento

¹²⁵ Os Códigos Criminal e Comercial foram promulgados nos anos de 1830 e 1850, respectivamente, ao contrário do Código Civil, promulgado somente no século seguinte.

¹²⁶ BEVILACQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1956. p. 9.

estatal em matéria de família e casamento. Por outro lado, apesar dessa aliança junto à Igreja católica, observa-se, em seus dispositivos, a preocupação estatal em se modernizar juridicamente, movimento que já vinha ocorrendo em vários outros países.

Assim, preocupado com tal atraso, Teixeira de Freitas sentiu necessidade de realizar um trabalho de consolidação das normas existentes até o presente momento, reunindo toda a legislação existente, à época, num único documento. Com este objetivo traçado, o trabalho de consolidação das leis civis brasileiras foi, então, realizado por Augusto Teixeira de Freitas, a partir da celebração do contrato¹²⁷ com o Governo Imperial, em 15 de fevereiro de 1855, com seu término em 24 de dezembro de 1858.

Importante lembrar, que a Consolidação era para ser, a princípio, algo provisório, até a elaboração do Código Civil, todavia, não obstante tal previsão de transitoriedade, permaneceu como parâmetro doutrinário por cinquenta e oito anos, até realização da codificação civil, no ano de 1916. Tal fato demonstra a forte permanência da herança portuguesa no direito civil brasileiro, na medida em que a Consolidação representa a unidade jurídica das normas existentes durante o período colonial brasileiro¹²⁸. Ou seja, a legislação portuguesa, estando reunida na Consolidação, permaneceu presente em nossa cultura jurídica durante

¹²⁷ Segundo Roberto Di Benedetto, “os termos do contrato fornecem a idéia clara da magnitude do trabalho que, além da consolidação da legislação civil – por meio da redução das normas jurídicas do direito civil a ‘proposições claras e sucintas’ –, compreendia, também, a classificação de toda a legislação vigente ou não, brasileira e portuguesa. (BENEDETTO, Roberto Di. **Formação histórica do instituto jurídico da propriedade no Brasil do século XIX**. Curitiba, UFPR, 2002, 133p. (Dissertação de mestrado em Direito). UFPR. p. 106.

¹²⁸ De acordo com Orlando Gomes, a Consolidação “excedeu a toda expectativa, constituindo marco decisivo na evolução do direito civil brasileiro (...), por seu intermédio, o direito português conservou-se no Brasil. Foi resguardada, no possível, a continuidade da tradição jurídica do país, apesar de todas as conquistas do espírito inovador, e da influência, então inevitável, dos códigos e dos autores estrangeiros”. (GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas...** p. 18-19).

todo o século XIX, apesar do processo de codificação presente nos países europeus e em vários países da América do Sul¹²⁹.

Relativamente às relações familiares, juntamente com os contratos e as sucessões, não ganham destaque na Consolidação de Teixeira de Freitas, ao contrário das relações econômicas, que têm aí papel central, inserido em sua própria Introdução. Neste sentido, a parte reservada à regulamentação da formação da família brasileira na Consolidação, como já mencionado, constitui um apanhado geral do que existia até aquele momento, ou seja, até o ano de 1858, das normas que dispunham sobre o tema. É o que se fará a seguir.

Inicialmente, encontramos a Consolidação ainda dispendo sobre os esponsais¹³⁰ e os pactos nupciais, prevendo, em linhas gerais, a obrigatoriedade de se contrair os esponsais por meio de escritura pública, e, caso não seja observado tal dispositivo, as promessas ou convenções esponsalícias não produzirão qualquer efeito, nem serão admitidas qualquer tipo de ação (artigos 76 e 77).

Apesar de haver a previsão de obrigatoriedade, quando os esponsais são feitos por meio de escritura pública, Lafayette considera que tal obrigação não é absoluta, mas alternativa, pois, segundo o autor, pode ocorrer que:

Depois de assinada a escritura de esponsais, um dos esposos, por uma dessas súbitas variações de vontade, tão próprias da mobilidade do espírito humano, mude de resolução e se recuse a cumprir a promessa feita.

¹²⁹ Sobre o assunto, interessante o estudo de Ricardo Marcelo Fonseca, que trata da codificação no Brasil, e as causas para sua implementação tardia em nosso país. (FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**. Universidade Federal do Paraná, v. 44, p. 61-76, 2006.).

¹³⁰ De acordo com a doutrina de Lafayette, esponsais são “a promessa que o homem e a mulher reciprocamente se fazem e aceitam de se casarem em um prazo dado” (PEREIRA, **Direitos de...**, p. 3).

Forçá-lo nestas circunstâncias a contrair núpcias ajustadas fora contrariar de uma maneira cruel a natureza e os fins do casamento, preparando destarte um futuro de lutas, de ódios e de perturbação no seio de uma sociedade onde só deve reinar o amor, a paz e a mais íntima união¹³¹.

Na seqüência, regulando efetivamente a celebração do matrimônio, a Consolidação, em seu papel de classificação das leis civis até então, determina, em seu artigo 95, a expressa observância do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, relativamente à constituição do matrimônio, em todos os Bispados e Freguesias do Império, não podendo ser celebrado contra as Leis do Império (artigo 97), sob pena de punição ao Eclesiástico que assim proceder, bem como aqueles que contraírem matrimônio clandestino¹³², necessitando, neste caso, declaração do respectivo Juízo Eclesiástico (artigo 98). Observa-se, neste sentido, as mesmas normas existentes no período colonial, já que se tratava de uma consolidação das normas já existentes.

Assim, tal como já vinha sendo praticado em toda a sociedade brasileira, todo o procedimento de celebração do matrimônio no Brasil, até este momento, não era regulamentado pelo Estado, mas sim, como assinalado pela própria Consolidação, pela Igreja católica, que regulava a constituição do casamento

¹³¹ PEREIRA, **Direitos de...**, p. 9. Todavia, há, ainda, previsão de justa causa para a recusa, que, segundo Lafayette, são: “a enfermidade, ou contagiosa ou repugnante, ou a que, inabilita para os misteres da via; a infidelidade; a impudícia, e, em geral, todos os vícios e costumes torpes”. (PEREIRA, **Direitos de...**, p. 11). Tais causas não valem quando ocorrem antes da celebração dos sponsais e não eram ignoradas. Ainda, nos casos acima citados, a dissolução independe de sentença ou qualquer solenidade.

¹³² Teixeira de Freitas, nas anotações do artigo 98 da Consolidação, conceitua matrimônio clandestino como aquele “feito sem assistência do Pároco, ou de outro Sacerdote devidamente autorizado, e de duas testemunhas ao menos.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. “**Consolidação das leis...**” p. 107). Lafayette assevera que “Antes do Concílio Tridentino eram tolerados os casamentos *clandestinos*. Desta prática resultavam gravíssimos abusos: o sigilo que envolvia o ato, facilitava a bigamia, e a falta de autenticidade deixava na incerteza a constituição da família”. (PEREIRA, **Direitos de...**, p. 29).

entre católicos, dispendo sobre sua celebração no Concílio de Trento e Arcebispado da Bahia.

Tratando sobre a prova dos casamentos, a Consolidação determinava que as provas deveriam ser feitas pelas certidões extraídas dos Livros Eclesiásticos (artigo 99). Todavia, no artigo 100, havia a previsão de prova por meio de testemunhas que atestassem que os cônjuges viviam em casa teúda e manteúda, em pública voz e com fama de marido e mulher. Por outro lado, não obstante tal previsão, Teixeira de Freitas adverte em nota a este artigo, que tal prova testemunhal de coabitação não pode ser admitida depois da aceitação do Concílio Tridentino. Até este momento, portanto, somente os casamentos celebrados perante a Igreja eram considerados válidos, e, conseqüentemente, apenas poderiam ser provados diante dos assentos existentes nas respectivas paróquias.

Diante de tal fato, é importante observar que a consolidação, como já afirmado anteriormente, tratou de reunir toda a legislação, principalmente as Ordenações. Todavia, havia muita coisa que já havia sido revogado pelo próprio direito canônico, como o caso acima retratado, ou seja, apesar de previsto na consolidação a possibilidade de prova de que os cônjuges viviam em casa teúda e manteúda por meio de testemunhas, o Concílio Tridentino proibia tal prova por tratar-se de verdadeiro casamento clandestino.

Pela leitura dos dispositivos analisados neste tópico, relativamente à constituição e celebração do casamento indicados na Consolidação, observa-se, mais uma vez, a falta de uma regulamentação específica por parte do Estado, especialmente para os não católicos, na medida em que a Consolidação determinava a observância das normas tridentinas e do Arcebispado da Bahia, e estes, por sua vez, tratavam apenas e tão somente, é claro, dos casamentos entre pessoas católicas. Neste sentido, temos aqui a Igreja ainda exercendo influência sobre a vida das pessoas, e as pessoas não católicas a margem da sociedade

brasileira da época, o que demonstra o importante papel normativo representada pela Igreja católica ainda no século XIX.

2.3 CASAMENTO SEGUNDO O DECRETO 1144 DE 1861: TRIPARTIÇÃO DO CASAMENTO, AINDA SOB A INFLUÊNCIA CATÓLICA

Como visto nos tópicos anteriores, nosso país reconhecia apenas o casamento realizado de acordo com os preceitos da Igreja católica, ficando a margem, portanto, os casamentos entre acatólicos ou entre católicos e não católicos, os chamados casamentos mistos.

Todavia, segundo Oscar de Macedo Soares¹³³, tendo o Brasil extenso território, já contando com um grande número de estrangeiro em suas terras, necessitava, ainda, atrair a imigração¹³⁴ européia com o fim de colonizar nosso país, e resolver o grave impasse colocado pela mão de obra escrava. Tornava necessário, portanto, um esforço no sentido de reformular o sistema de casamento então vigente, de maneira a uniformizar os efeitos jurídicos entre católicos e acatólicos. Assim, como já dizia Antonio Joaquim Ribas, em 1873, “o direito, a moral e o grande interesse público de facilitar a imigração estrangeira,

¹³³ SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento Civil**: decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890. 4ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro Editor, 1909. p. X.

¹³⁴ Ludgero Antonio Coelho, também considerando a importância de mudança de mentalidade quanto a possibilidade de instituição do casamento em nosso país, assim afirma: “Apesar de do estorvo, criado por toda essa *velharia* anacrônica, de há muito banida da antiga metrópole pela publicação do Código Civil Português, e que tem sido guardada entre nós com verdadeiro fanatismo, constituindo mesmo, em grande parte ainda, a arca santa dos nossos direitos e faculdades civis: - alguns espíritos superiores, entre os quais, Uruguay, Maranguape e Abrantes, em 1854, proclamam, em patriotas e calorosas discussões, parlamentares, a necessidade indeclinável da *secularização* do casamento, como imprescindível à imigração estrangeira, colonização, povoamento e progresso do nosso vasto e opulento território”. (COELHO, Ludgero Antonio. **Do casamento civil brasileiro**: commentario ethico-juridico ao Decreto . 181 de 24 de janeiro de 1890, Rio de Janeiro: Typ. Pereira Braga & C., 1899. p. XXIV).

exigem que se removam esses embaraços (...)”¹³⁵. Não fazia sentido, para o estrangeiro, que trocava seu país de origem em busca de melhores condições de vida, vir a um país que o discriminasse, não reconhecendo sua família, e não estando, neste sentido, juridicamente protegido¹³⁶.

Diante de tal cenário, iniciou-se um esforço de mudança no sistema de casamento então vigente em nosso país, que começou a ser sentido, com muita relutância por parte dos mais conservadores, a partir da década de 50 do século XIX. De acordo com Oscar de Macedo Soares, é no ano de 1854 que os Viscondes de Uruguay, Maranguape e Abrantes “(...) reconheciam a necessidade de secularizar o casamento”¹³⁷.

No mesmo sentido, o Conselheiro Nabuco, ministro de Justiça, insistia na necessidade de se passar não apenas o casamento acatólico, como também o casamento misto para o Estado, para que ambos surtiram todos os efeitos civis do matrimônio, pois, segundo Nabuco, esta realidade proposta seria mais conforme a moral do que o atualmente existente, ou seja, casamentos reduzidos a verdadeiros concubinatos, esposos sem quaisquer vínculos e filhos sem direitos civis¹³⁸.

Assim, o primeiro e importante passo rumo a tal conquista deu-se em 19 de julho de 1858, quando o Ministro da Justiça Diogo de Vasconcellos

¹³⁵ RIBAS, Antonio Joaquim. Doutrina. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 1, p. 297-300, anno I, janeiro a abril, 1873. p. 299.

¹³⁶ Neste sentido, Vasconcellos, citado por Oscar de Macedo Soares expõe que: “É fato, constante, e por todos testemunhado, que não só católicos, mas grande número de protestantes, procuram na imigração para o Brasil melhoramentos de sua posição.

Entretanto, qual será o homem mogiferado que não vacile vir para o Império, se não contar seguro com a legitimidade da família? Se se reputa concubinato a união que contrair? Ilegítimos seus filhos e, portanto, incapazes de sucessão? (VASCONCELLOS, Oscar de. *Apud* SOARES. **Casamento...**, p. xii.)

¹³⁷ SOARES. **Casamento...**, p. xii.

¹³⁸ SOARES. **Casamento...**, p. xii.

apresentou um projeto de lei de casamento civil, para as pessoas que não professassem a religião católica, inclusive quando apenas um deles não fosse católico, a seguir exposto:

Art. 1º. Os casamentos entre pessoas, que não professem a religião católica apostólica romana, serão feitos por contrato civil, seguindo-se o ato religioso, se ele não tiver celebrado antes.

Art. 2º. O casamento civil também poderá ser contraído quando um dos contraentes for católico e o outro não.

Art. 3º. O contrato civil, seguido da comunicação dos esposos, assim na hipótese do art. 1º como na do 2º, torna o matrimônio indissolúvel e produz todos os efeitos civis que resultam do que é contraído segundo as leis e costumes do Império.

Art. 4º. Os casamentos mistos ou entre pessoas estranhas à igreja católica, *bona fide* contraídos, antes da publicação da presente lei, por escritura pública, ou celebrados na forma de alguma religião tolerada, se consideram *ipso facto* ratificados para os efeitos civis, como se tivessem contraídos ou celebrados na forma prescrita para os casamentos civis, uma vez que a isso se não oponham impedimentos tais que os devam embaraçar, segundo o que houver regulado o governo em conformidade do § 1º, art. 6º.

Parágrafo único. Dentro, porém, de um ano, contado da publicação desta lei, será livre dissolve-los, quando o permita a religião segundo a qual se tiver celebrado a cerimônia religiosa. Passado este período, ficarão sendo indissolúveis.

Art. 5º. São reconhecidos válidos e produzirão todos os efeitos civis, os casamentos celebrados fora do Império, segundo as leis do país onde tiveram sido contraídos.

É o governo autorizado:

§ 1º. Para regular os impedimentos, nulidades, divórcios *quoad thorum* e forma da celebração dos respectivos casamentos, como contratos civis.

§ 2º. Para organizar e regular o registro dos mesmos casamentos, assim como dos nascimentos que deles provierem¹³⁹.

¹³⁹ SOARES. *Casamento...*, p. xii. p. xi à xii.

Os membros da comissão estavam de acordo quanto ao casamento dos acatólicos. Todavia, em relação ao casamento misto, as opiniões dividiam-se, com três membros de parecer favorável, e outros três de parecer contrário.

Em vista deste cenário, a proposta do ministro da Justiça Vasconcellos foi para a Câmara dos Deputados em 11 de agosto de 1860 e, após inúmeras discussões, e muitas mutilações no projeto original, foi aprovado em 11 de setembro de 1861, na forma da lei n. 1144, regulada pelo Regulamento 3069 de 17 de abril de 1863, que instituiu o Registro dos atos referente ao casamento para os acatólicos. Assim, de acordo com o artigo primeiro do decreto n. 1141 de 1861, ficam extensivos os efeitos civis dos casamentos celebrados em conformidade com as leis do Império:

1º. Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados fora do Império segundo os ritos ou as Leis a que os contraentes estejam sujeitos.

2º. Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado celebrados no Império, antes da publicação da presente Lei segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, provadas por certidões nas quais verifique-se a celebração do ato religioso.

3º. Aos casamentos de pessoas que professarem Religião diferente da do Estado, que da data da presente Lei em diante forem celebrados no Império, segundo o costume ou as prescrições das Religiões respectivas, com tanto que a celebração do ato religioso seja provado pelo competente registro, e na forma que determinado for em Regulamento.

4º. Tanto os casamentos de que trata o § 2º, como os do precedente não poderão gozar do benefício desta Lei, se entre os contraente se der impedimento que na conformidade das Leis em vigor no Império, naquilo que lhes possa ser aplicável, obste ao matrimônio católico.

Esta lei, todavia, foi objeto de muitas controvérsias e discussões entre os juristas da época, dividindo opiniões¹⁴⁰, na medida em que deixou o casamento misto sob o império das leis canônicas, e exigiu, por sua vez, requisitos muito difíceis de serem preenchidos no país, para a celebração dos casamentos. Analisando o conteúdo deste decreto, Ludgero Antonio Coelho, em 1899, considera que: “(...) além de deficiente, reflete em suas disposições a influência autoritária da cúria romana, embaraçando a evolução do país em sua aspiração de liberdade plena de crenças”¹⁴¹.

Neste sentido, a disposição mais arbitrária deste decreto ficou a cargo do casamento misto, ou seja, aquele realizado entre católicos e pessoas pertencentes a outras religiões¹⁴², que deveriam ser realizados de acordo com as prescrições do direito canônico, e mediante algumas cautelas, a seguir expostas:

1. Ser a parte católica admoestada para esforçar-se quanto em si couber por converter à sua fé a parte acatólica.
2. Prometer o contraente católico sob juramento:
 - a) não impedir o contraente católico a livre prática de sua religião;
 - b) consentir em que sejam educados os filhos de um e de outro sexo nos princípios da religião católica¹⁴³.

¹⁴⁰ Lafayette, refletindo sobre a legislação acerca do casamento, afirma que a mesma se apresenta estreita e acanhada, necessitando, portanto, de reformas que a coloquem “em harmonia com os princípios da justiça e com as necessidades do tempo”. (PEREIRA. **Direitos de...**, p. 339).

¹⁴¹ COELHO. **Do casamento...**, p. XXV.

¹⁴² Segundo Lafayette, o casamento misto, aqueles realizados “entre católicos e pessoas pertencentes às religiões dissidentes não são válidos perante o nosso Direito Civil senão quando celebrados de conformidade com as prescrições da igreja católica”. Continuando, o autor considera que o casamento misto, durante os primeiros séculos, era punido pela igreja, por ensejar a desarmonia no lar em virtude de crenças religiosas divergentes, todavia, a força dos fatos fez com que o direito canônico passasse a admiti-lo com o comprometimento de “resguardar de erro a fé do cônjuge católico e a educação dos filhos”. (PEREIRA. **Direitos de...**, p. 31-32).

¹⁴³ PEREIRA. **Direito de...**, p. 32. Tais exigências também eram criticadas por Antonio Candido da Cunha Leitão, que assim considera: “Desde que a liberdade religiosa entrou

Assim, para que o casamento misto fosse considerado válido, deveria observar todas essas exigências prescritas pelo direito canônico, o que nem sempre ocorria, vale dizer, nem sempre os cônjuges concordavam com tais exigências. Como retrata, por exemplo, a decisão imperial de um caso ocorrido na cidade do Pará, de um suíço protestante casado com uma brasileira católica, por ato civil realizado no consulado britânico, que, não puderam ter o casamento misto celebrado pela autoridade eclesiástica, pois o cônjuge protestante se recusou a assinar o compromisso de educar os filhos nos preceitos da religião católica. Diante deste caso, a Seção dos Negócios do Império do Conselho do Estado, n. 491, de 21 de outubro de 1865, apreciando os fatos, declarou que:

1.º Que o casamento de que se trata não pôde produzir efeitos legais. A Lei n.º 1144 de 11 de Setembro de 1861 torna extensivos os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do Império, aos casamentos de pessoas que professarem religião diferente da do Estado, somente quando forem celebrados segundo o costume ou prescrições das religiões respectivas; devendo a celebração do ato religioso ser provada pelo competente registro na forma determinada pelo Decreto n.º 3069 de 17 de Abril de 1863.

2.º Que a autoridade eclesiástica do Pará não podia ter procedimento diverso do que teve. Desde que se tratava de um casamento misto, devia, para que ele fosse válido, exigir a dispensa do impedimento — *cultus disparitas* — e o compromisso da educação dos filhos segundo os preceitos da Igreja Católica.

3.º Que foi muito irregular o procedimento do Consulado Geral da Suíça. Em vez de respeitar as leis do país, declarou, por própria autoridade, que era um abuso, que devia provocar toda a oposição, o procedimento, que não podia ser outro, do clero brasileiro; e, sem atenção às disposições que regulam entre nós o melindroso assunto dos casamentos, aconselhou ao Cônsul Suíço no Pará que em casos semelhantes os fosse celebrando por ato civil.

no pacto fundamental do Império, desde que estabeleceu-se a liberdade de consciência e de culto e que nenhuma perseguição mais é possível contra as crenças e práticas religiosas, é claro que sustentar aquele sacrifício da consciência é desrespeitar e não cumprir o preceito constitucional”. (LEITÃO, Antonio Candido da Cunha. Casamento civil. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 12, p. 50-65, anno V, janeiro a abril, 1877. p. 64

Não careço apontar a V. Ex. os inconvenientes deste procedimento, e as suas graves conseqüências, ainda em relação aos estrangeiros que procuram nosso país. Os frutos de tais uniões, não podendo ser reconhecidos legítimos, não estão sob a proteção da lei, pelo que respeita á sucessão paterna; e a família não tem caráter algum de estabilidade. Não devendo os agentes consulares praticar atos contrários às leis do país em que exercem suas funções, digno-se V. Ex. de fazer sentir ao Cônsul geral da Suíça e ao Cônsul Britânico no Pará as fatais conseqüências do procedimento que tiveram; e de dirigir sobre este assunto as necessárias recomendações às Legações e Consulados do Império nos países estrangeiros¹⁴⁴.

Em suma, devido, ao aumento populacional, por meio do incentivo à imigração, que gerou, por sua vez, um crescente aumento dos acatólicos em nosso país, surgiu a necessidade de regulamentar os casamentos acatólicos e mistos, que culminou na lei n. 1144. Todavia, referida lei não satisfaz as aspirações da sociedade da época, refletindo, ao contrário, as idéias reacionárias daqueles conservadores que defendiam acirradamente as convicções católicas e a permanência da influência do direito canônico.

Neste sentido, a lei de 11 de setembro de 1861 foi um passo muito tímido e contraditório, que teve por fim oferecer efeitos civis aos casamentos entre membros de seitas dissidentes. Todavia, apesar de oferecer tais efeitos, impôs, por outro lado, como condição de validade, que tais casamentos fossem celebrados segundo usos e prescrições das religiões dos contraentes. Sobre o assunto, expõe Lafayette: “Que horror ao casamento civil! Era impossível forçar os contraentes não católicos a se casarem segundo a forma estabelecida pela igreja católica. Pois bem! Obrigaram-nos a se casarem segundo os ritos e prescrições de suas religiões”¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Brasil. Collecção das Decisões do Governo no Império do Brasil, Tomo XXVIII. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865. p. 497-498.

¹⁴⁵ PEREIRA. **Direitos de...**, p. 339. Continua o autor: “O melhoramento trazido pela citada lei de 11 de setembro de 1861 reduz-se, pois, a proporções bem mesquinhas. E por isso continua enérgica a instância por uma nova lei”. (p. 340).

Para solucionar tal impasse, Lafayette propõe a confecção de uma lei com duas idéias principais: a primeira seria o casamento entre católicos, regido segundo as prescrições do direito canônico; a segunda seria o casamento misto e o casamento entre acatólicos, celebrados por escritura, como mero contrato civil. Ou seja, casamento católico para católicos; casamento civil para os acatólicos¹⁴⁶.

Tal proposta, porém, jamais chegou a ser posta em prática. Apesar disso, ao que parece, continuou a luta, no sentido de superação dessas idéias, com novas propostas junto ao parlamento. Assim, novos projetos foram apresentados, como a lei sobre o casamento civil em 17 de julho de 1867, em quatro artigos, de autoria de Tavares Bastos; um projeto apresentado pelo Sr. Conselheiro Corrêa, assinado por mais de 17 deputados; outro projeto, de caráter mais amplo, foi apresentado em junho de 1875, que tratava qualquer casamento como um contrato civil, e, por fim, o projeto de autoria do Sr. Conselheiro Maciel, em 5 de maio de 1884, com 34 artigos, com idéias avançadas, que defendia o casamento civil facultativo. Todavia, tais projetos tiveram “o mesmo destino que os de seus ilustres precursores: – o esquecimento e a morte na pasta das comissões”¹⁴⁷. De acordo com Ludgero Antonio Coelho, “A igreja se opunha ao movimento liberal, a Coroa obedecia”¹⁴⁸.

Todavia, não obstante todos esses esforços no sentido de secularização do casamento em nosso país, e dos defensores em todos os setores da sociedade, todos estes projetos não foram levados adiante, ao contrário de vários outros países, que já vinham estatuidando o casamento civil. Tal conquista só veio a ser realizada depois da proclamação da República, em 15 de novembro de 1889 (que

¹⁴⁶ Sobre o exemplo do Portugal, que adotou esta idéia, indaga Lafayette: “Por que não imitemos nós o exemplo que nos é dado por uma nação que em todos os tempos se tem distinguido pela sua inabalável fidelidade ao catolicismo? (PEREIRA. **Direitos de...**, p. 340).

¹⁴⁷ COELHO. **Do casamento...**, p. XXV.

¹⁴⁸ COELHO. **Do casamento...**, p. XXV.

culminou com a separação entre a Igreja e o Estado), com o advento do decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, que será visto no próximo tópico.

2.4 DECRETO N. 181 DE 1890 E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1891: ESTABELECIMENTO DO CASAMENTO CIVIL

É no meio da calorosa discussão acerca da instituição do casamento civil que, em 15 de novembro de 1889, ocorre a importante transformação política do país, com a proclamação da República, que trouxe consigo a efetiva separação entre a Igreja e o Estado¹⁴⁹. A partir deste evento para a sociedade brasileira, surgiu, então, a necessidade de afastar definitivamente a Igreja católica do controle dos assentos de nascimento, casamentos e óbitos, bem como a necessidade da regulamentação do casamento civil, o que veio a ocorrer em seguida, por meio da edição do Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, de autoria de Rui Barbosa, que tornou obrigatório o casamento civil¹⁵⁰ no Brasil.

De fato, edição deste decreto constituiu importante passo para a emancipação do Estado diante da influência canônica na regulamentação das relações conjugais, na medida em que regulamentou o casamento civil em nosso país, prevendo que a validade dos casamentos brasileiros dependeria da

¹⁴⁹ Dispondo sobre a separação entre o Estado e qualquer entidade religiosa, o chefe do governo provisório, o marechal Manoel Deodoro da Fonseca, em 7 de janeiro de 1890, decretou que: “Art. 1º. É proibido à autoridade federal, assim como a dos estados federados, expedir leis, regulamentos, ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados a custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões filosóficas ou religiosas.

Art. 2º A todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos atos particulares ou públicos, que interessem o exercício deste decreto”.

¹⁵⁰ O artigo 108 assim dispunha: “Esta lei começará a ter execução desde o dia 21-05-1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições. Parágrafo único: O casamento civil, único válidos nos termos do art. 108, de 24 de janeiro último, precederá sempre às cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejem soleniza-las os nubentes”.

observância dos dispositivos que regulamentavam o direito matrimonial, inclusive, as Ordenações¹⁵¹. Com isso, o decreto nº 181 rompeu de vez com o domínio da Igreja católica na regulamentação das relações oriundas do casamento.

A partir deste decreto, portanto, o casamento civil, realizado por autoridades civis, passou a ser o único válido, com a conseqüente abolição da jurisdição eclesiástica na matéria. Neste sentido, Ludgero Antonio Coelho considera que o casamento passa a ser “um objeto puramente temporal, um verdadeiro contrato entre os nubentes, e inteiramente independente das solenidades religiosas que até então o consagravam – o tirou à jurisdição eclesiástica, para atribuí-lo à autoridade civil”¹⁵². Desta forma, o presente ato normativo secularizou¹⁵³ o casamento no Brasil, na medida em que não reconhecia mais o casamento religioso. O artigo 108 do Decreto 181 assim dispunha:

Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 21-05-1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições.

Parágrafo único. Fica, em todo caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e

¹⁵¹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 7.

¹⁵² COELHO. **Do casamento...**, p. XXVI. Continua o autor considerando que “(...) embora a Igreja o reivindique como um ato de sua jurisdição, imprimindo-lhe o caráter augusto de *sacramento*, isso não obsta a que o Estado, – agremiação de famílias, que nem sempre professam a mesma fé religiosa – preceitue normas, regras e preceitos a esse contrato, *base angular* da família, sem ofensa da consciência dos cidadãos em suas crenças e confissões. (COELHO. **Do casamento...**, p. XXVI).

¹⁵³ Segundo Rogério Dutra dos Santos, em geral, o termo secularização “é utilizado, sem restrições, para definir os processos pelos quais a sociedade, a partir do século XV, produziu uma laicização e um rompimento entre as culturas eclesiásticas e as doutrinas filosóficas e demais instituições jurídico-políticas” (A institucionalização da dogmática jurídico-canônica-medieval. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 254).

cerimônias prescritas para a celebração do matrimônio pela religião deles.

Assim, de acordo com que dispõe o parágrafo único do artigo 108, era permitido que os contraentes celebrassem, antes ou depois do casamento civil, o casamento conforme suas respectivas religiões, de acordo com a crença do casal, sem qualquer imposição ou proibição por alguma religião, o que demonstra um “elevado alcance social, moral e jurídico: não contraria o cidadão em suas crenças; não desconhece a liberdade individual, em sua essência moral; não viola o direito natural, em sua livre e espontânea manifestação”¹⁵⁴.

Todavia, diante da liberdade de escolha oferecida pelo Estado, que possibilitava a realização da cerimônia religiosa antes ou depois do casamento civil, percebeu-se uma insistente celebração dos casamentos unicamente católicos, atitude esta de oposição e resistência ao decreto nº 181 de 1890, bem como de incentivo à sociedade a não observância das prescrições civis acerca deste decreto. Neste sentido, visando dar maior efetividade ao Decreto nº 181, e coibir tal prática pelos membros eclesiásticos, o Estado editou o decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, proibindo a celebração religiosa antes da civil. Interessante também são as considerações iniciais justificando a edição deste decreto, conforme retratado abaixo:

Que ao princípio de tolerância consagrado no decreto nº 181 de 24 de janeiro último, que permite indiferentemente a celebração de quaisquer cerimônias religiosas antes ou depois do ato civil, tem correspondido uma parte do clero católico com atos de acentuada oposição e resistência à execução do mesmo decreto celebrando o casamento e aconselhando a não observância da prescrição civil;

Quer, por este modo, não só se pretende anular a ação do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direitos da família, como são aqueles que resultam do casamento;

¹⁵⁴ COELHO. **Do casamento...**, p. 359.

Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a proteção da república;

Decreta:

Art. 1º O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam soleniza-lo os nubentes.

Diante deste artigo, portanto, o parágrafo único do decreto nº 181 de 1890, que possibilitava a celebração da cerimônia religiosa antes do casamento civil, foi revogado¹⁵⁵. Neste mesmo sentido, e visando dar ainda mais efetividade a este Decreto, havia também a previsão de criminalização para o eclesiástico que não observasse tal conduta, de acordo com o artigo 284 do Código Penal: "O ministro de qualquer confissão, que celebrar as cerimônias religiosas do casamento antes do ato civil, será punido com seis meses de prisão e multa correspondente à metade do tempo". Tal previsão também era encontrada no artigo 2º do decreto 521 de 26 de junho de 1890.

O que se observa, portanto, é a preocupação estatal em se impor perante a resistência da igreja católica, que não aceitou muito bem sua exclusão dos assuntos no âmbito das relações conjugais, restando ao Estado o papel de fazer valer sua vontade com a edição de decretos, como o acima elencado. De fato, neste momento de transição, com o objetivo de incorporação do casamento civil na cultura da sociedade brasileira, o Estado editou inúmeros decretos, como o decreto nº 233 de 27 de fevereiro de 1890, que manda observar as instruções para execução do decreto nº 181 de 1890; o decreto nº 278 de 24 de março de 1890, que regula os efeitos civis dos casamentos celebrados antes de entrar em execução o decreto nº 181 de 1890, o decreto nº 521, como já comentado acima.

¹⁵⁵ Artigo 5º do decreto nº 521 de 26 de junho de 1890: "Ficam revogados o parágrafo único do art. 108 do decreto nº 181 de 24 de janeiro do corrente e demais disposições em contrário".

O próximo passo, após tais acontecimentos, foi a Constituição Federal, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana do Brasil. Encontramos em seus dispositivos, dois significativos elementos para a análise aqui proposta.

Primeiramente, ao contrário da Constituição de 1824, a Constituição republicana previu o desmembramento da Igreja com o Estado¹⁵⁶, retirando, de seus dispositivos, o catolicismo como religião oficial, e, ainda, assegurando a liberdade de associação e de reunião sem armas.

Outro elemento importante a ser destacado, e que vem a corroborar a separação entre o Estado e a Igreja, é que a Constituição da República foi a primeira a tratar da matéria sobre o casamento, ainda que de forma muito singela, em seu artigo 72, § 4º, que assim dispunha: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”. Na seqüência, no mesmo artigo, o parágrafo sétimo afirma: “Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados”. Assim, a Constituição da República só reconhecia como válido o casamento civil, não mantendo nenhuma relação de aliança ou dependência com qualquer igreja, sendo “completamente indiferente, para os efeitos do casamento, a celebração de quaisquer cerimônias religiosas, quer antes ou depois da solenidade civil”¹⁵⁷.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1891, diante do artigo 72, § 4º, portanto, o decreto nº 521 de 26 de junho de 1890 foi revogado, reforçado com a edição de alguns avisos do Governo, como o Aviso de 15 de abril de 1891, nestes termos:

¹⁵⁶ Artigo 72, § 7º “Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados”.

¹⁵⁷ COELHO. **Do casamento...**, p. XXVII.

Suscitando dúvidas quanto à precedência de cerimônias religiosas matrimoniais à celebração do casamento civil, declaro-vos, para os devidos efeitos, que, nos termos dos §§ 4º e 7º do art. 72 da Constituição, não se pode proibir que tais cerimônias religiosas sejam celebradas antes de efetuado o casamento civil, como se determina no Decr. 521 de 26 de junho, visto que seria inexecutável a imposição da pena nele estatuída e mediante o processo que estabelece para o fato que deixou de ser delituoso¹⁵⁸.

De fato, quando a Constituição da República estabeleceu no artigo 72, § 4º que “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”, na verdade, suprimiu a obrigatoriedade que havia na Constituição do Governo provisório em 22 de junho de 1890, que assim previa: “A República só reconhece o casamento civil, que precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto”. Assim, o projeto de Constituição previa a obrigatoriedade da precedência do casamento civil, a Constituição de 1891, todavia, suprimiu tal obrigatoriedade, quando deixou de prever esta precedência. No intuito de dirimir as dúvidas oriundas destas questões, como já mencionado, o Governo publicou alguns avisos, como o de 15 de abril de 1891 (já transcrito), bem como os avisos de 20 de junho e 31 de agosto deste mesmo ano, todos com a mesma orientação.

Tratando especificamente dos artigos acima, Rodrigo da Cunha Pereira explica que:

Esse artigo ficou inserido nesta Constituição em razão da separação Igreja/Estado. A partir do regime republicano, o catolicismo deixou de ser a religião oficial e com isto tornou-se necessário mencionar o casamento civil como o vínculo constituinte da família brasileira. Até então era dispensável, pois as famílias constituíram-se pelo vínculo do casamento religioso, que tinha automaticamente efeitos civis, já que não havia a separação dos poderes Igreja/Estado.¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Apud* AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. **Do casamento civil**: segundo do decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890. 3. edição correcta e augmentada. Rio de Janeiro e São Paulo: Laemmert & C. Editores, 1896. p. 108.

¹⁵⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família – uma abordagem psicanalítica*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 20

Todavia, apesar do esforço do Estado em secularizar o casamento no Brasil, tal tentativa foi bastante difícil, no sentido de conscientização da população, especialmente a população rural, sobre a necessidade do ato civil. Não obstante a implementação de decretos, de dispositivos constitucionais disciplinando o casamento civil, o povo brasileiro, segundo o autor acima citado, permanecia prestigiando somente o casamento religioso, configurando, assim, verdadeiras uniões estáveis, na medida em que, com a instituição do casamento civil como único válido, a partir do decreto nº 181, o casamento realizado na igreja não era mais considerado válido.

Tal fato pode ser compreendido pela forte raiz deixada por um direito não formal, anti-legal e resistente à modernização, como tivemos oportunidade de constatar nos tópicos anteriores. De fato, o direito matrimonial brasileiro esteve sempre orientado por um pluralism jurídico, devido às várias normas que ocupavam o mesmo espaço regulamentar.

2.5 DESAGREGAÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL: O DIVÓRCIO NO SÉCULO XIX

Apesar de não ser o tema central da dissertação, uma análise das fontes formais sobre o casamento não pode deixar de considerar um breve estudo acerca do divórcio neste período, na medida em que contribui no entendimento do funcionamento da complexa estrutura matrimonial¹⁶⁰, a forma como esta culmina na desagregação familiar, e que desencadeia, por sua vez, a efetiva separação dos

¹⁶⁰ Segundo Eni de Mesquita Samara, as pessoas se divorciavam desde o período colonial, fruto das tensões que surgiam naturalmente do matrimônio. Tal fato, portanto, demonstravam “evidências fundamentais para se compreender as relações entre marido e esposa no passado. Mas, apesar dessa reconhecida importância, poucos estudiosos se preocuparam em verificar o seu real significado nos sistemas familiares”. (SAMARA, Eni de Mesquita. **A família brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 67).

contraentes. E mais, entender os motivos que desencadeavam o desejo do divórcio entre os casais, nos fornecem as expectativas não atingidas para o sucesso de uma união.

Todavia, antes de adentrarmos nas reflexões do referido instituto, cumpre salientar que o divórcio aqui tratado, apesar do mesmo vocábulo conhecido contemporaneamente, é, em sua essência, diverso daquele tratado nos dias de hoje. De fato, o divórcio neste período constituía apenas a separação de corpos e de bens¹⁶¹, permanecendo o vínculo entre os cônjuges, ou seja, mesmo tendo sido decretado o divórcio entre os contraentes, os mesmos permaneciam ligados para o resto de suas vidas, não podendo, portanto, contrair novas núpcias. Neste sentido, já se expressava jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: “Mas se o divórcio, na censura do direito romano, importa a dissolução do matrimônio, na do direito canônico exprime *simplesmente* a separação *quoad thorum et habitationem*”¹⁶² Tal vínculo só era quebrado com a morte de um dos cônjuges, ou com a anulação do casamento, pois, neste último caso, era como se o matrimônio nunca tivesse existido, o que ocorria somente em situações muito específicas ditadas pelo direito canônico.

Feitas tais considerações, é importante esclarecer que, assim como no casamento, a separação era regulada pelo Concílio de Trento e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, e, após a edição do decreto nº 181 de 1890, sua decretação passou das mãos da jurisdição eclesiástica para a competência da autoridade civil. Com relação às Constituições, estas previam algumas causas

¹⁶¹ Lafayette, tratando sobre o assunto, assim conceitua o divórcio: “O divórcio, no sentido em que admite a igreja católica, consiste na separação material dos cônjuges, temporária ou perpétua, sem o rompimento do vínculo matrimonial”. (**Direitos de...** p. 56-57).

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista cível nº 9170, 16 de março de 1875. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 15, p. 115-124, anno IV, janeiro a abril, 1878. p. 115.

que possibilitavam o pedido de divórcio, inseridas no Título 72, nos seguintes parágrafos.

311. A primeira causa da separação perpétua é quando ambos, marido e mulher, de mútuo consentimento, professam em Religião aprovada, ou a mulher somente, ordenando-se o marido de Ordens Sacras.

312. A outra causa da separação perpétua é a fornicação culpável de qualquer gênero, em a qual algum dos casados se deixa cair ainda por uma só vez, cometendo formalmente adultério carnal ao outro. Pelo que se a mulher cometer este adultério ao marido, ou o marido à mulher, por esta causa se poderão apartar para sempre, quanto ao toro e mútua coabitação. E, se o adultério for tão público e notório, que de nenhuma maneira se possa encobrir, poderá o que padeceu, ainda por autoridade própria, separar-se, sem para isso ser necessária sentença; e separando-se não será obrigado a se restituir ao que cometeu, nem este se poderá dizer esbulhado para efeito de ser restituído à posse que tinha antes, da coabitação e uso matrimonial.

313. Não se poderão porém separar, se depois de um haver cometido adultério, o outro o cometer semelhante, porquanto como ambos delinquem, se fica compensado para este efeito um adultério com o outro.

315. Há outro adultério e fornicação chamada espiritual, pela qual se pode também separar o matrimônio quanto ao toro e mútua coabitação, e se contrai quando algum dos casados cai em crime de heresia e apostasia de nossa Santa Fé Católica, e nele persiste contumaz.

316. Além das sobreditas causas há outra temporal, pela qual os casados se podem também separar, a saber, as sevícias graves e culpáveis, que um deles comete.

De acordo com os parágrafos acima, portanto, existiam três possibilidades para a separação perpétua para os cônjuges: pela entrada de um deles em religião aprovada ou pelo recebimento de ordens sacras maiores, desde que por mútuo consentimento, em caso de adultério, carnal ou espiritual e sevícias¹⁶³, sendo

¹⁶³ Apesar da previsão das sevícias como causa de separação, “processos de divórcio de ricas famílias paulistas nesse período revelam o recurso freqüente à coerção física das mulheres. Pesquisas registram que o marido, tal como um pai, se sentia no dever de

muito comuns estes dois últimos casos. Todavia, com o decreto que regulamentou o casamento civil, a regulamentação do divórcio passou para a autoridade civil, que, no artigo 82 estabeleceu como fundamentos para o pedido do divórcio: o adultério, a sevícia ou injúria grave, o abandono voluntário do domicílio conjugal e prolongado por dois anos contínuos e, também, por mútuo consentimento dos cônjuges, se forem casados há mais de dois anos, esta última opção, portanto, abriu a possibilidade para o divórcio amigável, como veremos a seguir.

Assim, como visto, no período colonial, os processos de divórcio dos cônjuges ocorriam somente perante o Tribunal Eclesiástico¹⁶⁴, período que perdurou até o ano de 1890, com a edição do decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, que regulamentou o casamento civil em nosso país, quando os processos passariam, então, a serem encaminhados ao Tribunal de Justiça Civil, podendo ser movida ação por meio litigioso ou amigável. Todavia, não obstante a significativa ruptura no campo do matrimônio, com a edição do citado decreto e com sua incorporação na Constituição de 1891, não houve uma significativa

punir com violência sua esposa quando desobedecido. Embora nenhum código permitisse ou sequer relevasse tais agressões, estas se davam sob a proteção de regras do costume. A violência só era vista como selvageria e brutalidade quando exercida diante dos considerados pelas classes médias e altas como seus iguais, ou daqueles que privavam com o casal. Dessa categoria estavam excluídos, por exemplo, os empregados domésticos, tratados como inferiores, não como iguais. Diante destes, a coerção física não era tomada como humilhante. (MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (org.); NOVAIS, Fernando A. (dir.). **História da vida privada no Brasil**. República: da Belle Époque à Era do Rádio. Paulo: Companhia das Letras, 367-421, 1998. p. 377).

¹⁶⁴ A decretação do divórcio perante o tribunal eclesiástico era também reforçada perante as jurisprudências do período, que só reconheciam os divórcios e separações de bens quando feitos pela autoridade eclesiástica competente, como no seguinte exemplo: “Considerando que não basta que os cônjuges concordem no divórcio e separação de seus bens, para que uma tal separação tenha força jurídica, é preciso que seja decretada por uma sentença eclesiástica passada em julgado que os divorcie do tálamo e coabitação – *quod thorum et cohabitationem*”. BRASIL. Juízo de direito de Jaguaribe-merim. Sentença, Villa de Jaguaribe-mirim, 16 de março de 1875. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-422, anno IV, setembro a dezembro, 1876, p. 420.

mudança no campo do divórcio, pois mesmo com sua decretação, os laços entre os cônjuges permaneciam indissolúveis¹⁶⁵, ocorrendo apenas a separação de corpos e de bens, proibidas, portanto, novas núpcias, como já vinha ocorrendo desde o período colonial. Aliás, esta modalidade de divórcio, com a permanência do vínculo entre os cônjuges, perdurou durante muito tempo entre nós, passou por todos os projetos de Código Civil, até o ano de 1977, com a edição da Lei do Divórcio, que desconstituía o vínculo entre os cônjuges.

Tal fato ocorreu devido a pressões da Igreja católica e mesmo de alguns doutrinadores¹⁶⁶ da época, que viam o divórcio como o grande vilão da paz e harmonia da família, uma tendência ‘assustadora’ oriundas dos países desenvolvidos. De fato, observa-se que a família, esta constituída pelo casal, unido pelo casamento, e sua prole era muito valorizada e exaltada pelos doutrinadores da época, que defendiam sua permanência acima de tudo, com exclusão de qualquer outra forma de estrutura familiar ou filhos havidos fora deste contexto. Tarquínio de Souza Filho, em artigo publicado na Revista “O Direito”, do século XIX, corrobora com tal entendimento, nestes termos: “O

¹⁶⁵ Ludgero Antonio Coelho, sobre a necessidade da indissolubilidade do casamento, assim afirma: “O que faz do casamento o ato o mais santo e o mais grave da vida, é que, os que o contraem, o julgam *definitivo e irrevogável*. De outro modo, não seria ele mais do que uma troca passageira de paixões e fantasias.

O contrato matrimonial, portanto, – estabelecendo, na intenção comum das partes contratantes, uma *relação de perpetuidade*, juridicamente presumida, e motivada pelos deveres e obrigações que ele impõe, tanto a respeito dos cônjuges, como dos filhos, – é *indissolúvel* em seu voto, em seu espírito, em sua lei”. (COELHO, **Do casamento...**, p. 258).

¹⁶⁶ O combate da Igreja e de juristas da época acerca da regulamentação do divórcio com desconstituição do vínculo foi registrado por Pontes de Miranda, que assim afirma: “(...) era intervenção religiosa na elaboração da lei. Se, aqueles, em cujo espírito predominavam as concepções materialistas, oriundas do Recife, em cuja Faculdade de Direito Haeckel e os biólogos alemães constituíam o fundo comum da filosofia vigente, ousaram, no Congresso, defender o divórcio, combateram-no, renhidamente, os católicos e os positivistas comtianos, entre eles, se bem que atenuado no seu comtianismo, Clóvis Beviláqua, que ainda reputava ‘assustadora’ a tendência dos países para o divórcio”. (MIRANDA, **Fontes e evolução...**, p. 5-6).

coração é o arquiteto do augusto santuário, que se chama família e a família funda-se no casamento”¹⁶⁷.

Diante disso, o divórcio passou a ser objeto de inúmeros debates entre os mais diversos segmentos, tendo sido “ardentemente discutida nos parlamentos, nas tribunas, nos jornais, nos livros, nos palcos. Filósofos, publicistas, parlamentares, poetas e dramaturgos têm feito dela objeto de seus estudos e análises”¹⁶⁸. Assim, a repercussão era grande, bem como a resistência dos juristas conservadores, que combatiam veementemente a existência do divórcio, na medida em colocavam, em primeiro plano, a união da família pelo casamento, em prol da felicidade de seus membros, ou de qualquer outro fato que venha a prejudicar a “paz familiar”¹⁶⁹.

De qualquer forma, apesar de sempre ter havido processos de divórcio julgados no tribunal eclesiástico durante o período colonial, segundo Maria Beatriz Nizza da Silva é somente nas primeiras décadas do século XIX que o número desses processos aumentou consideravelmente e, de acordo com a autora, diante de tal fato, foram tecidas, na época, várias considerações para dar conta de explicar este significativo aumento, quais sejam: primeiramente, a revolta feminina diante da reclusão e do recato; ainda, devido à falta de educação recebida, ou seja, a má educação da mulher recebida dos pais, que não obedecia

¹⁶⁷ SOUZA FILHO, Tarquino de. O divórcio. **O direito**: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. Anno X, setembro a dezembro, 29º volume, 1882. p. 24.

¹⁶⁸ SOUZA FILHO, **O direito...**, p. 23-24.

¹⁶⁹ Encontramos o referido termo, inclusive, citado em jurisprudências do século XIX, como o caso da Revista cível nº 8.184, julgada no ano de 1873, que assim dizia: “(...) que é conforme a legislação pátria, ao interesse da sociedade e a *paz das famílias*” (grifo meu). BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista cível nº 8.184, Bahia, 12 de agosto de 1873. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 1, p. 356-358, anno I, 1873, p. 357.

ao seu marido; e, por último, o fato de a mulher não aceitar mais a correção física pelo marido¹⁷⁰.

Importante destacar, ainda, que a realidade dos divórcios neste período não restringia apenas aos divórcios litigiosos, como os acima retratados, ao contrário, havia, também, os divórcios por mútuo consentimento ou amigável, que começou a surgir em nosso país, sobretudo, no final do século XVIII, apesar de não estarem previstos nas Constituições primeiras do arcebispado da Bahia, pois a previsão só veio com a lei que instituiu o casamento civil em nosso país. Maria Beatriz Nizza da Silva, estudando os processos da época, observou que, apesar de continuar existindo os divórcios litigiosos, sejam por sevícias ou por adultério, ou ambos, muitos casais começaram a “entrar em entendimento para a separação de bens e filhos. Tudo leva a crer que os divórcios por composição, além de mais baratos, era processualmente mais simples e mais fáceis de ser obtidos”¹⁷¹.

¹⁷⁰ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: T.A. Queiroz/Edusp, 1984. A autora retira os fundamentos das explicações de divórcio do processo 15-10-159, 1816, retirado do Arquivo da Cúria, de São Paulo. Na fundamentação da revolta feminina contra a reclusão e o recato: “Qualquer mulher, só porque se acha casada com um marido, que lhe não consente bailes, óperas, e espetáculos proibidos, que lhe nega certos vestidos, e ornatos indecentes, já murmura, já se maldiz, e desembainhando a espada da língua, entre sem piedade a cortar neste desgraçado vociferando: ‘É um Nero, é um tirano’.” (p. 210). No fundamento da segunda explicação, relativa à má educação recebida: “Outra, que sendo mal educada na casa de seus pais, que pelo amor, e mimos desordenados, que lhe inspiraram, ignora o que é decência, respeito, obediência, e sujeição, se por acaso acerta com um marido, que quer gozar da preeminência de homem, que lhe compete, que a repreende, e que a corrige, levantando-se sem outra causa, foge de sua casa, voa a procurar o asilo daqueles, que tão mal a educara, que em lugar de lhe inspirarem a obrigação, que ela tem de obedecer, como são tais, ou piores do que ela, a patrocina, e tomam em pontos de honra, o que não é mais do que desonra”. (p. 210). Por fim, o fundamento da última explicação, da não aceitação da correção física pelo marido: “tomando por sevícias, o que não é mais do que dever, e obrigação do marido, recorre ao Juiz Eclesiástico, que movido das alegações de patronos de má consciência, que a defendem e patrocina, e pelas falsas provas que produz, se vê obrigado a julgar” (p. 210).

¹⁷¹ SILVA, **Sistema de...**, p. 211.

De fato, apesar de não haver previsão no direito canônico da possibilidade do divórcio por mútuo consentimento, a Igreja acolheu vários pedidos de divórcio amigável sem maiores problemas, ou mesmo muito deles que iniciavam como litigioso acabam em separações amigáveis, com acordo quanto aos bens e aos filhos do casal. Com relação ao pedido de divórcio por mútuo consentimento, Maria Beatriz Nizza da Silva, traz um exemplo deste pedido, retirado do Arquivo da Cúria, processo 15-15-232 de 1821, abaixo transcrito:

(...) não deseja o suplicante entrar em contestações odiosas, que trazem sempre semelhantes pleitos, e porque pela desigualdade de gênios que há entre ambos não podem viver em boa harmonia e sossego de espírito, quer o suplicante assinar termo de divórcio amigável para viverem apartados sem mais contenda judicial¹⁷².

Assim, portanto, mesmo não havendo previsão nas normas eclesiásticas acerca desta modalidade de divórcio, os cônjuges encontraram uma maneira rápida e prática de resolverem as contendas conjugais, acordando sobre o destino dos bens do casal, bem como a guarda dos filhos, alegando, como no caso acima, a incompatibilidade de gênios entre eles. Tal possibilidade de divórcio, como já visto, veio regulamentado no decreto 181¹⁷³ de 1890, artigo 82, § 4º, que exigiu, para tanto, que os cônjuges estejam casados há mais de dois anos.

¹⁷² SILVA, **Sistema de...**, p. 241-242.

¹⁷³ Tratando sobre os motivos que levam os cônjuges a se divorciarem por mútuo consentimento, Ludgero Antonio Coelho pondera que: “(...) fatos podem, mais tarde, ocorrer no lar doméstico e de natureza tal, que façam desaparecer, de todo, aquele propósito firme e natural dos cônjuges, de realizarem juntos e inseparáveis o seu destino social sobre a terra; tornando-se, portanto, incompatíveis para a continuação de uma vida em comum, transformada para eles em verdadeiro e pesadíssimo fardo”. (COELHO, **Do casamento...**, p. 274-275).

3 O CASAMENTO NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX: PARA UMA NOVA INTERPRETAÇÃO DA TEORIA DAS FONTES NO BRASIL OITOCENTISTA

Feita uma análise do direito matrimonial a partir das fontes existentes no século XIX, o presente capítulo também tratará do casamento, só que, ao contrário do estudo anterior, terá como pano de fundo a reflexão do papel das fontes a partir do estudo da doutrina da época, bem como da jurisprudência dos tribunais deste período.

O objetivo será, portanto, a partir desta análise, tentar compreender o problemático funcionamento das fontes que orientavam e aplicavam o direito no âmbito matrimonial relativamente ao período estudado, em nosso país. Assim, a partir da doutrina e da jurisprudência recolhida, será feita uma busca nas fontes efetivamente citadas nos julgados e fundamentos doutrinários da época, para, a partir disso, tentar compreender a lógica do funcionamento das fontes para a segunda metade do século XIX. É o que se buscará fazer nos próximos tópicos deste capítulo.

3.1 O PAPEL DAS FONTES MATRIMONIAIS (LEI, DIREITO CANÔNICO E DIREITO SUBSIDIÁRIO) DIANTE DA DOCTRINA NA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX

Conforme já explanado acima, o estudo a ser realizado neste tópico consiste na análise das fontes que orientavam, e eram citadas, nas obras e artigos dos doutrinadores da segunda metade do século XIX. Tal identificação será realizada no sentido de compreensão de como se dava o funcionamento das fontes em nosso país, relativamente a este período.

Neste sentido, será significativo para a pesquisa a busca das fontes efetivamente utilizadas e aplicadas, bem como o papel que as mesmas desempenhavam no âmbito jurídico nacional. Para tanto, esta pesquisa partirá de dois pontos: primeiramente, do estudo empreendido sobre o direito matrimonial, na obra “Direitos de família”, escrita Lafayette Rodrigues Pereira¹⁷⁴, reconhecido jurista da época até os dias de hoje. Tal escolha se justifica pois, dos doutrinadores citados nos artigos e jurisprudência do periódico “O Direito” (que também será objeto de análise), é o mais citado, conforme se depreende da tabela abaixo.

Tabela 1 Relação de doutrinadores citados na Revista “O Direito”

Lafayette Rodrigues Pereira	15
Coelho da Rocha	10
Lobão	8
Augusto Teixeira de Freitas	7
Trigo Loureiro	7
Pereira e Souza	7
Borges Carneiro	6
Corrêa Telles	6
Mello Freire	6
Liz Teixeira	4
Almeida e Souza	3
Perdigão Malheiros	3
D’Aguissau	2

¹⁷⁴ PEREIRA, **Direitos de família...**

Cons. Ramalho	2
Clóvis Bevilacqua	2
Coelho Rodrigues	2
Guerreiro	1
Macedo Soares	1
Gouveia Pinto	1
Tobias Barreto	1

Assim, de acordo com a tabela acima, Lafayette Rodrigues Pereira é o autor mais citado dentre os autores da época, o que demonstra a pertinência na análise de sua obra acerca do direito de família brasileiro oitocentista. De fato, as referências à sua obra, utilizadas pela doutrina e jurisprudência, demonstram a importância que sua obra representava para a comunidade jurídica brasileira deste período.

Outro ponto de análise será realizado a partir de artigos acerca do direito matrimonial que vinham no interior de importante revista trimestral de legislação, doutrina e jurisprudência “O Direito”, de distribuição nacional. De fato, segundo João José do Monte, nesta Revista encontra-se “toda a legislação, jurisprudência referente a quase todos os casos jurídicos controvertidos e profícuos ensinamentos em numerosos artigos de doutrina. É o *Direito* um repositório de leis, julgados e doutrina, em que se acha solução pronta e fácil para quase todas as dúvidas”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ MONTE, João José do. O Direito. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 61, p. 499-506, anno XXI, maio a agosto, 1893. p. 321.

Como já explicado na Introdução da presente dissertação, a escolha recaiu especificamente nesta Revista, pois, além de ser citada em diversas obras do período, inclusive nas próprias decisões e em outros artigos encontrados na Revista, o fato é que, no século XIX, os vários periódicos existentes tiveram um tempo muito curto de duração, a exceção da Revista “O Direito”, de modo que dificultava a análise aqui proposta, como já destacado e justificado.

Neste sentido, relativamente aos artigos presentes na revista “O Direito”, foram selecionados todos os textos doutrinários existentes, do período de 1873 (quando foi inaugurado o periódico) até no ano de 1900 (período escolhido como termo final da pesquisa, como já explicado na Introdução), de assuntos relacionados ao direito matrimonial, quais sejam, casamento religioso, casamento misto, casamento civil, divórcios, separações, num total de doze artigos, mais a obra de Lafayette, totalizando treze textos, portanto, acerca do assunto. Destes textos encontrados, oito artigos tratavam de assuntos relacionados a casamento e quatro sobre o divórcio. O que se observa, da análise desses textos, é que o artigo geralmente surgia a partir de alguma discussão atual, seja de alguma jurisprudência; de alguma obscuridade ou lacuna de determinado assunto, e que necessitava de alguma resposta, de uma nova legislação; ou mesmo em resposta ao entendimento contrário de um outro autor sobre o mesmo dispositivo¹⁷⁶.

¹⁷⁶ Como, por exemplo, o desentendimento acerca da interpretação do artigo 17 da Lei nº 181 de 24 de janeiro de 1890 entre Virgílio Cardoso de Oliveira. Na verdade, neste exemplo dado, o primeiro autor vem mostrar sua discordância de um juiz de casamentos de Barra Mansa acerca da interpretação do artigo 17 do decreto nº 181, que decidiu que “nem mesmo para evitar a imposição da pena, pode a menor de 12 anos ou o menor de 14 casar-se civilmente” (OLIVEIRA, Virgílio Cardoso de. *Direito civil. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 55, p. 561-566, anno XIX, maio a agosto, 1891. p. 561). O segundo, por sua vez, baseando-se nos fundamentos daquele, saiu na defesa do magistrado (PITALUGA, Luiz B. Marques. *Direito Civil. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 59, p. 42-46, anno XX, setembro a dezembro, 1892). O primeiro autor, então, escreveu novamente um outro artigo, onde explica melhor sua posição, por meio de exemplos práticos (OLIVEIRA, Virgílio Cardoso de. *Direito civil. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro, v. 61, p. 499-506, anno XXI, maio a agosto, 1893).

Com relação à obra do Conselheiro Lafayette¹⁷⁷ (já mencionada acima) seu estudo baseia-se na disciplina de direito de família, em todas as suas ramificações, todavia, para a presente pesquisa, retirou-se apenas os assuntos que diziam respeito ao casamento, bem como ao divórcio. Importante destacar, ainda, dois aspectos interessantes que a obra nos apresenta: primeiramente, uma profunda introdução que o autor faz, refletindo criticamente sobre a forma como o direito se apresenta especialmente o direito de família, e fornecendo elementos importantes acerca da aplicação das fontes, essencial para o objetivo deste capítulo; e o segundo aspecto consiste numa nota que o autor insere no interior do texto, criticando a forma tímida e acanhada da legislação matrimonial neste período, necessitando, segundo o autor, de reformas que a coloquem “em harmonia com os princípios da justiça e com as necessidades do tempo”¹⁷⁸.

De fato, nestes dois pontos da obra, Lafayette critica a disciplina legislativa acerca do casamento, dando conta da falta de uma lei que regulasse o direito de família de forma sistemática e completa, mostrando-se, portanto, incapaz de fornecer as respostas que a sociedade brasileira da época necessitava, por constar de inúmeras omissões e obscuridades, deixando sem disciplina diversos campos importantes do direito matrimonial. Assim, diante de tal fato, segundo o autor, seria “mister preenchê-las com o Direito consuetudinário e com

¹⁷⁷ Para a elaboração de sua obra, Lafayette consultou, como ele mesmo afirma em sua Introdução: “um grande número de escritores antigos e modernos, nacionais e estrangeiros. Deles adotamos francamente as opiniões que nos pareceram mais justas, consignando-as no texto e citando de ordinário a obra de que foram extraídas.

Por vezes o Código Civil Português, o qual deve ter para nós mais autoridade do que os outros códigos estrangeiros.

O Código Civil Português em substância não é senão a codificação do Direito Civil preexistente, completado em suas lacunas e aumentada com as reformas que os progressos da sociedade exigiam.

E é de notar que no geral o dito Código resolveu no sentido mais justo e razoável muitas das dúvidas e dificuldades que, ou por obscuridade ou por omissão da antiga legislação, faziam o tormento dos intérpretes”. (PEREIRA, **Direitos de...**p. xxvi).

¹⁷⁸ PEREIRA, **Direitos de...**, p. 339.

o Romano, corrigido segundo as declarações legais”¹⁷⁹. Todavia, quanto à aplicação do Direito Romano e do costume, continuava em vigência a Lei de 18 de agosto de 1769, a “Lei da Boa Razão”, ou seja, de acordo com essa lei, deveriam ser aplicados apenas subsidiariamente, em caso de lacuna da legislação, e desde conformes a boa razão. Neste sentido, Lafayette afirma que:

A nossa legislação escrita, pelo que representa ao Direito Civil, é em grande parte o resultado da fusão dos costumes com o Direito Romano.

É, porém, tênue e escasso o pecúlio com que tem contribuído para a formação do Direito Pátrio os costumes que ainda não estão traduzidos em lei escrita.

Sem os requisitos legais os costumes não constituem fonte autêntica de direito. E, pois, só podem ser invocados pela autoridade moral que lhes dá o tempo, a sua conformidade com a índole do Direito e a extensão de sua prática¹⁸⁰.

Interessante notar, que os costumes, para serem considerados como fontes autênticas de direito, devem conter alguns requisitos legais. Com efeito, relativamente ao costume, as Ordenações mandavam “observar o direito consuetudinário quando longamente usado e tal que por direito se devesse guardar (Livro III, Título 64)”¹⁸¹. O advento da lei de 1769 (Lei da Boa Razão), todavia, trouxe novos requisitos para que o costume seja considerado fonte legítima: “a) a conformidade com a boa razão, que deve constituir o espírito das leis; b) não ser contrário a lei nenhuma; c) ter mais de cem anos”¹⁸². Assim, diante da preocupação estatal em regulamentar o costumes, percebe-se a que os

¹⁷⁹ PEREIRA, **Direitos de...**p. xiii. Continua o autor: “Pode-se, pois, afirmar que um grande número, senão a máxima parte dos princípios do Direito Civil Pátrio formaram-se pelos costumes, pelas decisões dos tribunais e pela elaboração científica”. (PEREIRA, **Direitos de...**p. xiii).

¹⁸⁰ PEREIRA, **Direitos de...**p. xiii-xiv.

¹⁸¹ MIRANDA, **Fontes e...**, p. 46.

¹⁸² MIRANDA, **Fontes e...**, p. 46.

mesmos ainda existiam na sociedade brasileira deste período. Neste sentido, encontramos algumas menções ao direito consuetudinário, que o colocam como ponto de partida para a formação legislativa, como na seguinte citação de Tarquinio de Souza Filho, acerca da previsão do divórcio: “Felizmente em nosso país, como na Itália, na Espanha e em Portugal, a legislação, **de perfeito acordo com os costumes**, não o consagra”¹⁸³. (grifo nosso).

Além disso, tais omissões e obscuridades encontradas na escassa legislação matrimonial, acabavam tendo que ser enfrentadas pelo Poder Judiciário¹⁸⁴, que, por sua vez, ainda se mostrava muito tímido e vinculado ainda aos tribunais portugueses, como assinala Lafayette:

A jurisprudência prática que herdamos dos tribunais portugueses, força é confessar, não tem sido aumentada pelos nossos tribunais com as acessões que era de esperar e que reclamavam a mudança das instituições, a variedade das circunstâncias e os progressos do Direito.

Para esta esterilidade contribuem principalmente duas causas – a timidez dos magistrados em exercer a faculdade de interpretar o Direito e a falta de um tribunal de Cassação.

A timidez do Poder Judiciário chegou ao ponto de forçá-lo a abdicar o direito de entender as leis e a pedir ao executivo a solução das dificuldades ocorrentes!

O Supremo Tribunal de Justiça, como se acha constituído, é impotente para fixar a inteligência prática das leis. Falta-lhes a faculdade de *Cassação*: as suas decisões, mesmo no ponto de vista da doutrina, podem ser anuladas pelas Relações revisoras.

Daí essa variedade e contradições perpétuas nos julgados dos nossos tribunais¹⁸⁵.

¹⁸³ SOUZA FILHO, O divórcio, p. 31.

¹⁸⁴ Neste sentido, segundo constata Lafayette: “Na constante aplicação do direito às hipóteses ocorrentes, o Poder Judiciário vai dando com as obscuridades e com as omissões da legislação escrita. Não lhe é lícito deixar indecisa a questão, ou porque a lei é obscura ou porque é omissa. Cumpre-lhe, pois, por via de interpretação doutrinal e pela combinação dos elementos que lhe fornecem as fontes, aclarar os textos e preencher as lacunas”. (PEREIRA, **Direitos de...**p. xiv).

¹⁸⁵ PEREIRA, **Direitos de...**p. xv.

De qualquer forma, apesar da crítica ao Poder Judiciário, e, em consequência, à consistência da jurisprudência brasileira neste período, o estudo da doutrina, especialmente de autores como o conselheiro Lafayette, nos fornecem subsídios importantes para a reflexão das fontes que orientavam as relações conjugais na segunda metade do século XIX, na medida em que atuam de forma a suprir, por meio da interpretação, ou mesmo suscitando a mudança de matérias em descompasso com a realidade. É assim que, segundo o autor, o estudo científico sério da doutrina tem por fim o preenchimento das lacunas e omissões “das leis escritas e dar ao Direito uma forma sistêmica, aperfeiçoando-a em harmonia com as necessidades do tempo”¹⁸⁶.

Com relação aos artigos do periódico “O Direito”, retratamos duas tabelas (tabelas 2 e 3): a tabela 2 contém todos os textos sobre o direito matrimonial do período selecionado com seus respectivos assuntos, autores e anos respectivos. A tabela 3, por sua vez, servirá para retratar as fontes citadas pelos autores dos artigos selecionados, bem como a quantidade utilizada nestes textos. Ou seja, a partir dos textos sobre o direito matrimonial selecionados na tabela 2, verificar-se-á, quais fontes eram citados nestes artigos, bem como a frequência de tais referências para, a partir daí tentar compreender o funcionamento das mesmas em nosso ordenamento jurídico.

¹⁸⁶ PEREIRA, **Direitos de...**p. xvi. Assim, segundo o autor “constituem as matérias deste trabalho:

As leis escritas;

Os estilos e os costumes;

E o Direito Romano como subsidiário” (PEREIRA, **Direitos de...**p. xvi).

Tabela 2 Relação de assuntos conjugais na doutrina do período investigado

	Assunto relacionado	Autor	Ano
1	Divórcio – novas núpcias – poligamia	Antonio Joaquim Ribas	1873
2	Divórcio – filiação – sucessão	João Carlos de Oliva Maia	1874
3	Casamento misto – Concílio de Trento	Francisco Vilhena	1876
4	Casamento civil – casamento religioso	Antonio Candido da Cunha Leitão	1877
5	Divórcio – crítica	Tarquínio de Souza Filho	1882
6	Casamento de menor com ofensor	Virgílio Cardoso de Oliveira	1891
7	Casamento de menor com ofensor	Luiz B. Marques Pitaluga	1892
8	Casamento de menor com ofensor	Virgílio Cardoso de Oliveira	1893
9	Casamento civil – reflexos nos filhos e bens – bábuna	Arthur Carneiro da Rocha	1894
10	Casamento civil – casamento religioso: antes ou depois?	Virgílio Domingues da Silva	1894
11	Divórcio – cônjuge que deu causa	Pedro dos Santos Torres	1895
12	Casamento nulo – adultério	Augusto Vergne de Abreu	1900

Tabela 3 Quantidade de fontes formais citadas nos artigos

Fontes formais brasileiras	Quantidade
Legislação sobre casamento	11
Ordenações	8
Consolidação das Leis Civis	3
Concílio de Trento e Const. Primeiras do Arcebispado da Bahia	6
Direito romano	3
Resoluções, regimentos, avisos e alvarás	8

Interessante destacar, que a Consolidação de Teixeira de Freitas é citada pelos autores como fonte de doutrina¹⁸⁷, como, por exemplo, no artigo de Arthur Carneiro da Rocha, sobre os efeitos do casamento: “**Teixeira de Freitas, Consol. nota 13 ao art. 334**”¹⁸⁸ (grifo nosso). De fato, só encontramos referência à Consolidação quando os autores querem mostrar alguma nota importante de Teixeira de Freitas num determinado artigo, conforme retratado. Outro ilustrativo exemplo pode ser retirado de outro artigo sobre casamento misto, quando o autor Francisco Vilhena, ao fazer referência à Consolidação, cita Teixeira de Freitas junto com outros autores, como no exemplo anterior, sua nota ao artigo, nestes termos: “Assinalam este erro, entre outros autores, Almeida Lobão, notas à Mello, liv. 2º, pág. 314 n. 2, **Teixeira de Freitas, Consol. nota 3 ao art. 100** (...)”¹⁸⁹ (grifo nosso). Assim, percebe-se que a Consolidação, quando referenciada, é utilizada como uma rica fonte de doutrina pelos os autores da época.

De fato, percebe-se, da análise da Consolidação das Leis Civis que, todos os artigos ali insertos são retirados das Ordenações e leis extravagantes até aquele momento. Assim, nos artigos deste texto, há sempre a referência ao dispositivo de origem. Além disso, é encontrado, também, Avisos de Governo sobre o assunto, bem como comentários do próprio Teixeira de Freitas em grande parte dos artigos, seja explicando determinado termo, ou mesmo alertando sobre a contrariedade do texto. No primeiro caso, por exemplo, Teixeira de Freitas, a

¹⁸⁷ Apesar de estarmos fazendo referência da Consolidação sobre artigos de doutrina, iremos encontrar inúmeros exemplos nos julgados dos tribunais da época, conforme será devidamente tratado no próximo tópico.

¹⁸⁸ ROCHA, Arthur Carneiro. Direito Civil. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 63, p. 489-504, anno XXII, janeiro a abril, 1894. p. 495. O autor, cita mais uma vez a Consolidação, junto com outros autores, nestes termos: “As mesmas idéias sustentam Lafayette, *Direitos de Família* §§ 50, 52 e 54 – Coelho da Rocha, § 255 – Teixeira de Freitas, *Cons.*, nota 17 ao art. 88 (...), os quais todos consideram como nulas e não escritas as cláusulas, que forem em contrário ao que acima se expôs”. (ROCHA, Direito civil..., p. 495).

¹⁸⁹ VILHENA, Francisco. Casamento mixto celebrado sem as formalidades do concilio de Trento e não revalidado. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 10, p. 675-683, anno IV, maio a agosto, 1876. p. 681.

partir do art. 98 que dispõe: “Serão igualmente punidos os que contraírem matrimônio clandestino, depois de declarado tal no Juízo Eclesiástico”, explica o que é Matrimônio clandestino: “o que é feito sem assistência do Pároco, ou de outro Sacerdote devidamente autorizado, e de duas testemunhas ao menos – Constit. do Arceb. da Bahia Liv. 1º T. 64 n. 285 impedim. 14”¹⁹⁰.

No outro caso, Teixeira de Freitas alerta sobre a previsão do artigo, como o artigo 100: “Também se prova por outro qualquer instrumento público. Quanto à conjugação por testemunhas, depondo estas que os cônjuges estiveram em casa teúda e manteúda; e em pública voz e fama de marido e mulher por tanto tempo, quando baste para presumir-se o matrimônio entre eles”. Neste artigo, além de citar as Ordenações, no L. 3º, T. 59 § 21 T. 46 § 2º, L. 5º T. 19 § 2º, T. 25 § 8º, e T. 38 § 4º, Teixeira de Freitas observa que:

Os Praxistas notam judiciosamente, que essa prova testemunhal de cohabitação e fama de casados não pode ser admitida depois da aceitação do Concílio Tridentino. Foi uma inadvertência dos Compiladores das Ord. Filipinas, que tais disposições transcreverão da Manoelina promulgada antes do Concílio. O fato da cohabitação indicará concubinato, ou matrimônio clandestino; mas não matrimônio solene, e legal. A prova de testemunhas atualmente tem lugar no Juízo Eclesiástico, a fim de abrir o competente assento, ou por se ter perdido o Livro dos Registros, ou para suprir a omissão dos Párocos. Notas aos arts. 118 e 369 § 11º, infra

Diante de tais observações, a Consolidação das Leis Civis constituía documento importante para os juristas da época, pois, além de oferecer todo o aparato legislativo até aquele período, oferecia comentários de Teixeira de Freitas, muitas vezes utilizados pela doutrina e pela jurisprudência da segunda metade do século XIX, como nos exemplos citados acima. Assim, apesar de também marca a presença e o desenvolvimento do direito português em nosso cenário jurídico, a Consolidação serviu como parâmetro jurídico e doutrinal para

¹⁹⁰ FREITAS, *Consolidação das...*, p. 107.

a interpretação e aplicação do direito em nosso país, o que pode ser confirmado pelos exemplos citados.

Neste sentido, a referência à Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, é relativamente às suas notas aos artigos, que, desta forma, são consideradas importantes pelos autores desta época. O fato é que a Consolidação consistia na reunião de toda a legislação, vale dizer, as Ordenações e as leis esparsas existente até aquele momento, ou seja, até o ano de 1856, de modo a facilitar o manuseio de tantas leis espalhadas no Império, e visando facilitar o processo de codificação civil. Assim, mesmo após a Consolidação, permaneceram em vigor as Ordenações Filipinas, que continuaram sendo citadas pelos autores e pela jurisprudência do período, como será visto na seqüência. De fato, as Ordenações são citadas em oito, dos doze artigos encontrados.

Ainda, para a análise das fontes encontradas, é importante realizar a divisão dos doze artigos em duas fases distintas, de modo a uma melhor compreensão dos dados: a primeira fase, que inicia após a edição do decreto nº 1144 de 1861 (que trouxe a previsão do casamento misto e entre acatólicos) até o decreto nº 181 de 1890 (que estabeleceu o casamento civil como o único válido); a segunda fase, que se inicia após o decreto que estabeleceu o casamento civil entre nós. Assim, na primeira fase, quando a legislação reconhece o casamento católico, misto e entre acatólicos, ou seja, em período de dezoito anos, são encontrados cinco artigos. Já na segunda fase, quando a legislação reconhece o casamento civil como o único válido, num período de onze anos, são detectados sete artigos tratando sobre o direito matrimonial. A partir destes dados, verifica-se uma produção doutrinária maior na segunda fase, quando é estabelecido o casamento civil entre nós.

Feita tal divisão das fases sobre o casamento, é importante destacar que, dos doze textos trazidos para a análise, foram encontradas referências à legislação brasileira matrimonial (decretos) em 11 artigos. Tal fato é

compreensível, pois o período de análise destes artigos está compreendido entre as duas legislações mais importantes para o direito matrimonial do século XIX, que, como já destacado, são os decretos nº 1144 de 1861 e nº 181 de 1890. O primeiro veio regulamentar os casamentos mistos e aqueles realizados entre acatólicos, permanecendo, no entanto, o casamento católico sob a orientação do direito canônico. Já no segundo decreto há a total transferência da disciplina matrimonial das mãos da Igreja católica para o Estado, ou seja, o casamento religioso deixa de ter validade, e o casamento civil passa a ser o único válido. Portanto, é natural que a legislação matrimonial, contida especialmente nesses dois decretos, seja citada em todos os artigos neste período da segunda metade do século XIX. Trata-se, neste sentido, de um período marcado pelo esforço de secularização do casamento, ou seja, de tensão entre a tentativa de modernização jurídica do casamento e o esforço da Igreja manter sua dominação sobre os assuntos conjugais.

De qualquer forma, apesar da presença constante da legislação civil brasileira sobre o matrimônio nos artigos da época, foi encontrado, ainda, muitas referências ao direito canônico, não apenas à legislação canônica, representada pelo Concílio de Trento e pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, como também a questões morais de ordem religiosa como fundamento para a formação da família brasileira desta época. Havia uma profunda resistência na implantação do casamento civil, que retirava a supremacia da Igreja sobre os assuntos matrimoniais. A mesma resistência era observada quando ao divórcio, por ser considerado instrumento de destruição e corrupção da entidade familiar. Assim, quando foi instituída a lei de 11 de setembro de 1861, Lafayette criticou a forma tímida e contraditória que a mesma se apresentava, diante das reais necessidades da época, pois, apesar de, por um lado, oferecer efeitos civis aos casamentos entre membros de seitas dissidentes, por outro, impôs, como condição de validade, que tais casamentos fossem celebrados segundo usos e

prescrições das religiões dos contraentes. Neste sentido, visivelmente contrariado com tal imposição, exclama Lafayette:

Que horror ao casamento civil!

Era impossível forçar os contraentes não católicos a se casarem segundo a forma estabelecida pela igreja católica. Pois bem! Obrigaram-os a se casarem segundo os ritos e prescrições de suas religiões!

(...)

O melhoramento trazido pela citada lei de 11 de setembro de 1861 reduz-se, pois, a proporções bem mesquinhas.

E por isso continua enérgica a instância por uma nova lei¹⁹¹.

Nessa primeira fase, portanto, que vai até o estabelecimento do casamento civil, apesar das críticas, o casamento e sua dissolução é regulado pelo direito civil e direito canônico, sendo que o direito canônico “legisla sobre o vínculo e sobre a unidade conjugal em si, e quanto aos efeitos relativamente à prole; o Civil, de harmonia com o Natural, respeita e sanciona o contrato para firmar os direitos que dele derivam, quer em relação aos esposos, quer em referência aos filhos e à família”.¹⁹²

Assim, até a instituição do casamento civil em nosso país, das seis citações do direito canônico, quatro eram desta primeira fase, sendo que as outras duas referências após este período são no sentido de dar alguma explicação do que ocorria no passado, no intuito de fundamentar o presente, como a seguinte citação de Virgílio Cardoso de Oliveira, que explica de qual dispositivo legal poderia ser retirado a idade da puberdade para a celebração do casamento civil:

¹⁹¹ PEREIRA, **Direitos de...**, p. 339-340.

¹⁹² MAIA, João Carlos de Oliva. Doutrina. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 3, p. 257-271, anno II, 1874. p. 264.

Tudo quanto neste sentido tínhamos veio-nos indireta e exclusivamente da Lei de 3 de Outubro d 1827, que mandou observar a Sessão 24 cap. 1º do Concílio Tridentino e Constituições do Arcebispado da Bahia no, liv. 1º tit. 64 § 291, estabelecendo assim o casamento religioso, válido e perfeitamente legal. Por isso, desde que o nosso direito civil, em matéria de casamento, prestava obediência às leis religiosas, tínhamos como legal essa época por elas determinada para a puberdade. **Casamento religioso, como tínhamos, guiavamos as leis religiosas;** é claro, portanto, que o casamento puramente civil será guiado tão somente pela lei civil¹⁹³. (grifo nosso).

Neste sentido, apesar da legislação eclesiástica ter sido amplamente utilizada na primeira fase da segunda metade do século XIX, com o advento do decreto nº 181 de 1890, que instituiu o casamento civil como o único válido, aliado à proclamação da República, que separou o Estado e a Igreja em nosso país, o direito canônico foi definitivamente afastado da regulação do casamento e sua dissolução, e, naturalmente, já não era mais referenciado nos artigos desta segunda fase, com exceção de alguns casos, como o acima citado, em que o autor traz o exemplo do direito canônico para fundamentar ou explicar sua posição num determinado assunto, mas não como fonte jurídica.

Tal fato demonstra, portanto, um momento de ruptura no sistema de fontes matrimoniais no Brasil, já que, num primeiro momento temos a forte influência da legislação eclesiástica, e, a partir de 1890, temos uma quebra decisiva nesta influência, refletida significativamente nas decisões e doutrinas de direito matrimonial da época, basta lembrar que as fontes eclesiásticas na segunda fase desaparecem, apesar de ainda permanecer alguma resistência de alguns conservadores quanto ao afastamento da Igreja nos assuntos relacionados à constituição da família, como no seguinte caso, em que o autor refere-se ao direito canônico como “direito anterior”: “Eu, em caso idêntico, admitiria o

¹⁹³ OLIVEIRA, Direito civil, p. 562.

casamento, firmado no direito anterior; e na falta dele, no estrangeiro, subsidiário do nosso”¹⁹⁴.

Ainda, apesar de subsidiário, a obra de Lafayette também faz referência ao direito estrangeiro, especialmente ao Código Civil Português, que, segundo o autor, serviu para dirimir muitas dúvidas dos intérpretes deste período. Todavia, dos textos analisados, verifica-se que as referências ao Código Civil português tiveram papel meramente subsidiário. De qualquer forma, sobre a utilização do direito estrangeiro, bem como a superioridade do Código Civil Português, disserta Lafayette:

Por vezes o Código Civil Português, o qual deve ter para nós mais autoridade do que os outros códigos estrangeiros.

O Código Civil Português em substância não é senão a codificação do Direito Civil Português preexistente, completado em suas lacunas e aumentado com as reformas que os progressos da sociedade exigiam.

E é de notar que no geral o dito Código resolveu no sentido mais justo e razoável muitas das dúvidas e dificuldades que, ou por obscuridade ou por omissão da antiga legislação, faziam o tormento dos intérpretes¹⁹⁵.

Outra fonte encontrada nos textos analisados, bem como na obra de Lafayette, é o direito romano¹⁹⁶, que, neste período, era utilizado tão somente como fonte subsidiária, “nunca como direito vigente, (...). A fonte romana

¹⁹⁴ PITALUGA, Direito Civil, p. 461.

¹⁹⁵ PEREIRA, **Direitos de...**p. xxvi.

¹⁹⁶ Como, por exemplo, o artigo de Francisco Vilhena sobre o casamento misto: “O casamento de que se trata, sendo um casamento misto é daqueles que o direito pátrio não recebe como válido senão celebrado com as formalidades da lei canônica, isto é, à face da igreja e pelo pároco católico. Assim, o nosso direito funda-se na moral religiosa, e por conseguinte, na opinião de **Savigny, Dir. Rom.** Vol. 8º, § 381, reveste um caráter rigorosamente obrigatório, e acompanha por toda a parte, dentro ou fora do Império, o brasileiro que contrai um tal casamento”. (VILHENA, Francisco. Casamento mixto..., p. 678-679).

deveria ser aplicada com cuidado e prudência. A própria legislação portuguesa, também vigente no Brasil após a independência, punha o direito romano sob o controle da boa razão¹⁹⁷. Neste sentido, foi encontrado, numa doutrina do ano de 1895, ou seja, depois da ruptura do direito eclesiástico e o estabelecimento do casamento civil, a seguinte referência ao direito romano:

(...) porque sendo ela omissa sobre a questão ventilada teremos em virtude da lei de 20 de outubro de 1823 de recorrer à antiga legislação portuguesa e brasileira, onde iguais incertezas nos assaltam, e em conformidade aos preceitos da lei de 18 de agosto de 1769, pedimos normas à legislação romana e ao direito das nações cultas (...) que parece-nos favorecerem a nossa opinião¹⁹⁸.

A alusão ao direito romano é realizada sob o argumento de lacuna sobre o assunto em nossa legislação ou como norma interpretativa. No exemplo acima citado, o autor recorre ao direito romano ao tentar encontrar resposta à questão do pedido de divórcio, se o cônjuge que deu causa à separação poderia requerer o divórcio. Assim, o autor, não encontrando resposta para a questão, vale-se do direito romano, em conformidade com a “Lei da Boa Razão”.

Assim, a partir do estudo aqui empreendido, observa-se, de um lado, a presença de uma variedade grande de diferentes fontes que são referenciadas na doutrina na segunda metade do século XIX, mas, por outro, também verificamos um esforço de modernização jurídica relativamente ao direito matrimonial, na medida em que, neste período, há a edição de vários decretos que, aos poucos, vêm romper com a influência canônica sobre o casamento e sua dissolução, operando, portanto, uma secularização da disciplina jurídica conjugal.

¹⁹⁷ MEIRA, Teixeira de Freitas..., p. 158.

¹⁹⁸ TORRES, Pedro dos Santos. Direito civil. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 67, p. 481-484, anno XXIII, maio a agosto, 1895. p. 482.

3.2 O PAPEL DAS FONTES FORMAIS (LEI, DIREITO CANÔNICO, COSTUMES) DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA

Feita a análise das fontes perante a doutrina, cumpre-nos, agora, passar ao estudo das fontes de direito matrimonial a partir da jurisprudência brasileira na segunda metade do século XIX. Para tanto, o presente estudo utilizou a jurisprudência dos tribunais do período escolhido, publicado trimestralmente na Revista “O Direito”, que, segundo seu proprietário, João José do Monte, continha “toda a legislação, jurisprudência referente a quase todos os casos jurídicos controvertidos (...)”¹⁹⁹. Neste sentido, para facilitar, e para uma melhor visualização dos dados, confeccionou-se três tabelas: a primeira (4) para descrever toda a jurisprudência selecionada, bem como os órgãos julgadores e o ano do julgamento; a segunda tabela (5), por sua vez, servirá para fazer uma descrição da quantidade de julgados de primeira, segunda e terceira instância; por fim, a terceira tabela (6) servirá de base para a análise propriamente dita, ou seja, terá por fim a verificação de quais fontes eram efetivamente aplicadas no caso concreto, para, a partir disso, tentar entender o funcionamento da teoria das fontes na segunda metade do século XIX.

Tabela 4 Relação de assuntos conjugais na jurisprudência do período investigado

	Assunto relacionado	Órgão julgador	Ano
1	Divórcio – nulidade	Supremo Tribunal de Justiça	1873
2	Casamento <i>in extremis</i>	Tribunal da Relação de Maranhão	1873
3	Casamento misto	Juízo de Direito de Porto	1874

¹⁹⁹ MONTE, O Direito, p. 321.

		Alegre	
4	Casamento – nulidade do inventário e partilha – juízo incompetente	Supremo Tribunal de Justiça	1874
5	Negação de consentimento para casamento	Tribunal da Relação de Pernambuco	1874
6	Casamento misto	Tribunal da Relação de Porto Alegre	1875
7	Casamento – reconhecimento de filho	Tribunal de Relação da Corte	1875
8	Casamento <i>in extremis</i>	Supremo Tribunal de Justiça	1876
9	Casamento <i>in extremis</i>	Relação da Bahia	1876
10	Divórcio – necessidade de sentença eclesiástica	Juízo de Direito de Jaguaribemirim, Ceará	1876
11	Casamento misto	Juízo de Direito de S. Luiz (Maranhão)	1877
12	Segundas núpcias – viúva	Juízo de Direito e dos Órfãos da Comarca de Porto Alegre	1877
13	Divórcio – entrega dos bens dotais	Supremo Tribunal de Justiça	1878
14	Casamento – cabeça do casal	Supremo Tribunal de Justiça	1878
15	Prova de estado de casado	Supremo Tribunal de Justiça	1879
16	Causas do divórcio	Tribunal eclesiástico	1881
17	Doação a concubina – revogação	Relação de Ouro Preto	1881
18	Casamento de quinquagenária	Supremo Tribunal de Justiça	1881
19	Casamento acatólico – competência para conhecer da nulidade	Relação do Rio de Janeiro	1882
20	Casamento civil – dote – prova	Relação de São Paulo	1884
21	Casamento de menor sem licença paterna	Relação de Recife	1888
22	Casamento válido – falta de cópula	Supremo Tribunal de Justiça	1888
23	Casamento de órfãos sem licença do	Relação do Recife	1888

	juiz – boa fé do pároco		
24	Casamento válido – comunhão de bens	Supremo Tribunal de Justiça	1889
25	Estupro – casamento com o ofendido	Relação de Recife	1889
26	Separação amigável por escritura pública – nulidade	Juízo de Direito de Leopoldina	1890
27	Divórcio	Juízo de Direito de Maceió	1891
28	Casamento – iminente risco de vida	Juízo de Direito de S. Francisco Xavier do Sul	1891
29	Casamento de menor	Juízo dos casamentos de Barra Mansa	1891
30	Divórcio por mútuo consentimento	Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro	1893
31	Divórcio – cota do cônjuge culpado	Superior Tribunal de Justiça das Alagoas	1894
32	Nulidade de casamento – defloramento sem conhecimento do marido	Juízo de Direito de Itajahy	1894
33	Divórcio – cota do cônjuge culpado	Tribunal da Relação das Alagoas	1895
34	Ação de nulidade de casamento	Superior Tribunal do Estado de Goyaz	1895
35	Casamento de menor – recusa do consentimento da mãe da ofendida	Juízo de Direito de Amarante (piauhy)	1895
36	nulidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo ou hermafrodita	Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal	1895
37	Divórcio – requisitos legais	Juízo de Direito de Goyaz	1896
38	Casamento dotal entre estrangeiros	Supremo Tribunal Federal	1896
39	Casamento nuncupativo	Superior Tribunal de Justiça	1896

		do Estado de São Paulo	
40	Casamento civil – segundas núpcias	Superior Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco	1896
41	Casamento <i>in extremis</i> – requisitos para a sua validade	Tribunal Superior de Justiça do Estado do Pará	1897
42	Adultério – elementos característicos	Juízo da Comarca Criminal Civil e Criminal do Distrito Federal	1897
43	Ação de divórcio – não basta alegação de estarem separados	Tribunal da Relação de Ouro Preto	1898
44	Mudança de nacionalidade – casamento anterior	Corte de Apelação do Distrito Federal	1898
45	Ação de nulidade de casamento	Estado de Minas Geraes – (Comarca de Santa Rita de Cassia)	1899
46	Casamento anulável – erro de estado	Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro	1899
47	Ação de divórcio – prova de abandono	Juízo de Direito da capital de Goyaz	1899
48	Causas determinantes do divórcio perpétua	Tribunal de Apelação do Estado da Bahia	1899
49	Ação de divórcio – casamento válido	Juízo de Direito da comarca de Campinas (SP)	1899
50	Ação de divórcio – privativa do cônjuge inocente	Câmara Civil do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal	1899
51	Defloramento – intervenção da autoridade – coação para casamento	Superior Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	1900

52	Divórcio – longo tempo decorrido da injúria – perdão tácito	Câmara Civil do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal	1900
53	Divórcio – alimentos provisionais	Juízo da Câmara Civil do Tribunal Civil e Criminal do Distrito Federal	1900

Tabela 5 Porcentagem dos julgados nos Órgãos julgadores

Órgãos julgadores	Quantidade	Porcentagem
1ª instância	16	30%
Tribunais locais	28	53%
STJ e STF	9	17%

Tabela 6 Quantidade de fontes formais citadas na jurisprudência

Fonte	Quantidade
Legislação sobre casamento e conexos	48
Ordenações	29
Consolidação	9
Concílio de Trento e Const. Primeiras do Arcebispado da Bahia	14
Direito romano	2
Resoluções, regimentos, avisos e alvarás	13
Direito estrangeiro	2

Antes de iniciarmos a análise dos dados acima apresentados, e visando uma melhor compreensão dos resultados obtidos, mister se faz, como feito no tópico anterior, realizar a divisão do estudo em duas fases: a primeira, que inicia no ano de 1873, quando é inaugurada a Revista “O Direito”, e já se encontrava em vigor o decreto nº 1144 de 11 de setembro de 1861 (que regulou o casamento misto e o casamento entre acatólicos), até a edição do decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil em nosso país; e a segunda fase, que vai da edição a do decreto nº 181 de 1890 até o ano de 1900, que compreende o final do período em que foi selecionada a jurisprudência brasileira. Assim, das 53 jurisprudências encontradas sobre o direito matrimonial, 25 (num período de 17 anos) referem-se ao direito matrimonial na primeira fase, e 28 jurisprudências na segunda fase (num período de 11 anos), o que demonstra a importância da instituição do casamento civil e as dúvidas que suscitaram a partir de sua implementação, devido, especialmente, ao período de transição e adaptação entre uma legislação e outra.

Interessante notar, primeiramente, é que, mesmo depois dos decretos acima descritos, que tratavam especificamente sobre o direito matrimonial, as Ordenações continuaram sendo muito citadas, num total de 29 referências. a Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas, por sua vez, são citadas 9 vezes na jurisprudência recolhida. As referências à Consolidação, são realizadas sempre citando Teixeira de Freitas, como, por exemplo, numa ação sumária de nulidade de casamento, em que o Juiz do Estado de Minas Gerais faz referência direta a Teixeira de Freitas: “**como ensina Teixeira de Freitas**, que é *livre* às partes declararem a sua vontade”²⁰⁰ (grifo nosso). A referência a Teixeira de

²⁰⁰ BRASIL. Juízo de direito da Comarca de Santa Rita de Cassia. Ação sumária de nulidade de casamento, cidade de Santa Rita de Cassia, 10 de maio de 1898. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 78, p. 40-81, ano XXVII, janeiro a abril, 1899. p. 57-58. Outro exemplo vem destacado na Apelação cível nº 450, que assim coloca: “(...) conforme ensina T. de Freitas – *Consol.*, nota 30 ao § 26 (...)”. (BRASIL. Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível nº

Freitas, neste caso, é a Consolidação, na nota ao art. 366. A importância das Consolidações, ao que parece, assim como nos artigos doutrinários, está nas notas feitas por Teixeira de Freitas, que são consideradas muito importantes para os autores deste período, como o seguinte exemplo: “Teix. de Freitas, Cons. das Leis Civis, 3ª ed., art. 369, § 11, **nota** 45 (...)”²⁰¹ (grifo nosso). Estas notas de Teixeira de Freitas, como já mencionado na análise das fontes perante a doutrina, foram muito utilizadas como fonte doutrinária, além de parâmetro legislativo para os operadores do direito da época.

Ainda sobre as Ordenações, das 29 referências, 19 estão compreendidas na primeira fase, e na segunda fase, ainda encontramos 10 citações aos seus artigos, ou seja, mesmo depois do estabelecimento do casamento civil, pelo decreto nº 181 de 1890, e já no final do século XIX, as Ordenações continuam sendo citadas. Constata-se, portanto, que esta diminuição se deu a partir da edição do decreto nº 181, que, passa, então a ser citado (decreto nº 181/1890) em praticamente todos os julgamentos, considerado como verdadeiro marco na disciplina do casamento, na medida em que afastou definitivamente a influência da Igreja dos assuntos matrimoniais, tanto para a celebração, como para a dissolução do casamento. De qualquer forma, apesar de haver a regulamentação sobre o assunto no decreto nº 181, percebe-se que as Ordenações são citadas para fortalecer ainda mais a decisão, como no acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Alagoas: “(...) com o apoio da Ord. Liv. 3º tit. 25 § 5º e tit. 59 § 21, e por qualquer meio de prova,

450, Petrópolis, 18 de outubro de 1895. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 78, p. 196-215, anno XXVII, janeiro a abril, 1899. p. 201).

²⁰¹ BRASIL, Relação de S. Paulo. Appellação civil nº 894, S. Paulo, 10 de agosto de 1883. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 33, p. 508-513, anno XII, janeiro a abril, 1884. p. 511. Ainda: “(...) as exceções à esta regra estão compendiadas na Consolidação das leis, art. 147, **nota**”. (BRASIL, Tribunal da Relação de Porto Alegre. Aggravo de petição nº 28, S. Paulo, 13 de abril de 1875. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 7, p. 305-310, anno III, maio a agosto, 1875. p. 306.

como permite o art. 5º do citado decreto nº 181”²⁰². Observa-se, portanto que, apesar de não haver necessidade de citação das Ordenações, neste caso, a mesma é citada apenas para reforçar a prescrição do referido decreto. Em outros casos, todavia, a citação das Ordenações é feita isoladamente, como, por exemplo, a sentença do Juízo de Direito de Goiás, que assim dispõe: “Considerando que, nos termos da Ord. Liv. 3º tit. 34, pr. e tit. 52, pr. a obrigação da prova incumbe àquele que alega (...)”²⁰³.

Contata-se, portanto, que mesmo após à Independência, e a edição dos decretos legislativos sobre a disciplina matrimonial, as Ordenações, e, neste caso, o direito português, continuaram a manter um papel importante na realidade jurídica brasileira, apesar da previsão de urgência no estabelecimento de uma codificação civil em nosso país, estabelecida pela Constituição Imperial. Assim, a tradição da fonte lusitana, por meio das Ordenações, manteve-se viva mesmo após o advento da República, constituindo-se, portanto, importante fonte legislativa durante o todo o período estudado, como se observa a partir das referências jurisprudenciais.

Outra importante fonte para o direito matrimonial brasileiro da segunda metade do século XIX, segundo a jurisprudência, é o direito canônico. Para a análise desta fonte, em especial, é importante a divisão das duas distintas fases realizada no início deste tópico, pois, das 14 referências ao direito canônico, seja ao Concílio de Trento, seja às Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, ou mesmo aos sacramentos da Igreja²⁰⁴, todas estão presentes na primeira fase,

²⁰² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça das Alagoas. Appelação cível s/n, Maceió, 11 de agosto de 1893. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 63, p. 525-528, anno XXII, janeiro a abril, 1894. p. 525.

²⁰³ BRASIL, Juízo de Direito de Goyaz. Ação Ordinária s/n, Goyaz, 24 de setembro de 1895. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 69, p. 202-207, anno XXIV, janeiro a abril, 1896. p. 203.

²⁰⁴ Como, por exemplo, o seguinte trecho da Revista Cível nº 8414: “(...) quando o matrimônio, feito conforme os **Sacramentos da Igreja**, é consumado por cópula

não há nenhuma referência na segunda fase, ou seja, depois do decreto que instituiu o casamento civil em nosso país, quando a influência canônica foi definitivamente afastada dos assuntos matrimoniais, e, portanto, de nossos tribunais desta época. Importante destacar neste ponto que, enquanto as Ordenações continuam a ser citadas na segunda fase do trabalho, o direito eclesiástico, ao contrário, deixa de ser referenciado. Tal fato significa, neste sentido, uma ruptura no sistema de fontes matrimoniais em nosso país, e importante para se entender a orientação do direito brasileiro, no sentido do esforço secularizador na seara da família brasileira.

O direito romano e o direito estrangeiro são outras duas fontes encontradas na seleção da jurisprudência brasileira na segunda metade do século XIX, mesmo que em pouquíssimos julgados. De fato, o direito romano é encontrado em apenas duas decisões: numa decisão sobre o divórcio, o direito romano é citado, todavia, com a ressalva da indissolubilidade do vínculo conjugal no direito brasileiro, de acordo com este trecho: “(...) em certos casos, permitem o divórcio na acepção do **direito romano**. Mas se o divórcio, na censura do direito romano, importa a dissolução do matrimônio, na do direito canônico exprime *simplesmente* a separação *quoad thorum et habitationem*”²⁰⁵ (grifo nosso).

posterior” (grifo nosso). (BRASIL, Tribunal da Relação de Maranhão. Revista Cível nº 8,414, Maranhão, 29 de abril de 1872. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 2, p. 329-338, anno I, 1873. p. 330).

²⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Revista Cível nº 9170, 01 de dezembro de 1877. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 15, p. 115-124, anno IV, 1878. p. 115. Neste mesmo sentido, a outra citação ao direito romano é assim colocada: “O Direito Romano admite três estados – *libertatem, civilitatem et familiam* –, diz Paulo no *Dig.*, Liv. 4º, tit. 11; estas espécies dependentes do *status publicus* quanto à liberdade e cidade, e do *status privatus* quanto às suas ligações, prisão, e laços estreitos e indestrutíveis com a família”. (BRASIL, Apelação cível nº 450. p. 205). Segundo Paolo Grossi, “O direito romano é, em suma, sobretudo obra de doutrinadores”. (GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 39).

O direito estrangeiro, por sua vez, é citado em apenas duas jurisprudências: a primeira, numa decisão sobre casamento entre estrangeiros, em que encontramos a seguinte citação: “Considerando que, segundo o art. 17 do **Cod. Civ. da França**, perde a qualidade de cidadão francês aquele que se estabelece em país estrangeiro sem ânimo de voltar para a pátria, salvo se o estabelecimento for comercial”²⁰⁶. A segunda citação, por sua vez, faz referência ao Código Civil Português, nestes termos: “O *Cod. Civ. Port.* no art. 1067 dispõe: O consentimento dos contraentes para o casamento só pode prestar-se irrevogavelmente no próprio ato da celebração do casamento”²⁰⁷. Assim, no primeiro caso, a citação ao Código Civil Francês ocorre porque trata-se, na verdade, de casamento entre estrangeira e brasileiro; já no segundo caso, a referência ao Código Civil Português serve como fundamento da decisão, dada a omissão da legislação brasileira sobre o assunto. Neste último caso, portanto, a referência ao Código Civil Português é como mero subsídio argumentativo, e não como fonte jurídica.

Antes de encerrar a presente análise das fontes encontradas na jurisprudência da segunda metade do século XIX, outra peculiaridade merece ser destacada neste estudo. Trata-se dos costumes, que, apesar de não constar na tabela das fontes retratada acima, são ocasionalmente citados nas decisões, todavia, não o direito consuetudinário, como o conhecemos, mas apenas a referência a um costume devidamente positivado, devidamente orientado pelo poder estatal, como no seguinte trecho da Revista Cível nº 9378: “Que, em 1824 ou em 1826, a autora D. Maria Francisca de Jesus contraiu com Antonio Carlos Marrier, segundo a religião católica apostólica romana, e segundo o **costume**

²⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 57, 16 de janeiro de 1896. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 69, p. 494-503, anno XXIV, 1896. p. 495.

²⁰⁷ BRASIL, Apelação cível nº 450. p. 208-209.

geral do Império (...)²⁰⁸. De fato, quando se fala em costume geral do Império, neste caso, quer dizer que, na época do casamento, a regra para se contrair matrimônio era perante a Igreja. Há referência, ainda, aos costumes morais, como, por exemplo, na seguinte citação: “Além de que, a imoralidade deste crime que afeta a constituição da família e as bases da sociedade causando grande abalo nos costumes desaparece pelo fato do casamento do ofensor com a ofendida (...)²⁰⁹.

Assim, dos exemplos aqui trazidos, percebe-se que, em geral os costumes são referenciados no sentido de dizer como o Império tinha regulado o sistema matrimonial brasileiro (justamente pela tradição da sociedade brasileira, que assim vinha de uma regularidade comportamental)²¹⁰, ou seja, de acordo com o Concílio Tridentino e as Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia. Encontramos três referências neste sentido. Já no último exemplo, o costume é citado como orientação moral da família neste período. Importante destacar que tais exemplos são retirados da jurisprudência brasileira antes do advento do decreto nº 181 de 1890, que instituiu o casamento civil.

²⁰⁸ BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Revista cível nº 9378, 15 de março de 1879. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 19, p. 442-448, anno VII, 1879. p. 442. Outra citação neste mesmo sentido, pode ser observada na seguinte citação: “(...) confessando o autor a nulidade do mesmo casamento, não pode pretender que surta os efeitos civis que acompanham aqueles que são contraídos segundo o costume do Império e leis canônicas (...)”. (BRASIL, Juízo de Direito de Porto Alegre. Acção de libello, Porto Alegre, 13 de fevereiro de 1874. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 3, p. 482-485, anno II, 1874. p. 482).

²⁰⁹ BRASIL, Tribunal da Relação de Recife. Appellação criminal s/n, Recife, 19 de maio de 1889. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 49, p. 515-517, anno XVII, 1889. p.515.

²¹⁰ Sobre o costume, ensina Paolo Grossi: “se a Constituição e a lei ordinária são simples manifestações à espera de se tornarem experiência vivida, ou seja, na espera que a interpretação/aplicação lhes consinta de encarnar-se, no costume as manifestações e encarnações são uma coisa só; e isso porque o costume não é um princípio, uma previsão, um projeto, mas sim um fato que se manifesta no momento em que a comunidade o vive”. (GROSSI, **Primeira lição...**, p. 94).

Tal fato, aliado ao grande número de leis e decretos que surgiram na segunda metade do século XIX acerca das relações conjugais, nos mostra como vai se formando o nosso direito matrimonial, que começa a dar contornos próprios a partir de nossas peculiaridades locais, e, ainda, como tal direito vem fundamentando as decisões dos tribunais brasileiros, deixando que as outras fontes, aos poucos, deixem de influenciar a nossa cultura jurídica matrimonial, fato este que demonstra a ruptura com uma ordem jurídica plural, rumo a um absolutismo jurídico.

4 CONCLUSÃO

Durante toda a reflexão acerca do direito matrimonial e o papel que as fontes desempenhavam no período estudado, ou seja, a segunda metade do século XIX, a pesquisa deparou-se com inúmeras contradições. De fato, o século XIX, e particularmente, a sua segunda metade, delimitado ao campo jurídico, é um período de tensão entre o antigo e o moderno, vale dizer, o pré-moderno no esforço de modernização jurídica²¹¹, em que as antigas raízes jurídicas se misturam com a proposta modernizadora. Estas peculiaridades, portanto, dificultam ainda mais o estudo do direito brasileiro, e a identificação de seus elementos caracterizadores.

De fato, a primeira grande questão enfrentada na presente dissertação encontra-se no primeiro capítulo: trata-se do nascimento da cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. Com efeito, este tema suscitou análise específica, dada as peculiaridades que o mesmo se apresenta no período estudado: a presença constante da legislação portuguesa, mesmo após a Independência, apesar dos cuidados orientados pela “Lei da Boa Razão”. Não obstante tal fato, ou seja, apesar de permanecer em vigor a herança jurídica da antiga metrópole, verifica-se a presença cada vez maior de leis especiais disciplinando os problemas locais do jovem Estado brasileiro, dando, portanto, os primeiros contornos de uma cultura efetivamente brasileira.

O mesmo ocorre, também, com a questão do ensino jurídico brasileiro neste período, que, apesar de todos os transtornos e problemas de adaptação, pela

²¹¹ Aqui, quando se fala no esforço de modernização jurídica, está-se querendo dizer o esforço de codificar o direito privado, desde a Constituição Imperial, o que só veio a ser implementado quase um século depois, em 1916. Não obstante, o processo de modernização jurídica familiar já vinha, aos poucos, sendo construída, a partir dos decretos legislativos, especialmente aquele que instituiu o casamento civil entre nós.

falta de faculdades de direito no início do século XIX, vão ganhando, ao longo da segunda metade do século XIX, independência e autonomia na formação dos novos bacharéis em nosso país. É neste cenário que também surgem os juristas deste período, que contribuem consideravelmente para a construção de nossa cultura jurídica, como, por exemplo, Sílvio Romero, Paula Baptista, Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues Pereira.

Assim, se, por um lado, não foi possível elaborar uma codificação no século XIX, por outro lado, a legislação portuguesa não permaneceu estanque em nosso país, houve, ao contrário, ao longo desse período, uma efetiva profusão legislativa, de maneira a regular os problemas específicos de nossa sociedade, que contribuiu, por sua vez, ao lado dos elementos acima mencionados, para delimitar os contornos de uma cultura genuinamente brasileira na segunda metade do século XIX.

Neste período estudado, portanto, constatou-se, a partir da análise das fontes formais na doutrina e na jurisprudência brasileira, uma mistura entre o pré-moderno (direito canônico, costume e Ordenações) e o moderno (leis e decretos), inclinando-se, já no final do século XIX, para o absolutismo jurídico. De fato, percebemos essas transformações a partir das rupturas encontradas nos textos e julgados analisados, quando, após o ano de 1890, ano em que é instituído o casamento civil em nosso país, o direito canônico deixa de ser referenciado pelos autores e operadores do direito, momento em que a lei ganha papel central perante o cenário jurídico brasileiro.

Todavia, relativamente ao direito matrimonial no início da segunda metade do século XIX, encontramos a disciplina com forte presença da Igreja, representada pelo Concílio Tridentino e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, ao lado de inúmeros dispositivos das Ordenações Filipinas, quando, curiosamente, seu país de origem já não se utiliza mais desta fonte. Apesar da edição do decreto nº 1144 de 1861, que regulamentou o

casamento misto e entre acatólicos, a disciplina continuou sendo muito criticada pelos doutrinadores da época, na medida em que impunha diversos deveres muito difíceis de obedecer, com relação ao casamento misto, e exigiu a orientação das religiões respectivas, em caso de casamento entre acatólicos. Este cenário da legislação matrimonial foi criticado por Lafayette, que assim considerou:

Organizado com elementos tão inconsistentes, sobre a base de uma legislação escrita insuficiente, acanhada e cheia de omissões, o corpo do nosso Direito oferece largo campo para a controvérsia.

(...)

É a esse toque que devem ser contrastados os costumes, as práticas forenses, as opiniões dos escritores e as disposições paralelas dos códigos estrangeiros²¹².

Tal cenário, como visto, só foi definitivamente mudado, já no final da segunda metade do século XIX, com a edição do decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890²¹³, que instituiu o casamento civil em nosso país. Com efeito, este decreto foi considerado verdadeiro marco na disciplina jurídica matrimonial, na medida em que retirou definitivamente das mãos da Igreja católica a regulamentação dos assuntos conjugais e passou para o Estado, secularizando, desta forma, o direito de família em nosso país. Tal fato demonstra, portanto, uma significativa ruptura no sistema das fontes matrimoniais, na medida em que, como demonstrado no último capítulo, o direito canônico deixa de ser citado tanto na doutrina como na jurisprudência.

²¹² PEREIRA, **Direitos de...**p. xxv-xxvi.

²¹³ O processo de mudança, de fato, não é tarefa fácil, na medida em que é necessário extirpar velhos hábitos incorporados muito difíceis de arrancar, que só são efetivamente almejados com o árduo esforço e empenho de algumas pessoas a frente de seu tempo. Neste sentido, Lafayette considera: “No ensino como em política, é obra lenta e difícil desarraigat hábitos invertidos, extirpar os erros da tradição”. PEREIRA, **Direitos de...**p. xx.

De qualquer forma, a partir da análise das fontes na doutrina e a jurisprudência, verificou-se que, apesar da presença dos decretos regulamentando o direito matrimonial brasileiro, especialmente os decretos 1144 de 1861 e 181 de 1890, encontramos, até a edição do decreto que instituiu o casamento civil, uma grande diversidade de outras fontes que orientavam os autores e magistrados na segunda metade do século XIX: Ordenações, Consolidação das Leis Civis, direito canônico, direito estrangeiro, direito romano, avisos e resoluções do Império. Todavia, apesar de toda essa variedade de fontes, verificou-se que, a partir do decreto que instituiu o casamento civil em nosso país, houve uma diminuição nas referências das outras fontes distintas da legislação específica sobre o casamento, principalmente a referência ao direito canônico, que, não foi citado nenhuma vez na jurisprudência após o advento do decreto nº 181, o que denota, como já afirmado anteriormente, uma efetiva ruptura das fontes matrimoniais.

Verifica-se, neste sentido, no pequeno espaço de meio século, profícuas transformações jurídicas no âmbito matrimonial, que tem, nas primeiras décadas da segunda metade do século XIX, contornos característicos do “direito comum” da Idade Média, dada a escassez da atividade legislativa, marcada pela edição de vários decretos a regular setores e matérias específicas, conforme se depreende das análises dos dados oriundos da doutrina e jurisprudência brasileira deste período. De fato, o direito medieval, segundo Paolo Grossi²¹⁴, se origina a partir do vazio estatal, que, no caso brasileiro, é representativo quando o Estado deixa a

²¹⁴ O autor assim explica: “O direito medieval origina-se, toma forma e se caracteriza em meio a dois vazios e graças a dois vazios: o vazio estatal que se seguiu à queda do edifício político romano e àquele da refinada cultura estreitamente ligada às estruturas do edifício. Aquilo que poderia, à primeira vista, parecer um retrocesso ou, de algum modo, um fator negativo, ou seja, dois vazios que restaram não preenchidos, constitui – ao contrário – o nicho histórico adequado para o desenvolvimento de uma experiência jurídica profundamente original” (GROSSI, **Primeira lição...**, p. 43). Sobre a ordem jurídica medieval, ver ainda: GROSSI, Paolo. **L’ordine giuridico medievale**, 11ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004.

regulamentação do direito matrimonial nas mãos da Igreja, marcado, ainda, segundo o autor, “por uma organização espontânea da experiência cotidiana, variadíssima de tempos a tempos e de lugar a lugar em vista da variação das exigências, que encontra em um popular de costumes as suas manifestações e consolidações mais vitais”²¹⁵.

Apesar de tais contornos, é ainda na segunda metade do século XIX, que presenciamos importantes transformações na legislação matrimonial, justamente quando o estado chama para si a regulamentação do direito relativo às relações conjugais, afastando definitivamente a influência canônica destes assuntos, ao mesmo tempo em que se verifica um decréscimo nas referências às outras fontes distintas da legislação estatal, o que demonstra, por si só, apesar da falta de codificação civil neste período, o esforço modernizador do direito matrimonial brasileiro, esforço este que vai delineando os primeiros contornos de uma cultura jurídica familiar brasileira já no final do século XIX, na medida em que dirimiu as diferenças religiosas para a realização dos casamentos, a partir do momento em que definiu o casamento civil como o único válido, política esta que tirou da margem diversas famílias brasileiras.

Todavia, não obstante tal esforço de secularização e modernização do direito, não se pode deixar de considerar a importância que teve o direito canônico no sentido de matrimonializar a família brasileira, que sempre colocou a supremacia da instituição familiar fundada no casamento²¹⁶. Neste sentido, o

²¹⁵ GROSSI, **Primeira lição...**, p. 43.

²¹⁶ Neste sentido, ensina Luiz Edson Fachin: “A influência do Direito Canônico deixou elemento caracterizador: a matrimonialização. Na verdade, quando a família clássica atribui poderes ao pai, à primeira vista, está colocando a supremacia do homem na relação conjugal. Mas, num segundo momento, verifica-se que o interesse maior a ser tutelado não é o do marido, e sim o da família enquanto instituição”. (FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 33).

direito matrimonial formado a partir de então, se orientou no sentido de reconhecer apenas a família fundada no casamento.

Assim, apesar da significativa ruptura na teoria das fontes, representado por essa transformação no casamento, a legislação de nosso país ainda não dava conta de todo o descompasso com a realidade brasileira neste final do século XIX, que continuou a manter à margem de seu sistema, como se não existissem, diversas relações matrimoniais, como as uniões estáveis e o concubinato, que ainda esperariam por quase um século para uma efetiva transformação das fontes relativas ao direito matrimonial brasileiro. Tal fato mostra como a história da família, “é longa, não linear, feita de rupturas sucessivas”²¹⁷.

²¹⁷ PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25 anos: Reflexões para o futuro**. São Paulo: Abril, 1993. p. 75-81.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Os aprendizes do poder. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

ALENCASTRO, Luís Felipe de (org.); NOVAIS, Fernando (dir.). **História da vida privada no Brasil**. Império: a corte e a modernidade nacional. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981.

AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. **Do casamento civil**: segundo do decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890. 3. edição correcta e augmentada. Rio de Janeiro e São Paulo: Laemmert & C. Editores, 1896.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

_____. **Estudos de direito e política**. Rio de Janeiro: Instituto nacional do livro/Ministério da educação e cultura, 1962.

BENEDETTO, Roberto Di. **Formação histórica do instituto jurídico da propriedade no Brasil do século XIX**. Curitiba, UFPR, 2002, 133p. (Dissertação de mestrado em Direito). UFPR.

BERQUÓ, Elza. Arranjos familiares no Brasil. SCHWARCZ, Lilia (org.). **História da vida privada no Brasil**. Contrastes da intimidade contemporânea. São Paulo: Companhia das Letras, 1998

BEVILAQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. 11 ed. v. 1. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1956

BRASIL. Collecção das Decisões do Governo no Império do Brasil, Tomo XXVIII. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1865.

BRASIL. **Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia**. São Paulo: Typographia 2 de Dezembro, 1853.

BRASIL. Juízo de Direito da Comarca de Santa Rita de Cassia. Acção summaria de nullidade de casamento, cidade de Santa Rita de Cassia, 10 de maio de 1898. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 78, p. 40-81, anno XXVII, janeiro a abril, 1898.

BRASIL, Juízo de Direito de Goyaz. Acção Ordinária s/n, Goyaz, 24 de setembro de 1895. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 69, p. 202-207, anno XXIV, janeiro a abril, 1896.

BRASIL. Juízo de Direito de Jaguaribe-merim. Sentença, Villa de Jaguaribemirim, 16 de março de 1875. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 11, p. 420-422, anno IV, setembro a dezembro, 1876.

BRASIL, Juízo de Direito de Porto Alegre. Acção de libello, Porto Alegre, 13 de fevereiro de 1874. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 3, p. 482-485, anno II, 1874.

BRASIL, Relação de S. Paulo. Appellação civil nº 894, S. Paulo, 10 de agosto de 1883. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 33, p. 508-513, anno XII, janeiro a abril, 1884.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça das Alagoas. Appellação civil s/n, Maceió, 11 de agosto de 1893. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 63, p. 525-528, anno XXII, janeiro a abril, 1894.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista cível nº 8.184, Bahia, 12 de agosto de 1873. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 1, p. 356-358, anno I, 1873.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Revista Cível nº 9170, 01 de dezembro de 1877. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 15, p. 115-124, anno IV, 1878. p.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Revista cível nº 9170, 16 de março de 1875. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 15, p. 115-124, anno IV, janeiro a abril, 1878.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. Revista cível nº 9378, 15 de março de 1879. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 19, p. 442-448, anno VII, 1879.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 57, 16 de janeiro de 1896. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 69, p. 494-503, anno XXIV, 1896.

BRASIL, Tribunal da Relação de Maranhão. Revista Cível nº 8,414, Maranhão, 29 de abril de 1872. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 2, p. 329-338, anno I, 1873.

BRASIL, Tribunal da Relação de Porto Alegre. Aggravo de petição nº 28, S. Paulo, 13 de abril de 1875. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 7, p. 305-310, anno III, maio a agosto, 1875.

BRASIL, Tribunal da Relação de Recife. Appellação criminal s/n, Recife, 19 de maio de 1889. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 49, p. 515-517, anno XVII, 1889.

BRASIL. Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro. Appellação cível nº 450, Petrópolis, 18 de outubro de 1895. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 78, p. 196-215, anno XXVII, janeiro a abril, 1899.

BROTERO, J. M. de A. **Princípios de Direito Natural compilados por José Maria de Avelar Brotero, lente do primeiro anno do Curso de S. Paulo.** Rio de Janeiro: Tipografia imperial e nacional, 1829.

CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira.** Brasília: Senado Federal, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, Hebe M. Mattos de. Laços de família e direitos no final da escravidão. In: ALENCASTRO, Luís Felipe de (org.); NOVAIS, Fernando (dir.). **História da vida privada no Brasil.** Império: a corte e a modernidade nacional. São Paulo: Companhia das Letras, 337-383, 1997.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

COELHO, Ludgero Antonio. **Do casamento civil brasileiro:** commentario ethico-juridico ao Decreto . 181 de 24 de janeiro de 1890, Rio de Janeiro: Typ. Pereira Braga & C., 1899.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Tratado do casamento e do divórcio:** constituição, invalidade, dissolução. São Paulo: Saraiva, 1987.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil colonial. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 349-364, 2007.

CUNHA, Luiz Antônio. **A universidade temporã:** o ensino superior da colônia à era de Vargas. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1980.

DEL PRIORE, Mary. **História do amor no Brasil.** São Paulo: Contexto, 2005.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Tradução de Leandro Konder. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. Vínculo parabiológico e irmandade socioafetiva. **Questões do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 267-296, 2008.

_____. **Elementos críticos do direito de família**: curso de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Rosana Amara Girardi. **Em busca da família no novo milênio**: uma reflexão crítica sobre as origens históricas e as perspectivas do Direito de Família brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação civil no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná**, v. 44, p. 61-76, 2006.

_____. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 35, p. 339-369, 2006.

_____. A lei de terras e o advento da propriedade moderna no Brasil, “in” **Anuario Mexicano de História del Derecho**. Mexico, XVII, 2005, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 97-112.

_____. **Modernidade e Contrato de Trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

_____. A história no direito e a verdade no processo: o argumento de Michel Foucault. **Revista Gênese de Direito Processual Civil**, Curitiba - PR, v. 17, p. 570-585, jul./set. 2000.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil: esboço**. Brasília: Ministério da Justiça, 1983.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sobre o regime da economia patriarcal**. 47. ed. rev. São Paulo: Global, 2003.

GARCIA, Rodolfo. **Ensaio sobre história política e administrativa do Brasil**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956. p. 252.

GOMES, Orlando. **Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro**. Salvador: Progresso, 1958.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da Modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. **Primeira lição sobre direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito). “in” GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Trad. Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **L'ordine giuridico medievale**, 11^a ed., Roma-Bari: Laterza, 2004.

HERCULANO, Alexandre. **Casamento civil: por ocasião do apusculo do sr. Visconde de Seabra sobre este assumpto**, Lisboa: Typographia Universal, 1866.

HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

_____. Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. **Quaderni Fiorentini**: per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 35, p. 59-81, 2006.

_____. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. HESPANHA, Antonio Manuel *et al.* Os poderes do Centro. In: _____ (org.); MATTOSO, José (dir.). **História de Portugal**: O antigo regime, vol. 4, p. 141-243. Lisboa: Editorial Estampa, 1998.

_____. **Historia das Instituições**. Coimbra: Almedina, 1982.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LE GOFF, Jacques. A história nova. In: *A história nova*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITÃO, Antonio Candido da Cunha. Casamento civil. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 12, p. 50-65, anno V, janeiro a abril, 1877.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Tratado de Direito de Família**: Origem e Evolução do Casamento. Curitiba: Juruá, 1991.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2. Ed. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAIA, João Carlos de Oliva. Doutrina. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 3, p. 257-271, anno II, 1874.

MALUF, Marina; MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do mundo feminino. In: SEVCENKO, Nicolau (org.); NOVAIS, Fernando A. (dir.). **História da vida privada no Brasil.** República: da Belle Époque à Era do Rádio. Paulo: Companhia das Letras, 367-421, 1998.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas:** o jurisconsulto do Império. 2 ed. revista e aumentada. Brasília: Cegraf, 1983.

_____. O jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal. “In” SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Augusto Texeira de Freitas e il diritto latinoamericano.** Roma: Padova: Cedam, p. 71-81, 1983.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

MONTE, João José do. O Direito. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 61, p. 499-506, anno XXI, maio a agosto, 1893.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador. “In” SCHIPANI, Sandro (a cura di). **Augusto Texeira de Freitas e il diritto latinoamericano.** Roma: Padova, Cedam, p. 17-39, 1983.

MUNIZ, Francisco José Ferreira. A família na evolução do direito brasileiro. In: **Direito da Família e do Menor:** inovações e tendências. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 68-81.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito.** Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1993.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos Constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Virgílio Cardoso de. Direito civil. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 55, p. 561-566, anno XIX, maio a agosto, 1891.

_____. Direito civil. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 61, p. 499-506, anno XXI, maio a agosto, 1893.

PAULA BATISTA, Francisco de. **Compêndio de hermenêutica jurídica para uso das Faculdades de direito do Império.** 3 ed. revista e consideravelmente aumentada. Recife: s/ed, 1872.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. V, Forense: Rio de Janeiro, 19??

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de família.** Rio de Janeiro: F. Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família – uma abordagem psicanalítica.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

PERROT, Michelle. O nó e o ninho. **Veja 25 anos:** Reflexões para o futuro. São Paulo: Abril, 1993. p. 75-81.

PITALUGA, Luiz B. Marques. Direito Civil. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 59, p. 42-46, anno XX, setembro a dezembro, 1892.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Família sem casamento:** de relação existencial a realidade jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RIBAS, Antonio Joaquim. Doutrina. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 1, p. 297-300, anno I, janeiro a abril, 1873.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROCHA, Arthur Carneiro. Direito Civil. **O Direito**: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 63, p. 489-504, anno XXII, janeiro a abril, 1894.

SÁ E BENEVIDES, J. M. C. de. **Philosophia elementar de direito público**: interno, temporal e universal. São Paulo, s/ed, 1887.

SAMARA, Eni. **As mulheres, o poder e a família em São Paulo, século XIX**. São Paulo: Marco Zero, 1989.

_____. **A família brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SANTOS, Rogério Dutra dos. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica-medieval. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasi (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 141/188.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

SILVA, Américo Martins da. **A evolução do direito e a realidade das uniões sexuais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1996.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O Direito Civil Brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro. “in” FRADERA, Vera Maria Jacob de. **O Direito**

Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Luiz Antonio Gonçalves da. Difusão da doutrina jurídica: as revistas brasileiras de Direito. **Revista de Direito UPIS**, Brasília – DF, Ano I, vol. 1, p. 261-298, janeiro de 2003.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de casamento no Brasil Colonial.** São Paulo: T.A. Queiroz/Edusp, 1984.

SOARES, Oscar de Macedo. **Casamento Civil:** decreto n. 181 de 24 de Janeiro de 1890. 4ª ed. Rio de Janeiro: H. Garnier, Livreiro Editor, 1909.

SOUZA, José Soriano de. **Elementos de philosophia do direito.** Recife: Typografia central, 1880.

_____. **Lições de philosophia elementar, racional e moral.** Recife: João Walfredo de Medeiros, livreiro-editor, 1871.

SOUZA FILHO, Carlos Marés (Org.). **Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas.** Curitiba: Juruá, 1994.

SOUZA FILHO, Tarquino de. O divórcio. **O direito:** revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro, v. 29, p. 22-31, anno X, setembro a dezembro, 1882.

TORRES, Pedro dos Santos. Direito civil. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 67, p. 481-484, anno XXIII, maio a agosto, 1895.

TRIPOLI, César. **História do direito brasileiro. Época colonial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

VAINFAS, Ronaldo. **Trópico dos pecados:** moral, sexualidade e Inquisição no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1973.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna:** um estudo de história do direito. Rio de Janeiro: renovar, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas do bacharelismo.** 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VILHENA, Francisco. Casamento mixto celebrado sem as formalidades do concílio de Trento e não revalidado. **O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 10, p. 675-683, anno IV, maio a agosto, 1876.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno.** Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Gulbenkian, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de História do Direito.** 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da Conquista à Colonização.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.

_____. Instituições e pluralismo na formação do direito brasileiro. *In:* **Teoria do direito e do Estado.** Porto Alegre: Fabris, 1994.