

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

NATHALIE CERQUEIRA

ELEMENTOS DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES
ENTRE A CONSOLIDAÇÃO TEIXEIRA DE FREITAS E O CÓDIGO CIVIL DE 1916

CURITIBA

2025

NATHALIE CERQUEIRA

ELEMENTOS DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES
ENTRE A CONSOLIDAÇÃO TEIXEIRA DE FREITAS E O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Dissertação de mestrado apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior

CURITIBA

2025

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Cerqueira, Nathalie

Elementos da modernização do direito das sucessões
entre a consolidação Teixeira de Freitas e o Código Civil de
1916 / Nathalie Cerqueira. – Curitiba, 2025.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito.

Orientador: Sérgio Said Staut Júnior.

1. Herança e sucessão. 2. Direito civil - Brasil - História.
3. Freitas, Augusto Teixeira de, 1816-1883. I. Staut Júnior,
Sérgio Said. II. Título. III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

TERMO DE APROVAÇÃO

NATHALIE CERQUEIRA

ELEMENTOS DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES
ENTRE A CONSOLIDAÇÃO TEIXEIRA DE FREITAS E O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Dissertação de mestrado apresentada ao curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais.

Prof. Dr. Sérgio Said Staut Júnior

Curitiba, 30 de junho de 2025.

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **NATHALIE CERQUEIRA**, intitulada: **ELEMENTOS DA MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES ENTRE A CONSOLIDAÇÃO TEIXEIRA DE FREITAS E O CÓDIGO CIVIL DE 1916**, sob orientação do Prof. Dr. SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR, que após terem inquirido a aluna e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestra está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 30 de Junho de 2025.

Assinatura Eletrônica

30/06/2025 15:00:44.0

SÉRGIO SAID STAUT JUNIOR

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

01/07/2025 16:18:05.0

MICHAEL DIONISIO DE SOUZA

Avaliador Externo (FACULDADES SANTA CRUZ)

Assinatura Eletrônica

30/06/2025 16:21:18.0

ANDRE PEIXOTO DE SOUZA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

- Como?... Tem alguém de olho?

- Perdão, meu tio, não entendo sua linguagem figurada. Digo-lhe que escolhi o homem com quem me hei de casar.

- Já compreendo. Mas bem vê!... Como tutor, tenho de dar minha aprovação.

- De certo, meu tutor; mas essa aprovação o senhor não há de ser tão cruel que a negue. Se o fizer, o que eu não espero, o juiz de órfãos a suprirá.

- O juiz?... Que histórias são essas que lhe andam metendo na cabeça, Aurélia?

- Sr. Lemos, disse a moça pausadamente e trespassando com um olhar frio a vista perplexa do velho; completei dezenove anos; posso requerer um suplemento de idade mostrando que tenho capacidade para reger minha pessoa e bens; com maioria de razão obterei do juiz de órfãos apesar de sua oposição, um alvará de licença para casar-me com quem eu quiser. Se estes argumentos jurídicos não lhe satisfazem, apresentar-lhe-ei um que me é pessoal.

- Vamos ver! Acudiu o velho para quebrar o silêncio.

- É a minha vontade. O senhor não sabe o que ela vale, mas juro-lhe que para a levar a efeito não se me dará sacrificar a herança de meu avô.

- É próprio da idade! São ideias que somente se têm aos dezenove anos; e isso já vai sendo raro.

- Esquece que desses dezenove anos, dezoito os vivi na extrema pobreza e um no seio da riqueza para onde fui transportada de repente. Tenho duas grandes lições do mundo: a da miséria e a da opulência. Conheci outrora o dinheiro como um tirano; hoje o conheço como um cativo submisso. Por conseguinte devo ser mais velha do que o senhor que nunca foi nem tão pobre, como eu fui, nem tão rico, como eu sou.

O Lemos olhava com pasmo essa moça que lhe falava com tão profunda lição do mundo e uma filosofia para ele desconhecida.

- Não valia a pena ter tanto dinheiro, continuou Aurélia, se ele não servisse para casar-se a meu gosto; ainda que para isto seja necessário gastar alguns miseráveis milhares de cruzeiros.

José de Alencar, Senhora

RESUMO

O presente trabalho trata do processo de modernização do direito das sucessões no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX, com foco na transição normativa entre a Consolidação de Teixeira de Freitas (1857) e o Código Civil de 1916. A pesquisa adota uma abordagem histórico-jurídica, fundamentada na análise crítica de fontes legislativas e doutrinárias, visando compreender de que forma os ideais de racionalização, codificação e secularização do direito privado europeu foram apropriados e adaptados ao contexto brasileiro. O estudo evidencia que o direito sucessório, diferentemente do direito de família, sofreu transformações relevantes ainda no século XVIII, notadamente com as reformas pombalinas, que limitaram a ingerência da Igreja na prática testamentária e reforçaram o papel do Estado como fonte normativa central. Constatou-se que o testamento, inicialmente concebido como instrumento de salvação da alma, foi progressivamente convertido em mecanismo civil de organização patrimonial, ainda que persistissem resquícios simbólicos e morais do Antigo Regime. A análise demonstra que, mesmo sob influência de modelos liberais europeus, a modernização jurídica brasileira operou de forma seletiva e conservadora, incorporando novas categorias sem romper integralmente com estruturas familiares patriarcais e valores moralizantes. A promulgação do Código Civil de 1916 abarcou mudanças importantes ocorridas em matéria de família e sucessões, ainda que anteriores à sua vigência, como a redução da parte legítima, a inclusão do cônjuge como herdeiro e o tratamento menos discriminatório da filiação ilegítima, mas preservou elementos normativos tradicionais. Conclui-se, portanto, que o direito sucessório brasileiro sofreu sutil modernização sem abandonar suas raízes coloniais, revelando uma dinâmica de tensões entre inovação normativa e permanência.

Palavras-chave: direito das sucessões; codificação; modernização jurídica; tradição; Código Civil de 1916.

ABSTRACT

This work analyzes the modernization process of inheritance law in Brazil between the late 19th and early 20th centuries, focusing on the normative transition between Teixeira de Freitas' Consolidation (1857) and the Civil Code of 1916. The research adopts a historical-legal approach, based on a critical analysis of legislative, doctrinal, and institutional sources, aiming to understand how the ideals of rationalization, codification, and secularization of European private law were appropriated and adapted to the Brazilian context. The study shows that succession law, unlike family law, underwent significant transformations as early as the 18th century, especially through Pombaline reforms that limited the Church's influence over testamentary practices and reinforced the State's role as the central normative authority. It was found that the will, initially conceived as a spiritual salvation instrument, gradually became a civil mechanism for patrimonial organization, although symbolic and moral remnants of the Ancien Régime persisted. The analysis demonstrates that, even under the influence of European liberal models, Brazil's legal modernization operated selectively and conservatively, incorporating new categories without fully breaking with patriarchal family structures and moralizing values. The enactment of the 1916 Civil Code formalized important changes, such as the reduction of the reserved portion, including the spouse as heir, and a less discriminatory treatment of illegitimate children, yet it preserved traditional normative elements. It is concluded that Brazilian inheritance law was modernized without detaching from its colonial roots, revealing tensions between normative innovation and continuity.

Keywords: inheritance law; codification; legal modernization; tradition; 1916 Civil Code.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A ORDEM DO ESTADO SOBRE O LAR: CODIFICAÇÃO, PATRIMÔNIO E FAMÍLIA NO MOVIMENTO DE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	15
1.1 OS CÓDIGOS PROPRIETÁRIOS DO SÉCULO XIX: A TRANSFORMAÇÃO NAS FONTES DO DIREITO PRIVADO.....	15
1.2 ENTRE IDEAIS DE INOVAÇÃO E A RESISTÊNCIA DA TRADIÇÃO: A CODIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO	19
1.3 DO DOMÉSTICO AO PÚBLICO: A CODIFICAÇÃO E A “INTROMISSÃO” ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS	33
2 A RECONFIGURAÇÃO DA ORDEM SOCIAL: PODER, PROPRIEDADE E FAMÍLIA NA TRANSIÇÃO PARA A MODERNIDADE.....	38
2.1 DO PODER PATRIARCAL COMO ESTRUTURA DE PODER	38
2.2 A PROPRIEDADE COMO EIXO DE TRANSIÇÃO: DE SUPORTE DA ORDEM CORPORATIVA À BEM NEGOCIÁVEL NA DINÂMICA CAPITALISTA.....	41
2.3 A RECONFIGURAÇÃO DA ESTRUTURA DAS RELAÇÕES FAMILIARES NO BRASIL NA VIRADA DO SÉC. XIX PARA O SÉC. XX	44
2.3.1 Da estrutura familiar do Antigo Regime.....	45
2.3.2. Do processo de urbanização do patriarcalismo: a reconfiguração da família estendida para a família nuclear	53
3 DIREITO DAS SUCESSÕES	57
3.1 A IDEIA INDISSOCIÁVEL ENTRE DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO DAS SUCESSÕES	58
3.2 CATEGORIAS QUE, AINDA QUE TUTELADAS PELO DIREITO DE FAMÍLIA, SÃO ESTRUTURANTES AO DIREITO SUCESSÓRIO	62
3.2.1 O regime de bens no casamento	65
3.2.2 Tramas de filiação: da relação entre pais e filhos	67
3.3 DA TRANSMISSÃO PATRIMONIAL <i>MORTIS CAUSA</i>	75
3.3.1 Conceito de sucessão	76
3.3.2 A construção do direito sucessório luso-brasileiro	79
3.4 DO CONCEITO DE HERANÇA.....	84
3.5 SUCESSÃO LEGÍTIMA, SUJEITA À ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA...	85

3.6 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	96
CONCLUSÃO	108
REFERÊNCIAS.....	110

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as transformações ocorridas na cultura jurídica brasileiro a respeito do instituto da sucessão *mortis causa* no período de modernização do direito privado brasileiro, entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX, com ênfase na transição normativa que se inicia com a Consolidação de Teixeira de Freitas e culmina com a promulgação do Código Civil de 1916. A compreensão dessas transformações no Brasil exige uma leitura que considere tanto as raízes coloniais do direito brasileiro, quanto os processos de transformação ocorridos nas sociedades europeias na virada para a modernidade.

Ao investigar as transformações jurídicas ocorridas nesse intervalo, busca-se compreender em que medida os ideais de racionalização, codificação e secularização do direito privado europeu foram aplicados no contexto brasileiro, marcado pela permanência de estruturas herdadas do Antigo Regime.

Entre os séculos XVIII e XIX, a Europa ocidental enfrenta os processos de desenvolvimento e consolidação dos Estados soberanos, o que leva à expansão da atividade estatal e interfere diretamente na mudança de paradigma a respeito dos conceitos de público e privado. A ruptura com a mentalidade comunitária característica do antigo regime, sujeita à autoridade senhorial, implicou profundas transformações na forma de organização social e econômica da Europa. Esse movimento levou o Estado a intervir em temas até então circunscritos ao domínio privado, que eram vistos como reflexo da perpetuação do poder atribuído ao “senhor”, então equiparado aos monarcas, também concebidos, por sua vez, como “pais de família” para o conjunto do reino.

O fim da sociedade feudal, o processo de urbanização e a industrialização que marcam não só o desenvolvimento da sociedade capitalista, mas também a forma de organização da sociedade burguesa no século XIX, trazem importante mudança de paradigma no que diz respeito às relações de propriedade e, por consequência, de estruturação da entidade familiar.

O conceito de propriedade era até então compreendido sob a ótica comunitária da estrutura “senhorial” de poder, que, na prática, estabelecia o compartilhamento efetivo de direitos e obrigações sobre a terra. Nesse contexto, as estruturas familiares refletiam a estrutura da propriedade, visto que a família era concebida como o conjunto de pessoas em situação de dependência da figura do senhor da terra, sendo organizada sob a forma da família extensa – nela contemplados ascendentes, descendentes, colaterais e cônjuges, mas também servos e cativos diretamente ligados à terra.

Com o desenvolvimento do modo de produção capitalista e a ascensão do individualismo, o modelo de organização familiar se transforma na direção da moderna família nuclear. Os grandes códigos privados produzidos mediante o impulso modernizador do século XIX, de cunho individualista e proprietário, consolidam a expansão estatal sobre as esferas então domésticas, atendendo aos ideais liberais e tendo como pilares fundamentais a propriedade, a família e o contrato.

Esse novo modelo de organização familiar chega no Brasil no século XIX, enquanto a cultura jurídica brasileira, como um todo, passa por um conjunto de transformações de caráter mais geral. É durante esse período que tem início o processo de modernização do direito brasileiro, marcado pela influência da cultura jurídica europeia ao mesmo tempo em que encontra resistência nos valores tradicionais herdados do Antigo Regime.

A retratar essa resistência, aponta-se o fato de que o direito privado no Brasil foi regulado essencialmente pela legislação lusitana das Ordenações Filipinas de forma ininterrupta desde 1603, ainda que tenha passado por alterações nos critérios interpretativos pela intervenção pombalina da “Lei da Boa Razão”, de 1769. Decorridos mais de trezentos anos sob a tutela do direito português, o primeiro código civil de legislação brasileira foi promulgado apenas no início do século XX, com o advento do Código Civil de 1916. Na prática, os esforços codificadores brasileiros acabam por perpetuar a legislação colonial, adaptando-a, contudo, às tradições e interesses das elites agrárias brasileiras, em um moroso e discreto processo modernizador.

Apenas na década de 50 do século XIX foi que teve início o processo de codificação civil no Brasil, partindo da “Consolidação das Leis Civis”, editada por Teixeira de Freitas em 1857, que tratou de relevante esforço de

organização das fontes de direito então vigentes. A Consolidação serviu como base para os esforços codificadores que acabaram frustrados ao longo da segunda metade do século XIX, ao passo em que relevantes mudanças políticas e sociais se encontravam em voga com o fim do regime imperial no Brasil, a partir de 1889, e com a abolição da escravidão em 1890. Essas expressivas transformações que ocorriam tanto no âmbito social, quanto no âmbito do Direito, com alterações legislativas acerca do direito de propriedade, acabaram por impulsionar o movimento modernizador do direito brasileiro.

A pesquisa parte da hipótese de que, embora influenciado pelas codificações europeias, o direito sucessório brasileiro incorporou mudanças de forma progressiva, mantendo elementos tradicionais enquanto absorvia, de modo sutil, princípios de um novo arranjo jurídico liberal-burguês em formação nos estados europeus. Ao contrário de outros ramos do direito privado, como o direito de família, mais resistentes à transformação por sua vinculação direta à moral cristã e à lógica patriarcal, o direito das sucessões apresentou, desde o século XVIII, movimentos significativos de reforma, como evidenciado pelas limitações à liberdade testamentária impostas pelas reformas pombalinas.

O objeto de análise é, portanto, a conformação normativa da sucessão *mortis causa* nesse período de transição, compreendendo a sucessão *ab intestato* e a ordem de vocação hereditária, e a sucessão testamentária, com a limitação da legítima, como institutos jurídicos que expressam tensões entre permanências e inovações normativas. A abordagem metodológica adotada é histórico-jurídica, com ênfase na análise documental e na leitura crítica de fontes normativas (como as Ordenações Filipinas, a Consolidação de Teixeira de Freitas, decretos intermediários e o Código Civil de 1916), de obras doutrinárias do período e da literatura historiográfica sobre a formação social e do direito privado no Brasil. A pesquisa dialoga, ainda, com autores que investigam a cultura jurídica e os processos de codificação como expressão de disputas simbólicas e institucionais na construção do Estado moderno, buscando uma perspectiva crítica influenciada pela história social e cultural do direito.

Importa destacar que este trabalho toma por base a análise dos modelos de família que se conformavam às normas legais da época, ou seja, essencialmente a família branca, patriarcal e proprietária, que era reconhecida

como sujeito pelo direito civil vigente¹. Essa delimitação metodológica, no entanto, não ignora a existência de outras formas de organização familiar no Brasil do século XIX, tais como aquelas vivenciadas por populações negras e indígenas, cujas relações de parentesco e transmissão de bens nem sempre encontravam respaldo na legislação oficial.

A pesquisa foi estruturada em três capítulos. O primeiro aborda o contexto do processo codificador brasileiro a partir de sua influência nos movimentos da Europa ocidental da segunda metade do século XIX, retratando a tensão existente entre os ideais modernizadores e a forte herança colonial, com especial destaque à resistência da sociedade de base patriarcal à regulamentação estatal de matérias cuja tutela sempre fora exercida na esfera doméstica, como as questões relativas à família. No segundo capítulo, são exploradas as mudanças sociais que contextualizam essa transição do antigo regime para a modernidade, especialmente a queda da estrutura patriarcal de poder, com a reconfiguração da propriedade privada, o movimento de urbanização e a mudança de paradigma da estrutura familiar, que assume a conformação da família nuclear. Por fim, o terceiro capítulo aborda a construção histórica do direito das sucessões no direito luso-brasileiro, e examina as mudanças promovidas até o advento do Código Civil de 1916 no campo sucessório, atentando para as continuidades e rupturas que marcaram esse processo de modernização jurídica. Ao final, busca-se demonstrar que o direito sucessório brasileiro se modernizou de forma sutil, sem romper inteiramente com suas raízes coloniais, o que evidencia um movimento em que reformas legais conviveram com a persistência de valores patriarcais e modelos herdados do direito colonial.

¹ Ainda que este estudo se concentre na normatividade direcionada aos sujeitos legalmente reconhecidos, mantém-se atento aos limites dessa abordagem e à importância de considerar os múltiplos contextos sociais que compunham a realidade brasileira no período.

1 A ORDEM DO ESTADO SOBRE O LAR: CODIFICAÇÃO, PATRIMÔNIO E FAMÍLIA NO MOVIMENTO DE MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

1.1 OS CÓDIGOS PROPRIETÁRIOS DO SÉCULO XIX: A TRANSFORMAÇÃO NAS FONTES DO DIREITO PRIVADO

Entre os séculos XVIII e XIX, a Europa ocidental passou por transformações estruturais profundas, impulsionadas pelo declínio da sociedade estamental e pela consolidação do capitalismo industrial. Esses processos foram determinantes na formação e consolidação dos Estados modernos, promovendo o fortalecimento das instituições estatais e a necessidade de reorganização jurídica das relações sociais com base em novos princípios normativos, pautados nos ideais do liberalismo e da igualdade formal e progressivamente distanciados dos modelos jurídicos e institucionais do Antigo Regime.

Até então, o direito europeu era regido pelo *ius commune*, um sistema jurídico marcado pela multiplicidade de suas fontes, que articulava o direito romano justiniano (*corpus iuris civilis*, ainda que reinterpretado) o direito canônico (*corpus iuris canonici*) e uma série de normas locais decorrentes dos costumes (como foros, capitulações e ordenações municipais)². A doutrina e a jurisprudência desempenhavam papel central na interpretação e aplicação desse direito plural, cuja complexidade refletia a própria estrutura social da época³.

O direito no Antigo Regime era, pois, resultado da interpretação e do diálogo entre as tradições jurídicas, um exercício complexo atribuído ao jurista de forma individualizada em determinada ordem jurídica local ou corporativa,

² STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015.

³ HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do Leviathan**: instituições e poder político. Portugal – século XVII. Coimbra: Almedina, 1986; *Idem*, **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 1993.

de modo que “o personagem principal é o “jurista” intérprete e não o legislador”⁴.

O movimento codificador europeu, ocorrido entre os séculos XVIII e XIX, consagrou, em contraposição, a ideia moderna de uma fonte única de direito, produzida exclusivamente pelo Estado de forma centralizada, sistematizada e positivada em códigos: normas estáticas e completas, pelas quais a ordem jurídica deixava de ser fruto da interpretação e passava a consistir na aplicação da lei posta, à qual se sujeitava uma nação unificada, não corporativa e igualitária⁵.

Assim, as mudanças nos paradigmas sociais europeus desse período correspondiam aos princípios iluministas da modernidade, propondo o direito sob uma ótica fundada na racionalidade, publicidade, acessibilidade e igualdade formal, conferindo ao sistema jurídico estabilidade e segurança jurídica.

Com a superação da mentalidade comunitária do antigo regime, as novas estruturas sociais e econômicas da sociedade europeia passaram a exigir do ente estatal a regulamentação de aspectos historicamente tratados no âmbito doméstico. A organização do direito nesse novo contexto passou a se estruturar sob a centralidade dos interesses e ideais da burguesia, tendo como pilares fundamentais a propriedade, a família e o contrato.

Dessa forma, os grandes códigos privados produzidos no impulso modernizador do século XIX – de orientação individualista e proprietária –

⁴ STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015. p. 53.

⁵ “O facto de estas leis se designarem, na sua maior parte, por ‘civis’ (*civil*, *civile*, [*bürgerlich*]) não constitui, portanto, uma coincidência puramente fortuita. Se ainda no séc. XVIII, ‘direito civil’ traduzia simplesmente o *jus civile* (no sentido romano e medieval, aqui oposto ao *jus canonicum*), a palavra adquiriu, em primeiro lugar na revolução francesa e no seu *Code Civil*, o arrebatamento político dos cidadãos livres e iguais (o *cives*, *citoyen*) (...). Foi, portanto, em primeiro lugar no Estado napoleônico, que encontrou já realizado o nivelamento das antigas ordens e províncias, preparado pelo absolutismo francês, quem realizou no *Code Civil des Français* o direito privado geral e igual de uma nação unificada, não corporativa e igualitária, nação que constituiu o modelo das que haviam de se seguir” (WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 527-528).

passaram a ser compreendidos como uma espécie de “Constituição da vida dos privados”⁶.

Embora se apresentassem como instrumentos de racionalização e modernização do ordenamento jurídico, na prática os códigos típicos do século XIX atuaram como meio de consolidação da ordem social vigente, visto que refletiam sobretudo os interesses e objetivos das elites dominantes, sem corresponder à realidade vivida pela maior parte da população. A estrutura normativa das codificações modernas do século XIX trazia o reflexo da lógica liberal e patrimonialista das elites, e, sob o manto da igualdade formal perante a lei, perpetuava a desigualdade estrutural da sociedade.

Nesse sentido, a ressalva quanto à abrangência das codificações civis em termos de tutela de direitos e interesses é apontada por Franz Wieacker⁷, ao dispor que:

A imagem do direito dos códigos civis é a seguinte – uma sociedade unitária igualitária, subordinada aos princípios da liberdade de propriedade e da liberdade contratual; na sociedade real do século XIX, isto constituía, essencialmente, a ordem jurídica particular dos pioneiros da nova sociedade do lucro surgida com a revolução industrial. Por isso, o direito dos outros grupos sociais devia ser excluído da codificação; não apenas o direito em dissolução dos antigos estados privilegiados (“direito privado do príncipe”, o regime da propriedade de raiz da nobreza, na prática também os fideicomissos), mas também o direito profissional das antigas ordens (camponeses, artesãos, marinheiros, etc.) e da moderna classe dos assalariados.

Partindo dessa premissa, segue a crítica de Paolo Grossi, para quem o direito foi extraído de seu contexto na complexidade da vida social para vincular-se a uma única cultura, empobrecendo-se e tornando-se expressão do poder e dos interesses da classe dominante. Esse processo é descrito pelo autor como “absolutismo jurídico”, termo cunhado para definir, sob o viés das

⁶ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Historicizando a “grande dicotomia”. **História do Direito**: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito, v. 1, n.1, p. 418-423, jul./jul. 2020. Resenha: SORDI, Bernardo. *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*. Bologna, Il mulino, 2020.

⁷ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 528.

fontes, o direito moderno pautado nas codificações típicas dos séculos XVIII e XIX, e que representa, sobretudo o “ressecamento” do direito⁸:

(...) 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.

O modelo de organização social impulsionado pela ascensão da burguesia industrial chega ao Brasil no século XIX, ao mesmo tempo em que a cultura jurídica brasileira passava por um conjunto de transformações de caráter mais geral. É durante esse período que tem início o processo de modernização do direito brasileiro, marcado pela influência da cultura jurídica europeia.⁹

Tais mudanças apontavam para a constituição de um “estatalismo jurídico”, com a crescente centralização normativa concentrada no aparato do Estado, alinhado aos moldes da modernidade ocidental europeia, e visava reorganizar a vida jurídica em torno da lei escrita, da autoridade legislativa e da universalização das normas, afastando-se lentamente – ainda que de forma hesitante – da lógica comunitária e da pluralidade jurídica então vigentes no Brasil.

Os efeitos do impulso modernizador do “século das codificações” foram sentidos no Brasil, pois a mentalidade jurídica brasileira vinha, desde o fim do século XVIII, sofrendo “influências do jusnaturalismo racionalista, que a moldou e tingiu com cores iluministas”¹⁰, conforme leciona Ricardo Marcelo Fonseca¹¹,

⁸ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 127.

⁹ GARDONI, Rennan Klingelfus; STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O beato rábula: traços de um imaginário jurídico no Arraial de Canudos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.11, n.3, set./nov.2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38480>. Acesso em: 15 ago. 2022.

¹⁰ Ao tratar da construção do direito europeu moderno, a obra de Wiecker traz a distinção entre o jusracionalismo e o iluminismo do séc. XVII e XVIII, propondo que “o jusracionalismo foi a nova versão de uma filosofia social continuamente presente na tradição antigo-ocidental; o iluminismo, apesar de sua fundamentação filosófica, foi uma ruptura moral ou, em última análise, religiosa, no sentido de uma nova atitude perante a vida, da qual surgiu uma

contudo, os valores tradicionais do Antigo Regime – patriarcalismo, escravagismo e o controle do poder comandado por uma elite agrária – trouxeram resistência forte o bastante para impedir sua completa consolidação no contexto brasileiro daquele século¹², levando a primeira codificação civil brasileira à concretização apenas no início do século XX.

1.2 ENTRE IDEAIS DE INOVAÇÃO E A RESISTÊNCIA DA TRADIÇÃO: A CODIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Nesse cenário de transformações jurídicas, o Brasil passou a construir seu próprio caminho na elaboração de um direito civil positivado. Embora influenciado pelos modelos europeus, encartados nas codificações do século XIX, o país enfrentava desafios particulares impostos por sua realidade política, social e institucional, o que desenhou um contexto muito próprio de tensão entre os ideais de modernização e a força da tradição. A tentativa de produzir um código civil próprio inseriu o Brasil em um movimento mais amplo de sistematização do direito, mas revelou também as dificuldades internas em conciliar inovação normativa com estruturas herdadas do passado.

Para compreender as razões da demora no processo codificador brasileiro, é necessário considerar não apenas os aspectos técnicos ou legislativos envolvidos, mas especialmente os fatores históricos que moldaram a cultura jurídica nacional. A influência das instituições coloniais, a permanência de práticas tradicionais e a fragilidade das estruturas estatais ajudam a explicar por que a codificação civil no Brasil foi um processo longo e marcado por tensões. Entender esse percurso histórico é fundamental para

modificação da opinião pública e grandes reformas da vida política.” Ao aproxima-los, contudo, discorre que “ambos os movimentos estão intimamente ligados: tanto quanto à sua origem, uma vez que o sistema do novo jusracionalismo só se tornou possível através dos pensadores do primeiro iluminismo, como Galileu e Descartes, quer tanto à sua acção, já que o iluminismo justificou jusracionalisticamente as suas exigências humanitárias (...).” assim, leciona que “a ligação do jusracionalismo com o iluminismo produziu, primeiro nos estados absolutos do centro e do sul da Europa, depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas” (WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 354-354, 365-366).

¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 44, 2006. p. 65.

¹² STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 178, n. 473, p. 105-124, jan./mar. 2017.

perceber como a modernização jurídica pretendida se desenvolveu no diálogo e, na mesma medida no confronto, com valores e instituições já consolidadas.

Embora a nacionalidade brasileira seja plural em sua composição, sua cultura jurídica, ao contrário, parte do empreendimento do colonizador lusitano, “caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista”, nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer¹³, e decorre da impositiva implementação da tradição cultural da Metrópole, por intermédio de todo um sistema de legalidade avançada, sob o ponto de vista do controle repressor e da efetividade formal, que suprimiu as ordens jurídicas preexistentes dos povos nativos e sequer considerou as organizações de origem dos povos africanos.

O direito brasileiro é dotado desde sua gênese de um caráter essencialmente particular e atrelado aos interesses da elite dominante:

É nesse contexto colonial de economia de exportação e de estrutura social, constituída em grande parte por populações indígenas e por escravos africanos aliados do governo e sem direitos pessoais, que se deve perceber os primórdios de um Direito essencialmente particular, cuja fonte repousava na autoridade interna dos donatários, que administravam seus domínios como feudos particulares¹⁴.

Desde sua implementação pela então Metrópole, o direito privado no Brasil foi regulado ininterruptamente pela legislação lusitana, com a vigência das Ordenações Filipinas desde 1603¹⁵, passando por alterações nos critérios

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 56.

¹⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁵ A respeito das fontes do direito português antes da reforma pombalina, que orientam a forma como era aplicado o direito nas colônias, Hespanha leciona que “as relações entre o direito nacional e o direito comum estavam estabelecidas nas Ord. fil. (II1, 64) em termos que salvaguardavam, teoricamente a prevalência do direito pátrio (Ordenações e legislação extravagante) sobre o direito comum (Glosa de Acúrsio, Comentários de Bártolo, *opinio communis doctorum*)”. Só que 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 doutrinárias do direito comum, que eles, por outro lado, controlavam. Daí, que a principal fonte para o conhecimento do direito efectivamente 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” (HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 139-140).

interpretativos com a intervenção pombalina da “Lei da Boa Razão” em 1769¹⁶, que, segundo António Manuel Hespanha:

ao insistir na vinculação da política do direito ao "uso moderno do direito romano" e às soluções consagradas nas ordens jurídicas das "nações polidas e civilizadas", abriu as portas para “a influência do novo direito iluminista (e, posteriormente, liberal) dos Estados alemães e italianos e, mais tarde da França”¹⁷.

Enquanto o século XIX foi marcado pela proliferação de codificações de direito privado nas principais potências europeias e em diversos países da América Latina, a experiência brasileira revelou-se, apesar de consideráveis esforços e sucessivas investidas, notadamente infrutífera. Isso se observa porque, enquanto eram promulgados os referidos códigos modernizadores das décadas de 1830 e 1850, o Brasil ainda contava com arcabouço jurídico defasado, e enfrentava forte resistência social à concretização de seus próprios ideais modernizadores.

Sergio Said Staut Junior observa que, embora os conceitos de Direito Civil “herdados” e “adaptados” de Portugal entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX, tais como posse, propriedade e questões relativas ao direito de família, “eram fundamentados exatamente em fontes típicas do *ius commune* ou em sua tradição, como a utilização doutrinária e bastante instrumental do Direito romano e do Direito canônico”¹⁸, retratando a herança

¹⁶ “A política pombalina do direito - paralela à de outros países europeus na mesma época - visa submeter direito e juristas a um controlo mais estrito da coroa. Esta política desenvolve-se em três frentes de reforma - a da legislação, a do sistema das fontes de direito e a do ensino do direito”. No âmbito das fontes do direito, pôs fim “à precedência (prática) da doutrina e da jurisprudência sobre a lei do soberano” (...) acaba com a relevância do direito canônico nos tribunais civis (embora não ponha termo aos privilégios eclesiásticos de foro [v. infra, IV.2.]), reduz fortemente o domínio de aplicação do costume, do direito romano e do direito comum (a “opinião comum dos doutores”) e limita a força vinculativa dos precedentes judiciais aos “assentos” da Casa da Suplicação.” (HESPANHA, António Manuel. *O direito dos letrados no império português*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 139-140.) Dentre as importantes alterações advindas da reforma pombalina, destaca-se o afastamento da aplicação subsidiária do direito canônico nos tribunais civis, alterando, assim, disposição das Ordenações nesse sentido, afastando também a aplicação das fontes subsidiárias então utilizadas (Glosa de Acursio e comentários de Bártolo). Ver: FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 44, 2006. p. 65.

¹⁷ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 142-142.

¹⁸ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 178, n. 473, p. 105-124, jan./mar. 2017. p. 108.

do Antigo Regime, “existia no Brasil uma forte preocupação com 'mudança', a "transformação, a “atualização” ou o “desenvolvimento” do Direito Civil pátrio.”¹⁹.

Para Arno Wehling²⁰, o movimento que define como o “desmonte do passado” visava o fim do mercantilismo, do sistema colonial e da sociedade estamental, mesclando oposição ao estatuto colonial em rejeição à estrutura da sociedade de ordens, o que aproximava tais reivindicações de suas congêneres da Europa ocidental”.

De fato, com a independência política do Brasil, em 1822, teve início o projeto de consolidação e construção de uma identidade nacional brasileira, que propôs um processo gradual e efetivo de afastamento da herança portuguesa encartada nas Ordenações Filipinas, ainda que se tenha sido mantida a legislação em vigor enquanto não se concretizassem os anseios de uma legislação própria²¹.

A proposta de progresso e modernização liberalismo para superar o colonialismo vigente estava calcada, por um lado, nos ideais do liberalismo político e econômico inglês, aliados ao movimento constitucionalista europeu, que exprimiam princípios filosóficos gerais (tais como o individualismo econômico, o espírito empreendedor, e a garantia da propriedade e dos contratos), e por outro lado, aspirava a sistematização trazida pelo código civil napoleônico, que os traduziu em uma estrutura jurídica pautada em entes de razão como a família nuclear, a propriedade individual, a autonomia da vontade, a responsabilidade individual e a liberdade para contratar.²² Contudo,

¹⁹ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 178, n. 473, p. 105-124, jan./mar. 2017. p. 115-116.

²⁰ WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito: olhares diacrônicos**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 140.

²¹ Conforme destaca Arno Wehling, “foi o sugerido no Projeto de Lei Orgânica de 1817 e nos projetos posteriores e o que foi determinado por um dos últimos atos legislativos da Assembleia Constituinte, em 20 de outubro de 1823: “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções promulgados pelos Reis de Portugal e pelos quais o Brasil governava até o dia 25 de abril de 1821 (...) e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara como Regente do Brasil enquanto Reino e como Imperador Constitucional dele (...) ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas (...) enquanto se não organizar um novo Código...” (*Ibidem*, p. 139).

²² *Ibidem*, p. 140.

essa pretensão era contraditória na prática brasileira que admitia a propriedade escrava e convivia com a estrutura patrimonialista de poder²³. O Estado brasileiro independente era, então, “profundamente desigual e escravocrata, com uma economia agroexportadora baseada no latifúndio e na monocultura”²⁴.

Nesse contexto, a conciliação entre o patrimonialismo e o liberalismo resultou em uma estratégia liberal-conservadora que, nas palavras de Antonio Carlos Wolkmer, “de um lado, permitia o “favor”, o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental²⁵”.

Como parte do movimento de construção de uma identidade jurídica nacional (que passava também pela criação de sua própria elite jurídica, fruto da criação dos primeiros cursos jurídicos no território brasileiro²⁶), a Constituição do Império, outorgada por Dom Pedro I em 1824, consolidou no Brasil o impulso codificador que permeia o século XIX, trazendo expressa ordem para que fossem prontamente elaborados um Código Civil e um Código Criminal baseados nos princípios da justiça e da equidade, conforme disposição de seu art. 179, inc. XVIII.

Art. 179, XVIII. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: (...) XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.²⁷

Sob a fachada de ideais liberais, o formalismo retórico da carta constitucional imperial excluía a maior parte da população do país e em nada

²³ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 98.

²⁴ STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916**. Curitiba: Juruá, 2015. p.102.

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos, *op. cit.*, p. 98-99.

²⁶ “As primeiras faculdades de Direito, inspiradas em pressupostos formais de modelos alienígenas (particularmente das diretrizes e estatutos de Coimbra), contribuíram para elaborar um pensamento jurídico ilustrado, cosmopolita e literário, bem distante dos anseios de uma sociedade agrária da qual grande parte da população encontrava-se excluída e marginalizada” (*Ibidem*, p. 101).

²⁷ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/243299>. Acesso em: 10 maio 2025. Art. 179.

ameaçava os interesses da elite agrária dominante²⁸, mantendo o modelo de trabalho escravo e latifúndio agroexportador, as exatas bases sociais e econômicas coloniais²⁹.

Ao descrever a introdução dessa proposta modernizadora encabeçada pela constituição na sociedade brasileira, então composta por proprietários de terras, escravos e “comerciantes de grosso trato” que viviam sob o manto de leis protecionistas e do tráfico africano, Arno Wehling destaca que se deu em um processo de aculturação de princípios gerais e normas jurídicas, e “de acordo com a tradição portuguesa e em especial pombalina: pela cúpula da administração e a golpes de martelo legislativos, muitas vezes sem respaldo e, portanto, sem ressonância social.”³⁰

Ainda sobre a receptividade dos ideais modernizadores, o autor prossegue destacando que:

Seria de se esperar, como de fato ocorreu, que a introdução do liberalismo constitucional e do individualismo burguês nos direitos público e privado de um país que saía da condição colonial não se daria de forma unilinear, homogênea ou plenamente receptiva, mas plural, heterogênea, eventualmente mitigada e muitas vezes hesitante ou contraditória.³¹

Embora ao longo do século XIX tenham sido implementadas no Brasil diversas iniciativas vinculadas a esse projeto dito modernizador proposto pela Constituição Imperial – tais como o Código Criminal de 1830, o Código Comercial de 1850, a Lei de Terras de 1850 e a Reforma Hipotecária de 1864 – persistiu uma ampla resistência à ideia de codificação civil, motivada tanto pela força da tradição quanto pela manutenção do regime escravocrata, que perdurou até o ano de 1888, e, conforme aponta Ricardo Marcelo Fonseca,

²⁸ José Murilo de Carvalho leciona que “a herança colonial pesou mais na área dos direitos civis. O novo país herdou a escravidão, que negava a condição humana do escravo, herdou a grande propriedade rural, fechada à ação da lei, e herdou um Estado comprometido com o poder privado. Esses três empecilhos ao exercício da cidadania civil revelaram-se persistentes” (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. p. 45).

²⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 106.

³⁰ WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito: olhares diacrônicos**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 140.

³¹ *Ibidem*, p. 141.

demonstra “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 dos Estados Unidos, sempre adequados aos interesses das elites”³².

Ao se debruçar sobre as razões pelas quais o Brasil enfrentou uma lacuna legislativa tão prolongada no âmbito da codificação civil, na contramão das nações esclarecidas europeias e mesmo dos demais países latino-americanos, Ricardo Marcelo Fonseca identificou e sistematizou algumas justificativas para essa demora, que consistem, em síntese: na ausência de uma cultura jurídica logo nos anos que se seguiram à independência do Brasil (não existiam cursos de direito no Brasil até 1828); no impacto da cultura alemã sobre a cultura jurídica brasileira do século XIX (nação que também enfrentou processo de codificação tardia, quase cem anos após o código francês); na inexistência de um padrão de cidadania que se aplicasse ao povo brasileiro (as garantias jurídicas asseguradas pela legislação oficial não corresponderiam à real necessidade do povo, considerando a estrutura social rural e predominantemente analfabeta); a resistência das elites agrárias brasileiras em adotarem os ideias liberais das revoluções burguesas (que pregavam os valores universais de liberdade e igualdade perante a lei) e, por fim, a resistência da população em aceitar a normatividade produzida pelo Estado³³.

Em complementação, Gabriela Back Lombardi³⁴, em rigorosa análise sobre o processo codificador brasileiro, aponta o regime escravista oitocentista como um significativo óbice à consolidação de uma codificação civil. Isso porque a regulamentação jurídica das relações escravistas se mostrava inviável, dada a tensão entre os princípios liberais da codificação e a lógica da escravidão. Com base em estudos de Paulo Mercadante, Pedro Dutra e Keila

³² FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 44, p. 61-76, 2006. p. 66.

³³ *Ibidem*, p. 69-76.

³⁴ LOMBARDI, Gabriela Back. **Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros (1862–1907): uma história do pensamento jurídico**. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2023. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023. p. 20.

Grinberg³⁵, identificou uma incompatibilidade estrutural entre liberdade e propriedade, caracterizada por um “dilema teórico entre liberdade e propriedade” decorrente da “transitoriedade do estado civil do escravo”.

Além disso, destaca-se que o anseio brasileiro por uma codificação civil nos moldes das codificações civis europeias carece de sustentáculo em sua própria tradição, pois, conforme observou Sergio Staut Junior, “não se observa nem um cenário revolucionário de rompimento com o passado e de abandono das tradições jurídicas típicas do antigo regime (como pode ser observado na França no início do século XIX), nem uma forte tradição doutrinal acadêmica, conceitualista, típica da pandectística alemã”³⁶.

Assim, o projeto codificador foi, desde o início, atravessado por tensões entre a racionalidade moderna do Estado e os arranjos tradicionais que organizavam a vida doméstica.

Destaca-se que desde 1850 já haviam sido regulamentados os assuntos mercantis, com a promulgação do Código Comercial³⁷, atendendo à demanda social por uma normatização das relações ligadas à circulação econômica, e da mesma forma regulamentou-se os assuntos de direito agrário e fundiário, mediante a Lei de Terras³⁸ promulgada no mesmo ano. Esse movimento contrastava com a ausência de uma codificação das matérias civis, tradicionalmente situadas na esfera privada. Esse processo foi bem descrito por Antônio Carlos Wolkmer:

As necessidades imediatas, as atividades negociais e o desenvolvimento comercial fizeram com que a principiante burguesia latifundiária priorizasse a regulamentação da vida

³⁵ MERCADANTE, Paulo. **A consciência conservadora no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980. p. 177–194; DUTRA, Pedro. **Literatura jurídica no Império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992. p. 107–109; GRINBERG, Keila. Código Civil e cidadania. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 55 *apud* LOMBARDI, Gabriela Back. **Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros (1862–1907): uma história do pensamento jurídico**. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2023. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

³⁶ STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 42.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

³⁸ *Idem*. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0601-1850.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

econômica sobre a vida civil. Tendo em conta que, para a burguesia, a ordenação do comércio e da produção de 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 Civil³⁹.

No tocante à expansão estatal em matérias do direito privado que não estivessem contempladas por esses recém editados códigos⁴⁰, a reação da sociedade em geral – notadamente fora do restrito círculo de juristas e “letrados” – foi de profunda desconfiança e distanciamento à ideia de uma legislação oficial, pois a intervenção estatal na vida doméstica representava um verdadeiro impasse no processo de elaboração e regulamentação das normas civis⁴¹, colocando em jogo a tutela de aspectos muito particulares da sociedade que historicamente eram reservados estritamente à esfera privada, tais como o casamento, a sucessão, a autoridade paterna e o papel da mulher na família.

A proposta de codificação, portanto, não era apenas técnica: implicava um reposicionamento do Estado sobre esferas antes tuteladas por outras formas de autoridade. Para Paolo Grossi, essa transição implica na interferência abrupta pelo ente estatal na vida social, promovendo a substituição de uma normatividade viva, situada e relacional por uma legalidade abstrata e uniforme⁴².

No Brasil, esse movimento encontrou resistência não só nas elites que detinham o poder informal sobre a vida privada, mas também na própria

³⁹ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 111.

⁴⁰ Interessante destacar aqui que o Código Comercial acabou abarcando uma série de matérias no âmbito do Direito Civil que não necessariamente se sujeitavam à intervenção específica de comerciantes, conforme leciona Wolkmer: “Certamente a legislação comercial, implementada pelo esforço de José da Silva Lisboa e inspirada nos princípios do liberalismo econômico europeu e nas diretrizes da codificação napoleônica não ficava restrita tão somente a disciplinar as práticas do comércio em geral. Sua esfera de incidência ampliava-se e cobria atos da vida civil nem sempre caracterizados pela intervenção específica de comerciantes. Havia, portanto, nesse alargamento, demasiada valoração de suas normas, bem mais do que elas proclamavam. Como consequência inevitável, a legislação mercantil alcançava o âmbito das “indústrias manufatureiras, de transporte, e de outros auxiliares do comércio. Invadia, ademais, território do Direito Civil, e introduzia nos textos desse diploma a parte geral relativa a obrigações e contratos, mandato, locação, hipoteca, autênticos institutos de Direito Civil, o que levaria Teixeira de Freitas a declarar que o Código exorbitara e que os seus redatores tudo mercantilizaram” (*Ibidem*, p. 150).

⁴¹ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 178, n. 473, jan./mar. 2017. p. 120.

⁴² GROSSI, Paolo. **O Mundo das Terras Coletivas**: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

estrutura social, ainda fortemente marcada por relações patriarcais e escravistas. Na prática, as elites agrárias admitiam adaptações legislativas e assimilavam ideias liberais, desde que não interferissem nas relações de produção então pautadas no trabalho escravo e na propriedade privada como ordem produtiva.

Com efeito, decorridos mais de trezentos anos sob a tutela do direito português – legislação que acabou superada até mesmo por Portugal, com a entrada em vigor do Código Civil Português (Código Civil de Seabra), no ano de 1868 – o Brasil, então sob a égide republicana, exigia com urgência sua própria codificação civil, em um processo que, nas palavras de Clóvis Bevilacqua:

O phenomeno da codificação é um estado da evolução do direito, que do periodo de fluidez inicial parte em busca de fôrmas definidas e solidas por onde se traduzam a plenitude da consciencia juridica e a melhor disciplina dos interesses. Não o podemos evitar, nem conviria dificultar o seu apparecimento⁴³.

Apenas na década de 50 do século XIX foi que teve início o processo de codificação civil no Brasil, pelo que o governo imperial elegeu como codificador o respeitável jurista Augusto Teixeira de Freitas que, conforme leciona Ricardo Marcelo Fonseca⁴⁴ “houve por bem, antes de qualquer outra tarefa, realizar uma ‘Consolidação das leis civis’ no Brasil, tamanho era o labirinto legislativo então existente.”

Publicada em 1858, a Consolidação Teixeira de Freitas não se tratava de uma codificação em seu sentido estrito, mas representou o primeiro esforço efetivo de unificação do direito privado vigente no Brasil⁴⁵, reunindo prescrições provenientes das Ordenações Filipinas, de legislação esparsa promulgada por Portugal ainda durante o período colonial, disposições do direito romano, a

⁴³ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 12.

⁴⁴ FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 44, 2006. p. 63.

⁴⁵ A respeito da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas, Ricardo Marcelo Fonseca discorre que, como em todas as traduções, o processo de compilação realizado pelo jurista trabalhou com transposições, negociações e mesmo “traições”, ao atribuir significados e interpretações que não necessariamente refletiam o texto original. (FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among cultures. **História do Direito: RHD**, Curitiba, v.1, p. 351-362, jul-dez de 2020.

Glosa de Acúrsio, os comentários de Bártolo e disposições de direito canônico, ainda que limitadas pela “Lei da Boa Razão”⁴⁶, e sua compilação se deu em caráter preparatório para embasar o futuro Código Civil.

Tratou-se, portanto, de um movimento no sentido da sistematização racional de nosso ordenamento jurídico privado, sob influência dos ventos insuflados pela Escola da Exegese e pela Escola Histórica do Direito. A esse respeito, Antônio Carlos Wolkmer sintetiza que:

O esforço desse que foi um dos fundadores da civilística nacional, bem como o mais autêntico representante da cultura erudita dominante, não estava embasado na tradição política e pragmática da doutrina francesa de Domat e Pothier, mas concepções metodológicas advindas de Leibniz, Bentham e Savigny, ou seja, do conceitualismo teórico co-doutrinário e da “ciência jurídica” alemã⁴⁷.

A Consolidação serviu como base para o Esboço de Código Civil de Teixeira de Freitas, de 1860, inspirado no código napoleônico de 1804, mas sua aplicabilidade não foi reconhecida perante a realidade brasileira. Sobreveio, a partir daí, uma série de outros esforços codificadores que acabaram frustrados, tais como os projetos de Nabuco de Araújo (1872), Felício dos Santos (1881) e Coelho Rodrigues (1890), ao passo em que relevantes mudanças políticas e sociais se encontravam em voga com o fim do regime imperial no Brasil, a partir de 1889, e com a abolição da escravidão em 1890. As relevantes transformações que ocorriam tanto no âmbito social, quanto no âmbito do Direito, acabaram por impulsionar o movimento modernizador do direito brasileiro.

Na prática, a Consolidação de Teixeira de Freitas de 1857 foi a fonte de Direito Privado utilizada como se codificação fosse até o ano de 1917, quando entrou em vigor o Código Civil redigido pelo respeitável jurista Clóvis Beviláqua, integrante da Escola do Recife e alinhado aos princípios do Direito Alemão.

Assim, superado um extenso processo legislativo, que teve início ainda no final do século XIX e que foi permeado por resistências de ordem política,

⁴⁶ FONSECA, Ricardo Marcelo, *op. cit.*, p. 63.

⁴⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

social e econômica, o primeiro Código Civil brasileiro, cuja conclusão do projeto se deu em 1899, foi promulgado apenas no início do século XX, em 1916.

Ao emitir parecer favorável à aprovação do Projecto de Código Civil apresentado por Clóvis Beviláqua na 1ª Reunião da Comissão revisora nomeada pelo Governo, realizada em 29 de março de 1900, o Dr. Olegario Herculano D'Aquino e Castro, presidente do Supremo Tribunal Federal, assim discorreu a respeito do projeto apresentado:

A lei é o que entende e quer a sociedade que tem de ser por ella regida, é a expressão da sua incontrastavel vontade; os codigos são feitos para os povos, não estes constituídos para aquelles. O que pode convir em certo tempo e determinado legar pode não convir em outro. Não ha, pois, principias absolutos que determinem a perfeita organização de um codigo, a não serem aquelles que já se achavam consagrados na Constituição de 1824. “O Codigo terá por fundamento as solidas bases da justiça e da equidade”,
(...)

O que tenho no momento por indiscutivel e de urgente necessidade é sahirmos do estado anormal, subjecto, em que nos achamos, regendo-nos ainda hoje pela legislação obsoleta, bárbara e anachronica da antiga metropole, incompativel com a situação, e que poderia ser apropriada a Portugal e suas colonias em 1600, até ser, como foi, e ha muito, abolida, mas que não pode ser consentanea á indole de um povo livre da América Latina.

Faça-se o Codigo, quanto possivel, de accôrdo com o aperfeiçoamento scientifico e com as circumstancias do paiz, e por imperfeito que seja, sempre será melhor do que a informe collecção de leis ainda em vigor.⁴⁸

Assim, o Código Beviláqua se consolidou como a primeira legislação nacional no âmbito do Direito Civil minimamente sistematizada e organizada, com a pretensão de alcançar completude e coerência normativa. É preciso reconhecer que a abolição do sistema escravocrata foi determinante para a implementação do processo de modernização não apenas no Brasil, mas também nos demais países sul-americanos que enfrentaram o processo codificador no século XIX.

Conforme descreve Sergio Said Staut Junior:

[O] “clamor” é por “simplicidade”, “clareza”, “segurança”. O novo Código Civil seria capaz de reduzir a complexidade especialmente em

⁴⁸ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 323.

relação às fontes do Direito, estabeleceria a certeza, limitaria o arbítrio, consagraria a “evolução” do Direito e da cultura jurídica nacionais e garantiria a unidade política do país. A “forma código” (para utilizar uma expressão Paolo Cappellini), constituindo a concretização legislativa da ‘*volonté générale*’ também é apresentada aqui, embora com temperamentos, como o modelo ideal (ou no mínimo muito melhor) de direito e de direitos. O Código Beviláqua tiraria o Direito privado brasileiro de seu “atraso histórico”.⁴⁹

Ao pontuar as diferenças essenciais entre a modernização do processo legislativo português e o processo enfrentado pelo estado brasileiro, Ricardo Marcelo Fonseca⁵⁰ destaca o ponto de ruptura entre as legislações: enquanto Portugal recepcionava os ideais liberais franceses encartados no código civil napoleônico de 1804, cuja influência é clara na codificação civil portuguesa de 1867, os esforços brasileiros acabam por perpetuar a legislação colonial, adaptando-a, contudo, às tradições e interesses das elites agrárias brasileiras,⁵¹ em um moroso e discreto processo modernizador.

Sergio Said Staut Junior⁵² leciona, ainda, que “apesar do “peso da tradição” e de aspectos pré-modernos existentes na sociedade brasileira típicos do antigo regime”, observou-se uma preocupação com o desenvolvimento de uma teoria contratual que correspondesse aos novos tempos, adotando, em certa medida, a mentalidade proprietária⁵³ e individualista⁵⁴.

⁴⁹ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 178, n. 473, jan./mar. 2017. p. 121.

⁵⁰ FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 44, 2006. p. 66.

⁵¹ “[A] elite brasileira, composta predominantemente por grandes proprietários e por comerciantes envolvidos na economia de exportação-importação, estava interessada em manter as estruturas tradicionais. Escolheram cuidadosamente os aspectos da ideologia liberal que se adequassem à sua realidade e atendessem a seus interesses” (COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999. p. 358)

⁵² STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 178, n. 473, jan./mar. 2017. p. 112.

⁵³ Ao definir o modelo proprietário, Hespanha indica que “o desenvolvimento no plano doutrinal, do modelo proprietário vem apoiar todas as soluções de política (nomeadamente, de política agrária) que tendem a fortalecer uma propriedade absoluta e ilimitada. Absoluta e ilimitada, desde logo, em relação ao Estado”. (HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 95).

⁵⁴ Ao definir o direito individualista, Hespanha discorre que “o desenvolvimento no plano doutrinal, do modelo proprietário vem apoiar todas as soluções de política (nomeadamente, de política agrária) que tendem a fortalecer uma propriedade absoluta e ilimitada. Absoluta e ilimitada, desde logo, em relação ao Estado, (...) absoluta e ilimitada, ainda, em relação à própria comunidade; (...) finalmente, a propriedade devia ser absoluta e ilimitada em relação aos outros particulares” (*Ibidem*, p. 95-98).

Pode-se concluir que a longa trajetória que resultou na promulgação do primeiro Código Civil brasileiro revelou um avanço importante na consolidação do ordenamento jurídico pátrio, ainda que tardio em relação aos movimentos codificadores dos demais países europeus ou mesmo latino-americanos em contextos análogos em processo de emancipação colonial.

No entanto, se por um lado retratou um avanço, por outro o Código Civil de 1916 se mostrou avesso às grandes inovações presentes na legislação dos países mais avançados do Ocidente, especialmente no âmbito dos direitos individuais, refletindo a mentalidade patriarcal e individualista típica do Antigo Regime, voltada aos interesses dos grandes fazendeiros cafeicultores, proprietários de terra e da incipiente burguesia mercantil.

Ao justificar as permanências observadas no Código Civil de sua autoria, Clóvis Bevilacqua defende que:

A tradição, ligando entre si os diversos estados do Direito, representando uma aplicação da hereditariedade a esse fenómeno de ordem social, é um principio organico da vida jurídica. Quem se propuzesse a legislar “rompendo com o passado, faria como aquelle que edificasse não tendo em conta a solidez do terreno e a espessura do alicerce”.⁵⁵

Especificamente em relação às matérias que interessam ao presente estudo, no campo do direito de família e das sucessões, Antônio Luís Machado Neto discorre que o Código Civil incorporou de forma evidente um “privatismo doméstico sobre a regulamentação da família e da sucessão hereditária⁵⁶”.

Com esse arranjo, conciliou-se os anseios individualistas da classe média intelectualizada (incentivada pelo apoio da burguesia urbana e mercantil, que via no liberalismo econômico a ideologia mais compatível com seus interesses de expansão – e a postura conservadora da burguesia rural e latifundiária. Na prática, se por um lado se pode notar avanços pontuais que indicam os ideais de uma classe média sensível aos princípios liberais, por outro lado confirmam o enraizado vínculo às estruturas familiares oligárquicas.

⁵⁵ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 17.

⁵⁶ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 328.

Assim, embora tenha entrado em vigência em 1917, sua essência retratava predominantemente as condições socioeconômicas do final do século XIX, preservando os privilégios jurídicos da burguesia agrária⁵⁷, mantendo os valores alinhados a uma perspectiva conservadora, e evitando incorporar avanços já consolidados no campo dos direitos políticos e sociais, trazendo muito pouco que possa ser considerado sob a perspectiva propriamente inovadora⁵⁸.

1.3 DO DOMÉSTICO AO PÚBLICO: A CODIFICAÇÃO E A “INTROMISSÃO” ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Delimitar a distinção entre direito público e direito privado (e, de forma mais específica o paralelo entre o espaço público e espaço doméstico) é fundamental para imergir na cultura jurídica, político e social que permeia o período de transição entre o século XIX e o século XX, especialmente para contextualizar o cenário de resistência e desconfiança que a proposta de codificação do direito privado brasileiro foi recepcionada pela sociedade forjada na estrutura patriarcal de poder, ainda profundamente enraizada na figura da “casa-grande”, conceito que será melhor trabalhado mais adiante.

A definição encontrada na doutrina de Lourenço Trigo de Loureiro, dispõe que “á ordem publica, á moral, e ao bem geral da sociedade, constituem o Direito Publico dessa mesma nação; e as que regulão as relações dos cidadãos uns para com os outros, formão o Direito Civil, em sentida menos lato”⁵⁹.

⁵⁷ A esse respeito, Gilberto Freyre pontua que “[o] poder dos grandes plantadores – os de cana, principalmente –, nos meados do século XIX, repita-se que era realmente feudal, quase não sendo possível às leis civis restringir o que havia de tentacular no seu extremado patriarcalismo” FREYRE, Gilberto. **Vida social no Brasil nos meados do século XIX**. São Paulo: Global Editora, 2023. p. 68.

⁵⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

⁵⁹ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 14.

Sergio Staut Júnior⁶⁰ destaca, em resenha à obra de Bernardo Sordi, que a delimitação dos conceitos de direito público e direito privado no século XIX implica basicamente na distinção entre sociedade civil e Estado, fazendo com que a lei adquira “um papel central como a fonte principal ou praticamente exclusiva de direito”.

Nesse sentido, Arno Wehling destaca que o dualismo entre o direito público e o direito privado então percebido no Brasil – como herdeiro da tradição portuguesa – passava por uma composição de focos de poder típica do direito moderno, então produto histórico da virada da Idade Média para a modernidade e cujo apogeu se deu no absolutismo ilustrado. Nesse contexto, aponta que mesmo no caso da monarquia absoluta, “existiam estruturas sociais, agências de poder e ordens jurídicas de natureza comunitária e corporativa que precediam de muito os esforços centralizados dos reis – de resto, nem todos – seus administradores e juristas”⁶¹. O direito privado então em prática no Brasil bebia das fontes das Ordenações, da justaposição de leis extravagantes, que não raro se contradiziam, dos costumes jurisprudência e doutrina. Contudo, ao recepcionar uma ideia de direito privado codificado, a elite da independência entendeu que “uma vez definido o Estado no pacto primordial, dele resultavam todos os desdobramentos sociais, inclusive o direito privado”⁶². Assim, no Brasil do século XIX o direito privado era entendido como uma concessão estatal.

A despeito dessa lógica restrita, a Constituição de 1824, buscando atender aos objetivos do liberalismo, contemplou as garantias à liberdade individual, atividade profissional, a inviolabilidade da propriedade e a igualdade perante a lei.

O que se consolidou, nesse contexto, é a inviolabilidade do espaço doméstico a que o *pater famílias* era assenhorado. A partir daí, mediante a

⁶⁰ STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Historicizando a “grande dicotomia”. **História do Direito**: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito, v. 1, n.1, p. 418-423, jul./jul. 2020. Resenha: SORDI, Bernardo. *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*. Bologna, Il mulino, 2020.

⁶¹ WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito**: olhares diacrônicos. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 137.

⁶² *Ibidem*, p. 137.

legislação de normas de Direito privado, o Estado passa cada vez mais a controlar a até então inviolável e tida como “natural” esfera doméstica de poder, que se torna objeto de debate doutrinário no campo do direito e da sociedade civil.

Os assuntos domésticos – em especial destaque as relações de família e sucessões –, sob essa estrutura, eram em regra estranhos à autoridade estatal, cuja atuação se limitava à correção de abusos ou disfunções senhoriais que afetassem valores coletivos, como segurança pública e moralidade, ou representassem ameaça à própria economia colonial. Nessas condições, o Estado não intervinha nas relações entre o chefe de família e os seus subordinados, a não ser para preservar a sua própria autoridade na esfera do espaço público. O exercício do poder privado pelos senhores de terra se dava, conforme descreve José Murilo de Carvalho, como:

simples potentados que absorviam parte das funções do Estado, sobretudo as funções judiciárias. Em suas mãos, a justiça, que, como vimos, é a principal garantia dos direitos civis, tornava-se simples instrumento do poder pessoal. O poder do governo terminava na porteira das grandes fazendas. (...)
O cidadão comum ou recorria à proteção dos grandes proprietários, ou ficava à mercê do arbítrio dos mais fortes. Mulheres e escravos estavam sob a jurisdição privada dos senhores, não tinham acesso à justiça para se defenderem.⁶³

Ao analisar as relações familiares no Império no final do século XIX, Hebe M. Mattos de Castro esclarece que “nas sociedades ditas tradicionais, o privado se opunha ao público antes como poder do que como direito”⁶⁴.

A estrutura social das relações pessoais e patrimoniais familiares perdurou sob essas bases no Brasil mesmo após a proclamação da Independência e a constitucionalização do país, contudo, conforme visto, a crise do escravismo no século XIX conduziu a uma necessária modernização nas estruturas econômicas brasileiras. Essa transformação reflete mudanças

⁶³ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo Caminho. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 21-22.

⁶⁴ 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, 1997. p. 337-383.

semelhantes ocorridas na Europa durante o período, em decorrência dos processos de desenvolvimento e consolidação dos Estados soberanos na Europa ocidental, o século XIX é marcado por forte dissociação entre os conceitos de interesse público e interesse privado no âmbito do direito europeu, o que logo se expande à realidade brasileira.

No Brasil, como explica Hebe M. Mattos de Castro⁶⁵, a perda da “marca da escravidão” foi determinante na percepção de igualdade entre os súditos do Império. Isso porque, conforme leciona José Murilo de Carvalho⁶⁶,

Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos. Os escravos não eram cidadãos, não tinham os direitos civis básicos à integridade física (podiam ser espancados), à liberdade e, em casos extremos, à própria vida, já que a lei os considerava propriedade do senhor, equiparando-os a animais. Entre escravos e senhores, existia uma população legalmente livre, mas a que faltavam quase todas as condições para o exercício dos direitos civis, sobretudo a educação. Ela dependia dos grandes proprietários para morar, trabalhar e defender-se contra o arbítrio do governo e de outros proprietários.

A abolição da escravidão, em 1888, trouxe importante marco jurídico e simbólico na definição de cidadania no Brasil, ao conferir, ao menos formalmente, o *status* de cidadão a todos os indivíduos do corpo social, conferindo-lhes a condição de sujeito integral de direitos, dotados de garantias, faculdades e prerrogativas inerentes à sua cidadania. Como consequência direta desse processo, observa-se o fortalecimento e consolidação do poder público como estrutura de poder atuante⁶⁷, visando garantir, no plano normativo e institucional, a igualdade de todos perante a lei e o acesso universal aos direitos civis.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ CARVALHO, José Murilo de, *op. cit.*, p. 21.

⁶⁷ O fortalecimento do poder público está diretamente atrelado à noção de cidadania do Estado brasileiro, em contraponto ao que retrata José Murilo de Carvalho a respeito das relações nas fazendas, onde “imperava a lei do coronel, criada por ele, executada por ele. Seus trabalhadores e dependentes não eram cidadãos do Estado brasileiro, eram súditos dele”. Mais adiante, correlaciona a justiça privada ou controlada por agentes privados com a negação da justiça pela impossibilidade de exercício dos direitos civis “O direito de ir e vir, o direito de propriedade, a inviolabilidade do lar, a proteção da honra e da integridade física, o direito de manifestação, ficavam todos dependentes do poder do coronel” (CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 56-57).

A economia, que então funcionava como consequência estrutural da “casa-grande”, também passa por um processo de emancipação. Quanto à esfera doméstica, sofre o impacto da juridicização promovida por mudanças legislativas que expandem a estatalidade e retratam a crise da estrutura de poder patriarcal.

2 A RECONFIGURAÇÃO DA ORDEM SOCIAL: PODER, PROPRIEDADE E FAMÍLIA NA TRANSIÇÃO PARA A MODERNIDADE

2.1 DO PODER PATRIARCAL COMO ESTRUTURA DE PODER

Para se compreender o impacto que os ideias de modernização do direito causaram na sociedade da época é necessário analisar as bases da formação social brasileira e, assim, compreender como foi recepcionada a ideia da codificação civil no contexto da época.

Embora as ideias iluministas e os ideais liberais fossem uma realidade nos países dito “esclarecidos”, a organização da sociedade brasileira no lapso entre o final do século XIX e o início do século XX ainda era fundada na estrutura patriarcal de poder, cujo modelo e mentalidade foram herdados do Antigo Regime, e que pressupunha uma forma socialmente compartilhada de pensar e representar o poder no âmbito doméstico, centrada na figura do pai de família — o *pater familias*. Esse imaginário não era apenas uma crença cultural difusa, mas um fundamento da legitimação do poder privado exercido dentro da casa, visto como natural, anterior ao Estado e superior à interferência estatal.

Nesse sentido, Friedrich Engels define que a principal característica da família patriarcal é a “a organização de um certo número de pessoas livres e não livres em uma família, sob o poder paterno do chefe da família”, em modelo cuja origem remete à Roma antiga:

O essencial é a incorporação de não livres e do poder paterno; em consequência, o tipo consumado dessa forma de família é a família romana. Originalmente a palavra família não significava o ideal do filisteu de nossa época, composto de sentimentalismo e discórdia doméstica; entre os romanos, nem mesmo se fazia referência ao casal e a seus filhos e filhas, mas unicamente aos escravos. *Famulus* designa o escravo doméstico e família é o conjunto de escravos que pertencem a um homem. Ainda na época de Gaio, a família, *id est patrimonium* (família, isto é, a herança), era legada por testamento. A expressão foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe submetia

mulher, filhos e filhas e certo número de escravos ao seu poder paterno romano, com direito de vida e morte sobre todos eles⁶⁸.

Já dialogando com o contexto brasileiro, a família patriarcal é descrita por Clóvis Bevilacqua como “uma forma familiar mais consistente e definida. Repousa ela sobre a auctoridade de um chefe despotico que é, ao mesmo tempo, o ascendente mais velho ao menos em regra geral, e o pontifico do grupo a que preside”.⁶⁹ O conceito de pátrio poder, foi descrito pelo autor como “o conjuncto dos direitos que a lei confere ao pae sobre a pessoa e os bens de seus filhos legítimos, legitimados ou adoptivos”.⁷⁰

Conforme explica Gilberto Freyre em seu *Magnum opus* Casa-Grande & Senzala, “a formação patriarcal do Brasil explica-se, tanto nas suas virtudes como nos seus defeitos, menos em termos de “raça” e de “religião” do que em termos econômicos, de experiência de cultura e de organização da família, que foi aqui a unidade colonizadora.⁷¹”. A retratar a organização familiar da época, e, mais do que isso, um sistema complexo que abarcava aspectos econômicos, sociais e políticos, designou em sua obra a definição do que se entende por “casa-grande”:

A casa-grande, completada pela senzala, representa todo um sistema econômico, social, político: de produção (a monocultura latifundiária); de trabalho (a escravidão); de transporte (o carro de boi, o bangüê, a rede, o cavalo); de religião (o catolicismo de família, com capelão subordinado ao paterfamilias, culto dos mortos etc); de vida sexual e de família (o patriarcalismo polígamo); de higiene do corpo e da casa (o “tigre”, a touceira de bananeira, o banho de rio, o banho de gamela, o banho de assento, o lava-pés); de política (o compadrismo). Foi ainda fortaleza, banco, cemitério, hospedaria, escola, santa casa de misericórdia amparando os velhos e as viúvas, recolhendo órfãos⁷².

O assim cunhado conceito da “casa-grande” refletia representações e valores coletivos diretamente ligados à vida da sociedade em geral, e, ao percorrer sobre o importante papel que esse sistema desempenhava no imaginário do Antigo Regime, Airton Cerqueira-Leite Seelaender discorre:

⁶⁸ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2019. p. 76

⁶⁹ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 7.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 462.

⁷¹ FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. São Paulo: Global, 2006. p. 63.

⁷² *Ibidem*, p. 65.

Um destes conceitos era justamente o de “casa”, correspondente a uma estrutura socioeconômica, política e familiar frequentemente vista, no passado, como a unidade básica da comunidade e mesmo como o modelo natural de organização para o Estado. Idealmente concebida como uma harmônica unidade econômica e familiar submetida ao reinado de um “pai de família”, a casa deveria funcionar tanto quanto possível como uma “autarquia econômica” – mesmo que, como unidade de produção, fornecesse açúcar ao mercado ou nele arrumasse escravos e ferramentas. Em suas relações com o Estado, a casa deveria conservar uma ampla autonomia, regulando seu autogoverno por um saber específico (a “oeconomia”), vinculado não só ao que se supunha ser a “natureza das coisas”, mas também àquela divisão interna de funções que supostamente decorreria dessa mesma “natureza das coisas”⁷³.

A figura do “homem de honra”, responsável por manter a ordem familiar e social, era exaltada no discurso político e jurídico, como evidenciado nos debates parlamentares e nas práticas legislativas da época.⁷⁴

A supremacia do “poder marital” era consagrada na doutrina jurídica de Lafayette Rodrigues Pereira, já na segunda metade do século XIX, da seguinte forma:

Poder marital (direitos particulares ao marido). Não poderia a sociedade conjugal subsistir regularmente se o poder de dirigir a família e reger-lhe os bens não estivesse concentrado em um só dos cônjuges. Sem esta criação surgiriam diariamente conflitos que, não achando solução prompta, entreteriam no seio da família perpetua perturbação. Desta necessidade resultou a formação do poder marital, cuja denominação provêm de ter sido elle exclusivamente conferido ao marido, como o mais apto pelos predicados do seu sexo para exercê-lo. (4) O marido figura na scena jurídica debaixo de três caracteres: como chefe da sociedade conjugal; como sócio com direitos seus, e finalmente como representante da mulher em tudo que -diz respeito aos direitos e interesses particulares delia. Ao marido, em virtude do poder marital, compete: 1. O direito de exigir obediência da mulher, a qual é obrigada a moldar suas acções pela vontade d'elle em tudo que fór honesto e justo; (5) 2. ° O direito de escolher e fixar o domicilio conjugal, no qual a mulher deve acompanhá-lo; (6) 3. ° O direito de representar e defender a mulher nos actós judiciaes e extrajudiciaes; (7)

⁷³ SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa: poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, a. 178, n. 473, p. 327–424, jan./mar. 2017.

⁷⁴ *Ibidem*.

4.º O direito de administrar os bens do casal, podendo dispor dos moveis livremente, dos immoveis com as restricções da lei.⁷⁵

Conforme visto, estrutura econômica da sociedade brasileira até a segunda metade do século XIX se encontrava sujeita à instituição da “casa-grande”, retrato dos valores coletivos de herança colonial e centrada na figura do “senhor, pai e marido” como “chefe natural”, que agregava, em estrutura hierárquica, seus dependentes (mulher⁷⁶, filhos, criados e escravos), o seu patrimônio e a sua exploração econômica⁷⁷.

2.2 A PROPRIEDADE COMO EIXO DE TRANSIÇÃO: DE SUPORTE DA ORDEM CORPORATIVA À BEM NEGOCIÁVEL NA DINÂMICA CAPITALISTA

Conforme visto, aplicava-se no Brasil o conceito de propriedade herdado do Antigo Regime, que era até então compreendido sob a ótica comunitária da estrutura “senhorial” de poder, que, na prática, estabelecia o compartilhamento efetivo de direitos e obrigações sobre a terra.

Na sociedade do Antigo Regime, a propriedade não era concebida como um direito absoluto ou individualizado. Conforme descreve Paolo Grossi, na sociedade feudal, a propriedade era uma teia de relações pessoais, dividida entre diversos agentes (senhores, vassalos, comunidade, etc.), vinculada ao poder e funcional à organização social. Nesse contexto, a terra era menos um bem comerciável e mais um suporte da autoridade, da estabilidade e da identidade social, inserido em uma teia de obrigações recíprocas e direitos

⁷⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1878. p. 107-108.

⁷⁶ A respeito da situação jurídica da mulher no período colonial brasileiro, Arno e Maria José Wehling relatam que “a situação jurídica da mulher, reflexo do patriarcalismo reinante, atribuíam-lhe um estatuto especial, simultaneamente discriminado e gozando de certas isenções. Nas Ordenações Filipinas estava patente o juízo prévio sobre sua natureza, explicitado na doutrina de inspiração medieval: *imbecilitas sexus, inconstantia anima*. Em consequência das pesadas restrições que sofria, tornava-se também relativamente protegida. Por exemplo, não poderia ser presa por dívidas e gozava de presunção mais favorável em matéria de erro” (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 504.

⁷⁷ SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa: poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, a. 178, n. 473, p. 327–424, jan./mar. 2017.

compartilhados. A propriedade feudal estava integrada a uma ordem corporativa, na qual os direitos sobre a terra se distribuíam entre senhores, vassalos, comunidades e instituições religiosas, sem se confundir com a plena dominação de tipo liberal moderno⁷⁸.

Ao tomar por exemplo a Itália medieval, Paolo Grossi detalha a finalidade da “propriedade coletiva” sob o aspecto da ordem produtiva familiar, onde o objetivo (coletivo) se sobrepõe ao subjetivo (individual), e o gozo da propriedade é condicionado estritamente à manutenção da entidade. Assim:

Pois bem, essa assim chamada propriedade coletiva, em toda sua forma, tem – em meio a mil variações, segundo os lugares, os tempos e as causas mais diferentes os lugares – uma plataforma comum; e é a de ser garantia de sobrevivência para os membros de uma comunidade plurifamiliar, de ter um valor e uma função essencialmente alimentares, em que o conteúdo fundamental é um gozo condicionado do bem, com um indiscutível primado do objetivo sobre o subjetivo: primado da ordem fenomênica, que deve ser respeitado a todo custo, sobre o indivíduo; da ordem comunitária – cristalização da objetividade histórica – em relação ao indivíduo. Aqui não somente a dimensão potestativa é rarefeita ao máximo, tanto é que não se encarna jamais em um *jus disponendi*, mas até mesmo a própria dimensão apropriativa se destempera até se tornar vã⁷⁹.

António Manuel Hespanha complementa essa leitura ao destacar que o direito no Antigo Regime era situado, contextual, relacional — não havia um sujeito abstrato dotado de propriedade plena e exclusiva, mas uma malha de posses graduais e usos consuetudinários, muitas vezes dependentes de costumes locais e da legitimidade política do poder senhorial. A noção de propriedade era, assim, funcionalizada e socializada, não centrada no indivíduo, mas na ordem do grupo e no papel desempenhado por aquele bem na manutenção da hierarquia comunitária⁸⁰.

O fim da sociedade feudal e o avanço da industrialização no século XIX – a transição para a modernidade jurídica – rompem com essa concepção e alteram radicalmente o significado e a função da propriedade.

⁷⁸ GROSSI, Paolo. **O Mundo das Terras Coletivas**: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

⁷⁹ *Idem*. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 8.

⁸⁰ HESPANHA, António Manuel. **História das Instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

De relação enraizada na terra e nas hierarquias tradicionais, a propriedade se converteu em capital circulante, elemento central da racionalidade econômica burguesa. Com isso, o direito passou a estruturá-la como um valor absoluto, individual e transmissível, organizando em torno dela tanto os contratos quanto as instituições familiares.

A propriedade é reconfigurada então como um direito subjetivo individual, afastado da função social comunitária e retrato de um instrumento de circulação econômica na ordem capitalista. O direito do proprietário, elevado ao *status de* absoluto e ilimitado perante o Estado, assim como da comunidade e de outros particulares, se contrapõe aos costumes ancestrais de uso coletivo das terras, ainda que privadas, ao exemplo da exploração de pastos, restolhos, lenha, caça, colmeias e águas fluentes⁸¹.

António Manuel Hespanha, ao tratar do imaginário das situações reais no período, observa que a própria definição do modelo proprietário parte da concepção de domínio como afirmação de uma vontade dos sujeitos sobre as coisas. Compreende, assim, o domínio como um poder essencialmente privado (em contraposição com poder público), característico da mentalidade burguesa do séc. XIX⁸², cujos princípios orientam a estrutura normativa do Código napoleônico:

(...) ou seja, originado na vontade individual, em satisfação de impulsos também individuais e, por isso, satisfazendo interesses meramente privados, enquanto o poder público, a jurisdição, emanava, directa ou indirectamente, de uma vontade colectiva e visava satisfazer interesses públicos.

(...)

O artigo 544 do Code civil de 1804, um dos monumentos do modelo actual de conceber as situações reais, define a propriedade como "o direito de gozar e dispor das coisas da forma mais absoluta, desde que não se faça delas um uso proibido pelas leis ou pelos regulamentos". Este texto constitui um emblema do conceito moderno (individualista, burguês, capitalista) da propriedade, sobretudo porque nele se costuma destacar o carácter absoluto e pleno dos poderes do

⁸¹ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 98.

⁸² Quanto à concretização do discurso proprietário no direito Português, o autor pontua que "apesar da ênfase do discurso proprietário, já desde a segunda metade do século XVIII, a sua plena concretização legal data já do século XIX, num momento mesmo bastante posterior à revolução liberal. O seu monumento é o Código Civil de 1867; mas, mesmo neste, ainda se encontram figuras um tanto espúrias de domínios limitados, como a enfiteuse e o uso e habitação" (*Ibidem*, p. 101).

proprietário. Na época em que esta máxima foi cunhada, as suas palavras não tinham ainda as intenções que depois vieram a adquirir. Assim, o termo "absoluto" não apontava para a autorização de "um qualquer, arbitrário, a-social, uso das coisas", típico de uma concepção liberal, pura e dura, da propriedade. Visava antes negar a existência de qualquer direito eminente, feudal ou estadual, que limitasse os poderes do proprietário. Mas, logo no início do século XIX, a doutrina jurídica francesa transforma esta definição num dos dogmas do liberalismo, colocando-a ao lado da divisa de J. Bentham, *liberty and property*, no topo da ideologia "proprietária" ou "individualismo possessivo"⁸³.

Em complemento, Paolo Grossi observa que as reflexões e as práxis do século XIX deram forma ao arquétipo napoleônico-pandectístico da "propriedade moderna", cuja noção de propriedade é individualista e potestativa, e que teria se tornado a bandeira e a conquista da classe burguesa.⁸⁴

Com essa ruptura, a propriedade ela deixa de ser parte de um universo simbólico e político e passa a funcionar como mero título jurídico de exclusão e apropriação, garantido pelo Estado e projetado para a lógica da circulação de bens e da reprodução do capital. A terra, antes sagrada e vinculada ao status, torna-se mercadoria sujeita ao contrato, ao mercado e à livre disposição individual⁸⁵.

2.3 A RECONFIGURAÇÃO DA ESTRUTURA DAS RELAÇÕES FAMILIARES NO BRASIL NA VIRADA DO SÉC. XIX PARA O SÉC. XX

⁸³ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 86-87.

⁸⁴ GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11-12. Em complemento, e considerando que "propriedade é sobretudo mentalidade", sugere ao jurista uma análise profunda da sistemática do Código napoleônico do que diz respeito aos direitos reais e à própria estrutura do art. 544, ao dispor que "o nosso temor é o de que o jurista fique ofuscado por aquele maldito artigo 544, que, com o seu triunfalismo, tanto contentou a retórica burguesa do século XIX, a ponto de consentir aos futuros juristas identificar nele a face da nova propriedade jurídica. Nós gostaríamos que, pacatamente e sem nenhum pré-conceito, olhasse-se um pouco mais profundamente a sistemática do Código no que diz respeito aos direitos reais e a própria estrutura do artigo 544. O palimpsesto emergirá com suficiente nitidez" (*Ibidem*, p. 78). Com isso, indica que a leitura do Código deve levar em consideração as diversas camadas da construção do sistema de direitos reais, esquemas interpretativos e construtivos que acabam coexistindo desarmonicamente com a nova ideologia praticada pelo Código (*Ibidem*, p. 80).

⁸⁵ *Idem*. **O Mundo das Terras Coletivas**: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

Partindo do pressuposto de que propriedade e família constituíram dimensões indissociáveis na sociedade do Antigo Regime – duas faces da mesma moeda enquanto estrutura de poder – é fundamental reconhecer que a transição para o século XX promoveu uma inflexão considerável nesse arranjo. A reconfiguração das relações de propriedade no contexto do capitalismo emergente impactou diretamente a organização familiar, deslocando os fundamentos tradicionais que sustentavam a autoridade patriarcal e a transmissão hereditária. Esse processo foi assim descrito por Friedrich Engels:

Com a preponderância da propriedade privada sobre a propriedade comum e o interesse na transmissão da propriedade por meio de herança, o direito paterno e a monogamia passaram a reinar; foi então que o casamento se tornou inteiramente dependente das considerações econômicas⁸⁶.

À luz do que foi abordado no tópico anterior, o processo de urbanização e industrialização, enquanto vetores centrais do desenvolvimento capitalista, foi propulsor na quebra da estrutura familiar antiga, ancorada na propriedade como centro produtivo e eixo de reprodução social. A secularização do direito, a partir do Estado republicano, também interfere a forma como a tutela da família é percebida pela sociedade.

Esse novo contexto impôs à sociedade burguesa uma reestruturação de suas bases, minando os pilares do modelo doméstico hierarquizado e abrindo espaço para outras formas de organização familiar e patrimonial a partir da segunda metade do século XIX, ao que o direito busca acompanhar nesse lapso de grande desenvolvimento do projeto modernizador do direito privado brasileiro.

2.3.1 Da estrutura familiar do Antigo Regime

Primeiramente, é fundamental contextualizar o modelo de estruturação familiar do Antigo Regime, no qual a conformação jurídica da família estava diretamente atrelada à proteção e conservação do patrimônio, e visava acima

⁸⁶ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2019. p. 98-99.

de tudo garantir sua transmissão dentro de um modelo patriarcal e sucessório voltado para a continuidade patrimonial na linhagem legítima.

O conceito geral de família é trazido por Clóvis Bevilacqua em sua obra “Direito de Família”, de 1896:

A palavra familia. como já o notário Ulpianus (1), tem varias concepções jurídicas, que se desprendem do vocábulo em gradações chromaticas, segundo a situação em que se acha o observador. Compreende, num sentido, o complexo das pessoas que descendem de um tronco ancestral commum, tanto quanto essa ascendência conserva-se na memória dos descendentes. Nesta forma ampliada, a familia corresponde á gens dos romanos, á genos dos gregos e, aproximadamente, a essas outras modalidades de expansão da sociedade domestica, o sept dos celtas, a communhão familiar hindí, a communhão familiar slava, a parentela teutonica (2). Outras vezes, o circulo mais estreito, abrangendo um numero consideravelmente mais limitado de parentes, porém, de envolta com elles; outras pessoas economicamente vinculadas ao grupo, como os escravos sujeitos á autoridade do chefe. É o verdadeiro sentido da palavra perante o direito romano, onde, aliás, a primeira accepção se encontra repelidas vezes, assim como outras muitas. É muito commum por exemplo, que seja a palavra familia empregada para significar um conjuncto de pessoas e um acervo de bens⁸⁷.

A respeito da forma estendida de família consolidada nos moldes da “casa-grande”, enraizada na tradição do Antigo Regime, António Manuel Hespanha discorre que:

“Família” era, no entanto, uma palavra de contornos muito vastos, nela se incluindo agnados e cognados, mas ainda criados, escravos e, até, os bens.

(...)

Em relação a toda esta universalidade valiam os princípios inicialmente enunciados, nomeadamente o da unidade sob a hegemonia do *pater*, ao qual incumbiam direitos-deveres sobre os membros e as coisas da família.

Era assim quanto aos criados, ligados ao *dominus* por uma relação que excedia em muito a de um simples mercenariato, aparecendo envolvida no mundo das fidelidades domésticas. Não é que o direito português conhecesse ainda a adscrição (cf. Ord. fil, IV, 28). Mas as relações entre o senhor e os servos criados desenvolviam-se no ambiente da familia patriarcal (da “casa”) que criava, de parte a parte, laços muito variados.

⁸⁷ BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 1-2.

Desde logo, “criados” (famuli, “família”) eram, tradicionalmente, aqueles que viviam com o senhor “a bem fazer”, ou seja, pelo comer e dormir⁸⁸.

Era tão intensa a resistência da sociedade aos ideais modernos advindos dos países esclarecidos do continente europeu, que mesmo após o processo de independência brasileira e a constitucionalização do país, manteve-se hígida a força da tradição que consolida o poder doméstico, mantendo sobre as relações pessoais e patrimoniais familiares a régua do Antigo Regime⁸⁹.

A regulação jurídica da família no Brasil Colonial foi objeto de estudo por Arno e Maria José Wehling, que apontam que no direito de família luso-brasileiro do período colonial “mesclavam-se normas da Igreja, particularmente o Concílio de Trento, operacionalizadas para o caso brasileiro do século XVIII pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, de D. Sebastião Monteiro da Vide, as Ordenações Filipinas, a legislação extravagante, o direito comum, a doutrina e a jurisprudência⁹⁰”.

Da mesma forma, o trabalho de Breezy Miyazato Vizeu Ferreira⁹¹, identificou a forte influência do direito canônico e dos usos e costumes do reino sobre os assuntos familiares no período, o que, em suas palavras, consagra “a grande influência que a Igreja sempre exerceu na vida da sociedade brasileira, inclusive como substituta do Estado, durante todo o período colonial”. A esse respeito, Gilberto Freyre destaca que “a religião – a católica, é claro – exercia

⁸⁸ HESPANHA, António Manuel. **O direito dos letrados no império português**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 175-176. A própria definição dos estados em que se classificava a sociedade do Antigo Regime, conforme Hespanha, refletia uma sistematização que vinha do direito romano e trazia a ordem familiar composta pelo conjunto de integrantes da “casa”, a saber, “os juristas distinguiam entre o estado de liberdade (*status libertatis*), perante o qual os homens se classificavam em livres e escravos; o estado civil (*status civitatis*), que os distinguiam em cidadãos, peregrinos e estrangeiros e, dentro da primeira categoria, em patrícios (ou nobres), clérigos e plebe; e o estado de família (*status familiae*), que distinguiu pai, cônjuge, filhos, parentes e criados” (*Ibidem*, p. 51).

⁸⁹ SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa: poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, a. 178, n. 473, jan./mar. 2017. p. 348.

⁹⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 500

⁹¹ FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica**. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008. p. 60.

função importante na vida de família do Brasil nos meados do século XIX. A educação doméstica, isto é, a tarefa não só de educar como de instruir meninos e meninas nas casas patriarcais, tinha profundo cunho católico⁹².

O que se conclui, portanto, é que o poder difuso e plural descreve com precisão a ordem jurídica do Antigo Regime luso-brasileiro: além do Estado, repartia-se entre diversas instâncias autônomas, coexistindo a ordem de autoridades eclesiásticas, senhorios locais, comunidades e o próprio poder régio. Nesse contexto, no período de transição jurídica contemplado na virada do século XIX para o século XX, a sobreposição de autoridades tradicionais e modernas foi marcante.

De um lado, operava-se desde o período colonial a influência da Igreja Católica, pelo que se orientavam pela normativa do Direito Canônico as práticas dos costumes familiares, sobretudo o matrimônio, a legitimidade dos filhos e a moral doméstica. Por outro lado, persistia o poder patriarcal da “casa-grande”, conforme já tratado, onde o patriarca detinha o controle sobre a família e os agregados vinculados à terra.

As relações familiares eram moldadas por ambas as instâncias – igreja e patriarca – duas formas de autoridade que coexistiam e atuavam conjuntamente na regulação da família brasileira.

No campo doutrinário, o direito de família pré-codificado foi definido por Lafayette Rodrigues em sua obra de 1869 – ainda que tenha feito a ressalva quanto às dificuldades de sistematização e de classificação dos assuntos do Direito Civil – da seguinte forma:

A divisão do Direito Civil, hoje conhecida sob o título — Direitos de família, — tem por objecto a exposição dos princípios de direito que regem as relações de família, no ponto de vista da influencia dessas relações não só sobre as pessoas como sobre os bens. O casamento, fundamento legitimo da família; o pátrio poder; o estado civil das pessoas; a tutela, criação artificial para suprir a authoridade do chefe de família e a curatela, instituição destinada a proteger os que estão inibidos de governarem suas pessoas e bens; taes são, em geral, os assumptos que formão o quadro dos Direitos de família⁹³.

⁹² FREYRE, Gilberto. **Vida social no Brasil nos meados do século XIX**. São Paulo: Global Editora, 2023. p. 82.

⁹³ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1918. p. 21.

No campo das fontes, o autor reputa “bem pobres e mesquinhas” as fontes do Direito Civil brasileiro, criticando como “incoerentes e disformes” os subsídios fornecidos pelas leis escritas. Afirma, em conclusão, que a maior parte dos princípios do Direito Civil é formada pelos costumes, pelas decisões dos tribunais e pela elaboração científica⁹⁴. No que diz respeito especificamente à sua obra sobre o Direito de Família, ressalva considerar as leis escritas, os estilos e costumes e o Direito Romano como subsidiário, materiais de onde “extrae os elementos substanciaes, desenvolve-os, combina-os e tira deducções lógicas, conforme com o espirito e com o gênio do Direito vigente”⁹⁵.

O processo de modernização do ordenamento jurídico nesse período revela a gradual – e não sem resistência – substituição dessas esferas autônomas de poder pela normatização estatal republicana no início do século XX.

Esse lento processo de expansão estatal que consagra o movimento de modernização do direito e a queda das esferas eclesiástica e doméstica como centro do poder familiar⁹⁶ pode ser observado com maior ênfase a partir de 1889, quando a República dissocia a Igreja católica do controle dos assentos de nascimentos, casamentos, óbitos, e determina a regulamentação do casamento civil, o que se deu mediante o Decreto nº 181/1890, de autoria de Rui Barbosa.

Não obstante, é fundamental ter em conta que as relações matrimoniais estiveram desde os tempos coloniais sob a tutela do direito eclesiástico, sem qualquer interferência do Estado. Acerca da competência eclesiástica Lafayette Rodrigues aponta:

“Não ha seita religiosa que não considere o casamento como um facto de sua competência e que não tenha estabelecido para sua celebração um systema de prescripções. O christianismo, desde sua fundação, chamou-o á si e o elevou á

⁹⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1918. p. 10.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁶ FERREIRA, Breezy Myazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica**. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008. p. 60.

dignidade de sacramento. Dahi os constantes esforços da igreja coatholica para regula-lo e subtrahi-lo á acção do poder temporal. É inquestionável o direito que á cada religião pertence, de regular a intervenção do elemento divino no casamento, marcando-lhe as condições de validade e a forma, para que o acto se torne perfeito ante suas prescrições e possa receber a graça que lhe é promettida⁹⁷.

Essa foi a razão pela qual o processo de secularização do direito encontrou nas questões atinentes ao matrimônio e família seu maior ponto de resistência, o que foi objeto de aprofundado estudo por Michael Dionísio de Souza. Em seu trabalho sobre o direito canônico no Brasil pré-codificado, o autor aponta como fator de oposição da sociedade à secularização do direito o fato de que a natureza da família fora sempre reconhecida como matéria divina, um contrato de direito natural, constituição primeira de uma sociedade e mecanismo de sua perpetuação⁹⁸.

Partindo dessa premissa, o autor identificou a forte oposição da sociedade em cumprir o Decreto nº 181/1890, pois, na prática, a sociedade permaneceu realizando o casamento religioso e ignorando a formalização da união perante a autoridade estatal, que Lafayette descreve “deante da lei do Estado, o casamento deve ser um acto meramente civil, sem character religioso, accessive a todas ás pessoas, que se mostrem legalmente habilitadas”⁹⁹.

Há um Interessante debate sobre a natureza contratual do casamento entre os principais doutrinadores da época. Se por um lado Lafayette Rodrigues afirma que pela sua natureza íntima o casamento “não é um contracto, antes differe delle profundamente, em sua constituição, no seu modo de ser, na duração e alcance de seus effeitos”¹⁰⁰, ainda que aponte o

⁹⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1918. p. 31.

⁹⁸ SOUZA, Michael Dionisio de. **O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil**: da Lei da Boa Razão ao Código de 1916. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2014. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014. p. 128-129.

⁹⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁰ Ao distinguir as particularidades que diferem o casamento do contrato, prossegue: “O casamento abrange a personalidade humana inteira ; crea a familia; funda a legitimidade dos filhos; dá nascimento a relações que só se extinguem com a morte: os direitos e obrigações que delle resultão trazem o cunho da necessidade e, no que dizem respeito ás pessoas, não podem ser alterados, modificados ou limitados pelo arbitrio dos cônjuges. Os contractos, ao contrario, tem por objecto actos individuaes, temporários; interesses materiaes, ephemerous e susceptíveis de apreciação monetária. Os direitos e obrigações que delles derivam, são regulados pela vontade das partes e por consenso dellas podem ser alterados ou suprimidos”

consentimento como ponto de convergência entre os institutos, Clóvis Bevilacqua defende a natureza contratual do casamento justamente com base no acordo de vontades. Destaca, ainda, que

Será um contracto mais solemne do que qualquer outro, pois que envolve elle, como dizia lord Robertson, a mais importante de todas as transacções humanas, e é a base de toda a constituição da sociedade civilisada, terá efeitos mais extensos, valor social maior, pois pie legitima a família e faz tecer-se uma rede extensíssima de relações, direitos e deveres; mas, em todo o caso, é um contracto¹⁰¹.

Se a secularização do casamento gerou debates até mesmo no âmbito de juristas esclarecidos, é de se imaginar a postura resistente da sociedade, em afronta às imposições legais e à própria lógica do Estado moderno, mantendo-se fiel ao pluralismo jurídico de outrora. Essa resistência exigiu do Estado a adoção de medidas que visavam garantir a adesão e obediência da norma, ainda que isso implicasse na edição de outras normas nesse sentido, em um processo que Michael Dionísio de Souza descreveu como:

Cada manifestação por parte do governo parece buscar que o casamento católico não se sobressaia ao casamento civil e em meio a esse problema do casamento o Estado brasileiro inaugura uma nova forma de resolução de conflitos. Ao se deparar com a não observância de uma regra promulgada por si mesmo o estado edita outra regra para que a regra anterior seja obedecida. Tal atitude mostra um Estado tentando realmente honrar as ideias modernas, confiando somente na lei para resolver os problemas, mesmo aqueles problemas criados pela inobservância da própria lei. É o que faz a Republica buscando ter efetividade em um decreto editando outro decreto (...).” E assim parecia ser a vida jurídica da Republica em relação ao casamento. Decretos e mais decretos eram publicados buscando dar efetividade ao casamento civil, ao mesmo tempo em que o casamento civil torna-se o único casamento reconhecido como legítimo pela Constituição da República. Todo esse esforço acontecia para tentar conseguir ter efetividade jurídica sobre a matéria matrimonial em seu território, e não parecia importar quantos mais decretos fossem necessários, a República parecia decidida a tornar o casamento uma questão civil e não mais eclesiástica¹⁰².

(PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1918. p. 30).

¹⁰¹ BEVILACQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 27.

¹⁰² SOUZA, Michael Dionisio de. **O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil**: da Lei da Boa Razão ao Código de 1916. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2014. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014. p. 114-115.

Apenas a partir daí se consagra a laicização do Estado, e, no âmbito legislativo brasileiro, a efetiva tutela estatal sobre questões relacionadas ao direito de família¹⁰³, embora o poder canônico tenha permanecido ativo no imaginário e nas práticas sociais.

O processo de codificação civil esbarrou nessa coexistência de poderes em seu curso para implementar a normativa estatal como fonte soberana de direito, mas as fortes marcas de sua permanência podem ser percebidas no Código Civil de 1916.

Vários princípios e regras da Igreja foram incorporados na legislação civil graças à influência de juristas conservadores e do próprio ambiente social católico. A título de exemplo, o Código Civil de 1916 consagrou a indissolubilidade do vínculo matrimonial, tutelando apenas o desquite, que põe fim à sociedade conjugal sem romper o laço do casamento, vedando aos ex-consortes contrair novo matrimônio, pois o divórcio era uma prática condenada pela Igreja.

Ainda dentro da regulamentação da família, o forte domínio da moral canônica tradicional era percebido no tocante às questões de filiação dispostas no Código Civil, que adotou a distinção entre filhos legítimos (cujo nascimento se deu em fruto de uma união formalizada pelo casamento) e filhos ilegítimos (aqueles nascidos fora do casamento). Com essa prática, negavam-se os direitos sucessórios plenos aos filhos adulterinos ou incestuosos.

Em suma, embora laico na forma, o primeiro código civil brasileiro carregou no conteúdo o legado do direito canônico e muito da mentalidade patriarcal, perpetuando tanto normas e valores da Igreja na regulação estatal da família, quanto a mentalidade patriarcal em seus dispositivos.

Ainda assim, embora mantido o peso das tradições e o arraigado apego ao passado, o gradual processo de substituição normativa que levou à sua plena vigência trouxe um marco na centralização normativa: o Código Civil de 1916 consagrou a tutela exclusiva do Estado sobre as regras de casamento,

¹⁰³ FERREIRA, Breezy Myiazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica**. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008. p. 60.

filiação e sucessão, enfraquecendo tanto a autoridade eclesiástica quanto a arbitrariedade típica da esfera de poder patriarcal.

2.3.2. Do processo de urbanização do patriarcalismo: a reconfiguração da família estendida para a família nuclear

Conforme visto, a quebra do paradigma que tutelava a ordem social no Antigo Regime levou à individualização da relação entre o proprietário e a terra e gerou, por consequência, a transformação de toda a estrutura familiar correspondente, na direção da moderna família nuclear, que se afasta de forma gradual do modelo de poder tradicional herdado do período colonial.

Entre a segunda metade do século XIX e o início do século XX, com o enfraquecimento das estruturas econômicas e sociais então vigentes, baseadas no trabalho escravo e na grande propriedade rural, vislumbrou-se o fortalecimento de uma elite industrial, especialmente nas regiões Sul e Sudeste, fomentada pela crescente expansão das atividades fabris e pela imigração europeia que passou a compor a nascente classe trabalhadora urbana. Nesse contexto, inicia um lento – porém contínuo – processo de urbanização no país, com destaque para os centros urbanos de São Paulo e Rio de Janeiro¹⁰⁴.

Ao estudar no detalhe o declínio do patriarcado rural na formação social do Brasil, Gilberto Freyre¹⁰⁵ destaca que foi no período “antes sociológico que cronológico”:

que se consolidou a sociedade brasileira, em torno de um Governo mais forte, de uma Justiça mais livre da pressão dos indivíduos poderosos, de uma Igreja também mais independente das oligarquias regionais e mais pura na vida dos seus padres. De uma Igreja que começou a falar mais alto e forte do que outrora pela voz dos seus bispos, até clamar, pela de D. Vital, contra os excessos do próprio Governo de Sua Majestade e não apenas contra os de irmandades e confrarias: expressão do poder dos ricos, dos letrados, dos próprios mecânicos.

¹⁰⁴ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo Caminho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 57.

¹⁰⁵ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano**. São Paulo: Global, 2013. *E-book*. p. 78.

Sobre as principais mudanças advindas do processo de deslocamento da sociedade rural para os centros urbanos, o autor observou mudanças profundas na estruturação social:

[F]oi um período de diferenciação profunda – menos patriarcalismo, menos absorção do filho pelo pai, da mulher pelo homem, do indivíduo pela família, da família pelo chefe, do escravo pelo proprietário; e mais individualismo da mulher, do menino, do negro – ao mesmo tempo que mais prostituição, mais miséria, mais doença. Mais velhice desamparada. Período de transição. O patriarcalismo urbanizou-se.

A formação dessa sociedade urbana-industrial implicou também novas formas de controle social, de disciplinamento e de estruturação da vida familiar, muitas vezes refletidas na legislação civil da época, ainda marcada por um modelo patriarcal, proprietário e hierárquico, e com forte influência canônica, porém sutilmente acompanhando as mudanças sociais.

O conceito de família, para fins de direito, sofre sensível transformação nesse período, e a concepção moderna do instituto acaba centrada no conceito de “família nuclear”, composta pela mulher e os filhos, vistos como sujeitos de direito tutelados pelo Estado¹⁰⁶, e não mais incondicionalmente submissos à tutela senhorial do “chefe da família”¹⁰⁷.

Nesse sentido é a descrição trazida por Clóvis Bevilacqua, tendo por base o direito moderno desse sensível período de transição retratado na última década do século XIX¹⁰⁸:

¹⁰⁶ Conforme leciona Antonio Carlos Wolkmer, “O conceito de sujeito de direito individual materializa uma abstração formalista e ideológica de um “ente moral”, livre e igual, no bojo de vontades autônomas, reguladas pelas leis do mercado e afetadas pelas condições de inserção no processo do capital e do trabalho. A questão do sujeito abstrato que dispõe de “personalidade jurídica” mediatiza a condição dos agentes que exercem o controle e a manipulação dos meios de produção e distribuição na sociedade, incidindo não apenas na singularidade de pessoas e indivíduos, mas também em grupos ou instituições, cujos interesses coletivos a norma se propõe tutelar” (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 36).

¹⁰⁷ “O domínio do pai sobre o filho menor – e mesmo maior – fora no Brasil patriarcal aos seus limites ortodoxos: ao direito de matar. O patriarca tornara-se absoluto na administração da justiça de família, repetindo alguns pais, à sombra dos cajueiros de engenho, os gestos mais duros do patriarcalismo clássico: matar e mandar matar, não só os negros como os meninos e as moças brancas, seus filhos” (FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. São Paulo: Global, 2013. *E-book*. p. 111).

¹⁰⁸ Curioso destacar que na introdução de sua obra **Direito de Família**, de 1896, Bevilacqua traz considerações metodológicas para justificar a abordagem distinta da então adotada por Lafayette Rodrigues, e complementa indicando ter incluído as modificações trazidas pelo decreto n. 181/1890, ao passo em que humildemente destaca que sua obra “apenas irá

No direito moderno, família é o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade cuja efficacia se estende ora mais larga ora mais restrictamente, segundo as varias legislações. Outras vezes, porem, designam-se, por família, somente os conjuges e a respectiva progenie.

Essa transferência do poder então absoluto do *pater famílias* para o ente Estatal acompanha a queda de prestígio de sua posição então soberana perante a sociedade, com o surgimento de personagens e estruturas atreladas ao modelo de vida urbana:

O absolutismo do pater famílias na vida brasileira – pater famílias que na sua maior pureza de traços foi o senhor de casa-grande de engenho ou de fazenda – foi se dissolvendo à medida que outras figuras de homem criaram prestígio na sociedade escravocrática: o médico, por exemplo; o mestre-régio; o diretor de colégio; o presidente de província; o chefe de polícia; o juiz; o correspondente comercial. (...) Com a ascendência dessas figuras e dessas instituições, a figura da mulher foi, por sua vez, libertando-se da excessiva autoridade patriarcal, e, com o filho e o escravo, elevando-se jurídica e moralmente¹⁰⁹.

Arno e Maria José Wehling, em seu aprofundado estudo sobre o direito e justiça no Brasil Colonial, descrevem esse processo de transformação da estrutura familiar – transição entre o modelo de família extensa que se conforma em um modelo de família nuclear – que se deu a partir da segunda metade do século XVIII e se consagrou nos dois séculos seguintes:

O direito de família, por sua própria natureza, tinha caráter mais estrutural e consequentemente maior permanência. Foi a persistência do modelo geral da família extensa, no quadro da economia agrária e da organização comunitária, que gerou um direito de família “quase imóvel”, perpassando a Baixa Idade Média, o Antigo Regime tradicional e a época do despotismo esclarecido. Ele somente se alteraria profundamente com o

prestando serviços enquanto um jurista de maior competência não tomar a si a tarefa de escrever outro”, ignorando, a época, a nobre tarefa que lhe seria designada anos mais tarde. Assim: “O elemento historico e o comparativo transformam, presentemente, o estudo do direito, e o meu pensamento tentou abeberar-se delles, para seguir a orientação do momento historico actual. A essa differença de methodo, accrescentem-se as modificações fundamentaes introduzidas pelo decreto de Janeiro de 1890, que nos deu o casamento civil, e comprehender-se-á, sem difficuldade, a razão de ser deste livro, que apenas irá prestando serviços enquanto um jurista de maior competência não tomar a si a tarefa de escrever outro” (BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 6).

¹⁰⁹ FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. São Paulo: Global, 2013. *E-book*. p. 78.

gradual estabelecimento da família nuclear no quadro da economia industrial e da organização societária, processo que nos países ibéricos anunciou-se timidamente na segunda metade do século XVIII – como atestam as mudanças perfunctórias do direito de família – para consolidar-se no universo social e jurídico nos dois séculos seguintes¹¹⁰.

Esse novo modelo que se observa então na prática a partir da segunda metade do século XIX reflete um momento em que a cultura jurídica brasileira, como um todo, passa por um conjunto de transformações de caráter mais geral¹¹¹, em que se observa a mudança de mentalidade em relação à composição da família e ao tratamento dispensado aos seus membros: os descendentes e a mulher passam a ser qualificados como sujeitos de direito tutelados pelo Estado¹¹², e consolida-se o lento deslocamento da regulação da família da esfera doméstica para a tutela estatal¹¹³.

¹¹⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 510-511.

¹¹¹ FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura jurídica brasileira e a questão da codificação no século XIX. **Revista da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 44, p. 61-76, 2006.

¹¹² O artigo 233 do Código Civil de 1916 enfatizava que o marido era o chefe da sociedade conjugal, e a mulher possuía a função de colaboradora dos encargos familiares. Ver: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>. Acesso em: 20 jun. 2025.

¹¹³ Enquanto inexistia um Código Civil próprio, diversas normas foram moldando localmente as instituições familiares no Brasil. Dentre essas, destacam-se: a Lei de 6 de outubro de 1784, que disciplinou os esponsais e exigiu escritura pública para a validade dos contratos e pactos antenupciais; a Lei de 29 de novembro de 1775, que impunha o consentimento paterno para a celebração de casamentos e estipulação de esponsais; o Decreto de 3 de novembro de 1827, que reconhecia a jurisdição eclesiástica sobre a celebração e dissolução do matrimônio; o Decreto de 2 de setembro de 1847, que tratava dos direitos dos filhos naturais, permitindo sua concorrência à sucessão apenas quando reconhecidos antes do casamento; a Consolidação das Leis Cíveis, elaborada por Teixeira de Freitas em 1857, que sistematizou o direito de família em um corpo único; o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, atribuído a Rui Barbosa, que instituiu o casamento civil no Brasil; e o Decreto nº 521, de 26 de junho de 1890, que proibiu a celebração de casamento religioso antes do civil, prevendo prisão e multa ao sacerdote que descumprisse tal ordem.

3 DIREITO DAS SUCESSÕES

Uma vez delineadas as transformações estruturais da propriedade e da família na transição do século XIX para o XX, torna-se imprescindível adentrar o estudo do direito das sucessões como campo privilegiado de expressão dessas mudanças. Se a propriedade deixa de ser o alicerce produtivo de uma ordem familiar patriarcal e se converte em bem de livre circulação no mercado capitalista, sua transmissão passa a obedecer novos imperativos jurídicos, mais alinhados aos valores individualistas e igualitários da codificação liberal (cujas bases, relembre-se, partem das premissas de individualização, da igualdade formal e da liberdade contratual). Nesse novo cenário, o direito sucessório é tensionado entre a permanência de práticas tradicionais – como a centralidade da herança na preservação da linhagem – e os princípios da liberdade testamentária e igualdade formal entre herdeiros.

Logo no início do parecer elaborado à Comissão Especial da Câmara dos Deputados em relação ao livro destinado ao direito das sucessões no “Projeto do Código Civil” de Clóvis Beviláqua, o Sr. Alfredo Pinto, designado para tratar da matéria, atesta a influência do “moderno espírito do Direito Civil” na elaboração das disposições em análise, que acertadamente teria tomado por base “os dous factos primordiaes de sua própria existência: a Família e a Propriedade”¹¹⁴.

Prossegue fazendo coro às palavras de Pietro Cogliolo, que cita:

Pouco a pouco a *liereditas* se libertou dos *sacra* e tornou-se também civil; razões economicas e familiares deram a base ao novo direito successorio. As criticas socialisticas se arremessaram também contra a successão; mas a razão de ser do direito a succeder está em duas instituições combinadas: a *propriedade* e a *familia*. Todo o edificio de nosso direito privado é admiravelmente harmonico e entre todas as suas partes ha um intimo *consensus*; em torno delle se firmou a sociedade civil dos povos europeus, de fórma que mudar pela raiz uma parte seria mudar e revolver a propria sociedade¹¹⁵.

¹¹⁴ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 992.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 992.

A análise do regime sucessório vigente entre a Consolidação Teixeira de Freitas e o Código Civil de 1916 permite observar como o imaginário jurídico¹¹⁶ respondeu, com certa ambivalência, às exigências de modernização jurídica e social, resguardando, ao mesmo tempo, traços do passado.

3.1 A IDEIA INDISSOCIÁVEL ENTRE DIREITO DE FAMÍLIA E DIREITO DAS SUCESSÕES

Em sua obra “Direito de Família” de 1896, Clóvis Bevilacqua reconhece uma forma estrita de família, a qual se origina com a “associação do homem e da mulher, em vista da reprodução e da necessidade de criar os filhos, consolidada pelos sentimentos afectivos e pelo principio da auctoridade, garantida pela religião, pelos costumes e pelo direito.”¹¹⁷ Ao reconhecer a entidade familiar como foco de onde irradiam múltiplas relações, direitos e deveres, sendo “um circulo dentro do qual se agitam e se movem acções e reacções estimuladas por sentimentos e interesses especiaes”¹¹⁸, a consolida como sujeita à tutela do direito.

Embora anterior ao Código Civil que o autor viria a redigir anos mais tarde, essa obra já contemplava o teor do Decreto n. 181/1890, pelo que seu conteúdo retrata com certa fidelidade o pensamento jurídico em matéria de família na última década do século XIX¹¹⁹.

Pensamento que, relembre-se, permanecia então profundamente arraigado aos valores patriarcais do Antigo Regime, conforme já foi trabalhado no capítulo anterior. Por essa razão, é que o direito de família é a área do direito privado que ofertou a maior resistência da sociedade diante do projeto de codificação e, uma vez regulamentada pelo Estado, trouxe, na prática,

¹¹⁶ Por imaginário jurídico, António Manuel Hespanha destaca que “antes de a organizar, o direito imagina a sociedade. Cria modelos mentais do homem e das coisas, dos vínculos sociais, das relações políticas e jurídicas. E, depois, paulatinamente, dá corpo institucional a este imaginário, criando também, para isso, os instrumentos conceituais adequados.” HESPANHA, António, Manuel. **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.p. 99.

¹¹⁷ BEVILACQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 8.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 8.

¹¹⁹ Para os fins do presente estudo, o recorte temporal aqui adotado tomará por base o Direito de Família a partir do Decreto n. 181/1890. O histórico do Direito de Família no Antigo Regime foi estudado a fundo por Arno e Maria José Wehling, e Maria Beatriz Nizza da Silva.

ínfima modernização ao direito civil, consolidando a ordem tradicional calcada nos pilares estruturais do patriarcado e da moral religiosa.

Isso se confirma pela simples definição de direito de família, trazida por Clóvis Bevilacqua em comentário ao Código Civil de sua própria lavra no ano de 1940¹²⁰, onde expressamente faz constar que a regulamentação da matéria é interesse da moral e do bem-estar social:

[O] complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que d'elle resultam, as relações pessoais e economicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre paes e filhos, o vinculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela. Altos interesses da moral e do bem estar social imprimem a este complexo de normas um caracter particular, e exigem, do direito, especial cuidado no estabelece-las¹²¹.

De toda forma, o que se observa é que embora na essência o Código Civil seja consistente em seu apego à tradição, sua forma reflete os aspectos da nova realidade econômica e social, considerando a reestruturação da sociedade tendo em pauta a ascensão do individualismo e da família nuclear. Arno Wehling, nesse ponto, indica que:

[P]ode-se entender como o pátrio poder senhorial do Antigo Regime se transforma no pátrio poder restrito ao núcleo familiar, mas igualmente despótico- pelo menos na percepção da crítica romântica - sobre a mulher e os filhos, já que é o gestor do patrimônio familiar e pode mandar prender os filhos. No caso brasileiro, a própria continuidade das Ordenações Filipinas e da legislação extravagante na matéria atesta a continuidade e a escassa inovação.¹²²

¹²⁰ Curiosamente, comparando-se um trecho extraído de sua obra de 1896, o “pátrio-poder” deixou de constar expressamente como matéria atinente do Direito de Família, o que pode indicar o enfraquecimento gradativo do conceito ao longo do tempo. “A regulamentação do casamento, seus efeitos pessoais e economicos, sua duração e dissolução, a determinação do parentesco, do dever alimentar, do pátrio poder, da tutela e da curatela, são os enfeixamentos. de relações principais que se originam da familia e cuja exposição pertence a esta parte do direito civil a que se dá o titulo de—direito da familia” (BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 8).

¹²¹ BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Bevilacqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. p. 482-483.

¹²² WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito: olhares diacrônicos**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 141-142.

Conforme visto, embora sua existência por si só represente um aspecto modernizador pelo viés das fontes do direito, a codificação civil é permeada mais por permanências do que por rupturas em matéria do direito de família. Se, por um lado foram muito tímidas as mudanças trazidas na regulamentação do direito de família, por outro lado o direito de sucessões contou com consideráveis avanços. Ocorre, contudo, que o estudo do direito sucessório é indissociável de conceitos advindos do direito familiar.

A própria sistematização desses assuntos dentro do direito civil¹²³ já foi outrora diferente, conforme indica António Manuel Hespanha, ao abordar o cuidado metodológico que deve ser empregado na pesquisa historiográfica do Direito:

Também o vincar a sistematização contemporânea do direito civil (parte geral, obrigações, direitos reais, direito da família, direito das sucessões) na descrição do direito antigo impõe a este relações sistemáticas que não eram então perceptíveis: v.g., as matérias de família não se liam como separadas das matérias sucessórias¹²⁴.

Ao estudar os procedimentos de inovação que foram juridicamente retratados a respeito dos direitos de família e sucessões no período pré e pós-pombalino, Arno e Maria José Wehling¹²⁵ identificam que ambos passaram por orientações com fins claramente políticos, sociais e econômicos, sendo

¹²³ Nas “Observações para esclarecimento do Código Civil Brasileiro” que abrem o texto publicado do Projecto do Código Civil, Clóvis Bevilacqua indica as razões pelas quais decidiu tomar o Direito de Família como partida para a exposição das matérias de Direito Civil, enunciando que: as relações jurídicas de família estariam centradas na pessoa, no caso, o homem, “sujeito do Direito que primeiro se deve destacar, encabeçando a serie dos grandes grupos de relações civis”; os institutos jurídicos do Direito da Família seriam partes integrantes dos fundamentos de toda a sociedade civil, compondo a base natural da sociedade, tendo maior generalidade do que as instituições jurídicas da propriedade; caberia ao instituto da família, como círculo de organização social, meios de assegurar a conservação e o desenvolvimento da vida social; a própria teoria de Savigny reconhece a ordem natural partindo do Direito de Família, e sua opção em partir a exposição das matérias do Direito das Coisas teria sido meramente instrumental (BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Código civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, p. 30-31).

¹²⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Reimpressão 2015. Coimbra: Almedina, 2012. p. 22.

¹²⁵ Em conclusão, “nos casos em estudo, é evidente que, após o recuo da Viradeira, foi ainda no Antigo Regime que o direito sucessório se modificou em profundidade. No direito de família, ao contrário, foi preciso esperar a consolidação da vitória do individualismo liberal, em Portugal como no Brasil do século XIX, para que transformações semelhantes se efetivassem. (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 511).

desmembramentos de uma só política, mas com ritmos distintos: mais lento ou estrutural no direito de família, e mais rápido ou conjuntural no direito sucessório¹²⁶. Essa diferença de ritmo se deve, prosseguem, das circunstâncias de cada um desses direitos.

Isso porque o direito de família, por sua própria natureza, tinha caráter estrutural e conseqüentemente maior permanência, e sua base praticamente estática se deve à persistência do modelo geral da família extensa no quadro da economia agrária e da organização comunitária, que perdurou durante a Baixa Idade Média, o Antigo Regime tradicional e a época do despotismo esclarecido – lapso que perdura entre os séculos XI e XVIII – e só se alterou a partir da segunda metade do século XVIII, com o gradual estabelecimento da família nuclear no quadro da economia industrial e da organização societária.

O direito de sucessões, por sua vez, conta com institutos mais suscetíveis à dinâmica das relações econômicas, e as mudanças em orientação modernizadora atendiam aos interesses da elite político-administrativa, razão pela qual foram mais rapidamente alteradas em termos de políticas públicas e normas jurídicas¹²⁷.

Assim, embora seja o Direito de Família um rico campo a ser explorado sob diversas perspectivas, o presente estudo não pretende aprofundar ou trabalhar de forma exaustiva a regulamentação dessa matéria na legislação civil no recorte temporal estudado, mas sim abordar alguns conceitos cuja compreensão é fundamental para se extrair elementos da cultura jurídica a respeito do direito sucessório entre o final do século XIX e o início do século XX.

Essa correlação é necessária e a leitura ao direito sucessório à luz do Direito de Família é indicada pelo próprio Clovis Bevilacqua em sua obra:

A sucessão legítima é também um instituto que se prende mui directamente á família, mas, porque somente delia tira, por assim dizer, a sua base, desenvolvendo-se, depois, em outra esphera, segundo regras oriundas de outra fonte, e ainda porque não deve ella achar-se afastada da successão testamentaria que representa a consagração do elemento

¹²⁶ *Ibidem*, p. 510.

¹²⁷ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 511.

economico individual, cumpre reservar-a para uma outra divisão, a do direito sucessoral¹²⁸.

Partindo dessa premissa, portanto, o estudo se restringirá à abordagem das questões atinentes ao direito de família que não podem ser dissociadas do direito sucessório, notadamente aspectos quanto ao regime de bens no casamento e as questões relativas à filiação, cujos reflexos afetam diretamente à legitimidade do herdeiro para suceder e o alcance da herança na ordem de vocação hereditária.

3.2 CATEGORIAS QUE, AINDA QUE TUTELADAS PELO DIREITO DE FAMÍLIA, SÃO ESTRUTURANTES AO DIREITO SUCESSÓRIO

A retratar a força da tradição e a moralidade no ordenamento jurídico desse período de transição, Clóvis Bevilacqua aponta que “o efeito precípua do casamento, formado segundo os requisitos legais é a constituição da família legítima”. Em outras palavras, o casamento era o ato formal pelo qual se iniciava a família para fins de direito. Em sua clássica definição:

[O] casamento é um contracto bilateral e solemne, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolavelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer¹²⁹.

Os múltiplos efeitos do casamento também foram elencados pelo autor, que destaca, pela relevância ao presente estudo: as relações pessoais e econômicas entre os cônjuges, das quais decorrem direitos e deveres; a legitimidade da união sexual e da família que dela procede, contemplando inclusive os filhos nascidos anteriormente à celebração do matrimônio dos genitores; as relações pessoais e econômicas entre pais e filhos legítimos, e os direitos e deveres daí decorrentes; o parentesco, que dentre suas principais consequências jurídicas se aponta a obrigação alimentar e “os direitos de sucessão legítima suficientemente vastos e importantes para, com a

¹²⁸ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões** [1859]. Campinas: Red Livros, 2000.

¹²⁹ BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 26-27.

successão testamentaria, formarem uma das grandes divisões do direito civil”.¹³⁰

Conforme ata da 3ª Reunião Extraordinária da Comissão Especial do Código Civil da Câmara dos Deputados, em votação à Parte Especial do Projecto de Código Civil, presidida pelo Sr. José Joaquim Seabra em 23 de novembro de 1901, “o direito á successão legitima é uma consequencia do da família, que o fundamento desta é o casamento, de modo que toda lei, que regular este, não pode deixar de influir profundamente naquela”¹³¹.

Logo, em sendo o direito sucessório definido pela transmissão *mortis causa* de bens e direitos, tem-se a morte como um evento jurídico que desencadeia uma série de efeitos legais e simbólicos que exigem regulamentação pelo Direito.

Assim, adotaremos a ordem lógica proposta por Clóvis Beviláqua na abordagem dos conceitos estruturantes do direito de família imprescindíveis para a análise do direito das sucessões.

3.2.1 O regime de bens no casamento

Como primeiro aspecto, parte-se do patrimônio, com as modalidades de regime de bens que expressam uma certa inovação introduzida com o advento Código Civil de 1916.

Por regime de bens do casamento, entende-se o conjunto dos princípios jurídicos que regulam as relações econômicas dos cônjuges, ou seja, é mecanismo pelo qual são estabelecidos os limites da administração e da titularidade patrimonial durante o casamento. Nesse ponto, importante destacar que enquanto as questões matrimoniais se sujeitavam primeiro à tutela eclesiástica e, depois, com o processo de secularização, coube à tutela Estatal, conforme já trabalhado no capítulo anterior, a questão do regime de bens no casamento era vista como matéria de direito de propriedade, mas que, sendo uma consequência imediata do casamento, era tratada no âmbito do direito de família.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 159.

¹³¹ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 3. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 849.

Assim, é que aos nubentes era garantida a liberdade para regularem os seus interesses pecuniários, sendo-lhes permitido não só optarem pelo regime que lhes aprouvesse¹³², como ainda acrescentarem as cláusulas que julgarem convenientes¹³³, desde que não sejam contrárias à lei, à natureza e aos fins naturais e sociais do casamento, aos bons costumes e outros princípios de interesse público¹³⁴.

Os regimes de bens vigentes antes da codificação civil estavam constantes nas Ordenações Filipinas¹³⁵ - transcritos na Consolidação Teixeira de Freitas - e eram admitidos o regime da comunhão universal, da separação de bens e o regime dotal.

¹³² O art. 258 do Código Civil dispõe: "Não havendo convenção ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regimen da communhão universal. Ha casos, porém, em que é obrigatório o regimen da separação de bens no casamento (art. 8 , paragrapho único): I. Dos sujeitos ao pátrio poder, tutela ou curatela, que não obtiveram o consentimento para o casamento. II. Das mulheres menores, de 16 e os homens menores de 18. III. Do viuvo ou a viuva que tiver filho do cônjuge fallecido, não tendo feito inventario dos bens do casal. IV. Da mulher viuva ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento, si as novas nupcias se realisaram antes de dez mezes, salvo si dentro deste praso der á luz algum filho. V. O tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, si o casamento se realisar antes de cessar a tutela ou curatela e de se saldarem as respectivas contas, salvo havendo permissão paterna ou materna expressa em escripto authenticico ou em testamento. VI. Do juiz ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com orphão ou viuva da circiunscripção territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo si houver licença especial da autoridade judiciaria superior. VII. Do maior de sessenta annos e da maior de cincoenta. VIII. Do orphão de pai e mãe, embora case quando sob a tutela ou .curatela, com o consentimento do tutor ou curador. IX. De todos que dependerem, para casar, de autorização judicial. Denegado pelo pai, tutor ou curador o consentimento, pode o menor contrahir o matrimônio si o juiz dér o suprimto, mas em qualquer desses casos não haverá communhão de bens. O Decreto n. 181 de 1890, no art. 58, estabelecia a obrigatoriedade do regimen de separação: do regimen de separação: § 1", si a mulher for menor de 14 ou maior de 50; § 2», si o marido' fôr menor de 16 ou maior de 60; § 3», si os cônjuges forem parentes dentro do 2º gráo civil ou do 4º duplicado; § 4, "si o casamento fôr contrahido com infracção do § 11" ou 12º do art. 7", ainda que tenha precedido licença do presidente da Relação do districto" (BRASIL. **Art. 258 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11469157/artigo-258-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 20 jun. 2025).

¹³³ Ord. L.. 4, T. 46 pr.: "Salvo quando entre as partes outra cousa fôr accordada porque então se guardará o que entre elles fôr contractado." T. 60, *in fine*: "Salvo se no contrato , quando casarão fora do costume do reino, outra cousa foi contractada. V. 96, * 24. *in fine*: 'E quanto aos que casarem por dote e arras, guardar-se-ha o que entre ellès fôr accordado'" (*Ibidem*).

¹³⁴ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1878. p. 135.

¹³⁵ A ord. 4. 46 permite que se façam quaisquer convenções antenupciais para regular o modo de administrar e dispor dos bens de ambos os cônjuges na constância do matrimônio – ver Ord. L. 4 T. 46 pr. (88) Ord. cit. "Porque então se guardará o que entre .elle« fôr contractado". 4rt. 3" S 2' da lei de 24 de-setembro de 1864 verb. pelo« contractoe antenupciaes exclusivos da communhão. (89) Ord. L. 4 T. 96 5 24 (PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: Código Filipino. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 20 jun. 2025).

Nesse ponto, o Código Civil de 1916 trouxe como inovação, em seus artigos 262 a 275, além de ratificar as três modalidades já tradicionais, o regime da comunhão parcial de bens¹³⁶, em virtude do qual não se comunicam os bens com que cada cônjuge entrou para o casal, nem os que de futuro lhe vem por doação ou sucessão, além dos bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares¹³⁷.

Isso posto, tem-se que os efeitos práticos do regime de bens no casamento, no âmbito do direito sucessório, devem ser considerados sob dois aspectos.

O primeiro, diz respeito às doações entre cônjuges, prática que era admitida no direito moderno com ressalvas, que visavam essencialmente evitar o enriquecimento do cônjuge donatário às custas do empobrecimento do cônjuge doador, bem como garantir que fosse respeitada a legítima. Ao dispor sobre o regime de bens no casamento, o Código Civil se afasta da tradição ao não dispor a respeito das doações entre cônjuges, conferindo maior liberdade

¹³⁶ Art. 269. Quando os contrahentes declararem que adoptam o regimen da communhão limitada ou parcial, ou usarem de expressões equivalentes, entender-se-á que excluem da communhão: I, os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhes sobrevierem, na constância do matrimônio, por doação ou sucessão; II, os adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em subrogação dos bens particulares. Art. 270. Igualmente não se communicam: I, as obrigações anteriores ao casamento; II, as provenientes de actos illicitos. Art. 271. Entram na communhão: I, os bens adquiridos na constância do casamento, por titulo oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; II, os adquiridos por facto eventual, com ou sem concurso de trabalho ou despesa anterior; III, os adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (art. 269, n. I); IV, as bemfeitorias em bens particulares de cada cônjuge; V, os fructos dos bens communs ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes, ao tempo de cessar a communhão dos adquiridos; VI, os fructos civis do trabalho ou industria de cada cônjuge ou de ambos. Art. 272. São incommunicaveis os bens cuja aquisição tiver por titulo uma causa anterior ao casamento. Art. 273. No regimen da communhão parcial, os contrahentes farão especificadamente, no contracto ante-nupcial, ou noutra escriptura publica anterior ao casamento, a descripção dos bens moveis, que cada um leva para o casal, sob pena de se considerarem como adquiridos.

Art. 274. A administração dos bens do casal compete ao marido, e as dividas por este contrahidas obrigam não só os bens communs, senão ainda, em falta destes, os particulares de um e outro cônjuge, na rasão do proveito, que cada qual houver lucrado. Art. 275. E' applicavel a disposição do artigo antecedente ás dividas contrahidas pela mulher, nos casos em que os seus actos são autorisados pelo marido, se presumem sel-o, ou excusam autorisação (arts. 242 a 244, 248 e 233v). Ver: BRASIL. **Art. 258 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11469157/artigo-258-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 20 jun. 2025).

¹³⁷ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1918. p. 136.

na disposição de bens, aplicando-se a regra geral a respeito das doações (arts. 1180 a 1187 do CC/16), que são permitidas desde que o regime de casamento a elas não se oponha.

Quanto à sucessão do cônjuge, as Ordenações chamavam o cônjuge sobrevivente à sucessão somente na ausência de parentes colaterais até o décimo grau, exigindo, além disso, a coabitação ao tempo da morte (Ord. 4, 94).

A esse respeito, Clóvis Beviláqua indica que:

[N]a melhor hypothese, quando o regimen de bens acceito fôr o da communhão universal, a metade da fortuna commum poderá ir ter a mãos de pessoas já quasi extranhas á familia, em prejuízo daquelle quo talvez seja o principal factor delia pela habilidade com que dirigiu a fortuna conjugal ou mesmo por tel-a trazido em sua totalidade! Mas, na hypothese de um regimen de separação, será possível (pie um dos conjuges, se ache, por occasião da morte do outro, na privação completa de bens¹³⁸.

Outro aspecto relevante na análise dos regimes de bens no casamento que dialoga diretamente ao direito de sucessões, é o regime dotal. Dote, para fins de direito, é porção de bens incomunicáveis que a mulher, ou alguém em seu nome, transfere para o marido para que, com os frutos e rendimentos, possa subsidiar a obrigação pessoal marital no sustento familiar, enquanto perdurar a sociedade conjugal, finda a qual (pela separação ou pelo falecimento), deve ser o dote restituído ao dotador.

Conforme dispõe Lafayette Rodrigues:

O dote, segundo o espírito da legislação moderna tem um duplo fim: - garantir á sociedade conjugal meios de satisfazer suas variadas necessidades, e assegurar a sorte da mulher para os dias da viuvez¹³⁹.

A instituição de dote era, no direito pátrio, uma faculdade, pelo que havia plena liberdade do dotador em dotar. Não se pretende aqui estender o estudo do instituto para além de seus reflexos sob a ótica do direito sucessório.

¹³⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 123-124.

¹³⁹ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1918. p. 173.

A esse respeito, portanto, cumpre pontuar duas situações que nos parecem relevantes.

Na hipótese em que o dote é constituído pelo pai ou pela mãe da nubente, considera-se como adiantamento da legítima, e, portanto, deveria vir à colação para que, excedendo a quota hereditária da dotada, o excesso fosse restituído ao dotador. imputado à terça do dotador. Na hipótese de o dote ser superior à legítima, a dotação torna-se inoficiosa para o efeito de ser restituída a diferença, a fim de proteger a legítima de outros herdeiros (Ord. 4, 97, § 7º, revogados pelo art. 280 do Código Civil)¹⁴⁰.

A alteração relevante nesse aspecto, e que será melhor trabalhada adiante, é que a parte disponível do patrimônio do dotador consistia na “terça”, ou seja, um terço de seu patrimônio, sendo a “legítima” – parte indisponível – composta por dois terços. Embora mantida a essência da norma pelo Código Civil, a partir das mudanças legislativas da primeira década do século XX passou-se a trabalhar com a ideia de meação, equiparando o percentual disponível e indisponível do patrimônio sujeito à sucessão.

3.2.2 Tramas de filiação: da relação entre pais e filhos

Filiação é a relação de parentesco existente entre a prole e os progenitores. Por assim ser, é elemento estruturante da ordem sucessória. A distinção entre as formas de filiação admitidas em direito – filhos legítimos e ilegítimos – interferia diretamente na ordem de vocação hereditária e na transmissão dos direitos patrimoniais.

Nesse ponto em particular, é fundamental considerar que a tradição social e jurídica portuguesa, fortemente acentuada no Brasil, sempre foi tolerante em relação aos filhos ilegítimos¹⁴¹. Gilberto Freyre descreve, ao tratar da formação social do Brasil, que a herança portuguesa que priorizou um “cristianismo social, religião ou culto de família, mais do que de catedral ou de igreja”, característicos da colonização da América Espanhola, teria gerado a

¹⁴⁰ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1918. p. 279.

¹⁴¹ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 504-506.

colonização da América Portuguesa sob as bases da família escravocrata, que contemplava “muito maior número de bastardos e dependentes em torno dos patriarcas, mais femeeiros que os de lá e um pouco mais soltos, talvez, na sua moral sexual”¹⁴². Em trecho emblemático a confirmar essa tendência, o autor destaca que no Brasil do Antigo Regime os homens ““não gostavam de casar para toda a vida”, mas de unir-se ou de amasiar-se; as leis portuguesas e brasileiras, facilitando o perfilhamento dos filhos ilegítimos, só faziam favorecer essa tendência para o concubinato e para as ligações efêmeras”¹⁴³.

A resistência quanto aos direitos dos filhos ilegítimos se deu a partir do século XVIII no Brasil, de modo que apenas a legitimidade gerava direitos e deveres para os filhos, como o direito à educação, aos alimentos e, no que importa ao presente recorte, à herança, e implicava também o dever de respeito e obediência perante os pais. O reflexo da legitimidade dos pais perante os filhos consistia na legitimação do pátrio poder.

Isso posto, passa-se a discorrer a respeito das categorias de filiação previstas no ordenamento pátrio entre o final do século XIX e o início do século XX, trazidas pelas Ordenações Filipinas, compiladas na Consolidação Teixeira de Freitas e, por fim, consolidadas no Código Civil de 1916.

O direito admite a filiação legítima¹⁴⁴ quando, no momento da concepção, os pais se encontravam vinculados pelo matrimônio válido, putativo ou desfeito por anulação (pois diferente do casamento nulo, no casamento anulado permanecem os efeitos da legitimidade da prole). Para Lafayette Rodrigues, “a legitimidade da filiação é determinada pela legitimidade das relações do pae e da mãe ao tempo da concepção”.¹⁴⁵ Conforme aponta Clóvis Bevilacqua, “a qualidade de filhos legítimos prendem-se interesses moraes de alta valia, e direitos de varios matizes”¹⁴⁶. Os critérios para definição da legitimidade da prole foram definidos no art. 337¹⁴⁷ e seguintes do Código Civil.

¹⁴² FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. São Paulo: Global, 2006. p. 127.

¹⁴³ *Ibidem*. p. 574.

¹⁴⁴ BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 387.

¹⁴⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1878. p. 218.

¹⁴⁶ BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, p. 398.

¹⁴⁷ Art. 337. São legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento, ainda que annullado (art. 217), ou mesmo nullo, se se contrahiui de boa fé (art. 221). Ver: BRASIL. **Art. 337 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)**. Disponível em:

A filiação ilegítima¹⁴⁸ é tida como todos aqueles filhos que nascem de união não reconhecida pelo direito, e é composta pelos filhos espúrios e por filhos naturais.

Na classe de filhos espúrios, também chamados de bastardos, identificam-se os filhos adulterinos, incestuosos e sacrílegos¹⁴⁹. Consideram-se filhos adulterinos aqueles que, ao tempo da concepção ou do parto, o pai ou a mãe se encontrava vinculado por matrimônio com outrem. Os filhos incestuosos são aqueles cujos pais são parentes muito próximos e sobre os quais paira o impedimento ao matrimônio. Os filhos sacrílegos, por fim, eram os nascidos de pessoas que estavam impossibilitadas de contrair núpcias por força de investidura de ordens sacras. Referida categoria foi extinta com a secularização do direito de família e a separação entre Igreja e Estado em 1890.

Os filhos naturais em espécie, ou simplesmente naturais, são aqueles que advém de pais que detinham condições de contrair matrimônio de forma legal à época da concepção ou do parto, mas que não o fizeram. Por exclusão, são naturais os filhos ilegítimos que não são adulterinos nem incestuosos.

As limitações advindas da ilegitimidade na sociedade moderna do século XIX eram prova irrefutável da atuação da moral eclesiástica e do poder

<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11469157/artigo-258-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 20 jun. 2025).

¹⁴⁸ BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴⁹ Gilberto Freyre, sobre os bastardos e sacrílegos na formação social do Brasil, destaca: "O intercurso sexual de brancos dos melhores estoques - inclusive eclesiásticos, sem dúvida nenhuma, dos elementos mais seletos e eugênicos na formação brasileira - com escravas negras e mulatas foi formidável. Resultou daí grossa multidão de filhos ilegítimos -mulatinhos criados muitas vezes com a prole legítima, dentro do liberal patriarcalismo das casas grandes; outros à sombra dos engenhos de frades; ou então nas "rodas" e orfanatos. O grande problema da colonização portuguesa do Brasil - o de gente - fez que entre nós se atenuassem escrúpulos contra irregularidades de moral ou conduta sexual. Talvez em nenhum país católico tenham até hoje os filhos ilegítimos, particularmente os de padre, recebido tratamento tão doce; ou crescido, em circunstâncias tão favoráveis. (...) "Não é sem razão que a imaginação popular costuma atribuir aos filhos de padre sorte excepcional na vida. Aos filhos de padre, em particular, e aos ilegítimos, em geral. "Feliz que nem filho de padre", é comum ouvir-se no Brasil. "Não há nenhum que não seja...", diz a gente do povo. Querendo dizer: "Não há nenhum filho ilegítimo, particularmente filho de padre, que não seja feliz". Aos bastardos, em geral, pode estender-se, é verdade que sem a mesma intensidade, o que ficou dito dos filhos de padre; quando mestiços resultaram quase sempre da união do melhor elemento masculino - os brancos afidalgados das casas-grandes - com o melhor elemento feminino das senzalas - as negras e mulatas mais bonitas, mais sadias e mais frescas. (...) Deve-se, entretanto, restringir nas afirmações de Charles Comte as vantagens que ele destaca nos filhos mestiços de senhores com escravas. Porque não faltam desvantagens: os preconceitos inevitáveis contra esses mestiços. Preconceitos contra a cor da parte de uns; contra a origem escrava, da parte de outros" (FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. São Paulo: Global, 2006. p. 780-788).

patriarcal, pelo que a média da população ainda percebia a filiação ilegítima como uma afronta social¹⁵⁰.

O direito previa ainda o processo de legitimação, pelo qual tornar-se-ia legítimo o filho ilegítimo, que poderia ocorrer mediante ação proposta para esse fim, ou surtir seus efeitos de pleno direito com o casamento dos genitores¹⁵¹. Um ponto de permanência entre a legislação tradicional e o Código Civil, foi a persistência da restrição à legitimação de filhos adulterinos e incestuosos¹⁵², admitindo-se os efeitos de legitimação da prole apenas aos filhos naturais.

Nesse sentido, em comentário trazido na Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas dispõe que para cessar o que reputava “odiosa diferença nos direitos de sucessão hereditária entre filhos de homem nobre e peão, não bastou que a Const. abolisse os privilégios, e proclamasse a igualdade perante a lei (Art. 179 §j 13 e 16)”¹⁵³, e que para isso foi necessária a disposição expressa do Art. 1º do Decreto n. 463 de 2 de setembro de 1847, conhecido como “decreto dos filhos naturais”, que “declara que aos filhos naturais dos nobres ficam extensivos os mesmos direitos hereditários que, pela Ordenação livro quarto, título noventa e dois, competem aos filhos naturais dos plebeus”¹⁵⁴. O autor prossegue, e faz expressa ressalva de que a norma não contempla os filhos espúrios.

Diz este Art. 3º do Decr.—filiação natural—, e pela referencia do Art. 1º á Ord. L. 4º T. 92 não se-póde deixar de entender, que trata somente dos filhos naturais in specie, e não dos espúrios, Não se-alterou nesta parte o antigo Direito, que continua á sêr o mesmo. Só houve alteração: 1º, por igualar-se

¹⁵⁰ BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 406.

¹⁵¹ Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho (art. 229). Ver: BRASIL. **Art. 353 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11469157/artigo-258-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 20 jun. 2025).

¹⁵² Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos. Ver: BRASIL. **Art. 358 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11469157/artigo-258-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 20 jun. 2025).

¹⁵³ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 33.

¹⁵⁴ BRASIL. **Decreto nº 463, de 2 de setembro de 1847**. Declara que aos filhos naturais de pais plebeus não se estende a exceção feita aos filhos naturais dos nobres. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 1847. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-463-2-setembro-1847-560199-publicacaooriginal-82833-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 2025.

os direitos hereditários dos filhos naturais dos nobres aos dos plebêos; 2º, por se-restringir os meios de prova¹⁵⁵.

Embora o “Projecto do Codigo Civil Brasileiro” inicialmente apresentado por Clóvis Bevilacqua tenha repellido a distinção reputada injusta entre os filhos naturais e os filhos espúrios¹⁵⁶, tal pretensão encontrou resistência de pronto já na comissão revisora constituída, sendo, em princípio, deliberada a restituição ao texto legal todas as ressalvas e óbices à prole incestuosa e adulterina, ainda que ao final do processo de revisão tenham sido mantidas as disposições conforme trazidas no projeto originário apresentado¹⁵⁷. Posteriormente, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados deliberou pela expressa proibição ao reconhecimento dos filhos incestuosos, definindo no art. 364 que “os filhos incestuosos e adulterinos não podem ser reconhecidos”¹⁵⁸.

Tal embate demonstra a forte resistência da tradição em matéria de família, ainda permeada pela moralidade cristã.

Submetido à Comissão Especial do Senado o projeto aprovado, foi editada a emenda modificativa nº 363, que mandava suprimir dito art. 364 do projeto, retornando a questão da legitimação da filiação espúria ao crivo da Comissão da Câmara dos Deputados, onde a emenda modificativa foi rejeitada, por considerar que os filhos adulterinos e incestuosos constituiriam

¹⁵⁵ FREITAS, Augusto Teixeira de., *op. cit.*, p. 172.

¹⁵⁶ “Repelle também o Projecto a distincção igualmente injusta entre os filhos simplesmente naturais e os chamados espúrios, que hoje se acham reduzidos, em nosso Direito, aos incestuosos e adulterinos, tendo desaparecido, com a organização politica republicana, a classe dos sacrílegos. (...) Art. 421. No acto do reconhecimento do filho adulterino ou incestuoso, é vedado, sob pena de nullidade, fazer qualquer menção da qual se induza que elle procede de um concubito reprovado” (BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 59).

¹⁵⁷ Na ata da 20ª reunião, realizada em 5 de junho de 1900, deliberou-se pela exclusão do art. 421 do Projecto, que previa o reconhecimento e legitimação do filho espúrio, substituindo seu teor pela seguinte redação: Só podem ser reconhecidos, para os effeitos deste capitulo, os filhos illegitimos cujos paes, ao tempo da concepção, ou do nascimento. dos filhos, não tinham impedimento absoluto para casar-se.» Posteriormente, na ata da 5ª reunião da 2ª série da Comissão, realizada com a presença de Clóvis Bevilacqua em 23 de agosto de 1900, o assunto retornou em pauta e foram mantidas as disposições conforme previstas no projeto originário, com singelas alterações na redação, materializadas no art. 444 do Projeto Revisto. (*Ibidem*, p. 416).

¹⁵⁸ BRASIL. **Projecto do Codigo Civil brasileiro**: trabalhos da Commisão Especial da Camara dos Deputados, mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1902. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/7942c875-82b0-4bea-97c3-ec373f51cbc2>. Acesso em: 20 jun. 2025. p. 215.

“uma espécie oriunda de um delicto punido, além do attentado á moral e aos bons costumes tradicionais da nossa sociedade”¹⁵⁹. A justificar a rejeição da emenda proposta, o parecer do Deputado Joaquim Pires Muniz de Carvalho justifica que

Como se poderá harmonisar a igualdade de condições do filho espúrio em relação ao natural, admittindo-se a validade do reconhecimento daquelle tanto quanto o deste, em face dos preceitos dos arts. 273 e 279 do Código Penal, que comminam penas especiaes e aggravam as prescriptas para punir o incesto e o adultério? Como admittir-se o publico reconhecimento dos filhos espúrios, para o effeito de igualal-os em direitos aos filhos legítimos, si o próprio projecto, no art. 187, prohibe o casamento dos paes de taes filhos? ¹⁶⁰

Logo, o Código Civil aprovado em 1916 trouxe em seu artigo 358, que “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos”. O que se pode concluir desses embates, é que as propostas de alterações no âmbito da família geram uma resistência muito forte calcada nas tradições e nos ideais cristãos de moralidade e bons costumes, barrando as alterações ainda que alinhadas ao espírito moderno da época e propostas em nome do progresso.

Os meios legalmente admitidos para o reconhecimento de filhos naturais eram o reconhecimento e a perfilhação solene. A primeira hipótese representa um ato privado, pelo qual o pai espontaneamente reconhece a paternidade sob determinada pessoa, o que pode ocorrer mediante um testamento, codicilo, escritura pública, pela certidão de nascimento ou outro documento autêntico – formas de reconhecimento que não necessariamente geravam efeitos sucessórios. Sobre a tendência dos senhores do Brasil colonial ao reconhecimento de prole mediante testamento, Gilberto Freyre apontou que:

Ao sentirem aproximar-se a morte, pensavam os senhores nos seus bens e escravos em relação com os filhos legítimos seus descendentes; os testamentos accusam a preocupação econômica de perpetuidade patriarcal através dos

¹⁵⁹ CAMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **Emendas do Senado ao projecto da Camara**. n.1, de 1902, do Codigo Civil Brasileiro; com parecer da Commissão Especial. Rio de Janeiro: Tipografia da Câmara dos Deputados, 1913. p. 19.

¹⁶⁰ CAMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **Emendas do Senado ao projecto da Camara**. n.1, de 1902, do Codigo Civil Brasileiro; com parecer da Commissão Especial. Rio de Janeiro: Tipografia da Câmara dos Deputados, 1913. p. 88-89.

descendentes legítimos. Mas acusam -às vezes em antagonismo com esse espírito de perpetuidade e de legitimidade - um vivo sentimento cristão de ternura pelos bastardos e pelas negras. (...) Raro o senhor de engenho que morreu sem deixar alforriados, no testamento, negros e mulatas de sua fábrica. É verdade que "o alforriado", observa Alcântara Machado, referindo-se aos escravos das fazendas de São Paulo, nos séculos XVI e XVII, "é muita vez um bastardo, fruto dos amores do testador ou de pessoa da família com uma negra da casa." Bastardos e filhos naturais - que senhor de engenho não os deixou em grande número?¹⁶¹.

Assim, o art. 212 da Consolidação das Leis Civis dispunha que “a prova da filiação natural paterna só se póde fazer por escriptura publica do reconhecimento do pai, ou por testamento”¹⁶². Quando formalizado por testamento ou escritura pública, o reconhecimento gera ao filho reconhecido os direitos sucessórios, com exclusão dos ascendentes e colaterais (Consolidação das leis civis, arts. 960, § 1º e 961¹⁶³).

O reconhecimento por escritura pública, se anterior ao casamento, habilita o filho natural a concorrer com os legítimos que procederem dessa união legal. As demais formas de reconhecimento não originam direitos sucessórios. Nesse sentido, em referência ao Decreto n. 463 de 2 de setembro de 1847, assim pontuou Teixeira de Freitas:

Concorrendo filhos naturaes com legítimos (Art. 2º da Lei), a escriptura publica de reconhecimento paterno depois do casamento, ou reconhecimento em testamento, provao a filiação natural, mas nao para o effeito da successão hereditária.¹⁶⁴

Já a perfilhação solene trata de reconhecimento confirmado por juiz, o que, na prática, trazia os mesmos efeitos do reconhecimento privado acima

¹⁶¹ FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. São Paulo: Global, 2006. p. 772-773.

¹⁶² FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 172.

¹⁶³ Art. 961. Os filhos illegitimos admitidos à succesão paterna são unicamente os naturaes, de que trata o Art. 208, reconhecidos por escriptura publica em conformidade do Art. 212. Ver: BRASIL. **Art. 961 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11469157/artigo-258-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 20 jun. 2025).

¹⁶⁴ FREITAS, Augusto Teixeira de, *op. cit.*, p. 172.

exposto, embora a perfilhação não seja equivalente a legitimação, especialmente para fins sucessórios¹⁶⁵.

Admitia-se, ainda, a ação de filiação, que partia do filho para vindicar o seu estado de filho legítimo quando essa condição for impugnada por um dos genitores. Dentre a dupla finalidade da ação de filiação, tem-se o aspecto puramente moral, com o reconhecimento da filiação legítima, e seu aspecto acessório, o complexo de direitos daí resultante. Quando intentada a ação com a finalidade de fundamentar direitos sucessórios, o procedimento era o de “habilitação”. Se por um lado a pretensão de reconhecimento de legitimidade era imprescritível, por outro, sujeitavam-se à prescrição os direitos hereditários.

O Código Civil equiparou em tudo, em seu artigo 352¹⁶⁶, os filhos legitimados e legítimos.

Por fim, no que tange à adoção, era tratada como “remédio consolatório dos que não tem filhos¹⁶⁷”, e sua admissão se era admitida nas Ordenações (Ord. L. 2º T. 35 §12), contudo, havia uma lacuna legal quanto ao procedimento e formalidades a serem adotados. Aos tribunais competia a homologação da adoção, meio pelo qual se conferia a declaração pública de legitimidade do ato. Aplicavam-se subsidiariamente as normas do Direito Romano, interpretado e modificado pelo uso moderno. Assim, a condição para adotar era que os pais não tivessem filhos, e os efeitos da adoção contemplavam o parentesco, o direito de alimentos e os direitos sucessórios (excluídos os direitos sucessórios em relação aos parentes do adotante)¹⁶⁸. O Código Civil trouxe expressa previsão nesse sentido, regulamentando a adoção em seu artigo 268 e seguintes.

¹⁶⁵ Teixeira de Freitas destaca ainda um detalhe importante a respeito dos conceitos de perfilhação e perfilhamento, que em meados do séc. XIX eram lidos como sinônimos, mas que outrora representavam institutos distintos: “Actualmente perfilhação e perfilhamento são palavras synonymas, porém outrora a perfilhação alludia ao reconhecimento paterno dependente de confirmação por Alvará ou Carta Regia ; e perfilhamento indicava; tanto como adopção ; o que pode-se vêr no Repert., « na Ord. L. 2º T. 35 § 12 (FREITAS, Augusto Teixeira de, *op. cit.*, p. 188).

¹⁶⁶ Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos. Ver: BRASIL. **Art. 352 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916)**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11469157/artigo-258-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em: 20 jun. 2025).

¹⁶⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 188.

¹⁶⁸ BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 451.

3.3 DA TRANSMISSÃO PATRIMONIAL *MORTIS CAUSA*

Superados os aspectos do direito de família que condicionam juridicamente a sucessão (aqui abordados especificamente o casamento, regime de bens e filiação), passa-se agora à análise específica do direito das sucessões, enquanto ramo autônomo do direito civil, responsável por disciplinar a transmissão do patrimônio na falta de seu titular. O direito sucessório, conforme reconhece Clóvis Beviláqua, é:

Um fator poderoso para aumento da riqueza pública; um meio de distribuí-la do modo mais apropriado à sua conservação e ao bem estar dos indivíduos: um vínculo para a consolidação da família, se a lei lhe garante o gozo dos bens de seus membros desaparecidos na voragem da morte e um estímulo para sentimentos altruísticos, porque traduz sempre um afeto, quer quando é a vontade que o faz mover-se, quer quando a providência parte da lei¹⁶⁹.

O presente trabalho não pretende apresentar um “manual” da prática sucessória no período de transição para a modernidade do direito brasileiro, esgotando todos os seus aspectos, mas sim trabalhar com alguns elementos chave que podem nos ajudar a compreender a mentalidade da sociedade brasileira a respeito da transmissão de direitos e obrigações *mortis causa* nesse período e, mais do que isso, de que forma os efeitos da modernização típica da virada do século XIX foram sentidos pela ordem normativa brasileira. Essa análise é importante e necessária considerando o já contextualizado momento de tensão entre a força da tradição imposta pelo Antigo Regime e os ideais modernizadores no Direito que definem a passagem do século XIX para o século XX, especialmente em vista dos efeitos sobre os direitos de propriedade e de família daí advindos, já abordados nos capítulos anteriores. A compreensão, nesse contexto, de como essa propriedade é transmitida no âmbito da família após a morte de seu titular, completa a tríade analítica que estrutura essa pesquisa, e traz um rico panorama não apenas jurídico, mas também sociocultural, retratando a busca do equilíbrio entre valores tradicionais e as exigências de uma sociedade em processo de modernização.

¹⁶⁹ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões** [1859]. Campinas: Red Livros, 2000. p. 54.

Diante disso, parece fundamental tratar do conceito de sucessão, suas modalidades, seu objeto e seus principais agentes. Para tanto, serão abordados os conceitos de sucessão e suas formas práticas (*ab intestato* e testamentária), o conceito de herança, de herdeiros, e sua respectiva posição na ordem de vocação hereditária.

3.3.1 Conceito de sucessão

A partir das reflexões anteriores, define-se sucessão sob duas perspectivas distintas na doutrina de Lourenço Trigo de Loureiro, que propõe o conceito de sucessão em sentido objetivo e em sentido subjetivo, “em *sentido objetivo* significa a universalidade dos bens, que ficarão de um defuncto com todos os seus encargos: em *sentido subjetivo* porém significa o direito, que tem uma, ou mais pessoas á haver esses bens”¹⁷⁰. Sob essa ótica, o presente trabalho dedica-se à sucessão em seu aspecto subjetivo, isto é, ao direito de herdar reconhecido às pessoas chamadas à sucessão.

Na definição de Clóvis Bevilacqua, sucessão é “a transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobreviva, em virtude da lei ou da vontade expressa do transmissor”¹⁷¹, sendo um “meio de transmitir a propriedade da geração presente para a geração futura”¹⁷² conforme definição de Antonio Joaquim de Gouvea Pinto em seu “Tratado regular e prático de testamentos, e sucessões”. O autor português complementa, indicando que

A sucessão he huma especie de continuação do Dominio, que tinha o defuncto, em favor dos seus parentes, ou proximo, e opera huma menor mudança que as doações entrevivos, ou quaisquer outras obrigações, e o Testamento não he outra coisa mais que hum acto, pelo qual se indica alguém como successor em os bens, que deixa por sua morte: este acto he por sua natureza hum signal da nossa vontade, ou dos nossos desejos; porque desde que nós indicamos alguém como successor dos bens que deixamos, nós designamos que os nossos desejos são de que succeda aquele em nossos bens¹⁷³.

¹⁷⁰ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 29.

¹⁷¹ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões** [1859]. Campinas: Red Livros, 2000. p. 55.

¹⁷² PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Tratado regular e prático de testamentos e sucessões**. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1820. p. 2.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 13.

Ao abordar as modalidades de sucessão, prossegue destacando que tanto no âmbito do direito português (e, por consequência, o brasileiro), como nas Nações que reputa mais civilizadas, existem apenas duas modalidades de sucessão de bens, sendo “por via de Successor, ou pela força de Lei que nos dá hum Successor, ou pela vontade do homem legítima, e sufficientemente declarada, que designa aquelle que nos deve substituir”.¹⁷⁴ Assim, a transmissão de direitos e obrigações se dá pela via legal (*ab intestato*) ou pela via testamentária, o que foi transcrito no Código Civil de 1916 em seu artigo. 1.573¹⁷⁵.

O enquadramento do instituto da sucessão *mortis causa* na sistematização do direito europeu, especialmente quanto à sua natureza, foi objeto de debates desde as origens do pensamento jurídico ocidental, sendo vista por um lado como uma expressão do Direito Natural, inerente à condição humana, por outro um instituto puramente civil, dependente da organização normativa positiva de cada sociedade. Merece especial destaque o embate travado no movimento jusnaturalista¹⁷⁶ dos Séculos XVII e XVIII, centrado na ótica do direito de propriedade, em que de um lado Hugo Grocio defendia que a sucessão seria uma decorrência lógica dessa condição de proprietário, em que a exigência racional e moral direcionava os bens aos descendentes ou familiares, em consequente enquadramento do instituto ao Direito Natural, enquanto Samuel Pufendorf, ao negar tal associação, propunha a sucessão como um instituto regido puramente pelas leis humanas, pelo Direito Civil, portanto.

Clóvis Bevilacqua reconhece que os princípios sucessórios, especialmente a transmissão da herança aos herdeiros necessários (descendentes e ascendentes), derivam de um instinto natural de conservação da família e do patrimônio, o que dá base à sua compreensão como um direito

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 3

¹⁷⁵ Art. 1.573. A sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude da lei. BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Bevilacqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. p. 742.

¹⁷⁶ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 280.

natural em sua origem., ainda que na prática sua tutela esteja sob o manto do direito civil.

A esse respeito, a doutrina de Antonio Joaquim de Gouvea Pinto, que retrata o pensamento jurídico europeu de meados do século XIX, defende um modelo híbrido, em que o Testamento representaria uma matéria do campo do Direito Civil (ainda que busque atender aos princípios de Direito Natural, reputando, portanto, uma matéria de “Direito Natural secundário”¹⁷⁷), enquanto a sucessão legítima se daria conforme os princípios da Razão e Direito Natural. A justificar sua proposição, se pauta na conformação da propriedade privada, que jamais poderia ser interpretada como um direito de origem natural, sendo, pois, originado e regulamentado pelo estabelecimento das sociedades civis, e que a partir dessa premissa, sua transmissão por disposição de vontade se sujeitaria às leis civis, que tratam de impor as formalidades a respeito da instituição do testamento. A sucessão legítima (*ab intestato*), nesse plano, o autor reconhece como advinda de uma vontade tácita do “defunto que não fez testamento” de que seus bens sejam distribuídos entre seus parentes mais próximos, pelo que a sucessão teria fundamento no amor natural entre os entes familiares, e que “quando não declarou o contrario da vontade presumida, he porque quer que seus bens vão áquelles, a quem o sangue fez amados”, o que bastaria para provar que as sucessões legítimas decorreriam dos princípios da razão e do Direito Natural, assim como da “caridade Christã, e que conduzem muito para estabelecer a boa ordem, e harmonia entre as famílias”¹⁷⁸.

Entretanto, o instituto foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro como parte do direito privado codificado, ou seja, na prática, foi enfrentado como matéria puramente de Direito Civil:

No ponto de vista do antigo Direito Romano, e do Direito Francez promiscuamente, já que as idéas do primeiro, posto que bastardeadas, passarão para o segundo ; e não pondo em linha de

¹⁷⁷ “A facção de testamento, isto he, a liberdade de testar, e que cada hum tem de dispor de seus bens para depois de sua morte, não he conforme á simplicidade natural, mas he muito conforme o Direito das Gentes, ou Natural secundário, e regulada pelo Civil positivo; e as sucessões legítimas são muito conforme aos princípios da Razão, e Direito Natural” (PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Tratado regular e prático de testamentos e sucessões**. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1820. p. 13-17).

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 18.

conta escrupulosas apreciações da verdade histórica, e as controvérsias próprias desta matéria; o casamento (não obstante seu elemento natural, e seu elemento religioso, além do elemento civil), a adoção, o patrió poder, a, successão hereditária, a facção testamentaria, as hypothecas, e privilégios (em parte), e a prescrição, são do Direito Civil, e não do Direito Natural (ou das Gentes)¹⁷⁹.

Assim, a sucessão era vista, em sua essência, como um instituto que transita entre o direito natural e o direito civil, com fundamentos na tradição do direito natural, mas foi plenamente incorporado ao direito civil positivo durante o processo de codificação no Brasil.

3.3.2 A construção do direito sucessório luso-brasileiro

Fundamental na análise e compreensão da cultura jurídica sobre o direito das sucessões no período em destaque é compreender de que forma se edificou o direito sucessório brasileiro. Primeiramente, cumpre esboçar um retrato que demonstra em que consistia o direito sucessório português que perdurou até meados do século XVIII.

No reino de Portugal, o código civil romano seguiria com força a partir das duas primeiras compilações jurídicas. As Ordenações Afonsinas de 1446 foram as primeiras a trazer a interferência do código romano nas práticas sucessórias, apresentando os princípios da terça (a terça parte dos bens que poderiam ser gastos livremente pelo testador) e a divisão de partes iguais dos bens do casal para os herdeiros forçados, independente do sexo ou da idade destes. As Ordenações Manuelinas do início do século XVI não trariam maiores mudanças na prática testamentária, incorporando em boa parte o que estava previsto nas Ordenações Afonsinas. Apesar disso, as Ordenações Manuelinas demonstraram ser mais minuciosas no que dizia respeito à divisão da herança entre os irmãos, abrangendo e clarificando várias situações em que um dos irmãos poderia trazer a sua legítima, dote ou doação para o total dos bens com a finalidade de se propor uma nova divisão.

¹⁷⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 136.

As Ordenações Filipinas, ratificando em parte o conteúdo das Ordenações Afonsinas e Manuelinas, respectivamente, fixou a preferência dos ascendentes sobre os colaterais para fins sucessórios, rejeitou o direito de primogenitura (ainda que tenha admitido sua aplicação em relação ao morgadio), estabeleceu distinções na capacidade sucessória entre filhos legítimos e ilegítimos e reconheceu, de forma moderada, o individualismo, ao permitir certa liberdade de disposição testamentária em relação a parte dos bens, sem distinção entre aqueles herdados e os adquiridos¹⁸⁰.

A partir do Alvará de 9 de novembro de 1754 houve uma ruptura com a doutrina romana então propagada pelas Ordenações¹⁸¹. Referido decreto previa que a posse civil do *de cuius* passa, desde o momento de sua morte, aos herdeiros inscritos ou legítimos, com todos os efeitos e de forma natural, sem a necessidade de qualquer solenidade para tanto¹⁸². Posteriormente esse decreto foi ratificado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1776, que dispunha que a posse a que se refere dito alvará se transmite aos parentes mais próximos até o décimo grau, contando segundo o direito civil, contando que contassem com a presunção certa e indubitável de sucessão¹⁸³. Instaurou-se, no direito luso-brasileiro, o princípio da *saisine*¹⁸⁴. Conforme Lourenço Trigo Loureiro:

¹⁸⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 513.

¹⁸¹ Conforme explica Bevilacqua, no direito romano a posse dos bens exercida pelo finado não se transmitia diretamente ao herdeiro, sendo necessária a adição da herança: “o herdeiro necessário, isto é, o escravo instituído herdeiro, não tinha o direito de recusar a herança. *Sive velit sive nolit, protinus liber et necessarius heres fit*, dizem as Institutas (2, 19, § 1); mas é certo que o direito pretoriano lhes veio em socorro com o *benefício de separação*, para que os bens por ele adquiridos depois da morte do ex-senhor não fossem absorvidos no vórtice das dívidas da herança. Os herdeiros seus e necessários, isto é, os que se achavam diretamente, sem intermediário, debaixo do poder parental do testador, não tinham, a princípio, liberdade para afastar de si a herança, mas, afinal, o pretor concedeu-lhes o *benefício de abstenção*, para a obtenção do qual era suficiente que o herdeiro não praticasse atos indicadores de posse o domínio, e em consequência da qual a sua fortuna particular era colocada fora da ação dos credores e legatários da herança” (BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões** [1859]. Campinas: Red Livros, 2000. p. 67-68).

¹⁸² Conforme pontua Teixeira de Freitas: “Desta sábia inovação do Alv. de 9 de Novembro de 1754 segue-se ter cessado o—benefício de deliberar—, ou—direito de deliberar—, consistente em um tempo concedido ao herdeiro para declarar, se aceita, ou não, a herança” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876, p. 581).

¹⁸³ BEVILAQUA, Clovis, *op. cit.*, p. 68.

¹⁸⁴ Retrato no art. 1.572 do Código Civil de 1916: Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (BRASIL.

[A] posse civil com todos os efeitos da posse natural é logo traspassada no herdeiro legítimo, e testamentario, pela morte do defunto, por força do Alvará de 9 de Novembro de 1704, e Assento de 16 de Fevereiro de 1786; e se não ha herdeiro legítimo, nem testamentario, que tome conta della, dá-se-lhe curador (Ord. liv. 1, tit. 90), que defenda e sustente os direitos do defunto, e represente a pessoa delle, como dizem os Jurisconsultos.¹⁸⁵

Ocorre que como reflexo de uma sociedade marcada por forte influência religiosa, o exercício da liberdade de testar a terça parte dos bens (parte disponível, em contraposição à legítima, o que será melhor detalhado adiante), ao invés de implicar em um avanço do individualismo econômico, gerou a canalização de parte significativa destes recursos para a Igreja.

Essa prática consolidada ao longo dos séculos passou a conflitar com os objetivos modernizadores do Estado português, e, a fim de atingir o almejado progresso econômico, foi que se buscou racionalizar inúmeras práticas sociais tradicionais, partindo daí as leis que compõem a chamada reforma pombalina, que será melhor trabalhada adiante, cujo objetivo era a centralização e modernização administrativa do império português, surtindo seus efeitos em todo o âmbito colonial. Dentre as principais mudanças no campo jurídico, observa-se um enfraquecimento da influência do direito canônico e da autoridade eclesiástica sobre os assuntos civis, ao passo que o poder do Estado se fortalece, permitindo a reorganização das instituições jurídicas sob uma lógica mais alinhada aos liderais liberais então predominantes na Europa ocidental, com a adoção de um modelo mais laico e estatal.

No âmbito do direito das sucessões, isso se traduziu em um lento deslocamento da esfera religiosa para a esfera civil, especialmente no que diz respeito à regulação de heranças, testamentos e vínculos de filiação. Parte-se daí, portanto, o movimento de modernização do direito de sucessões, muito anterior ao moroso processo pelo qual se sujeitou o direito de família a partir do século seguinte.

Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, comentado por Clóvis Bevilacqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. p. 741).

¹⁸⁵ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 255.

3.4 DO CONCEITO DE HERANÇA

Antes de partir para as modalidades de sucessões admitidas no ordenamento jurídico pátrio no período em destaque, cumpre definir o conceito de herança.

Conforme Antonio Joaquim de Gouvea Pinto, herança “não he outra cousa mais que o patrimônio do defunto com seus ônus”.¹⁸⁶ Segundo Lourenço Trigo de Loureiro:

Herança, tomada objectivamente, significa o patrimônio de um defunto com os seus encargos; ou, segundo Pothier, a universalidade dos direitos activos, e passivos de um defunto considerada independentemente da sua transmissão na pessoa do herdeiro. O Direito Romano considera-a jacente, enquanto não é adida, ou occupada por aquelle, que tera á ella exclusivo direito; e essa qualidade lhe attribue também, nas mesmas circumstancias, a Órd. liv. 3, tit. 80, § 1, verbis — fazendo a herança por partir entre elles. O mesmo Direito considera a herança jacente como pessoa juridica representando, segundo Ulpiano (L. 34, D. de adquir. rer. domin.), a pessoa do defunto; e segundo Pomponio (L. 24, D. de novat) a pessoa do herdeiro. Estas ficções são entre nos inteiramente inúteis; porquanto a posse civil com todos os effeitos da posse natural é logo traspassada no herdeiro legitimo, e testamentario, pela morte do defunto, por força do Alvará de 9 de Novembro de 1754, e Assento de 16 de Fevereiro de 1786; e se não ha herdeiro legitimo, nem testamentario, que tome conta delia, dá-se-lhe curador (Ord. liv. 1, tit. 90), que defenda e sustente os direitos do defunto, e represente a pessoa delle, como dizem os Jurisconsultos.¹⁸⁷

Na doutrina de Clóvis Bevilacqua, “herança é a universalidade dos bens que alguém deixa por ocasião de sua morte, e que os herdeiros adquirem. É conjunto de bens, o patrimônio, que alguém deixa ao morrer”¹⁸⁸.

Na Consolidação das Leis Civis de 1857, ao enquadrar as espécies de direitos para fins de sistematização e compilação de acordo com a sua natureza, Teixeira de Freitas reconheceu que o direito de herança teria

¹⁸⁶ PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Tratado regular e prático de testamentos e sucessões**. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1820. p. 128.

¹⁸⁷ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 255.

¹⁸⁸ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 57.

natureza dúplice, que a enquadraria de forma *sui generis* tanto ao campo dos direitos reais, quanto dos direitos pessoais:

O direito de herança não é direito real, é um dos direitos absolutos. A herança é uma continuação do domínio e direitos reais do morto, que transmitem-se para seu herdeiro, ou herdeiros. A herança é um patrimônio, uma universalidade, é a propriedade em complexo ideal; contendo, não só os direitos reais, como os direitos pessoais, activa e passivamente; e desta maneira ella resolve-se em quantidade pura, que pôde sêr negativa, ou igual á zero. A herança, portanto, tem natureza commum, que a-faz entrar nas duas espécies de direitos¹⁸⁹

Uma vez delineado o conceito de herança para fins do presente estudo, cumpre prosseguir para a análise das formas de transmissão *mortis causa* do patrimônio então admitidas pelo ordenamento jurídico pátrio no lapso destacado.

3.5 SUCESSÃO LEGÍTIMA, SUJEITA À ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

A sucessão legítima, tida como a ordem natural de transmissão de propriedade *mortis causa*, é aquela que decorre da simples existência de vínculo familiar (ou, na falta deste, de vínculo político) existente entre o sucedendo e o sucessor. Conforme descreve Clóvis Bevilacqua, “a consolidação da família, o desenvolvimento moral do indivíduo e o acréscimo da riqueza social encontram na sucessão legítima um poderoso fator”¹⁹⁰.

Sua força e prevalência decorrem dos costumes e, embora sua pertinência tenha suscitado embates no âmbito jurídico, econômico e filosófico (vide Montesquieu, Stuart Mill e Augusto Comte¹⁹¹), o instituto da sucessão legítima foi consolidado e sistematizado racionalmente na codificação civil.

¹⁸⁹ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 115.

¹⁹⁰ BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família**. Recife: Ramiro M. Costa. 1896. p. 104.

¹⁹¹ BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões** [1859]. Campinas: Red Livros, 2000. p. 52-53.

Assim, a aquisição da herança na tradicional modalidade de sucessão legítima se dá por força da lei, na ausência de disposição testamentária válida, conforme leciona Lourenço Trigo de Loureiro:

Quando pois o defuncto não dispoz dos seus bens para depois da sua morte, ou a disposição ficou sem effeito, por offender em ponto substancial ás leis testamenfárias, ou as que regulao a successao legitima, então estas chamao á succeder-lhe nos seus; bens, direitos, e acções, aquellas pessoas, que lhe erao mais proximamente ligadas pelos laços do parentesco por consangüinidade¹⁹².

A definição trazida por Teixeira de Freitas, em consonância com o entendimento dos juristas da época, propõe a sucessão *ab intestato* como um “testamento tácito”, regulamentado pelo direito civil, pelo qual se regula a transmissão de propriedade em observância ao grau de parentesco, seja ele de consanguinidade (ou cognação) isto é, pelo sangue dos parentes; ou de afinidade, isto é, pelo sangue de um dos cônjuges em relação ao do outro cônjuge¹⁹³.

Assim, a sucessão legítima foi abarcada pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 1.574¹⁹⁴.

Essa modalidade de transmissão de direitos e obrigações se funda nos sentimentos de afeição gerados pelo vínculo consanguíneo, e sua origem remonta aos princípios do Direito Romano antigo, que desde Justiniano já previa as três ordens de sucessão legítima (descendentes, ascendentes e colaterais), pautando toda a doutrina em matéria de sucessões *ab intestato*¹⁹⁵.

Os herdeiros legítimos, antes do advento do Código Civil de 1916, eram os filhos legítimos, os naturais legitimados (por matrimônio subsequente, por escritura pública ou por testamentos, conforme Decreto de 2 de setembro de 1847), que adquiriam sua porção legítima por força do disposto na Lei (Ord.

¹⁹² LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. V. II. p. 30.

¹⁹³ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 555.

¹⁹⁴ Art. 1.574: Morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança aos seus herdeiros legítimos. Ocorrerá outro tanto, quanto aos bens, que não forem compreendidos no testamento (BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Bevilacqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. p. 745).

¹⁹⁵ LOUREIRO, Lourenço Trigo de, *op. cit.*, p. 31.

liv. 4, tit. 96, pr., e cit. Alvará de 9 de novembro de 1754), bem como os ascendentes na falta de descendentes (Ord. liv. 4, tit. 91, combinado com o tit. 93), e os colaterais na falta de descendentes e ascendentes, sendo apenas na eventualidade de não existirem colaterais até o décimo grau que o cônjuge supérstite adquiria a qualidade de herdeiro (Ord. liv. 4, tit. 94).

As disposições exigiam do descendente a condição de legítimo (ainda que legitimado, nos termos da lei em complemento com o decreto de 1847) para que pudesse gozar de plenos direitos sucessórios¹⁹⁶, e da mesma forma expressamente negavam essa ordem de direitos à descendência espúria¹⁹⁷, mesmo que assim o fosse apenas em relação a um dos genitores, sendo que o filho de “coito damnado e punível” não poderia suceder o genitor “infrator”.

Para fins de contagem de grau de parentesco, o autor da Consolidação das Leis Civis leciona:

Conta-se o parentesco por linhas, e grdos. Linha é a série de pessoas provindas do mesmo tronco, isto é, do mesmo progenitôr. Linha recta é a contada dos procreadores directa e seguidamente para os procreados. Linha collateral, ou transversal, é a contada para os lados; e esta é igual, se os collateraes distão do tronco no mesmo numero de grdos; ou desigual, se as distancias são diferentes. A linha recta é de descendência, quando se-desce para os gerados; de ascendência, quando sobe-se para os geradores. Grdo é a distancia de uma geração á outra.¹⁹⁸

Assim, a ordem de vocação hereditária estabelece de maneira hierarquizada quem são os chamados à sucessão legítima na ausência de testamento, e por isso sua compreensão constitui elemento fundamental na estruturação do direito sucessório. Definir a ordem de vocação hereditária assegura previsibilidade, segurança jurídica e estabilidade nas transmissões

¹⁹⁶ Os filhos, e mais descendentes legítimos, emancipados ou sujeitos ao poder paterno, e mesmo o simplesmente gerados, ou nascituros, não differem entre nós quanto ao modo de adquirir a herança; porquanto uns e outros a adquirem ipso jure, isto é por força e viiude da Lei, independentemente do juizo, e vontade do pai; e sem necessidade de a adirem expressamente (LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 258).

¹⁹⁷ Como a Ord. liy. 4, tit, 93, negou aos filhos espúrios o direito de succederem ab intestato á seus pais; corno além disso a legitimação! de taes filhos para esse fim nunca se costuma conceder em prejuízo! dos herdeiros necessários (*Ibidem*, p. 42).

¹⁹⁸ FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 555.

patrimoniais *post mortem*, refletindo critérios jurídicos e valores sociais e institucionais atribuídos às relações de parentesco e à constituição familiar.

Ao consagrar o direito então vigente por força das Ordenações Filipinas¹⁹⁹, dispunha o art. 959 da Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas a seguinte ordem de vocação hereditária, que em tudo refletia os princípios patriarcais oriundos do Antigo Regime:

Art. 959. Defere-se a sucessão á intestado na seguinte ordem:
 § 1º Aos descendentes;
 § 2º Na falta de descendentes, aos ascendentes;
 § 3º Na falta de uns e outros, aos collateraes até o décimo gráo por Direito Civi²⁰⁰;
 § 4º Na falta de todos, ao conjuge sobrevivente;
 § 5º Ao Estado em ultimo logar.²⁰¹

O que se concluía dessa conformação sucessória, é que ao ordenar os herdeiros em graus e classes da forma como era tradicionalmente praticada, buscava-se preservar a continuidade do patrimônio dentro da linha familiar – dentro da família legitimamente considerada²⁰² – contudo, priorizando o vínculo sanguíneo em detrimento do vínculo afetivo, posto que o cônjuge supérstite, que só ostentaria a qualidade de meeiro na hipótese de ter adotado no matrimônio o regime de comunhão universal de bens, só ostentaria a qualidade

¹⁹⁹ A respeito da insuficiência da definição trazida na norma, Lourenço Trigo de Loureiro dispunha que “esta matéria, aliás de grande monta, nunca foi exactamente definida; e nada ha nas Ordenações antigas, e modernas além da simples e succinta fixação das ditas cinco ordens de sucessão, pela qual não se pôde decidir as controvérsias suscitadas entre os Doutores; o que é um grande mal publico” (LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 31).

²⁰⁰ Ao expressamente dispor “por Direito Civil”, Teixeira de Freitas dizia respeito ao parentesco conforme o Direito Romano, cuja computação dos graus de parentesco é diferente do proposto no Direito Canônico. Assim “Por Direito Civil—t isto é, por Direito Romano, porquanta na linha collateral, ou transversal, a computação dos grãos de parentesco diverge da do Direito Canonico. Por Direito Romano contão-se todos os grãos (gerações), subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo pela outra linha ; entretanto que por Direito Canonico contão-se os grãos só por um dos lados, se eles são iguaes; e pelo lado maior, se elles são desiguaes. Ora, se por Direito Civil contão-se os grãos de ambos os lados, já sa-vê que não ha 1º gráo” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876. p. 557).

²⁰¹ *Ibidem*, p. 557-558.

²⁰² Herdeiro legítimo é o que é chamado pela Lei à herança do defunto, ou necessariamente, como os seus descendentes, e na falta destes os ascendentes, ou hypotheticamente, como os collateraes, no caso, em que o fallecido abintestado nao deixou descendentes, nem ascendentes, que lhe devão succeder necessariamente (LOUREIRO, Lourenço Trigo de, *op. cit.*, p. 256).

de herdeiro se não houvesse nenhum parente colateral em até décimo grau legitimado para tanto²⁰³.

A sucessão entre os cônjuges acabava pautada, na prática, conforme descreve Lourenço Trigo de Loureiro, “principalmente dos pactos antenupciaes, dos testamentos recíprocos, e das doações entre os cônjuges, que depende a successao de um ao outro d'entre elles; no que differem os Códigos Civis das nações”²⁰⁴.

O “Projecto de Código Civil” originariamente apresentado por Clóvis Bevilacqua em 1899 trazia o cônjuge supérstite em terceira posição na ordem de vocação hereditária, sucedendo na hipótese de faltarem descendentes ou ascendentes²⁰⁵, e previa que, existindo descendentes ou ascendentes, mas o casamento com o *de cujus* foi firmado em regime de bens que não lhe desse direito à meação, com eles concorreria²⁰⁶. Em quarta posição na ordem de vocação hereditária se encontravam os colaterais limitados até o sexto grau e, na sequência, encontrava-se o fisco.

A retratar a forte resistência a essa mudança prevista no projeto – e, por consequência, dos ideais modernizadores ali transcritos – a pretensão foi rechaçada logo em sua primeira revisão pela comissão designada, sendo acolhida a emenda que manteve o cônjuge na quarta ordem de vocação hereditária, na eventualidade de não existirem irmãos e sobrinhos, com os quais concorreria em igual proporção na terceira posição²⁰⁷.

²⁰³ “O conjuga sobrevivente succede abintestado ao cônjuge predefuncto, quando este não tem parente algum até o décimo grau, contados segundo o Direito Civil; Ord. liv. 4, tit 94, Ma|n. tit. 69, e | Affons. tit. 95; e este é a quarta ordem da successão legitima (§ 433), aprovada por El-Rei D. Pedro 1, a requerimento do Povo nas Cortes d'Elvas” (*Ibidem*, p. 48).

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 49.

²⁰⁵ O art. 1.782 do Projecto originário assim dispunha: Art. 1.782. Na falta de descendentes e de ascendentes, a herança será devolvida, por inteiro, ao conjuge superstite não divorciado.

²⁰⁶ Assim dispunham os arts. 1.774 e 1.775 do Projecto do Código Civil Brasileiro: Art. 1.774. Si o fallecido deixar conjuge, do qual não se ache divorciado, terá este direito a uma porção de bens igual á de um filho, sempre que o regimen matrimonial não lhe der direito á meação de todos os bens ou somente dos adquiridos. Art. 1.775. Não havendo herdeiros da classe dos descendentes, são chamados á successão os ascendentes e o conjuge superstite não divorciado, quando o regimen matrimonial não lhe der direito á meação de todos os bens ou sómente dos adquiridos.

²⁰⁷ A questão foi objeto de discórdia entre os membros da comissão revisora, que buscaram deslocar o cônjuge à quarta posição na ordem de vocação hereditária, precedido dos colaterais. Assim, na ata da 44ª reunião da Comissão Revisora nomeada pelo governo em 1900, realizada em 24 de julho de 1900, constou a alteração ao art. 1.782, dispondo que na falta de descendentes e ascendentes seriam chamados à sucessão os colaterais (irmãos e sobrinhos) do de cujus, que concorreriam com o cônjuge sobrevivente. Assim: Art. 1.782. Na

A esse respeito, o parecer referente à parte do Direito de Sucessões do Projeto Revisto, submetido à Comissão do Código Civil da Câmara dos Deputados pelo Dr. Deodato C. Vilella dos Santos, membro da Comissão do Instituto dos Advogados Brasileiros, se posicionou em sentido contrário, concordando com o projeto trazido por Clóvis Bevilacqua ao dispor que

O direito brasileiro vigente, colocando o conjuge sobrevivente em quarto lugar na ordem da vocação hereditária, isto é, após os collateraes até o decimo grão, está áquem do direito romano (28) e constitue uma excepção nas legislações dos povos cultos e no conceito de todos os civilistas (29). A reforma projectada só póde merecer applausos²⁰⁸.

Mais do que isso, o parecer propõe mesmo a inclusão do cônjuge sobrevivente na terceira posição afastando inclusive os colaterais, sob o fundamento de que “Si o projecto pretende, com justiça, assegurar effectivamente ao conjuge sobrevivente um direito successorio, não é logico preterir-o na aquisição do total da herança, chamando á successão irmãos do de cujus”²⁰⁹. Assim, prossegue propondo a emenda ao artigo 1.949 do projeto revisto, “coherentes com a doutrina expendida sobre o direito hereditario que deve ser assegurado ao conjuge sobrevivente, propomos a seguinte emenda: *“Na falta de descendentes e ascendentes, a herança será devolvida, por inteiro, ao conjuge sobrevivente não divorciado”*²¹⁰.

falta de descendentes e ascendentes, serão chamados á successão, com o conjuge sobrevivente não divorciado, os irmãos do fallecido e os sobrinhos deste, que concorrerão com os tios na partilha da herança. Não havendo irmãos nem sobrinhos, a herança pertencerá por inteiro ao conjuge sobrevivo. Apenas na segunda série de debates da comissão revisora é que o texto inicial foi aprovado, conforme a ata da 10ª reunião (2ª série), realizada em 13 de setembro de 1900, onde constou “Foi voto vencido o Dr. Clovis, quanto ao additamento feito” pela comissão ao art. 1.770; mas prevaleceu sua opinião quanto á inovação introduzida no nosso direito pelos preceitos dos arts. 1.774, 1.775 e 1.776, contra os votos dos Drs. Barradas e Lacerda. No tocante ao art. 1.782,” houve alteração da redacção na emenda respectiva, afim de tornar mais claro o pensamento, não só quanto ás quotas, que devem ser iguaes, mas também quanto a concorrerem os sobrinhos com os tios. Foi eliminada a segunda parte da emenda. No art. 1.788 só se eliminou a ultima parte.” Assim passou a constar no Projecto revisto: Art. 1.949. Na falta de descendentes e ascendentes, serão chamados á successão, com o conjuge sobrevivente não divorciado, os irmãos do fallecido e os sobrinhos deste, que concorrerão com os tios na partilha da herança. Não havendo irmãos nem sobrinhos, a herança pertencerá por inteiro ao conjuge sobrevivo. (BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 294, p. 582, p. 644 e p. 892).

²⁰⁸ *Idem*. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 1025.

²⁰⁹ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 1027.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 1028

Exercendo sua já consolidada posição de contraponto nos debates que seguiram perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados, o Sr. Andrade Figueira se opôs ao privilégio do cônjuge sobrevivente em relação aos colaterais na ordem de vocação hereditária sob o fundamento de que:

violando relações de família, relações íntimas, como estas de irmão e sobrinho, querem presumir que o marido tenha mais afeição á mulher, do que a seu parente. Esta presumpção é contraria ao que se dá de ordinário. Sobretudo nos costumes nacionaes, a mulher está habituada á meiação²¹¹.

A ordem de vocação hereditária acabou definida em julgamento pela Comissão da Câmara dos Deputados com o acolhimento à emenda que consolidou o cônjuge sobrevivente na terceira posição, precedida respectivamente pelos descendentes e ascendentes, e sucedida pelos colaterais até o décimo grau²¹².

Somente com o advento do Decreto n. 1.839, de 31 de dezembro de 1907²¹³, é que o direito sucessório brasileiro se modernizou de fato no que tange à ordem de vocação hereditária em sucessão *ab intestato*, trazendo as bases que seriam posteriormente objeto da emenda modificativa n. 242 proposta pela Comissão Especial do Senado, acolhida pela Comissão da Câmara dos Deputados, que restringiu em até o 6º os graus de parentesco dos colaterais, conforme a letra do Decreto²¹⁴, que acabou ratificado pelo Código Civil de 1916. A modernização proposta buscava atender sutilmente aos então novos ideias de justiça dominantes na matéria.

A partir de referida norma, o cônjuge supérstite passou a assumir a terceira ordem de vocação hereditária, logo na sequência dos descendentes e

²¹¹ BRASIL. **Projecto do Codigo Civil braziero**: trabalhos da Commisção Especial da Camara dos Deputados, mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1902. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/7942c875-82b0-4bea-97c3-ec373f51cbc2>. Acesso em: 20 jun. 2025. p. 280.

²¹² *Ibidem*, p. 539.

²¹³ BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão *ab intestato*. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 jan. 1908. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 2025.

²¹⁴ CAMARA DOS DEPUTADOS (Brasil). **Emendas do Senado ao projecto da Camara**. n.1, de 1902, do Codigo Civil Brasileiro; com parecer da Commisção Especial. Rio de Janeiro: Tipografia da Câmara dos Deputados, 1913. p. 89.

ascendentes. Isso porque, conforme indicou Clóvis Beviláqua em sua obra *De feza ao Projecto do Código Civil*, publicada em 1906, um ano antes da edição de referida norma (pelo que retrata com fidelidade a mentalidade da época), sua inclusão à frente dos colaterais buscava reconhecer uma situação mais adequada à sua posição na família, em observância à tendência dos legisladores modernos, conforme pontua o autor, ao indicar que

Não era possível, diante dessa eloquente manifestação da consciencia jurídica da actualidade, manter o conjuge em posição inferior, no direito hereditario, á de um ignorado parente do decimo gráo. E nem é argumento procedente recordar que o regimen matrimonial commum, entre nós, é o da communicação universal do bens, porque o conjuge sobrevivo póde ser justamente quem trouxe fortuna para o casal, e com o mesmo golpe da adversidade perde o companheiro que escolhera para a difficil jornada da vida e a metade da fortuna que herdara de seus progenitores ou adquirira com o seu trabalho.²¹⁵

Em complemento, destaca ainda que constituindo os cônjuges os elementos primordiais da família, pautada na comunhão de vida e de interesses em que devem viver, quando da dissolução da sociedade conjugal pela morte de um deles, “não se considere o sobrevivente um estranho, pois nelle se concentram, ainda, affectos e tradições, que apertam os laços de família”. Prossegue discorrendo que:

[E]m rigor, o conjuge supérstite deveria fazer parte das duas primeiras classes de sucessíveis, salvo se pelo regimen de casamento lhe coubesse levantar a metade do patrimônio da família, porque, então, já estaria, economicamente, amparado. Mas, por amor á simplicidade, preferiu-se dar-lhe o terceiro logar, na ordem da successão legítima, depois dos descendentes, herdeiros privilegiados em virtude do imperioso dever, que a todos se impõe, de cuidar da prole, e de facilitar-lhes os meios de vida, e depois dos ascendentes, em relação aos quaes há, também, razões poderosas fundadas no affecto, na veneração e no reconhecimento, que reclamam a sua collocação na ordem dos successíveis, logo em seguida aos descendentes.²¹⁶

²¹⁵ BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. p. 153.

²¹⁶ BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. p. 795.

No tocante à sucessão dos colaterais, que antes se estendia até o décimo grau, o Decreto em questão fixou a limitação ao sexto grau, porque a própria definição de família se alterou ao longo do tempo²¹⁷, em conformação que Clóvis Beviláqua define da seguinte forma

o círculo da família, para ter hoje um valor apreciável em direito, deve ter um raio determinado, e não há de estender-se além do plano onde se encontra a consciência da unidade do grupo familiar, onde se depara essa atracção sympathica dos parentes, que é uma tradução inconsciente, mas verdadeira, da solidariedade existente no aggregado de indivíduos por cujas veias correm as ondas do mesmo sangue. Póde-se afirmar que, além do sexto grau já têm desaparecido essas condições já não se distingue o parente do conterrâneo.²¹⁸

No campo da sucessão *ab intestato*, o processo modernizador do direito – ainda que sutil – foi recepcionado pelo Código Civil de 1916. No tocante à filiação para fins sucessórios, a lei eliminou quaisquer distinções entre os descendentes legítimos, os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotados.

Nesse sentido, retratando espasmos da mentalidade modernizadora da virada do século, Clóvis Beviláqua prega em sua obra que “as legislações modernas têm-se esforçado, por processos diversos, para dar aos filhos ilegítimos um tratamento melhor do que o injusto repudio com que, em certo tempo, se tentou impedir o desregramento dos paes”²¹⁹. O Código Civil abarcou parcialmente essa mentalidade em seu artigo 1.605²²⁰, equiparando os

²¹⁷ Em discurso na Comissão Especial da Câmara dos Deputados durante os debates para votação do Projecto do Código Civil, o Sr. Andrade Figueira sustenta, a respeito da conformação da família brasileira, que “No Brazil o parente até decimo grau ainda é parente. A nossa população, vive no interior inteiramente a vida de família. Não é somente pela rarefação da população, mas é também da nossa raça, porque os portugueses teem esta qualidade – são amigos da família, tem o sentimento da família. No interior, o decimo grau não é parentesco tão remoto, basta lembrar que o irmão está em segundo grau, o tio em terceiro, o primo-irmão em quarto; não é muito remoto. Os primos, sobretudo para as primas ainda são parentes muito chegados” (BRASIL. **Projecto do Codigo Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados, mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1902. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/7942c875-82b0-4bea-97c3-ec373f51cbc2>. Acesso em: 20 jun. 2025. p. 254-255).

²¹⁸ BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves. p. 155.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 152.

²²⁰ Art. 1.605. Para os effeitos da successão, aos filhos legítimos se equiparam os legitimados, os naturais reconhecidos e os adotivos. Ver: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de**

filhos legitimados, naturais reconhecidos e adotivos aos filhos legítimos, resguardando a limitação quando o reconhecimento é posterior ao casamento (§ 1º do art. 1.605 do Código Civil de 1916).

No tocante aos filhos espúrios de origem incestuosa ou adúltera, contudo, a lei civil manteve a tradição de fundo moralista e ainda arraigado à influência eclesiástica, ao inadmitir o seu reconhecimento²²¹, vedando, por consequência, seu acesso à direitos hereditários.

Conforme visto, a intenção do projeto originário apresentado por Clóvis Beviláqua era extirpar do ordenamento essa diferenciação, contudo, ao longo do processo parlamentar sua pretensão foi rechaçada.

Nesse sentido, o parecer do Dr. Deodato C. Vilella dos Santos trouxe forte oposição às proposições de modernização trazidas no que diz respeito à legitimação dos filhos, afirmando estar “nesse ponto afastado das inovações”, porque:

Nenhuma razão de ordem social ou jurídica conheço que justifique a perturbação da família com as surpresas de reconhecimentos, nem tão pouco o' direito concedido aos filhos naturais, em detrimento dos legítimos. Si pela falta dos pais não devem ser os filhos punidos, muito mais razão ha para não prejudicar os que proveem de um matrimonio valido. Isto quanto aos naturais, porque quanto - ao adúltero e ao incestuoso - não compreendo como possa a lei equiparar-os aos filhos legítimos, sem quebra dos princípios de moral que devem reger a sociedade²²².

O discurso do Sr. Andrade Figueira perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados faz coro a essa posição, e reconhece que admitir a sucessão dos espúrios, sobretudo dos adúlteros, seria:

[U]ma contradição terrível. Pois o legislador que diz “não faças isto, que é um crime diante de Deus e dos homens”, diz entretanto, que quem viola esta lei sagrada por todos os títulos, quem tem um filho adúltero fique tranquilo, porque as lei se

1916. Código Civil de 1916. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>. Acesso em: 20 jun. 2025.

²²¹ Art. 358. Os filhos incestuosos e os adúlteros não podem ser reconhecidos. Ver: *ibidem*.

²²² BRASIL. **Projecto do Código Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1902. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/7942c875-82b0-4bea-97c3-ec373f51cbc2>. Acesso em: 20 jun. 2025. p. 539.

encarrega de tratar a bolo de libra o fructo do seu crime, e que elle concorrerá com os legítimos.²²³

É possível observar que não há o menor esforço para mascarar o viés moralizante que permeava o direito sucessório representado pela transmissão patrimonial na linhagem familiar legítima, sendo amplamente difundidos os “princípios da moral que devem reger a sociedade” como fundamento para a oposição que se impunha.

Nesse ponto, superada sua intenção de conferir plena isonomia aos filhos para fins sucessórios – incluindo-se os espúrios de ordem incestuosa ou adulterina –, Clóvis Beviláqua é forçado a reconhecer que:

[É] um rigor contrário à natureza das coisas e à boa razão que os ilegítimos não herdem ao menos de suas mães, em todos os casos, sejam naturaes ou espúrios, mas resulta, forçosamente, da circunstância de tornar o Codigo o reconhecimento requisito essencial para o direito sucessório. Ora, o espúrio não pode ser reconhecido; logo não pode herdar, quer do pae, quer da mãe, salvo por testamento, como qualquer estranho.²²⁴

Por fim, regulamentou-se a sucessão do filho adotivo, conferindo ao filho adotivo os efeitos hereditários do filho consanguíneo, ainda que limitados na superveniência de prole legítima posterior à adoção (§ 2º do art. 1.605 do Código Civil de 1916).

O que se conclui, portanto, é que embora sutis, as mudanças observadas na regulamentação do direito sucessório *ab intestato* nas primeiras décadas do século XX retratam o movimento de fortalecimento da família nuclear, privilegiando a posição do cônjuge supérstite enquanto parente por afinidade e conferindo relativa isonomia entre os filhos.

Assim, a equiparação dos filhos naturais aos legítimos, e as garantias asseguradas ao cônjuge sobreviventes foram definidas no parecer do Dr. Deodato C. Vilella dos Santos como “grandes conquistas moraes que correspondem a um elevado gráo de cultura jurídica”²²⁵. Não obstante, a

²²³ *Ibidem*, p. 264.

²²⁴ BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Beviláqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. p. 800.

²²⁵ *Idem*. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 1021.

permanência de traços característicos do antigo regime é fortemente percebida especialmente quanto ao aspecto moralizante do tratamento conferido aos filhos espúrios, aos quais permaneceu vedado o acesso aos direitos sucessórios, revelando os limites dessa modernização jurídica em um contexto de lenta transição entre o modelo patriarcal típico do antigo regime e os princípios liberais do novo ordenamento republicano.

3.6 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

A sucessão testamentária tem como característica central o individualismo, em contraste com o traço marcadamente coletivo da sucessão legítima. Nessa modalidade de transmissão de patrimônio *mortis causa*, confere-se ao titular do patrimônio relativa liberdade para dispor de seus bens após a morte, o que representa um dos principais marcos da modernização do direito sucessório, ainda que essa liberdade encontre limites na reserva da legítima (parte da herança reservada aos herdeiros necessários). A ampliação do poder de disposição conferido ao testador, nesse contexto, prestigia a autonomia da vontade e permite a racionalização das relações patrimoniais *post mortem*.

Essa liberdade de disposição está intimamente vinculada à concepção moderna de propriedade, que, conforme já abordado, deixa de ser compreendida como ordem produtiva no âmbito familiar nos moldes do Antigo Regime, e se afirma como bem de circulação, suscetível à lógica contratual e do mercado. A mudança de perspectiva quanto à relação de propriedade está na raiz do processo de modernização jurídica vivenciada pelas sociedades ocidentais entre os séculos XVIII e XIX, momento em que os ideais liberais e individualistas assumem, por meio das relações de propriedade²²⁶, a essência

²²⁶ Nesse contexto, remete-se ao conceito proposto por John Locke de que o pacto social só se torna possível quando os indivíduos, ao renunciarem à liberdade natural, o fazem para assegurar a fruição pacífica e segura de suas propriedades: “A única maneira pela qual uma pessoa qualquer pode abdicar de sua liberdade natural e revestir-se dos elos da sociedade civil é concordando com outros homens em juntar-se e unir-se em uma comunidade, para viverem confortável, segura e pacificamente uns com os outros, num gozo seguro de suas propriedades e com maior segurança contra aqueles que dela não fazem parte. Qualquer número de homens pode fazê-lo, pois tal não fere a liberdade dos demais, que são deixados,

das codificações civis. Assim, ao retratar essa tensão entre o prestígio da autonomia da vontade e a manutenção da tradição, Clóvis Bevilacqua dispõe que:

[N]o querer individual, no poder de livre disposição, parte integrante do direito de propriedade, está o fundamento da sucessão testamentária; porém, é necessário que ela não seja um elemento indisciplinado e dissolvente, contrariando interesses respeitáveis, como são os da solidariedade familiar e da coexistência social.²²⁷

Por sucessão testamentária, define-se os atos de última vontade que têm por fator precípua a autonomia da vontade individual, sendo o testamento o ato mais importante em frequência e extensão.²²⁸

A prática testamentária é descrita pela doutrina como proveniente da mais remota antiguidade, e sua origem no direito português teria partido com a introdução do Direito Romano. Assim, até a baixa idade média não existiria qualquer lei testamentária, posto que a matéria era regulada em observância aos costumes e princípios do Direito Canônico e do Direito Romano. Apenas com as Ordenações Affonsinas é que se positivou a sucessão testamentária, constando em seu Liv. 4, tit. 97 e seguintes, que foram recepcionados pelos Códigos subsequentes, as Ordenações Manoelinas e Filipinas²²⁹. A despeito de sua origem, em meados do século XIX o doutrinador português Antonio Joaquim de Gouvea Pinto acusava que em casos práticos, o uso das leis testamentárias pátrias, oriundas do Direito Romano, era composto com o das leis “que se achão hoje em uso pelos Códigos das Nações mais vizinhas, e cultas, como Direito Subsidiário”²³⁰. Em sua definição de testamento:

[O] testamento não he outra coisa mais que hum acto, pelo qual se indica alguém como successor em os bens, que deixa por sua morte: este acto he por sua natureza hum sinal de nossa vontade, ou dos nossos desejos; porque desde que nós indicamos alguém como successor dos bens, que deixamos,

tal como estavam, na liberdade do Estado de Natureza.” LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fisher. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 468-469.

²²⁷ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das sucessões** [1859]. Campinas: Red Livros, 2000. p. 214.

²²⁸ *Ibidem*, p. 213-214.

²²⁹ PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Tratado regular e prático de testamentos e sucessões**. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1820. p. 10.

²³⁰ *Ibidem*, p. 18.

nós designamos, que os nossos desejos são de que succeda
aquelle em nossos bens.²³¹

O ato de testar era, para o doutrinador português, além de um Direito, um dever geral fundado sobre as Leis Naturais, embora sua regulamentação estivesse a cargo do direito civil positivo, sendo através das Leis Civis que os testamentos eram regulados, onde se prescreviam as formas necessárias para sua validade e onde estavam previstas as limitações da faculdade de testar até certo ponto, tudo para se evitar fraudes e litígios daí decorrentes²³².

Lourenço Trigo de Loureiro, pautando-se nas disposições das Ordenações Filipinas, que prevê as disposições testamentárias em seu Liv. 4, tit. 80²³³ e seguintes, e citando o Código Civil Francês, define o testamento como:

[U]m acto jurídico, e solemne (§§ 383 até 387), auctorizado, e regulado pelo Direito Civil de cada Estado, pelo qual cada um de seus subditos testaveis pôde dispor livremente de todos os seus bens, se não tem herdeiros necessários, ou da terça: se os tem, para ter effeito depois de sua morte, se antes della nao o tiver revogado, como pôde revogar á todo o tempo que queira; Ord. liv. 4, tit. 84, § 2, e Cod. Civ. Fr. art. 895.²³⁴

Embora sejam diversas as modalidades de testamento previstas em direito na época, não se pretende aqui retratá-los em moldes manualísticos, e sim abordar a ideia geral que sustenta a prática testamentária do período, para retratar a cultura jurídica a respeito da matéria, o que independe dos meios pelos quais se dá sua concretização técnica e formal.

Dito isso, era muito comum na prática sucessória da América Portuguesa do século XVIII o emprego do testamento como ferramenta para se alcançar a “boa morte”, ou seja, de expiar os pecados e encontrar a salvação da alma de acordo com os preceitos e ensinamentos da Igreja Católica.

²³¹ *Ibidem*, p. 13.

²³² *Ibidem*, p. 16-17.

²³³ Título LXXX – Dos testamentos e em que forma se farão. (PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: Código Filipino. Brasília: Senado Federal, 2004. p. 900. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 20 jun. 2025) .

²³⁴ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 280.

Assim, era através dos atos de disposição de última vontade que as pessoas buscavam redimir seus erros e pecados realizados em vida, “prevenindo as calamidades particulares”²³⁵ e realizando doações e sanando situações injustas, como o reconhecimento de filhos ilegítimos²³⁶.

Relembre-se que a sociedade colonial brasileira era fortemente influenciada pela Igreja católica, e o testamento, nesse contexto, figurava como um instrumento para a salvação da alma do testador, seja pela encomenda de missas e esmolas pias, seja mediante a doação de expressivos bens e direitos para a ordem religiosa. O que se observa, é que mais do que tratar de interesses puramente econômicos, o testamento se revestia de uma forte faceta religiosa²³⁷.

A lógica salvacionista dos testamentos foi bem descrita pela historiadora Claudia Rodrigues:

Nesta lógica, o que importava em primeiro lugar era enumerar os intercessores da alma, pedir perdão pelos pecados que se acreditava ter cometido em vida, determinar a forma como seria realizado o funeral, dentre outras atitudes similares. Essa prática era preconizada pelas Constituições primeiras do arcebispado da Bahia, no título XXXIX do livro 4, que

²³⁵ PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Tratado regular e prático de testamentos e sucessões**. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1820. p. 15.

²³⁶ O Decreto n. 2 de 11 de agosto de 1831, garantia aos filhos ilegítimos a possibilidade de se tornarem herdeiros testamentários.

²³⁷ A historiadora Claudia Rodrigues possui vasta obra a respeito da prática testamentária no Brasil colonial, e indica que “o grande investimento dos fiéis católicos do Rio de Janeiro colonial no pedido de inúmeras missas pela sua alma e pelas de outros mortos representava uma resposta ao longo e intenso investimento eclesiástico na elaboração e disseminação da doutrina do purgatório, desde a Baixa Idade Média e, com mais intensidade, após o século XVI, no contexto do enfrentamento à Reforma Protestante. Compreendido como um além intermediário entre o Paraíso e o Inferno, a doutrina do Purgatório surgira entre os séculos XII e XIII instituindo-o como o lugar no qual certos mortos passariam por uma provação (que poderia ser abreviada pelos sufrágios dos vivos) a fim de expiar os pecados veniais em relação aos quais a penitência não tivesse sido completamente cumprida. Um dos desdobramentos dessa doutrina foi a constituição de uma rede de solidariedade entre vivos e mortos, sob o incentivo e a intermediação do clero, que acabaria por disseminar a prática dos sufrágios. Através das orações e/ou esmolas em intenção de parentes ou amigos mortos, os vivos estariam ajudando a abreviar as penas daquelas almas presas no Purgatório. Uma vez tendo alcançado o Paraíso, elas passariam a ajudar aqueles vivos que as teriam arrancado do Purgatório. Desse modo, os sufrágios apareciam como meio de auxiliar na purgação das penas e na liberação das almas do purgatório, não mais por sua conduta pessoal em vida, mas basicamente por causa das intervenções exteriores dos vivos através de orações, esmolas e, principalmente, das missas celebradas pela Igreja a pedido dos parentes e amigos do morto” (RODRIGUES, Claudia. Entre regalismo e secularização: significados das reformas pombalinas sobre a prática católica de testar no mundo luso-brasileiro. In: OLIVEIRA, Anderson José Machado de; MARTINS, William de Souza (Orgs.). **Dimensões do catolicismo no Império português (séculos XVI-XIX)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond; FAPERJ, 2014).

determinava aos párocos e aos demais clérigos que fossem fazer os testamentos que tivessem ‘em primeiro lugar, intento do que convém à salvação do testador, descargo de sua consciência, paz e quietação de sua família e sucessores, aconselhando-lhe com caridade e zelo que não fique ocasião aos herdeiros de demandas’. Tais demandas, obviamente, referiam-se aos gastos piedosos com sufrágios, esmolas e legados, secularmente incentivados pelo clero. Desse modo, a instituição eclesiástica procurava insistir em que o testamento estivesse subordinado aos objetivos soteriológicos, ainda que fosse um instrumento de transmissão de herança²³⁸.

A prática testamentária era exercida por clérigos e tabeliões, mas também por leigos, dado o acesso à ampla literatura de cunho espiritual ²³⁹ editada em Portugal entre os séculos XVII e XVIII, que, além de instruir os fiéis para a “boa morte”, trazia modelos para que os interessados pudessem redigir suas últimas vontades, no que Claudia Rodrigues e Claudio Dillmann descrevem que “ao associar a morte ao futuro estado da alma na eternidade, destacando-se os perigos da não salvação, a Igreja Católica assentava a prática testamentária ao universo da crença”.

Sob a ótica da crítica iluminista, isso significava a estagnação de um capital valioso, que poderia ser direcionado às atividades diretamente produtivas²⁴⁰. No Brasil, as doações *mortis causa* à igreja e a imobilidade dos bens eram uma preocupação constante sob o ângulo dos juízes de órfãos, defuntos e ausentes, que ficavam responsáveis pela tutela do patrimônio sucessório do falecido submetido a diversas condições, que impediam a circulação de bens e apresentavam óbice ao seu pronto recebimento pelos herdeiros²⁴¹.

²³⁸ RODRIGUES, Claudia. **Nas Fronteiras do Além**: a secularização da morte no Rio de Janeiro (séculos XVIII e XIX). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2005, p. 101.

²³⁹ RODRIGUES, Cláudia; DILLMANN, Mauro. “Desejando pôr a minha alma no caminho da salvação”: modelos católicos de testamentos no século XVIII. **História Unisinos**, São Leopoldo, v. 17, n. 1, p. 1-11, jan./abr. 2013. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=579866791006>. Acesso em: 20 jun. 2025.

²⁴⁰ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 514.

²⁴¹ WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito**: olhares diacrônicos. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 143.

No âmbito da política testamentária, as reformas aplicadas por Marquês de Pombal no curso do século XVIII²⁴² limitaram a liberdade testamentária, especialmente em relação aos legados religiosos destinados à salvação da alma, pelo que a reforma pombalina foi explicitamente fortalecedora da família. Ainda que o peso da tradição permanecesse forte, abriu-se espaço para que a lógica estatal, voltada à organização racional e à autoridade laica (premissas do Estado liberal burguês em desenvolvimento) começasse a redesenhar os contornos da transmissão patrimonial *mortis causa*.

Dentre as leis da dita reforma, além da Lei da Boa Razão editada em 18 de agosto de 1769, cuja relevância dos critérios interpretativos já foi abordada no presente trabalho, interessam ao estudo especialmente a Lei de 25 de junho de 1766, e, em seu complemento, a Lei de 9 de setembro de 1769, que trazia explícita menção à revogação das determinações das Ordenações Filipinas acerca das matérias nela tratadas.

A Lei de 25 de junho de 1766 traduzia o espírito favorável à sucessão legítima e sua grande característica foi justamente a limitação aos excessos da liberdade testamentária, especialmente em relação aos legados religiosos, restringindo a prática comum de destinar, pela via testamentária, elevados valores à igreja com o objetivo de salvação da alma (a noção de “boa morte”), trazendo ainda disposições que visavam garantir o direcionamento desses recursos para os herdeiros legítimos, fortalecendo a transmissão patrimonial dentro da família e reduzindo a influência eclesiástica sobre os bens dos testadores.

Adicionalmente, a Lei de 9 de setembro de 1769²⁴³ reforçou as restrições à liberdade testamentária no que concerne às disposições religiosas,

²⁴² Lei de 25 de junho de 1766 e Lei de 9 de setembro de 1769.

²⁴³ Aprofundando as mudanças no direito sucessório propostas pela Lei de 9 de setembro de 1769. Arno e Maria José Wehling pontuam as principais alterações trazidas na norma: § 1º nenhuma pessoa de qualquer condição com parentes até o quarto grau de consanguinidade poderia dispor dos bens que tivesse herdado sem o consentimento dos parentes. Não tendo filhos, poderia dispor dos bens adquiridos por si ou herdados, mas só para escolher entre os parentes um ou mais a serem aquinhoados; § 2º o testador com filhos ou descendentes que tivessem apenas bens herdados poderia dispor da terça parte em favor de um deles; no caso do testador com bens adquiridos, poderia dispor da terça inclusive para estranhos; § 3º o testador sem parentes até o quarto grau poderia dispor da metade dos bens hereditários e de todos os adquiridos; § 4 para efeitos legais, marido e mulher eram considerados parentes, a fim

consagrando a posição do Estado como autoridade na regulamentação da sucessão hereditária. Conforme indicam Arno e Maria José Wehling, “dizia-se na própria lei que o direito natural era favorável à sucessão legítima e não à testamentária, esta uma criação do direito das gentes”²⁴⁴, pelo que as restrições testamentárias visavam essencialmente privilegiar a sucessão legítima, então entendida como oriunda do direito natural, para consolidar a organização familiar.

Após a queda de Pombal (no período anti-pombalino chamado de Viradeira, ocorrido após a ascensão ao trono de D. Maria I, em 1777²⁴⁵), observou-se um breve retrocesso na legislação testamentaria, que foi levado a cabo mediante o decreto de 17 de julho de 1778. No entanto, essa inclinação revisionista não perdurou por muito tempo, sendo restabelecidas todas as disposições da legislação testamentária pombalina e, conseqüentemente, a filosofia em relação à consolidação familiar, por intermédio do alvará de 20 de maio de 1796, que determinou a restauração integral da Lei de 1796.

Conforme destacam Arno e Maria José Wehling, os assentos emitidos nos anos seguintes na Casa da Suplicação atestam a repercussão que essas

de que cada um pudesse deixar ao outro o usufruto da terça, mesmo de bens não hereditários. Não havendo filhos, poderiam legar-se mutuamente a terça; § 5º eram considerados nulos os testamentos feitos após a promulgação da lei de 1766 “contrários ao espírito ora declarado”; § 6º, 7º e 8º restringia-se a um terço da terça de bens herdados e adquiridos os legados para as obras pias, num valor máximo de 400 mil-réis. Abria-se exceção para os legados às Santas Casas, hospitais e sustentos de expostos, estendendo-se este valor para 800 mil-réis; § 10º religiosos e religiosas ficavam excluídos de serem herdeiros na sucessão *ab intestato* e das legítimas paternas, dentro da tese de que os vínculos de sangue se extinguíam com a profissão religiosa. Renova-se, neste passo, antiga legislação do Reino (rei D. Diniz, em 1291), adotando-se procedimento semelhante ao adotado na Baviera e em Nápoles, Milão e Veneza; § 28 os bens adquiridos depois do segundo e terceiro matrimônios comunicavam-se entre os cônjuges para a legítima dos filhos, respeitada a terça dos filhos do primeiro matrimônio; e § 29 as mulheres viúvas que se casassem em segundas e terceiras núpcias, se ainda pudessem ter filhos, perderiam a posse da legítima dos filhos ou netos. No caso de filhos maiores, estes receberiam os bens de imediato. Se menores, caberia à Mesa do Desembargo do Paço a nomeação de um administrador. As viúvas não poderiam ser tutoras, mas dispunham da terça para alimentos. As mulheres casadas com mais de cinquenta anos, pressuposto o fim da fertilidade, não tinham seus bens comunicáveis com os cônjuges revogado neste ponto o disposto na lei de 1766 (WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 516-517).

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 515-516.

²⁴⁵ A esse respeito, consta na ata da 45ª reunião da Comissão revisora nomeada pelo governo em 1900, realizada em 26 de julho de 1900, comentário do Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida: “Debalde as leis pombalinas tentaram dar preferencia á sucessão legitima, introduzindo o hybrido e o exotico na pura tradição romana; foi um relampago que passou, mal ruiu por terra o poder do terrivel ministro com a ascensão ao throno de D. Maria I” (BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 3. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 586).

mudanças causaram na sociedade e no meio jurídico e se prestam a orientar a aplicação das leis testamentárias. Em conclusão, os autores afirmam que “é evidente que, após o recuo da Viradeira, foi ainda no Antigo Regime que o direito sucessório se modificou em profundidade”²⁴⁶.

Além da redução da interferência da Igreja em matéria de sucessões, as reformas legislativas desse período retratam o aspecto econômico das medidas, pois dispersa na economia o patrimônio que acabava imobilizado nos legados religiosos. Tratou-se de franca intervenção estatal sobre práticas religiosas oriundas dos costumes perpetuados durante séculos, e refletem, por si só, muito do contexto social, econômico e cultural do período de transição da modernidade.

Assim, o processo de secularização que perdura até meados do século XIX transmuta o testamento de sua finalidade espiritual e o torna um exclusivo instrumento de transmissão de bens²⁴⁷, ou seja, a prática que era essencialmente religiosa foi transformada em um ato civil, acompanhando o processo de secularização do Estado e seu movimento de expansão convergente com o desenvolvimento da sociedade moderna.

Dentre essas limitações ao poder de disposição do testador, destaca-se a legítima, que é a parte do patrimônio reservada à sucessão de seus herdeiros necessários.

No direito romano, a limitação da parte disponível do patrimônio do testador era disposta no capítulo 1 da Novella 18, da seguinte forma:

era dois terços dos bens, se o testador deixasse até quatro filhos, e a metade se deixasse mais de quatro; em favor dos outros descendentes, assim como dos ascendentes, a reserva hereditária variava da metade a um terço da sua parte, *ab intestato*, segundo essa parte se elevava ou não a um quarto da herança; também tinham direito a uma legítima os irmãos germanos, quando o herdeiro era pessoa torpe (Cod., 3, 28, 1. 27)²⁴⁸.

²⁴⁶ WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial**: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 511.

²⁴⁷ RODRIGUES, Cláudia; DILLMANN, Mauro. “Desejando pôr a minha alma no caminho da salvação”: modelos católicos de testamentos no século XVIII. **História Unisinos**, São Leopoldo, v. 17, n. 1, p. 1-11, jan./abr. 2013. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=579866791006>. Acesso em: 20 jun. 2025.

²⁴⁸ BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Bevilacqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975. p. 751.

Sobre as limitações da legítima no direito luso-brasileiro, a doutrina de Lourenço Trigo de Loureiro leciona que o titular do patrimônio poderia nomear e instituir como “seus herdeiros universaes â quem lhe aprouver, nao tendo herdeiros necessários; ou somente herdeiros da sua terça, no caso de os ter”²⁴⁹, pois o testador que deixa herdeiros necessários:

[S]ó pode dispor da sua terça; Ord. liv. 4, tit. 82, pr. Portanto, se nao os desherda legalmente, o testamento é válido até onde nao offender as legitimas deles. offendendo-as, podem taes herdeiros annullal-o na parte, em que os prejudica: cumprem-se porém os legados até onde chegar a terça²⁵⁰.

O fundamento da “terça” se encontrava encartado no texto das Ordenações Filipinas, Liv. 4, tit. 82, que assim dispunha:

TÍTULO LXXXII. Quando no testamento o pai não faz menção do filho, ou o filho do pai, e dispõem somente da terça.

Se o pai, ou mãe fizerem testamento, e sabendo que tem filhos, ou filhas, tomarem a terça de seus bens, e a deixarem a quem lhes aprouver, ou mandarem distribuir depois de suas mortes; como fôr sua vontade, posto que no testamento não sejam os filhos expressamente instituídos, ou deserdados, mandamos que tal testamento valha, e tenha efeito. Por quanto pois, tomou a terça de seus bens no testamento, e sabia que tinha filhos, parece que as duas partes quiz deixar aos filhos, e os intuito nelas posto que dellas não faça expressa menção, e assi devem ser havidos por instituídos herdeiros, como se expressamente o fossem, em favor do testamento.

1. E dispondo o pai, ou mãe em seu testamento de todos os seus bens e fazenda, não fazendo menção de seu filho legítimo, sabendo que o tinha, ou desherdando-o não declarando a causa legitima, porque o deserda, tal testamento he per Direito nenhum, e de nenhum vigor, quanto a instituição, ou deserdação nelle feita; mas os legados conteúdos no dito testamento, serão em todo o caso firmes e valiosos, em quanto abranger a terça do Testador²⁵¹.

Com efeito, pela letra das Ordenações, a parte disponível era de um terço, resguardando-se em dois terços a parte indisponível a ser direcionada

²⁴⁹ LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872. p. 168.

²⁵⁰ *Ibidem*, 269.

²⁵¹ PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal: Código Filipino**. p. 900. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 20 jun. 2025.

aos herdeiros necessários. A reforma de 1769, além de reforçar as limitações eclesiásticas na disposição testamentária²⁵², ratificou a limitação da parte disponível a um terço, pelo que apenas a terça parte do patrimônio poderia ser livremente testada. A lei limitou, ainda, que a terça só poderia ser atribuída a pessoas alheias ao núcleo familiar na hipótese de bens adquiridos.

O regime da terça vigorou até o ano de 1907, quando o Decreto n. 1.839 de 31 de dezembro de 1907 alterou, além da ordem de vocação hereditária na sucessão *ab intestato*, a proporção da limitação da legítima, fixando em metade do patrimônio do testador.

Não se ignora, contudo, que a liberdade testamentária era um anseio da época²⁵³, tanto que entre as emendas do projeto revisto do Código Civil enviadas à mesa da Câmara dos Deputados, constaram expressas reivindicações para revisão do disposto no artigo 1.902 do Projecto revisto, que resguardava a legítima ao dispor que “aos herdeiros nomeados em testamento transmite-se a herança na sua totalidade; mas, si houver herdeiros necesarios, o testador não poderá dispôr de mais do que a terça da herança.”²⁵⁴. Referidas propostas de emenda clamavam para que fosse admitido ao testador dispor da totalidade de sua herança:

Ao art. 1.902 - Redija-se assim: « Aos herdeiros nomeados em testamento transmite-se a heranca na sua totalidade». Excusamos-nos de externar os fundamentos das nossas emendas, principalmente as que respeitam á adopção e á liberdade de testar, porque os principios nellas consagrados não são nenhuma novidade. Com effeito, muitos politicos e jurisconsultos teem discutido amplamente estas questões. Léon Donnat, na sua *Politique Experimentale*, defende, com argumentos irréductiveis, a liberdade de testar²⁵⁵.

Da mesma forma:

²⁵² Antes ilimitados os valores a serem atribuídos às ordens religiosas, a Lei de 1769 trouxe a limitação à quantia de 400\$000 réis, ou 800\$000 se destinados à fins beneficentes.

²⁵³ Em seu parecer submetido à Comissão do Código Civil da Câmara dos Deputados, o Dr. Adherbal de Carvalho assim clamou “Si minha humilde opinião pudesse ser ouvida pela illustre Comissão, eu far-lhe-hia ver a necessidade de ser consignada no futuro Codigo Civil a liberdade de testar, uma das grandes aspirações do direito liberal” (BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 199).

²⁵⁴ *Ibidem*, v. 1., p. 887.

²⁵⁵ BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 701.

Substitua-se o art. 1.901 do projecto pelo art. 1.398 do projecto de Codigo Civil Brasileiro, de Felício dos Santos, que é o seguinte: “Só terá logar a successão legitima faltando a testamenteira.” Porque limitar o direito de transmittir, por morte, os próprios bens, é ferir a liberdade constitucional. A lei suprema, muito ao contrario, declarou terminantemente «manter o direito de propriedade em toda a plenitude (art. 72, § 17)), só admittindo uma única excepção nos casos de «desapropriação por necessidade ou utilidade publica», cumpre repetir isto uma e muitas vezes, para que se não esqueça um precioso dictame constitucional.

Um primeiro presidente da Corte Suprema em França, illustre jurisconsulto, escreveu estas memoraveis palavras: “A propriedade sendo a legitima conquista do homem sobre a matéria, e o testamento sendo a mais enérgica expressão da vontade do proprietario, segue-se que tanto quanto floresce a liberdade civil em um Estado, tanto mais é ella ahi assegurada no testamento. Um povo não é livre, si não gosa do direito de testar, e a liberdade de testamento é a maior prova de que existe a liberdade civil”.

Como admittir, pois, nos privem desse valioso direito, regido o paiz por um systema que só tolera as restricções á “liberdade civil”, expressamente declaradas na Constituição Federal?

(...)

A lei natural ordena aos paes que criem seus filhos; não lhes ordena, porém, que os faça herdeiros seus.

A partilha dos bens, as leis sobre ella, as successões post mortem de quem houve essa partilha, tudo isto não podia ter sido regulado sinão pela sociedade, e, por consequinte, por leis politicas ou civis.

É verdade que a ordem política ou civil muitas vezes reclama que os filhos succedam aos pais; mas nem sempre exige isto. »O chamado direito de se apropriarem os descendentes do patrimônio dos ascendentes, não corresponde a uma tendencia natural da organização da sociedade.

Póde, portanto" o Estado determinar, a respeito, da fôrma que mais attenda ás conveniencias geraes da mesma sociedade.²⁵⁶

A debater a questão levantada pelas referidas propostas de emenda, o parecer elaborado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados foi firme

²⁵⁶ (*Ibidem*, p. 715-716). Referidos argumentos foram rebatidos no parecer elaborado pela Comissão do Código Civil da Câmara dos Deputados nos seguintes termos: “Affirmar que o Instituto da *quota disponível* é inadmissível em nosso direito, porque na secção que tem por epigraphe *Declaração de direitos*, a Constituição da Republica firmou (art. 72, § 17) o solemne compromisso de manter o direito de propriedade em toda a sua plenitude, salvo desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante prévia indemnização - é levar muito longe a interpretação extensiva desse texto legal, interpretação da qual resultaria o desmoronamento de todo o edificio do direito civil patrio. O que é o direito - *norma agendi* - si não uma restricção da liberdade individual dentro dos limites traçados pelo justo e pelo honesto? Si a determinação da quota disponível é um attentado a essa liberdade, também o serão: a modalidade dos actos juridicos, as disposições que regem as doações *inter vivos*, o regimen dos bens no casamento, os direitos e deveres entre os conjugues. (BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917. p. 1004).

em manter a restrição da reserva hereditária como um fato decorrente da estabilidade da família e dos laços de sangue. Com isso, concilia os princípios fundamentais dos direitos de família com o que denomina “o moderno espírito do Direito Civil”, para admitir a expansão da liberdade proclamada pelo regime Republicano, concretizando-a mediante a ampliação da quota disponível²⁵⁷.

O debate que prossegue toma como base a ideia de meação já trabalhada anteriormente pelo Dr. Coelho Rodrigues em seu projeto, pelo que a terça parte disponível seria substituída pela metade do patrimônio do testador, ao propor a respeito do artigo 1.901 do projeto revisto “uma emenda ao parágrafo unico, isto é, a substituição das palavras - *nas duas terças partes da herança* pelas seguintes: *na metade da herança*”.²⁵⁸

Nesse sentido, embora seu discurso perante a Comissão Especial da Câmara dos Deputados seja em todo contrário às mudanças propostas pelo Projecto, o Sr. Andrade Figueira sustenta, ao defender a permanência da legítima, que permitir a liberdade testamentária irrestrita seria contrário à lei, porque:

[O] direito de successão tem dous fundamentos, que são aquelles que já expoz, e a faculdade de testar livremente, dada ao pai, só corresponde a um desses fundamentos e não aos dous, ao passo que o direito da legitima, porque resulta dos dous fundamentos, condomínio do fallecido com seus parentes e a disposição da propriedade, ao passo que a liberdade de testar só corresponde a esse conceito jurídico – a disposição da propriedade. Pela legislação actual, a distribuição da legitima não se funda só nessa composseção, funda-se na vontade presumida do autor da herança que, podendo dispor da sua fortuna por outro meio, não o fez.²⁵⁹

Em absoluto contraste, se opondo frontalmente à instituição da legítima, o Sr. Coelho Rodrigues:

Expõe as restricções legaes, que a propriedade, garantida por todas as constituições politicas sofre e deve soffrer nas

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 1002.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 1028.

²⁵⁹ *Idem*. **Projecto do Codigo Civil brasileiro**: trabalhos da Commisção Especial da Camara dos Deputados, mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1902. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/7942c875-82b0-4bea-97c3-ec373f51cbc2>. Acesso em: 20 jun. 2025. p. 260.

sociedades civilizadas e conclue que nenhuma dellas justifica a herança necessária dos filhos. Creados e educados estes, accrescenta o orador, se uma das partes fica devendo á outra, não é o pae mas o filho. É certo que isto não basta ao coração dos paes, que continuam a desejar para os filhos todos os bens e riquezas que puderem acumular, e que, no silencio delles, o legislador deve prevenir sua vontade e prover sobre a sua efficacia; mas impor-lhe, como obrigação legal, o que deve ser deixado aos sentimentos moraes é illegítimo, é absurdo, anti-econômico e até supinamente immoral²⁶⁰.

A definição pela Comissão da Câmara dos Deputados acolheu a ideia da equalização entre a legítima e a parte disponível na metade do patrimônio²⁶¹, contudo, foi mediante o Decreto de n. 1.839 de 31 de dezembro de 1907 foi o responsável por substituir a “terça” historicamente reconhecida pela metade do patrimônio do testador, trazendo como efeito prático uma discreta expansão da liberdade testamentária. O Código Civil, alinhado com esses preceitos, incorporou a alteração trazida em seu texto no artigo 1.576²⁶².

O que se conclui, portanto, é que a redução da parte indisponível da herança, que passou dos tradicionais dois terços previstos nas Ordenações Filipinas para metade do patrimônio do testador com o Decreto n. 1.839/1907, posteriormente ratificado pelo Código Civil de 1916, representa uma expansão da liberdade de disposição patrimonial, que atende aos princípios e anseios liberais que orientaram os movimentos codificadores de cunho modernizador entre o final do século XIX e início do século XX. Essa alteração normativa reflete uma reconfiguração das relações privadas, nas quais o indivíduo passa a ser reconhecido como sujeito autônomo, dotado de maior capacidade para gerir seu patrimônio conforme sua vontade, ainda que preservadas as garantias mínimas aos herdeiros necessários. A redução na rigidez da legítima, ainda que sutil, demonstra uma idealização do ordenamento jurídico a um

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 286.

²⁶¹ BRASIL. **Projecto do Codigo Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados, mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1902. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/7942c875-82b0-4bea-97c3-ec373f51cbc2>. Acesso em: 20 jun. 2025. p. 535.

²⁶² Art. 1.576. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança. Ver: BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>. Acesso em: 20 jun. 2025.

direito privado mais individualista e de essência contratual, no qual a propriedade e seus reflexos assumem um papel central.

Trata-se, portanto, de uma mudança sutil, mas expressiva, no processo de secularização e racionalização do direito sucessório, que marca o avanço gradual da codificação civil como instrumento de modernização jurídica e de consolidação de uma nova ordem social fundada na lógica patrimonial do sujeito de direito moderno.

CONCLUSÃO

A análise das fontes doutrinárias e legislativas examinadas permite concluir que o processo de modernização do direito sucessório brasileiro teve início ainda no século XVIII, especialmente com as reformas pombalinas, que promoveram o deslocamento da autoridade eclesiástica em favor de uma racionalidade estatal emergente. Essas mudanças anteciparam elementos mais tarde consolidados no movimento codificador do século XIX, expressando a necessidade de reorganizar a propriedade e sua transmissão sob os princípios de uma sociedade burguesa em formação, pautada na racionalidade econômica.

No âmbito do direito das sucessões, o enfraquecimento da autoridade canônica sobre a prática testamentária evidencia a afirmação do Estado como fonte normativa central. No que se refere às restrições testamentárias, fruto de controvérsia e extensos debates, manteve-se a limitação imposta pela parte legítima em prestígio à tradição e à preservação da família, contudo, houve uma ampliação do poder de disposição do testador. A fração disponível, anteriormente limitada a um terço do patrimônio, passou a corresponder à metade, o que representa certo avanço em direção a um modelo jurídico mais alinhado aos ideais liberais, centrado na individualidade e na propriedade.

Em contraste, o direito de família permaneceu fortemente atrelado à tradição, submetido à moral religiosa e à lógica patriarcal do Antigo Regime. Apenas no final do século XIX é que se observam mudanças, ainda que discretas, como a inclusão do cônjuge supérstite na ordem de vocação hereditária, consagrando a família nuclear como modelo instituído, e certa flexibilização na distinção entre filhos legítimos e ilegítimos, inovações que, embora pautadas no ideal de igualdade formal propagado pelo liberalismo, ainda reproduziam restrições morais e jurídicas do passado. O ponto de maior conflito, nesse contexto, consiste nos debates relativos à filiação espúria, que retratam com muita precisão a força da tradição ainda predominante.

Essa assimetria entre os ritmos de modernização da sucessão e da família retrata um traço característico da experiência jurídica brasileira no período: a codificação do direito privado representou uma modernização

seletiva, onde rupturas e permanências ocorrem de forma estratégica. Atende-se, de um lado, aos princípios econômicos de matriz liberal; de outro, preservam-se estruturas tradicionais já superadas nos países considerados esclarecidos, consolidando, assim, um arranjo normativo marcado pela conveniência e pela articulação entre o novo e o antigo.

O Código Civil de 1916, nesse cenário, atuou como um instrumento de compromisso entre inovação formal e a manutenção de conteúdos conservadores. Ao mesmo tempo em que o código reflete a linguagem da modernidade, dada sua laicidade e igualdade formal, não rompe com o passado, trazendo uma adaptação estratégica às condições históricas e sociais de uma sociedade marcada por heranças coloniais, escravistas e patrimonialistas.

Conclui-se, portanto, que a trajetória do direito sucessório entre a Consolidação das Leis Civis de Teixeira de Freitas e o Código Civil de 1916 não representou mera atualização normativa, mas sim um processo ambíguo de redefinição das estruturas do poder privado, no qual a modernização se deu de forma limitada e profundamente condicionada pelos interesses da elite e pela força da tradição.

REFERÊNCIAS

BEVILAQUA, Clovis. **Direito da Família** [1986]. Campinas: Red Livros, 2001.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das sucessões** [1859]. Campinas: Red Livros, 2000.

BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**, comentado por Clóvis Bevilacqua. Edição histórica. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 3. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 2. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**: Trabalhos relativos à sua elaboração. v. 1. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1917.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103251/codigo-civil-de-1916-lei-3071-16>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. Decreto nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança no caso da sucessão ab intestato. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 jan. 1908. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. **Projecto do Codigo Civil brasileiro**: trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados, mandados imprimir pelo ministro do interior, Dr. Sabino Barroso Junior. Brasília, DF: Senado Federal [Rio de Janeiro: Imprensa Nacional], 1902. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/items/7942c875-82b0-4bea-97c3-ec373f51cbc2>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. **Lei n. 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. **Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850**. Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmária

sem preenchimento das condições legais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0601-1850.htm. Acesso em: 27 maio 2025.

BRASIL. **Decreto nº 463, de 2 de setembro de 1847**. Declara que aos filhos naturais de pais plebeus não se estende a exceção feita aos filhos naturais dos nobres. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 1847. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-463-2-setembro-1847-560199-publicacaooriginal-82833-pl.html>. Acesso em: 20 jun. 2025.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/243299>. Acesso em: 10 maio 2025. Art. 179.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

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, 1997.

COSTA, Emília Viotti da. **Da monarquia à república: momentos decisivos**. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

DUTRA, Pedro. **Literatura jurídica no Império**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1992.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2019.

FERREIRA, Breezy Myiazato Vizeu. **O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica**. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2008. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2008.

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

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Garnier 1876.

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande & Senzala**. São Paulo: Global, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Vida social no Brasil nos meados do século XIX**. São Paulo: Global Editora, 2023.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e mucambos**: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. São Paulo: Global, 2013. *E-book*.

GARDONI, Rennan Klingelfus; STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O beato rábula: traços de um imaginário jurídico no Arraial de Canudos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v.11, n.3, set./nov.2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/38480>. Acesso em: 15 ago. 2022.

GROSSI, Paolo. **O Mundo das Terras Coletivas**: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã. São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

GROSSI, Paolo. **História da propriedade e outros ensaios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

HESPANHA, António Manuel. **As vésperas do Leviathan**: instituições e poder político. Portugal – século XVII. Coimbra: Almedina, 1986; *Idem*, **O caleidoscópio do direito**: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 1993.

HESPANHA, Antonio Manuel. **História das Instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Trad. Julio Fisher. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOMBARDI, Gabriela Back. **Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros (1862–1907)**: uma história do pensamento jurídico. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2023. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2023.

LOUREIRO, Lourenço Trigo de. **Instituições de Direito Civil Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004. 2 v. (Coleção História do Direito Brasileiro. Direito Civil; 5). Fac-símile de: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1872.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 328.

MERCADANTE, Paulo. **A consciência conservadora no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direitos de Família**. Brasília: Senado Federal, 2004. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Laemmert, 1878.

PINTO, Antonio Joaquim de Gouvea. **Tratado regular e prático de testamentos e sucessões**. Lisboa: Typographia de José Baptista Morando, 1820.

PORTUGAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**: Código Filipino. Brasília: Senado Federal, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 20 jun. 2025.

RODRIGUES, Claudia. Entre regalismo e secularização: significados das reformas pombalinas sobre a prática católica de testar no mundo luso-brasileiro. *In*: OLIVEIRA, Anderson José Machado de; MARTINS, William de Souza (Orgs.). **Dimensões do catolicismo no Império português (séculos XVI-XIX)**. 1. ed. Rio de Janeiro: Garamond; FAPERJ, 2014.

RODRIGUES, Claudia. **Nas Fronteiras do Além**: a secularização da morte no Rio de Janeiro (séculos XVIII e XIX). Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2005.

RODRIGUES, Cláudia; DILLMANN, Mauro. “Desejando pôr a minha alma no caminho da salvação”: modelos católicos de testamentos no século XVIII. **História Unisinos**, São Leopoldo, v. 17, n. 1, p. 1-11, jan./abr. 2013. Disponível em <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=579866791006>. Acesso em: 20 jun. 2025.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. A longa sombra da casa: poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, a. 178, n. 473, p. 327–424, jan./mar. 2017.

SOUZA, Michael Dionisio de. **O direito canônico e a ordem jurídica do Brasil**: da Lei da Boa Razão ao Código de 1916. Orientador: Ricardo Marcelo Fonseca. 2014. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2014.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. Historicizando a “grande dicotomia”. **História do Direito**: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito, v. 1, n.1, p. 418-423, jul./jul. 2020. Resenha: SORDI, Bernardo. *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*. Bologna, Il mulino, 2020.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. O Código Beviláqua e outra compreensão da dimensão jurídica: transformações nas fontes do direito brasileiro. **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 178, n. 473, p. 105-124, jan./mar. 2017.

STAUT JUNIOR, Sergio Said. **Posse e dimensão jurídica no Brasil**: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916. Curitiba: Juruá, 2015.

WEHLING, Arno. O Direito Privado entre o Antigo Regime e o Liberalismo Constitucional: permanências, rupturas e diferentes dinâmicas. *In*: SIQUEIRA,

Gustavo Silveira; FONSECA, Ricardo Marcelo (Orgs.). **História do Direito: olhares diacrônicos**. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e justiça no Brasil Colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 3. ed. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.